ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 48
3. Cilt

2011

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-38-4

2011 yılında Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararlarının özgün şekliyle yer aldığı bu dergide, sınıflandırma "karar numarasına" göre yapılmıştır.

Yayın Kurulu
Alparslan ALTAN (Başkanvekili)
Engin YILDIRIM (Üye)
Nuri NECİPOĞLU (Üye)

Kitabı Yayıma Hazırlayan
Aydın SARIKAYA Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

İletişim ve İstem Adresi
Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Yolu Serpmeleri No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 74 59-68
Faks : (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

Tayfun Medya Tanıtım
Matbaa Yayıncılık Ltd. Şti.
Telefon : (312) 285 14 10
Faks : (312) 285 14 12
www.tayfunmedya.com.tr

Baskı Tarihi
Mayıs 2012

Dizinler

I- Alfabetik İndeks 1991
II- Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 2001
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 2009
IV- Anayasa Maddeleri Dizini 2015

Esas Sayısı : 2009/39

Karar Sayısı : 2011/23 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 28.4.2011

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Hatay 1. Vergi Mahkemesi

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu ile ekleri, iptali istenilen kural, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi, 28.4.2011 günlü, E. 2009/39, K. 2011/68 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu maddenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 28.4.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/39

Karar Sayısı : 2011/68

Karar Günü : 28.4.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hatay Birinci Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının ortağı olduğu limited şirketin ödenmeyen vergi borcu nedeniyle adına düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açıtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN VE YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Toplumsal davranış kurallarından biri olan hukukun toplum hayatından ve toplumsal hayattaki değişikliklerden soyutlanabilmesi düşünülemez. Dolayısıyla durağan olmayan toplumsal ilişkilere ve bu ilişkileri etkileyen siyasi, iktisadi, teknik ve sosyolojik gelişmelere paralel olarak hukuk normları da değişmek zorundadır. Başka bir ifadeyle toplumsal hayatın değişmesine neden olan parametreler; değer yargılarındaki değişmeler, ihtiyaçların değişmesi, insan yaşamındaki ilerlemeler, hukuki değer olarak tanınan ve korunan değerleri bu vasıftan çıkarabilir veya onların hukuki değer hiyerarşisindeki konumunu değiştirebilir. İşte bu gelişmelere bağlı olarak normatif düzende bir takım değişiklikler gerçekleşir.

Hukuk normlarının zaman içinde değişmesi, bizi normların zaman bakımından uygulanma sorunu ile karşı karşıya bırakır. Zira hukukta normların zaman bakımından uygulanması konusu, normların yürürlüğe konulması ve yürürlükten kaldırılma tarihlerinin tespiti ile bunların yürürlüğe girmeden önceki veya yürürlükten kaldırıldıktan sonraki olaylara uygulanıp uygulanmamaları sorunlarını içerir. Doğal olan odur ki; aynı konuya ilişkin ve aynı nitelikteki norm eş zamanda uygulanmaz. Başka bir ifadeyle, normların birbirini izlemesi genel prensiptir. Ancak kimi zaman normların geriye yürütülmesi veya eski normun yeni norm zamanında da etkisini sürdürmesi gibi olgulara rastlanabilmektedir. Çünkü normun yürürlük tarihini belirleme yetkisi normu normatif düzene taşıma yetkisine sahip olan organa aittir. Dolayısıyla normun zaman bakımından uygulama normlarından hangisinin derhal etkisini sürdürmesine karar verecek olan da, normu ihdas edecek organdır. Ancak elbette bu seçim yapılırken üst normlara ve hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil edecek tarzda bir düzenlemeye gidilmesi kural olarak mümkün olmaması gerekir; fakat yapıldığında da iptal edilebilirlik gündeme gelir.

Ceza normu haricinde, normun geriye yürütülmesini yasaklayıcı bir anayasal düzenleme ne bizim hukukumuzda, ne de diğer birçok batılı demokratik devlet anayasalarında bulunmaktadır. Bu bakımdan ceza normu dışındaki düzenlemelerde geriye yürümezlik katı bir kural değil, bir ilkedir. Ancak bu demek değildir ki; anayasal güvencelere ve hukukun genel ilkelerine aykırı bir normun, geçmişi kapsaması hukuk düzenince korunsun.

Bilindiği gibi, hukuk devleti en kısa tanımıyla, "vatandaşlarının hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır." Hukuki güvenlik ilkesi ise, bir toplumda bireylerin bağlı oldukları hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmeleri, başka bir ifadeyle ilgililerin hukuki durumun süreceğine olan inancı dolayısıyla hayal kırıklığına uğratılmaması anlamına gelir. Dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur.

Hukuk normunun kazanılmış hak ve/veya tamamlanmış işlemlere geriye dönük olarak uygulanması, bireylerin hukuki güvenliklerini hiçe sayacağından, bazı istisnai durumlar dışında hukuka aykırı olacaktır.

Zira hukuki güvenliğin amacı ve hedefi, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınmasıdır.

Vergi hukuku, devletin, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalesini düzenleyen hukuk dallarından biri olması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ve dolayısıyla hukuki güvenlik ilkesi ile yakından ilişkilidir.

Vergi ilişkisi, özel hukuk süjeleri arasında gerçekleşen eşitler arası bir hukuki ilişki değil, devletin üstün kamu gücüne dayanan bir kamu hukuku ilişkisidir. Vergi hukukunda devletin sahip olduğu bu kamu gücü, vergilendirme yetkisi olarak adlandırılır. Bu yetki "devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü olarak" tanımlanabilir. Devlet bu yetkisine dayanarak, kamu hizmetlerinin finansmanı amacıyla vatandaşlarının gelir ve/veya servetine ortak olmaktadır. Bu nedenle, vergi hukukunda bireyin ve devletin çıkarları çatışma halindedir. Elbette, devletin bireye nazaran kamu hizmetlerinin finansmanı gibi üstün bir amacı olduğu ifade edilebilirse de, hukuk devleti ilkesi çerçevesinde bireyin çıkarlarının da vergilendirme yetkisi karşısında korunması gerekir. Başka bir anlatımla, vergi ilişkisinin temelinde yatan çıkar çatışması; ancak söz konusu çıkarların dengelenmesi suretiyle çözümlenebilir. Çünkü vergilendirme yetkisinin keyfi ve sınırsız kullanımı bireylerin hak ve özgürlüklerine hukuk dışı bir müdahale anlamı taşır. Bu sebeple, tüm demokratik hukuk devletlerinde devletin bu yetkisi, hukuk devleti ve sosyal devlet ilkeleri ile sınırlandırılmaktadır.

Görüldüğü gibi hukuki güvenlik ilkesi, vergi hukuku açısından çok özel bir anlam ifade eder. Zira bu ilke sayesinde, vergi yükümlülerinin hak ve özgürlük alanlarına devletin vergilendirme aracılığıyla yaptığı müdahaleleri önceden öngörmeleri, tutum ve davranışlarını buna göre ayarlamaları sağlanır. Böylece bireyler geleceğe yönelik planlarını güven içinde yapabilecekler ve sonuç olarak vergilendirmede keyfilik önlenebilecektir.

Hukuki güvenlik ilkesi; vergilendirmede belirlilik, vergilendirmede kıyas yasağı ve vergi normlarının geriye yürümezliği ilkelerini de kapsamaktadır. Söz konusu ilkeler aracılığıyla vergilendirme yetkisi sınırlandırılmış ve böylece hukuki güvenlik sağlanmış olur.

Vergilendirmede hukuki güvenliğin sağlanması için gerçekleşmesi gerekli koşullardan biri de vergi normlarının geriye yürümemesidir. Vergi normlarının geçmişte meydana gelen olaylara uygulanması hukuki güveni zedeler. Çünkü bireyler yaşamlarını sürdürürken ekonomik yönden alacakları kararları, yürürlükteki vergi normlarına göre alırlar. Normatif düzenden değişiklik yaratan organ tarafından vergiyi doğuran olaydan sonra ihdas edilecek normlarla, kişilerin geçmiş dönemlere ilişkin vergi yüklerin arttırılması, vergi yükümlülerinin devlete olan inançlarının sarsılmasına; ekonomik ve ticari hayatta bulunması gerekli belirlilik ve istikrarın bozulmasına sebep olur.

Bu itibarla, vergi hukukunda da geriye yürümezlik ilkesi ile hukuk devletinin bir gereği olarak bireyin (vergi yükümlüsünün) hukuki güveninin korunması amaçlanır. Tüm hukuk dallarında aynı amaca hizmet eden bu ilkenin vergi hukuku açısından özel bir önemi bulunmaktadır. Zira vergilendirme, kamu gücünün en sert şekilde tezahür ettiği alanlardan biridir. Hatta denilebilir ki, vergi hukuku, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahalenin, ceza hukukundan sonra en çok görüldüğü alandır. Nitekim suç ve cezalarda kanunilik ilkesi gibi, vergilerin yasallığı ilkesi de Anayasa'da yer almış ve böylece anayasal bir kurum halini almıştır. T.C. Anayasası'nm 73. maddesinde ifadesini bulan, verginin yasallığı ilkesi ile vergi normlarının geriye yürümezliği ilkesi arasında bulunan sebep-sonuç ilişkisi incelendiğinde, ilkenin vergi hukukunda, ceza hukukuna yaklaşan bir anlamı olduğu görülür.

Gerçekten de Yüksek Mahkemeler geriye yürümezliği tüm normlar açısından kabul edilen hukukun genel bir ilkesi saymakta ve hukuk devletinin ayrılmaz bir parçası olan hukuki güvenliği sağlamaya matuf bir araç olarak kabul etmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi bir vergi yasasının anayasa uygunluk denetimine ilişkin bir kararında ceza normları haricindeki normların geriye yürütülmesi konusundaki görüşlerini şu şekilde beyan etmiştir.

"... Vergi alanındaki düzenlemeler de yasalarla gerçekleştiğinden geriye yürümezlik, vergi yasaları için de doğal bir zorunluluktur. Bu zorunluluğu kaçınılmaz kılan görüşler öğretide çoğunluk kazanmıştır. Devlete ve hukuk düzenine güven konusunda yoğunlaşan bu görüşler genelde (yöntem yasalarındaki zorunluluk dışında) tüm yasalar için geçerli olan bir durumdur. Ayrıklık koşulları bir yana bırakıldığında,

genel kural, geriye yürümezliğin her yasa için egemen bir özellik olduğudur. Zorunlu nedenlerle (örneğin kamu yararı gibi) geriye yürütme durumunda önceyi etkileme söz konusu olabilir... Yükümlüler arasında eşitsizliğe yol açmayacak düzenlemeler, üstelik yükümlülerin yararına olunca, geriye yürütülmekle hukuksal güvenlik ilkesi çiğnenmiş sayılmaz. Türk hukukunda da, enflasyon, ekonomik buhranlar ve haksız kazançlara karşı uygulamalar nedeniyle geriye yürütülen vergi yasaları çıkartılmıştır... Geriye yürümezlik ilkesi hakkında Anayasa'da açık bir kural bulunmamasına karşın, Anayasa Mahkemesi, hukuk devleti ilkesi ve ölçülülük yönlerinden yargısal denetim yapar. Vergilendirme işleminin öğesini oluşturan vergiyi doğuran olaydan sonraki artışları içeren düzenlemeler geriye yürümeyi kapsarsa uygunluk denetimine bağlı tutulabilir." (AYM, 07.11.1989 gün, Esas No: 1989/6, Karar No: 1989/42 RG: 06.04.1990, 20484).

Yine Anayasa Mahkemesi'nin daha yeni tarihli başka bir kararında: Hukuk Devleti'nin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu nedenle 'Kanunların geriye yürümezliği ilkesi' uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir yasa yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz."(AYM, 04.06.2003 gün Esas No: 2001/392, Karar No: 2003/60) şeklinde benzer ifadelere yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin görüşlerine paralel olarak Danıştay tarafından da sık sık "Normların geriye yürümezliği ilkesinin" hukukun genel ilkesi olduğunu ve bu bağlamda anayasal dayanağının bulunduğunu ifade etmektedir. Örneğin Danıştay'ın bir İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı'nda da: "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem ya da davranışın, bir hukuki ilişkinin vukuu bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz. Vergi Kanunları, kamu hukukuna ilişkin yükümlülükler getirdiğinden, bu kanunların özellikle mali yükümü arttırıcı nitelikteki hükümlerinin, geçmişe yürütülmemesi hukuki güvenlik ilkesi yönünden önem taşır." (D.İ.B.K.K. 03.07.1989 gün ve Esas No: 1988/5 Karar No: 1989/3) denilerek, geriye yürümezlik ile Anayasa'nın ikinci maddesinde

ifadesini bulan ve yukarıda tam metni yer alan "Hukuk Devleti" arasındaki bağlantının altı çizilmektedir.

Görüldüğü gibi yargı kararlarında, geriye yürümezliğin var oluş sebebi ve koruduğu anayasal güvenceler ifade edilmiş ve böylece ilkeye anayasal nitelik kazandırılmıştır.

Vergisel yükümlülüğün tesisinde ilk ve başlıca unsur vergiyi doğuran olaydır. Zira konusu, matrahı, oranı ve yükümlüsü kanunla belirlenmiş olan verginin bir kamu alacağı olarak yükümlüsünden talep edebilmesi, her şeyden önce, yine kanunla belirlenmiş vergiyi doğuran olayın meydana gelmesine bağlıdır. Yani mükellefin vergi borcu (Hazinenin vergi alacağı) kanunla belirlenen vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi ile kendiliğinden doğar. Nitekim genel idari işlem teorisine göre vergilendirme işleminin unsurları yetki, şekil, sebep, konu ve amaç olmak üzere beşe ayrıldığında, sebep unsuru vergiyi doğuran olay olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla vergiyi doğuran olay, vergi alacağının hukuksal sebebini ve ön şartını oluşturur.

Vergiyi doğuran olay; vergi borcunun doğduğu zamanın bilinmesi, zaman bakımından hangi vergi normunun uygulanacağının belirlenmesi, dolayısıyla verginin temel unsurlarının ne zamanın vergi normuna göre belirleneceği, hangi cezai müeyyidenin uygulanacağı, gecikme faizinin hangi tarihten itibaren hesaplanacağı, tahakkuk zamanaşımı süresinin ne zaman başlayacağı gibi birçok soruya cevap vermede bize ışık tutar.

Vergi yazınında, vergi alacağının tabi olduğu hukuki rejimin vergiyi doğuran olayın meydana geldiği zamanın hukuki rejimi olduğu kabul edilmektedir. Bu bakımdan bir vergi normu ancak yürürlükte olduğu dönemde meydana gelen vergiyi doğuran olaylara uygulanabilecektir. Dolayısıyla verginin unsurlarını belirleyen bir normun zaman bakımından kapsamı vergiyi doğuran olaya bağlı olarak tespit edilecektir.

Ayrıca pozitif hukuk açısından da bu durum teyit edilmektedir. Zira Vergi Usul Kanunu, vergi alacağının doğumunu; tarh, tahakkuk, beyanname verilmesi veyahut ödeme zamanına değil, vergiyi doğuran olaya bağlamıştır.

İşte bu bağlamda, vergi hukukunda geriye yürümezlik ilkesi, verginin yasallığı ilkesinin bir sonucudur; o halde her geriye yürüyen vergi yasası verginin yasallığı ilkesine aykırı olacaktır. Bu itibarla,

Anayasa'nın 73. Maddesi şu şekilde okunmalıdır. Verginin yasallığı ilkesi anayasal bir kuraldır. Verginin kurucu temel öğeleri ile vergisel ödev ve vergisel yöntem ilişkilerini düzenleyen temel öğelerin; ancak yasa ile konulabileceği, değiştirilebileceği ve kaldırılabileceğidir. Dolayısıyla, verginin ana unsurlarından bir veya birkaçında değişiklik yapan yeni bir vergi yasasının, yürürlüğe girmeden önceki bir dönemi de kapsayacak şekilde uygulanması, o dönemde yasal olmayan ana unsurların uygulanması sonucunu doğurur ki bu durum da verginin yasallığı ilkesine aykırı olacaktır. Başka bir ifadeyle, yeni kanundan önce, yeni kanuna göre vergi alınabilmesi geçmiş dönem için verginin yasallığı ilkesinin çiğnenmesi anlamına gelir. Bu nedenle, vergi kanununun geriye yürütülmesi Anayasa'nın 73. Maddesine aykırıdır. Dolayısıyla geriye yürümezlik vergi hukuku bakımından Anayasal dayanağa sahiptir.

Ceza hukukunda yasallık ilkesinin anayasal bir norm olarak düzenlenmesi benzer sebeplerdendir. Her iki hukuk dalında da hukuki belirlilik ve güvenlik bu şekilde sağlanmaya çalışılmıştır. Bu itibarla aynı amaçlar çerçevesinde düzenlenen 38. Madde ile 73. Madde arasında bir paralellik kurulması doğaldır. Dolayısıyla kanuniliğin sonucu olan geriye yürümezlik ilkesinin, sırf Anayasa'da vergi hukuku açısından açıklıkla belirtilmediği ifade edilerek anayasal dayanağının olmadığı iddia edilemez.

Bu nedenle, 6183 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikler ve eklenen hükümlerin, 5766 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları için de uygulanacak olması, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereği olan 'hukuk güvenliği ilkesi', 10. maddesinde belirtilen 'kanun önünde eşitlik ilkesi', 38 ile 73. maddesinde ifade edilen ve Anayasa Mahkemesi kararlarında ifadesini bulan 'kanunilik ilkesi', 'geriye yürümezlik ilkesi' ve 'belirlilik' unsurlarına aykırılık teşkil ettiği görüşüyle Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunulması gerektiği sonucuna varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun itiraz konusu geçici 1. maddesi şöyledir:

Geçici 1. madde -

Bu Kanunla 6183 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve eklenen hükümler, hükümlerin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları hakkında da uygulanır.

B- İlgili Görülen Yasa Kuralları

5766 sayılı Kanunun iptali istenen kuralla ilgili maddeleri şöyledir:

Madde 1*- 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 3 üncü maddesinde yer alan "Amme, tazminat, inzıbati mahiyette olsun olmasın bütün para cezalarını" ibaresi "Adli ve idari para cezalarını" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye "Takibat giderleri terimi:" ibaresinden önce gelmek üzere aşağıdaki terimler eklenmiştir.*

"Tahsil edilemeyen amme alacağı terimi:

Amme borçlusunun bu Kanun hükümlerine göre yapılan mal varlığı araştırması sonucunda haczi kabil herhangi bir mal varlığının bulunmaması, haczedilen mal varlığının satılarak paraya çevrilmesine rağmen satış bedelinin amme alacağını karşılamaması gibi nedenlerle tahsil edilemeyen amme alacaklarını,

Tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacağı terimi:

Amme borçlusunun haczedilen mal varlığına bu Kanun hükümlerine göre biçilen değerlerin amme alacağını karşılayamayacağının veya hakkında iflas kararı verilen amme borçlusundan aranılan amme alacağının iflas masasından tahsil edilemeyeceğinin anlaşılması gibi nedenlerle tahsil dairelerince yürütülen takip muamelelerinin herhangi bir aşamasında amme borçlusundan tahsil edilemeyeceği ortaya çıkan amme alacaklarını,"

Madde 2*- 6183 sayılı Kanuna 22 nci maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 22/A maddesi eklenmiştir.*

"Amme alacağı ödenmeden yapılmayacak işlemler ile işlem yapanların sorumlulukları:

Madde 22/A - 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamına giren kurumların bu Kanun kapsamında hak sahiplerine yapacakları ödemeler ile kanun, kararname ve diğer mevzuatla nakdi olarak sağlanan Devlet yardımları, teşvikler ve destekler nedeniyle yapılacak ödemelerde ve 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa ekli tarifelerde yer alan ticaret sicil

harçlarından kayıt ve tescil harçları, noter harçlarından senet, mukavelename ve kağıtlardan alınan harçlar, tapu ve kadastro harçlarından tapu işlemlerine ilişkin alınan harçlar, gemi ve liman harçları ile diploma harçları hariç olmak üzere (8) sayılı tarifeye konu harçlar ve trafik harçlarına mevzu işlemler ile 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda yer alan bina inşaat harcı ve yapı kullanma izin harcına mevzu işlemlerde; Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerine vadesi geçmiş borcun bulunmadığına ilişkin belge aranılması zorunluluğu getirmeye, bu kapsama girecek amme alacaklarını tür, tutar ve işlemler itibarıyla topluca veya ayrı ayrı tespit etmeye, zorunluluk getirilen işlemlerde hangi hallerde bu zorunluluğun aranılmayacağını ve maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

Takibata selahiyetli tahsil dairesince, bu madde kapsamında getirilen zorunluluğa rağmen borcun olmadığına dair belgeyi aramaksızın işlem tesis eden kurum ve kuruluşlara ikibin Yeni Türk Lirası idari para cezası verilir. İdari para cezası, ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde ödenir. İdari para cezasına karşı tebliğ tarihini takip eden otuz gün içinde idare mahkemesinde dava açılabilir."

Madde 3*- 6183 sayılı Kanunun 35 inci maddesinde yer alan "şirketten tahsil imkanı bulunmayan" ibaresi "şirketten tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan" şeklinde değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.*

"Ortağın şirketteki sermaye payını devretmesi halinde, payı devreden ve devralan şahıslar devir öncesine ait amme alacaklarının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur.

Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda pay sahiplerinin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden birinci fıkra hükmüne göre müteselsilen sorumlu tutulur."

Madde 4*- 6183 sayılı Kanunun mükerrer 35 inci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.*

"Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulur.

Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanununda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz."

***Madde 5**- 6183 sayılı Kanuna 36 ncı maddesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki 36/A maddesi eklenmiştir.*

"Yurt dışı çıkış tahdidi:

Madde 36/A - Devlete ait olup 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ile 4458 sayılı Gümrük Kanunu kapsamına giren amme alacakları ile bunlara ait zam ve cezalarını ödeme emrinin tebliğ tarihini takip eden yedi gün içerisinde ödemeyen ya da bu Kanun hükümleri uyarınca hakkında bu alacaklar nedeniyle ihtiyati haciz kararı alınan amme borçlusunun yurt dışına çıkışı, alacaklı tahsil dairesinin talebi halinde ilgili makamlarca engellenir.

Yurt dışı çıkış tahdidi, yüzbin Yeni Türk Lirası ve üzerinde olan teminat altına alınmamış amme alacağı için uygulanır. Bakanlar Kurulu, bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye ve yeniden kanuni tutarına getirmeye yetkilidir.

Amme alacağına karşılık teminat alınması, alacağın tecil edilmesi, borçlunun aciz halinin tespit edilmesi, yargı mercilerince amme alacağının takibinin durdurulmasına karar verilmesi veya takibin kanunen durdurulması gereken diğer hallerde yurt dışı çıkış tahdidi, alacaklı tahsil dairesinin talebi üzerine ilgili makamlarca kaldırılır.

Amme borçlusu hakkında uygulanan yurt dışı çıkış tahdidi, hastalık, iş bağlantısı gibi hallerde alacaklı tahsil dairesinin uygun görmesi ve bildirimi üzerine ilgili makamlar tarafından kaldırılır. Bu fıkraya göre yurt dışı çıkış tahdidinin kaldırılmış olması yeniden tatbikine mani değildir.

Amme borçlusuyla birlikte amme alacağının ödenmesinden sorumlu olan ve bu Kanuna göre amme borçlusu sayılan kişiler hakkında da bu maddede yer alan esaslara göre yurt dışı çıkış tahdidi uygulanır.

Bu maddenin uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."

***Madde 6**- 6183 sayılı Kanunun 48 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "vergi, resim, harç, ceza tahkik ve takiplerine ait muhakeme masrafı, vergi cezası, para cezası ve gecikme zammı alacakları iki yılı, bu alacaklar dışında kalan amme alacakları ise beş yılı" ibaresi "amme alacağı 36 ayı" şeklinde*

değiştirilmiş, maddeye birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş ve maddenin dördüncü ve beşinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Şu kadar ki, amme borçlusunun alacaklı tahsil daireleri itibarıyla tecil edilen borçlarının toplamı ellibin Yeni Türk Lirasını (bu tutar dahil) aşmadığı takdirde teminat şartı aranılmaz. Bu tutarın üzerindeki amme alacaklarının tecilinde, gösterilmesi zorunlu teminat tutarı ellibin Yeni Türk Lirasını aşan kısmın yarısıdır. Bakanlar Kurulu; bu tutarı on katına kadar artırmaya, yarısına kadar indirmeye, yeniden kanuni tutarına getirmeye ve alacaklı amme idareleri itibarıyla bu hadler arasında farklı tutar belirlemeye yetkilidir."

"Haciz yapılmışsa mahcuz mal, değeri tutarınca teminat yerine geçer. Tecil edilen amme alacakları ile ilgili olarak daha önce tatbik edilen ve borcun tamamını karşılayacak değerde olan hacizler, yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır ve buna isabet eden teminat iade edilir. Ancak, mahcuz malların değeri tecil edilen borç tutarından az, zorunlu teminat tutarından fazla olması halinde, tatbik edilen hacizler, tecil şartlarına uygun olarak yapılan ödemeler neticesinde kalan tecilli borç tutarı mahcuz mal değerinin altına inmediği müddetçe kaldırılmaz. Tecilli borca karşılık alınan teminat ise, tecil şartlarına uygun olarak yapılan ödemeler neticesinde kalan tecilli borç tutarının zorunlu teminat tutarının altına inmesi durumunda, yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır.

Tecil salahiyetini kullanacak ve bu salahiyeti devredecek olan makamlar; tecil edilecek amme alacaklarını tür ve tutar olarak belirlemeye, amme borçlusunun faaliyetine devam edip etmediğini esas alarak tecil edilecek alacakları tespit etmeye, tecilde taksit zamanlarını ve diğer şartları tayin etmeye yetkilidir."

Madde 7*- 6183 sayılı Kanunun;*

a) 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "iki senelik" ibaresi "kanuni" şeklinde değiştirilmiştir.

b) Geçici 8 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "31.12.2007" ibaresi "31/12/2009" şeklinde değiştirilmiştir.

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımıyla 11.6.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE, karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili görülen yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında itiraz konusu geçici 1. maddeyle, kanun hükümlerinin geriye yürütülmesine yol açıldığı, hukuk devletinin hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkeleriyle suç ve cezaların yasallığıyla paralellik gösteren vergilerin yasallığı ilkesinin ihlal edildiği, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5766 sayılı Kanunla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da genel olarak şirket ortakları ve kanuni temsilcilerin, kamu borcu nedeni ile sorumluluklarını arttıran, genişleten ve müteselsil sorumluluk esası getiren düzenlemeler yapılmıştır. Kanun'un geçici 1. maddesi ile Kanunla getirilen hükümlerin Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla tahsil edilmemiş bulunan amme alacakları hakkında da uygulanması öngörülmüştür.

5766 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle limited şirket ortaklarının amme alacakları ile ilgili sorumlulukları genişletilmiş ve şirket hisselerini devreden ve devralan ortaklara; 4. maddesi ile de kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlere amme alacağının ödenmesinde müteselsilen sorumluluk esası getirilmiş ve Vergi Usul Kanunu kapsamındaki amme alacaklarının takibinin bu şahıslar hakkında 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasına engel oluşturmayacağı hüküm altına alınmıştır. 5766 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle ise, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu

kapsamında hak sahiplerine yapılacak ödemeler, devlet yardımları ve teşvikler nedeniyle yapılacak ödemeler ile Kanunda sayılan harca konu işlemlerde Maliye Bakanlığına, vadesi geçmiş borcun bulunmadığına ilişkin belge aranılması zorunluluğu getirme ve bu konuya ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir.

5766 sayılı Kanun'un gerekçesinde, 6183 sayılı Kanun'un mevcut hükümlerinin uygulamasına ilişkin yargı kararları dikkate alınarak uygulamaya açıklık getiren düzenlemelere yer verildiği, öngörülen değişiklikler ile 6183 sayılı Kanunun temel felsefesi korunarak amme alacaklarının daha süratle tahsiline imkan verilmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ve temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği yasaların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Bu nedenle "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz.

Kamu alacaklarının tahsilinde, geriye yürümenin söz konusu olup olmadığının saptanabilmesi için alacağı doğuran olayın ne zaman meydana geldiğinin tespiti gerekir. Genel olarak kamu alacağı alacak konusu olayın meydana gelmesi veya hukuki durumun oluşması ile doğmaktadır. Dolayısıyla kamu alacağını doğuran olayın meydana geldiği veya hukuki durumun oluştuğu tarihte yürürlükte olan kanunun bu alacak için uygulanması gerekir.

İtiraz konusu geçici 1. maddeyle 5766 sayılı Kanun'la 6183 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler ve eklenen hükümlerin Kanun'un

yürürlüğe girdiği tarihte henüz tahsil edilmemiş, ancak daha önceki bir dönemde doğmuş ve ödenmesi gereken hale gelmiş kamu alacaklarına da uygulanması öngörülmek suretiyle Kanun hükümleri geriye yürütülmüş olmaktadır. Buna göre, amme alacağının sorumluluğunun tespitinde alacağı doğuran olayın gerçekleştiği zaman değil, Kanunun yürürlük tarihi itibariyle borcun halen tahsil edilmemiş olması esas alınmıştır.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde gerekli kaynağın elde edilmesi adına vergi ve diğer kamu alacaklarının takip ve tahsili için hukuki düzenlemeler ve ayrıcalıklı yetkilerle kolaylık ve hızlılık sağlanmasının doğal olduğu kabul edilmekle birlikte bu konuda bireylerin hakları ve hukukun genel ilkelerinin de göz önünde bulundurulması hukuk devletinin bir gereğidir.

Kanunun değişmeden önceki hükümlerine göre şirket ortağı olan veya hisse devri yolu ile ortaklığı bırakan şahıslar ile kanuni temsilcilerin faaliyetlerini ve konumlarını o tarihte yürürlükte olan kurallara göre sahip oldukları ve üstlendikleri sorumluluk çerçevesinde belirlemeleri doğaldır. Bu şahıslardan sonraki yıllarda getirilecek sorumluluğa göre konumlarını belirlemeleri ve ticari faaliyetlerini sürdürmeleri beklenemez.

Düzenlemeden beklenen kamu yararının, kamu alacaklarında ilgililerinin sorumluluklarını arttırarak ve müteselsil sorumluluk getirerek daha hızlı ve daha yüksek oranda tahsilâtın sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşı bireylerin, 5766 sayılı Kanunun yürürlük tarihinden önce doğmuş ve ödenmesi gereken kamu alacağından sorumlu oldukları dönemde öngörülmeyen sorumluluklar ile yükümlü tutulmaları, diğer bir anlatımla geçmişe yönelik sorumluluklarının arttırılması bireylerin hukuka olan güven duygusunu zedeler ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmaz.

5766 sayılı Kanun'da esas olarak bir kamu alacağı ile ilgili bireylerin sorumluluklarını arttıran ve müteselsil sorumluluk getiren düzenlemelerin, Kanunun geçici 1. maddesi ile yürürlük tarihi itibari ile tahsil edilmemiş alacaklara da uygulanması hukuk kurallarının geriye yürütülmesi anlamına gelmekte ve Anayasada yer alan hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 38. ve 73. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesi, 28.4.2011 günlü, E. 2009/39, K. 2011/68 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu maddenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 28.4.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 28.4.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/59

Karar Sayısı : 2011/69

Karar Günü : 28.4.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara Dokuzuncu İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 54. maddesinin (g) fıkrasının *"Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar*." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 13. ve 42. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Daha önce Üniversite Disiplin Kurulunca yüksek öğretim kurumundan çıkarma cezası verilmesi nedeniyle 2008 yılı Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Sınavı tercihleri geçersiz sayılan şahsın işlemin iptali istemiyle açtığı davada, kuralın Anayasaya aykırılığı iddiasının ciddi olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN VE YÜRÜTMEYİ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması başlıklı 13. maddesinde; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." hükmü yer alırken, Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi başlıklı 42. maddesinde ise; kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı, öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edileceğe ve düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Öğrencilerin Disiplin İşleri" başlıklı 54. maddesinin (g) fıkrasında; "Yükseköğretim kurumundan çıkarma kararı bütün yükseköğretim kurumlarına, Yükseköğretim Kurulu, emniyet makamları ve ilgili askerlik şubelerine bildirilir, Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınmazlar." hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde; temel hak ve hürriyetlerin, yalnızca Anayasa'nın ilgi maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği belirtilmiş, 42. maddesinde ise herhangi bir sınırlama sebebi sayılmamış, buna karşılık, kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak 2547 sayılı Yasa'nın 54. maddesinde. Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrencilerin, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamayacakları hüküm altına alınmıştır.

Yine Anayasa'nın 13. maddesinde; temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın sınırlanabileceği ve sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. Ancak daha önce gerçekleştirdiği herhangi bir eylemden dolayı yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası alan kimselerin, bir daha başka bir yükseköğretim kurumuna alınmaması, Anayasa'nın 42. maddesinin güvence altına aldığı ve kişilere bir ödev olarak yüklediği eğitim ve öğrenim hakkına yapılmış bir müdahale niteliğinde olacaktır. Ayrıca, hem öze dokunmama ve ölçülülük ilkelerine, hem de demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil edecektir.

Bu nedenle, yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrencilerin, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınmayacağı hususunun, Anayasa'nın 42. maddesindeki "kimsenin eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamayacağı" kuralına aykırı düşmesi nedeniyle Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmuştur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 54. maddesinin itiraz konusu ikinci cümleyi de içeren (g) fıkrası şöyledir:

"g. Yükseköğretim kurumundan çıkarma kararı bütün yükseköğretim kurumlarına, Yükseköğretim Kurulu, emniyet makamları ve ilgili askerlik şubelerine bildirilir. **Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar."**

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 13. ve 42. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımıyla 16.9.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE, karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, daha önce işlediği herhangi bir eylemden dolayı yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilenlerin, itiraz konusu kural uyarınca bir daha başka bir yükseköğretim kurumuna alınmamasının Anayasa'nın 42. maddesinin güvence altına aldığı eğitim ve öğrenim hakkına yapılmış bir müdahale niteliğinde olduğu, bu müdahalenin öze dokunmama ve ölçülülük ilkeleri ile demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kurala göre, bir yüksek öğretim kurumundan disiplin cezası ile çıkarılanlar daha sonra tekrar sınava girerek başka bir yüksek öğretim kurumuna kaydolamamakta, sınava girseler dahi yaptıkları tercihler ÖSYM Başkanlığı tarafından geçersiz sayılmaktadır.

Anayasa'nın 42. maddesinde, kimsenin, eğitim ve öğrenim haklarından yoksun bırakılamayacağı; öğretim hakkının kapsamının

yasayla tespit edileceği ve düzenleneceği; eğitim ve öğretim kurumlarında yürütülen faaliyetlerin her ne suretle olursa olsun engellenemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, Anayasa'nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Eğitim ve öğrenim hakkı ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile de koruma altına alınmış evrensel bir haktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1. Protokol'ün 2. maddesinde de: *"Hiç kimse, eğitim hakkından yoksun bırakılamaz"* denilmiştir.

Anayasa'nın 42. maddesi ile 13. maddesi birlikte değerlendirildiğinde; eğitim ve öğrenim hakkının kapsamı belirlenirken, Anayasa'nın özüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yasayla bazı sınırlamalar getirilebilirse de, bunlar eğitim ve öğretim hakkını tamamen ortadan kaldıracak nitelikte olamaz. Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz.

Eğitim ve öğretim kurumlarınca öğrenciler için eğitim ve öğretim faaliyetleri süresince uygulanacak disiplin kuralları içerisinde ağır disiplinsizlik eylemleri için eğitim veya öğretim kurumundan öğrencinin çıkarılmasını öngören düzenlemeler getirebilirse de hakkın kullanımı tümüyle engellenemez.

Bir yükseköğretim kurumundan disiplin cezası sonucu çıkarılan öğrencilerin daha sonra başka bir yükseköğretim kurumunda öğrenimlerine devamını engelleyen düzenleme, yüksek öğrenim hakkından yararlanmayı imkânsız hale getirerek hakkın özüne dokunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 42. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- SONUÇ

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 54. maddesinin(g) fıkrasının "Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 28.4.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/86

Karar Sayısı : 2011/70

Karar Günü : 28.4.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Diyarbakır İkinci İş Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/86)

2- Zonguldak Birinci İş Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/86)

3- Malatya İş Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/87)

İTİRAZIN KONUSU: 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin *"Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır"* şeklindeki son fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20., 35., 60. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Boşandıkları eşleriyle ortak ikametgâhta yaşamaya devam ettikleri Sosyal Güvenlik Kurumunca tespit edilen kadınların, babalarından bağlanan ölüm aylıklarının itiraz konusu kural gereğince Kurum tarafından kesilmesi ve ödenmiş olan aylıkların geri istenmesi üzerine, Kurum kararının iptali için açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- 2009/86 Esas Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Anayasanın 10. maddesi 1. fıkrası "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım

gözetilmeksizin kanun önünde eşittir "4. fıkrası devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmünü içermektedir. 5510 sayılı yasanın 56. maddesi son fıkrası gereğince, Eşinden boşandığı halde fiilen boşandığı eşi ile birlikte yaşayan eşe ve çocuklara bağlanan gelir ve aylıklar kesilirken, boşandığı eşi dışında başka bir şahıs ile evlilik birliği olmaksızın fiilen yaşayan eş ve çocuklar ise gelir ve aylıklarını almaya devam edecektir. Bu da mahkememizce Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen ilkesine aykırı görülmüştür.

Anayasanın 60. maddesi gereğince herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Eşinden boşandığı halde boşandığı eşi ile fiilen birlikte yaşayan eş ve çocuklara 5510 sayılı Yasa gereğince bağlanan gelir ve aylıklardan sırf boşandığı eşi ile birlikte fiilen yaşıyor olmaları nedeni ile mahrum bırakılmaları Anayasanın 60. maddesine aykırı görülmüştür.

Anayasanın 138. maddesi 4. fıkrası "yasama yürütme organlar ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez" hükmünü içermektedir. Mahkemeler tarafından verilmiş ve kesinleşen boşanma kararı üzerine 5510 sayılı Yasanın 33. 34. 35. maddeleri gereğince aylık ve gelir bağlanan kişilerin boşandıkları eşleri ile fiilen birlikte yaşamaya devam etmeleri nedeni ile aylık ve gelirlerinin kesilmesi mahkemelerce verilen boşanma kararını uygulamamak anlamına gelir ki bu da mahkememizce Anayasanın 138. maddesi 4. fıkrasına aykırı görülmüş olup;

Davacı vekilinin Anayasaya aykırılık iddiası Mahkememizce ciddi görülmekle bu hususta karar verilmek üzere dosya örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine 03/09/2009 tarihli ara kararı gereğince karar verilmiştir."

B- 2010/86 Esas Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Anayasanın 2. maddesine göre; T.C.'nin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde insan haklarına saygılı Atatürk milliyetçiliğine bağlı başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir.

Anayasanın 5. maddesinde, devletin temel amaç ve görevleri; "Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." şeklinde tanımlanmıştır.

Anayasanın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik; "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" şeklinde kanun önünde eşitlik tanımlanmıştır.

Anayasanın 12. maddesinde; "Herkes, kişiliğine bağlı dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder"

Şeklinde temel hak ve hürriyetlerin niteliği tanımlandıktan sonra kişinin hakları ve ödevleri başlığı ile Anayasanın 2. Bölümünde kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı altında 17. maddesinde; "herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu", 20. maddede ise, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı...", ancak, "...millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak..." belirtilen usulde sınırlama getirilebileceği düzenlenmiştir. Getirilen sınırlamalar ise üst arama, özel kâğıtları ile eşyasının aranması ve el koyma olarak tek tek sayılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında 2. madde ile 5. madde birlikte değerlendirilmiş olup, sosyal güvenliğe ilişkin çerçeve tanımlanmıştır. Mahkeme kararlarında; "...Devletin temel amaç ve

görevleri arasında insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli koşulları hazırlamaya çalışmak, kişiyi mutlu kılmak, onun hayatını kolaylaştırmak, insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamalarını sağlamak gibi hususların yer aldığı, sosyal güvenliğin temin edilmesinin o araçlardan biri olduğu, yasa hükmünün gelecek güvencesini mutluluk ve huzuru tehlikeye düşürmek gibi sonuçlar yaratması durumunda sosyal güvenlik hakkının, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmak yerine, engeller getirmemesi gerektiğini işaret edilmiştir. Yine, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devletinin, temel hak ve özgürlükleri en geniş ölçüde gerçekleştiren ve güvence altına alan toplumsal gereklerin ve toplum yararlarını gözeten, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı en üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak, sosyal devleti sağlayan çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan sosyal güvenlik sorunlarını çözmeyi yüklenmiş, ülkeyi kalkınması ile birlikte ulusal gelirin sosyal katmanlar arasında adaletli biçimde sağlanmasını amaç edinmiş devlet olduğu, güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi, herkesi, durumlarına uygun düzenlemelerle, sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşatması gerektiğine işaret edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında; Devletin, tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu; Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı şeklinde yorumlanmayacağı, durum ve konumlardaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralların ve uygulamaların yapılabileceği, kadının toplum ve aile yaşamında üstlendiği sorumluluk, görev ve paylaşım gibi toplumsal gerçeklerin kadınlar yararına değişik kural ve uygulamaları gerektirdiği, eşitlik ilkesi gereğince, zayıf durumda bulunanı diğerleri ile eşit duruma getirilmesi için gerektiğinde pozitif ayrımcılık yapılması gerektiği, Anayasanın ve uluslararası sözleşmelerin sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkesi kapsamında devlete bu yönde müspet düzenlemeleri yapma yükümlülüğü yüklediği belirtilmiştir. Nitekim yargı kararları, uluslararası sözleşmelerde kabul gören anlayışın, Anayasa hükmü haline getirilmesi amacıyla 10. maddeye ek fıkra ile "Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" şeklindeki düzenleme çalışmaları yasal sürecini sürdürmektedir.

Ülkemizin de imzaladığı ve 1985 yılından bu yana yürürlükte olan Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Uluslararası Sözleşme kadınlara şimdiye kadar geride kalmış olmalarının olumsuz sonuçlarını gidermek ya da kaybettiklerinin yeniden kazandırmalarını sağlamak için yapılacak işlerin başında onlara bazı olanakların tanınması gerektiği, bunun eşitlik ilkesine aykırı düşmeyeceği, geçici nitelikteki bu tür olumlu farkların olduğu kabul edilmiştir. Bu kapsamda gerek 5510 sayılı gerekse, yürürlükten kalkan 506 sayılı yasada kız çocukları yararına aylık bağlanması öngörülmüştür. 506 sayılı yasanın 68/VI maddesinde kız çocuklarına bağlanan aylıkların, Sosyal Sigortaya, Emekli Sandıklarına tabi işlerde çalışmaya başlama veya evlenme halinde kesileceği düzenlenmiştir. 01 Ekim 2008'de yürürlüğe giren 5510 sayılı yeni yasanın 34.maddesinde ise, yaşları ne olursa olsun, evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızlara ölüm aylığı bağlanacağı, 56.madde de ise gelir ve aylık bağlanamayacak haller başlığı altında, maddenin son fıkrasında boşandığı halde boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların bağlanmış olan gelir ve aylıkların kesileceği düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme önceki yasada mevcut değildir.

Devlet bu noktada yaşı ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan bayanları ekonomik olarak koruma altına almıştır. Evlenmekle yeni bir hukuki durum ortaya çıktığından ve evlenme kapsamında eşin çalışabileceği ve evlendiği bayana bakabileceği, bakılmadığı takdirde yasada tanınan haklar çerçevesinde (nafaka gibi) yaşamını bir nebze olarak başka bir hukuki koruma çerçevesinde sürdürebileceği gözetilerek gelirin kesilmesi yerinde görülebilirse de, boşanmakla aynı çatı altında yaşanılsa dahi hukuki anlamda herhangi bir güvencesi bulunmadığından, gelirin kesilmesi yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda devletin pozitif yükümlülüğünü yerine getirmesi yönündeki ifadesi ile çelişmektedir. Yasa Koyucu bu durumda boşanmaya ilişkin kesinleşmiş karar ile ortaya çıkan hukuki durumu yok sayarak, fiilen bir arada yaşama olgusu ile hukuken var olan evliliği aynı statüde değerlendirmiş, bir nevi kadının kanuna karşı hile yoluna gittiğini kabul etmiştir. Maddi anlamda kesin hüküm karşısında böyle bir durumu varsaymak mümkün değildir. Anayasanın 138/IV. maddesine göre yasama ve yürütme organları ile idare, kesin hükme uymak zorundadır. Kaldı ki, aynı çatı altında eski eşle fiilen birlikte yaşama yasal bir yaptırıma bağlanmasına rağmen, eski

eşin dışında bir başkası ile fiilen birlikte yaşama durumu aynı yaptırıma (gelirin kesilmesi) tabi tutulmamıştır. Yine fiilen bir arada yaşamalarına rağmen hiç evlilik gerçekleştirmeyen bayanlar ile de boşanıp eski eşle birlikte yaşayan bayanlar arasında da eski eşiyle yaşayan için aleyhe durum yaratılarak eşitlik ilkesi ihlal edilmiştir.

Anayasanın eşitlik ilkesinin ihlali, aynı hukuki statüde olup da farklı uygulamalara tabi olunması durumunda gerçekleştiği kabul edilmektedir. Kişisel durum ve nitelikleri özdeş olanlar arasında yasalarla konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerektiği, aynı hukuksal durumları aynı, ayrı hukuksal durumlara da ayrı hukuksal kuralların uygulanması gerektiği, Anayasa Mahkemesince 10. maddeye yönelik aykırılık iddialarında en önemli kıstas olarak kabul edilmektedir.

Somut durumda gerçekleşebilecek olasılıklar göz önüne alındığında, 1. olasılık kadının hiç evlenmeden fiilen birlikte yaşaması, 2. olasılık, boşanmış olup eski eşi dışında fiilen birliktelik yaşaması, 3. olasılık boşanmış olup eski eşi ile fiilen birlikte yaşaması, 4. olasılık ise boşanmış veya boşanmamış yalnız yaşamını sürdürmesi olup, tüm olası durumlarda hukuki statü aynıdır. Hiç evlenmemiş veya dul olan kadın, hukuken bekâr statüsündedir. Aylık bağlamada hiç evlenmeyen veya dul olan bayanlar için bir ayırım yapılmadığı halde, birlikte yaşama durumunda eski eşiyle birlikte yaşayan dul bayan için ayrı ve aleyhe düzenleme yapılmıştır. Olasılıklardan 1, 2 ve 4. olasılıklarda yetim aylığı almak hakkı bulunduğu halde, 3. olasılıkta bu hak yasayla engellenmiştir. Dolayısıyla hukuki statüleri aynı olduğu halde özel yaşamlarında yeniden birlikte olmaya başladıkları eski eşlerinden ötürü kadınlar hukuki bir haktan yararlanamama ile karşı karşıya kalmışlardır. Oysa resmi evlilik yeniden tesis edilmediği sürece aylık bağlanmasını gerektiren pozitif ayırıcılığa götüren nedenler ortadan kalkmamıştır.

Söz konusu hüküm ailenin bir araya gelmesine veya yeniden evliliğin tesisini de engelliyecek niteliktedir. Olası duruma göre böylesi bir yaptırım karşısında hiç evlenmeme veya boşanıldıktan sonra eşlerin aile hayatı kapsamında rutin görevlerin yerine getirilememesine sebebiyet verecek, en azından bu hususta çekince yaratacaktır. Kanunda fiilen birlikte yaşamanın tanımı da yapılmamıştır. Bu anlamda da belirsizlik mevcuttur. Yine birlikteliğin süresinin ne kadar doğacağı kadar yasa metninden anlaşılamamaktadır. Açılan davalarda bu

belirsizlikler nedeniyle kişinin özel hayatı tartışma konusu yapılacaktır ki bu da insan hakları sözleşmesinin 8. maddesine ve Anayasanın 20. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin 1999/33 esas 1999/51 sayılı kararında belirtildiği üzere; "...demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların, bu sınırlamalarda güdülen amacın gerektiğinden fazla olmasının düşünülemeyeceği, demokratik hukuk devletinde güdülen amacın ne olursa olsun kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gereğine...", 1996/15 esas, 1996/34 sayılı kararında "...hak ve özgürlüklerden yararlanmada ortak çıkış noktasının "eşitlik" ilkesi olduğu, eşitliğin zaman içinde insana verilen değerin artmasına bağlı olarak hak ve özgürlükler listesinin genişlemesi ile soyuttan somuta indirgenerek birçok alanda düzenlemelerin kaynağını oluşturduğuna, eşitliğe aykırı durumların giderilmesi gerektiğini..." işaret edilmiştir.

Bu kapsamda 5510 sayılı Yasanın 56/son fıkrasının Anayasanın 2, 5, 10, 12, 17 maddelerine aykırı olduğu açıktır.

Anayasanın 20. maddesi kapsamında değerlendirme yapıldığında, madde gereği herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8.maddesindeki düzenlemeye göre de; "...1- Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşulu ile söz konusu olabilir...".

İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında; "... özel hayat bütün unsurları ile tanımlanamayacak geniş bir kavramdır. Bu kavramın açık bir biçimde mahrumiyet hakkından daha geniş olduğu ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içerdiği, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir iç alanla

kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı o alandan tamamen hariç tutmanın aşırı sınırlayıcı bir yaklaşım olduğu, henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkilerin özel hayat kapsamında olduğu, (Appl.No: 15817/89, 1 Ekim 1990, 66 DR 251 sayılı kararı), kapalı kapılar ardında yaşananların, özel hayat kapsamında değerlendirmesi gereğine işaret etmektedir. Bu kapsamda kişinin kiminle yaşadığı hususunun özel hayat kapsamında olduğu tartışmasızdır. Yine mahkeme kararlarının aile hayatı dahi geniş yorumlanarak aile hayatının, devletin keyfi müdahalesinden serbest bir şekilde özgür olarak devam edebileceği, tamamen özel bir alanın içinde olduğu kabul etmektedir. Hatta mahkeme daha da ileri giderek aile hayatının bir defa oluştuktan sonra boşanma ile veya tarafların birlikte yaşamaya başlaması ile sona ermeyeceği..." belirtilmiştir.

Kuşkusuz özel hayat İnsan Hakları Mahkemesi kararları kapsamında boşanma ile dahi olsa varlığı kabul edilen aile hayatı dokunulmazlığı sınırsız değildir. Hangi hallerde özel hayata dokunulabileceği sınırlı olarak ve ancak mahkeme kararıyla olabileceği Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş olup, sayılan düzenlemeler arasında sosyal güvenceden yoksun bırakma bulunmadığı gibi, özel hayata müdahaleyi gerektiren 20/II. maddedeki nedenlerde mevcut değildir.

İnsan Hakları Sözleşmesi 8. maddesinin 2. fıkrasında getirilen sınırlamada esas alınan kriterler ise müdahalenin yasal dayanağının bulunması, meşru bir amacının bulunması, Demokratik bir toplumda gerekli olması olarak gösterilmiştir. Burada öngörülen kriterlerden yasal dayanak koşulu 56. madde ile getirilen düzenleme ile sağlanmıştır. Ancak meşru bir amaç ve demokratik bir toplumda gereklilik koşulları oluştuğunu kabul etmek mümkün değildir. Kaldı ki düzenleme hangi yaşta olursa olsun boşanmalar sonucunda çocukların anne babaları ile tekrar veya zaman zaman bir araya gelmelerine dahi engel teşkil edecek nitelikte çekince yaratabilir. Bu durum insan haklan mahkemesince kabul edilen nihai amacına ailenin birleştirilmesi yününde devletin pozitif yükümlülüğüne de aykırıdır.

Sonuç olarak; Davacı tarafça ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiasının ciddi bulunduğu, kamuoyunda da söz konusu hükmün Anayasaya aykırılığın tartışma konusu yapıldığı, sırf bu hususun dahi Anayasaya Aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesine götürülmesini

gerektirdiği, iddianın davayı uzatma gayesi ile yapılmadığının anlaşıldığı, mahkememizce de, yukarıda ayrıntılarıyla belirtilen gerekçeler doğrultusunda, söz konusu düzenleme kadınlar yararına getirilen pozitif düzenleme ile yukarıda sayılan diğer temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak sonuçlar doğuracağı ortadadır.

Yasanın yürürlüğünden önce dahi gerçekleşen boşanmalar sonucu, evlenmemekle birlikte yeniden tesis edilen aile ortamının yok edilmesi ile sosyal güvenceden vazgeçme hususunda kişileri seçim yapmak zorunda bırakacağı, ayrıca maddenin uygulanması kapsamında, fiili birlikteliğin tespiti gayesi ile Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel ve aile hayatın gizliliğinin ihlali edilerek bu hususta, kurum görevlilerince araştırma yapılacak, araştırma sonuçları tutanaklara bağlanacak, Anayasanın 20. maddesinin II paragrafındaki sebepler olmaksızın ve aynı maddedeki sınırlamalar dışında yetki Anayasa'da düzenlenmediği halde kurum elemanlarınca işlem yapılması sonucu doğurduğundan; hüküm Devletin temel amaç ve görevlerinden, kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesine gerekli koşulları hazırlamak biryana engel teşkil ettiğinden Anayasanın 2. ve 5. maddelerine, evlenmemiş, evlenip boşanmış ancak başka biriyle (eşi dışında) yaşayan veya boşanıp kadınlar ile aynı hukuki statüde olmasına rağmen eski eşle yaşayan kadın aleyhine yaptırım getirmesi yönüyle, Anayasa'nın 10. maddesine, maddi ve manevi koruma ve geliştirmeye engel olması ile temel hak ve özgürlükler kapsamında, aile hayatına ve özel hayata saygı gösterilmemesi nedeniyle Anayasanın 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu, bu nedenlerle yasa hükmünün iptali gerektiği kanaatine varılmıştır.

İptali istenen hüküm, iptal edildiğinde, ödenmiş olan aylıkların 90. maddeye göre geri alınır şeklindeki düzenleme, hukuki dayanaktan yoksun kalacağından, bu kısmında iptali gerekmektedir."

C- 2010/87 Esas Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ

1- ANAYASANIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN:

'Herkes kanun önünde eşittir.'

5510 sayılı Yasanın 56. maddesinin (b) fıkrasına göre aylığı kesilen kadın eğer eski kocası ile değil ama başkan bir erkekle aynı evde yaşamaya devam ederse aylığın kesilme riski yoktur. Çünkü kanun sadece boşandığı eşiyle birlikte yaşaması halinde dul-yetim aylığının kesilmesini öngörmektedir.

Muvazaa borçlar hukukunun konusu olup kişilerin herhangi bir sözleşmede gerçek iradelerini gizlemeleridir. Mahkeme kararları ile ilgili olarak muvazaadan söz edilemez.

5510 sayılı Yasanın 56/b maddesinin son fıkrasını gerekçe gösterilerek babasından dolayı aldığı dul ve yetim aylığı kesilen bir şahıs, eşinin ölümü halinde mahkeme kararı ile boşandığı eşinden dolayı da dul ve yetim aylığı alamayacak ve mirasçı olamayacaktır. Bir mahkeme kararı ya vardır ve geçerlidir ya da yoktur ve geçersizdir. Onun için "babandan dolayı yetim aylığı alamazsın, eşinden boşandığın için de evliliğin sağladığı sosyal güvenlik haklarından yararlanamazsın" demek hakkaniyete uygun değildir.

Bir mahkeme kararını hem geçerli hem geçersiz sayılması hukukun genel ilkelerine ve hakkaniyet kurallarına uygun düşmez.

2- ANAYASANIN 11. MADDESİNİN 2. FIKRASI YÖNÜNDEN:

'Kanunlar anayasaya aykırı olamaz.'

'Sigortalı hak sahibinin aylığının sadece bir denetim elemanının raporu ile kesmek yasaya ve Anayasaya uygun değildir. Olması gereken, tespiti yapan denetim elemanının raporu ile SGK'nun aylığı kestirmek için İş Mahkemesine dava etmesidir. Ancak SGK mahkeme yolunu es geçip bir tespit raporu ile aylığı kesmektedir.'

3- ANAYASANIN 35. MADDESİ YÖNÜNDEN:

'Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir'

a- Medeni kanunumuza göre taraflar arasında mal rejimi konusunda bir anlaşma yoksa edinilmiş mallar ortaktır. Boşanan eşlerin bir tek evi varsa ve boşanma kararı ile birlikte mahkeme kararı ile her bir eşe evin yarısı verilmişse boşanan eşlerin her biri kendi evinde oturma hakkına sahiptir. Bu hakkın kısıtlanması Anayasada güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlalidir.

b- Evlilik iki kişi arasında, resmi makamlar önünde yapılan sözleşmedir ve kadın ve erkek resmi nikâh ile evlenmekle Medeni Kanun gereğince karı-koca sıfatlarını alır. Böylece miras hukuku açısından birbirlerinin mirasçısı olurlar; yani kim vefat ederse, sağ kalan onun mirasçısı olur. Sosyal güvenlik hukuku açısından da hak sahibi veya bakmakla yükümlü kişi olurlar. Yani her ikisinin sağlığında arasında olması sebebiyle çalışan, çalışmayanın sosyal güvencesini sağlar. Ölümle de hak sahibi olurlar ki sağ kalan, ölenin aylığını dul sıfatıyla almaya devam eder.

c- Evlilik bir sözleşmedir, ama bunu sona erdiren boşanma ise mahkeme kararıdır. Yani evlilik sözleşmesini ancak ve ancak mahkeme sona erdirebilir. Boşanma halinde evliliğin iki önemli sonucu ortadan kalkar. Fakat bu kez başka haklar ortaya çıkar. Medeni Kanun açısından evlilikle edinilmiş tüm mallar, ortak paylaşıma konu edilmek zorundadır. Mesela karı-koca nikâhlı iken ev edinmişlerse ev kimin adına kayıtlı olursa olsun boşanma ile yarı yarıya bölüşülmek zorundadır.

d- 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 202.maddesine göre, yasal mal rejimi, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejimi olup, 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun 10. maddesine göre, eşler; "Türk Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılır. Boşanma halinde de edinilmiş mallar yarı yarıya pay edilir.'

4- ANAYASANIN 60. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir.

Sosyal Güvenlik hukuku gereğince, boşanma ile resmi nikâhı bitiren kadına varsa vefat etmiş ana-babası üzerinden yetim aylığı bağlanabileceği gibi, eğer ilk evliliği varsa ve ilk eşi vefat etmişse onun üzerinden dul aylığı alma hakkı ortaya çıkmaktadır. Boşanan kadın, boşanma tarihinden sonra SGK' ya müracaat ederse dul veya yetim aylığı bağlanacaktır. Kocasından boşanan ve Medeni Kanun gereğince edindikleri evi yarı yarıya paylaşmak zorunda kalan kadın, eski kocasıyla yaşıyorsa bu durumun SGK denetim memurları tarafından tespiti halinde dul-yetim aylığını kaybeder. Bu durumda 5510 sayılı

yasanın 56 maddesinin (b) fıkrası; 'Boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş...' tabiri kullanılmıştır. Bu tabir '..boşandıkları halde aynı evi (mecburen de olsa) paylaşan kadın-erkeğin cinsi münasebette bulunup bulunmadıkları da araştırma konusu olur mu, aynı evde yaşamaları yeterli mi?' sorusuna cevap vermemektedir. Bu konuda SGK'nun açıklayıcı bir genelgesi de yoktur. Yani eve giden denetim elemanları için sadece aynı evde ikamet etmek yeterli mi yoksa aralarında karı koca hayatı var mı araştırmalılar mı belli değildir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle; Anayasanın 152/1 maddesi uyarınca;

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 56. Maddesinin (b) bendinde yer alan; "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar 96. madde hükümlerine göre geri alınır." ibaresinin Anayasanın başlangıç hükümleri ile 10, 11, 35, 60 ve 138 maddelerinin amir hükümlerine aykırı düştüğü iddiası ile res'en Anayasa Mahkemesine gidilmesi, dava dosyasının tüm belgeleri ile onaylı suretinin dosya oluşturularak Anayasa Mahkemesine sunulmasına, iş bu karar aslı ile dosya suretinin Yüksek Mahkemeye tebliğinden itibaren 5 ay beklenilmesine, 5 ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre davanın görüm ve çözümüne devam edilmesine, 28/07/2010 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 36. maddesiyle değişik, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun itiraz konusu son fıkranın da yer aldığı 56. maddesi şöyledir:

"Gelir ve aylık bağlanmayacak haller

MADDE 56- (Değişik birinci fıkra: 17/4/2008-5754/36 md.) Ölen sigortalının hak sahiplerinden;

a) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıyı veya gelir ya da aylık bağlanmış olan sigortalıyı kasten öldürdüğü veya öldürmeye teşebbüs ettiği veya bu Kanun gereğince sürekli iş göremez hale veya malûl duruma getirdiği,

b) Kendisinden aylık bağlanacak sigortalıya veya gelir ya da aylık bağlanmamış olan sigortalıya veya hak sahibine karşı ağır bir suç işlediği veya bunlara karşı aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemesi nedeniyle ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarıldıkları,

hususunda kesinleşmiş yargı kararı bulunan kişilere gelir veya aylık ödenmez. Ödenmiş bulunan gelir ve aylıklar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır.

Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20., 35., 60. ve 138. maddelerine dayanılmış; 65. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, 3.12.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, 2009/86 esas sayılı; 7.12.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında ise 2010/86 ve 2010/87 esas sayılı dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARLARI

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasının iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan 2010/86 ve 2010/87 esas sayılı itiraz başvurularına ilişkin davaların, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/86 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, 2010/86 ve 2010/87 esas sayılı dosyaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/86 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 7.12.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların

gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, boşandığı halde fiilen boşandığı eşi ile birlikte yaşayan eşe ve çocuklara 5510 sayılı Yasa'nın 33., 34. ve 35. maddelerine göre bağlanan gelir ve aylıkların itiraz konusu kurala dayanılarak kesildiği, boşandığı eşi dışında başka bir kişiyle evlilik birliği olmaksızın fiilen yaşayan eş ve çocukların ise gelir ve aylıklarını almaya devam edecekleri, bunun eşitlik ilkesine ve sosyal güvenlik hakkına ilişkin düzenlemeye aykırı olduğu, mahkemeler tarafından verilip kesinleşen boşanma kararı üzerine bağlanan aylık ve gelirlerin kesilmesinin, mahkemelerce verilen boşanma kararını uygulamamak anlamına geldiği,

Birleştirilen E.2010/86 sayılı başvuru kararında ayrıca, boşanmış kadının önceki eşiyle aynı çatı altında yaşasa bile hukuki anlamda bir güvencesinin kalmadığı, yasa koyucunun kural kapsamındaki birlikte yaşama olgusu ile resmi evliliği aynı statüde değerlendirdiği, bir nevi kadını kanuna karşı hile yoluna yönelttiği, düzenlemenin ailenin bir araya gelmesini ve yeniden evliliğin tesisini engelleyici nitelikte olduğu, özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği, boşanma olsa dahi varlığı kabul edilen bir aile hayatının dokunulmazlığa sahip bulunduğu, SGK elemanlarınca boşanan eşlerin fiilen yaşadıklarının tespit edilmesiyle kişinin maddi ve manevi varlığının gelişiminin engellendiği,

Birleştirilen E.2010/87 sayılı başvuru kararında ayrıca, borçlar hukukunun konusu olan muvazaanın, mahkeme kararlarına karşı ileri sürülemeyeceği, boşanan eşin yetim aylığının kesilmesi ve eşinden boşandığı için de evliliğin sağladığı sosyal güvenlik haklarından yararlanamamasının hakkaniyete uymadığı, aylığın denetim elemanlarınca yapılan bir tespit raporuyla kesilmesinin uygun olmadığı, evlilikte aksine anlaşma yoksa edinilmiş mallara ortaklığı esas olmakla boşanan eşlerin tek evi varsa her birinin kendi evinde oturma hakkının kısıtlandığı,

belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20., 35., 60. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle iptali istenen kural Anayasa'nın 65. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemi hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, yargı denetimine açık olan devlettir.

İtiraz konusu kural, sigortalı için değil, sigortalının hak sahiplerinden olan "eşi ve çocukları" için düzenleme öngörmektedir. Düzenlemede, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği, bu kişilere ödenmiş olan tutarların ise 5510 sayılı Yasa'nın 96. maddesindeki hükümlere göre geri alınacağı öngörülmüştür.

Ölüm aylığı alabilecek eşin dul olması ve kız çocuğun evli olmaması şartı itiraz konusu kuralda değil, 5510 sayılı Kanunun 34. maddesinde düzenlenmiştir. Ölüm aylığının hak sahiplerine paylaştırılmasına dair 5510 sayılı Kanunun 34. maddesinde, çalışmayan veya kendi sigortalılığı nedeniyle gelir veya aylık bağlanmamış çocuklardan; 18 yaşını, lise ve dengi öğrenim görmesi halinde 20 yaşını, yüksek öğrenim yapması halinde 25 yaşını doldurmayanlara; kız çocuklar için ise yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızların her birine yetim aylığı bağlanması kural altına alınmıştır. Buna göre yasa koyucunun, bir geliri bulunmayan ve evli olmayan kadınları yaşa bağlı olmaksızın ölüm aylığından yararlandırmak suretiyle korumayı amaçladığı anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralın madde gerekçesinde *"eşinden boşanmak suretiyle babasından maaş bağlanan, ancak boşandığı eşleriyle fiilen beraber yaşayanların gelir ve aylıklarının kesilmesi ile ilgili hususların, uygulamada hakkın kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla yeniden düzenlendiği"* vurgulanmıştır.

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde de belirtildiği gibi ölüm aylığı alma hakkının kötüye kullanılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Uygulamada ölüm aylığı almaya hak kazanmak için gerekli olan "evli olmama" koşulu, boşanma ile aşılarak yasa koyucunun bir geliri bulunmayan dul veya bekâr kadınları koruma gayesi istismar edilmektedir. Bu şekilde gerçekleştirilen boşanmadaki erkek bir ailede koca olarak kendisine düşen sorumluluklardan kurtulma çabasına girmekte, eşler sanki resmi evliliklerini sürdürüyor gibi bir arada

yaşamaya devam etmektedirler. Başka bir ifadeyle, ölüm aylığı alabilmek için gerçekleştirilen boşanmada, taraflar iyi niyetli davranmamaktadırlar.

5510 sayılı Yasa'nın 34. maddesinde öngörülen ölüm aylığını alabilmek için "evli olmamak" koşulunu aşmak amacı ile iyi niyete dayanmayan ve dürüst olmayan boşanma isteği ve çabası ile boşanma kararı elde edilip buna bağlı olarak ölüm aylığı alınması, açıkça hakkın kötüye kullanılmasıdır. Hakkın kötüye kullanılması hukuk devletinin koruması altında değerlendirilemez. Bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasını engellemeyi amaçlayan itiraz konusu kural hukuk devletine aykırı bir düzenleme olarak görülemez.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Resmi evliliği olmadan birlikte yaşayanlar ile ölüm aylığı alabilmek için hakkını kötüye kullanarak resmi evliliğini boşanma ile sonlandırıp boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşamaya devam edenler söz konusu hakkı kullanmak bakımından eşit kabul edilemeyeceklerinden, bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Anayasa'nın 60. maddesinde, *"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."* denilmektedir.

Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek, ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak kişilerin yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza, ölüm ve işsizlik

gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır.

Ölüm aylığı, doğrudan sigortalıya ilişkin bir ödeme değildir. Yasa koyucunun sosyal güvenlik konusuna geniş bir yaklaşımının sonucu sigortalının ölümü ile aranan koşulların sağlanması halinde sigortalının geride kalan hak sahipleri açısından getirdiği bir ödemedir. İtiraz konusu kural, hak edilmediği halde ölüm aylığı alınarak hakkın kötüye kullanılmasına engel olma amacını taşıdığından ölüm aylığı almayı hak edenler açısından SGK'nın mali kaynakları çerçevesinde Anayasa'nın 60. maddesinde ifade edilen güvenceyi sağlamaya çalışmanın bir gereğidir. Ölüm aylığı alabilmek için öngörülen koşulun hakkın kötüye kullanılarak sağlanmak istenmesi sosyal güvenlik hakkıyla bağdaştırılamaz.

Bunun yanında ölüm aylığı, sosyal güvenlik sisteminin aktüeryal yapısıyla doğrudan ilgilidir. Anayasa'nın 65. maddesine göre, *"Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."* Ölüm aylığı alabilmek için boşanarak eşiyle birlikte fiilen yaşamaya devam eden kadınlara haksız ve yersiz ödeme yapılması ile oluşacak maliyetin, SGK'nın aktüeryal dengelerini olumsuz etkilememesi için yasa koyucunun bu düzenlemeyi getirdiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırı değildir, itiraz isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 5., 11., 12., 17., 20., 35. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

VII- SONUÇ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.4.2011 gününde karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 34. maddesinde, ölen sigortalının, yaşları ne olursa olsun evli olmayan, evli olmakla beraber sonradan boşanan veya dul kalan kızlarına ölüm aylığı bağlanması öngörülmüş, 17.4.2008 günlü 5754 sayılı Yasa ile değiştirilen 56. maddesinin iptali istenen son fıkrasında ise, eski düzenlemede bulunmayan bir kurala yer verilerek, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği; bu kişilere ödenmiş olan tutarların, 96. madde hükümlerine göre geri alınacağı hükme bağlanmıştır. Böylece, yasa koyucu eşlerin boşanması sonucu ortaya çıkan hukuki sonuçları göz ardı ederek bunların fiilen bir arada yaşamalarını evlilikle ayni hukuki statüde değerlendirmiş, başka bir anlatımla kadının ölüm aylığı alabilmek amacıyla kanuna karşı hile yoluna başvurduğunu var saymıştır. Oysa, birisiyle evlenmeden birlikte yaşayan veya boşandığı eşinden başkasıyla birlikte yaşayan ya da boşanıp, eski eşiyle birlikte yaşayanla yalnız yaşayan kadınlar, yasalar karşısında bekâr sayılmaları nedeniyle aynı hukuki statüde olmalarına karşın, bunlardan sadece boşandıktan sonra eski eşiyle birlikte yaşayan kadının farklı kurallara bağlı tutulması eşitlik ilkesi ile

bağdaşmamaktadır. Boşanmaya ilişkin kesinleşmiş bir yargı kararı ile ortaya çıkan hukuki statü göz ardı edilerek evli eşlere uygulanan kuralların birlikte yaşamaları halinde evlilik birliği sona ermiş olanlara da uygulanması farklı konumda bulunan kişilerin, aynı kurallara tâbi olmaları sonucunu doğurduğundan itiraz konusu düzenleme bu yönüyle de eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 20. maddesinde herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir. Bu özgürlüğün, Madde'de belirtilen sınırlama nedenleri arasında yer almadığı halde, itiraz konusu kuralın uygulanabilmesi için Kurum yetkililerince yapılacak araştırma ve tespitlerin özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine müdahale oluşturacağı açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. Sosyal hukuk devletinde, kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında denge kurulurken, insanın onuruna ve manevi varlığının korunmasına verilen değer, kamu yararı düşüncesinin önünde yer almadıkça çağdaş bir demokrasi anlayışına ulaşılamayacağında duraksamaya yer yoktur.

Anayasa'nın 60. maddesine göre, herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir; devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar. Bu kuralın uygulamaya geçirilmesinde devlet, sosyal güvenlik kuruluşlarının, kurulup işletilmesini düzenlerken kuşkusuz, aktuaryel dengeleri gözetmek ve bu kuruluşların sağladığı olanaklardan herkesin adil ve eşit biçimde yararlanmalarını sağlamakla yükümlüdür. Ancak, bunu yaparken öncelikle Anayasa'nın, 17. maddesi uyarınca herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile 20. maddesi doğrultusunda özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu gerçeğini dikkate almak zorundadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY GEREKÇESİ

1- 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin itiraz istemlerine konu son fıkrası, eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıklarının kesileceği; bu kişilere ödenmiş olan tutarların, bu Kanun'un 96. maddesi hükümlerine göre geri alınacağını hükme bağlamaktadır.

5510 sayılı Kanundan önce yürürlükte olan 506, 1479, 2925 ve 5434 sayılı Kanunlarda bu yönde bir düzenleme bulunmadığı, iptali istenen hükmün ilk kez 5510 sayılı Kanun'un 56. maddesi ile yürürlüğe konulduğuna işaret etmek gerekir.

2- "Boşanma", Medeni Kanunun düzenlediği, evliliğe son veren bir hukuki kurumdur. Kesinleşmiş bir boşanma kararı (ilâmı), kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını doğurur ve Anayasa'nın 138. maddesi uyarınca da boşanmaya ilişkin bir mahkeme kararı karşısında yasama ve yürütme organları ile idare, bu karara uymak ve icaplarına uygun davranmak mecburiyetindedir. Hukukun öngördüğü yol ve esaslar dışında, kesinleşmiş bir mahkeme kararı konusunda **"muvazaa"** tabirinin kullanılması, başta Anayasa olmak üzere, hukukun genel ilkelerine de aykırı düşer. Esasen itiraza konu kuralda da bir "muvazaa"dan söz edilmemekte, buna mukabil "eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşama" hali, evvelce bağlanmış olan gelir ve aylığın kesilmesi nedeni teşkil etmektedir.

Boşanılan eşle yeniden birlikte yaşama hali (durumu), Anayasa'nın 20. maddesinin koruması altındaki bir "özel hayat" tercihidir. Bu madde uyarınca da, herkesin bu özel hayat tercihine saygı göstermesi ve bu hayatın gizliliğine dokunamaması ve sorgulayamaması gerekli bulunmaktadır. Oysa 5510 sayılı Kanun'un 55. maddesi "yoklama" adı altında, Sosyal Güvenlik Kurumu görevlilerine özel hayatların sorgulanması ve irdelenmesi, bu konuda tutanak (rapor) düzenlenmesi görevini yükleyerek; itiraza konu 56. maddenin son fıkrasının tatbikatını sağlamaktadır. Kural, bu şekliyle Anayasa'nın 20. maddesine açıkça aykırı düşmektedir.

Diğer yandan, kural boşandığı eşiyle bir arada yaşayan kişiyi aylıktan yoksun bırakırken, eşinden boşanmış, ancak gayri ahlâki ilişkiler ve yaşam tarzını benimsemiş kişiler yönünden hiçbir yaptırım

öngörmediğinden, bu kişiler aylıklarını almaya devam edeceklerdir. Diğer bir deyişle, yasakoyucu Anayasa'nın koruması altındaki özel hayat biçimlerinden bir bölümünü bir hak yoksunluğu nedeni sayarken, kalanını bu kapsamda değerlendirmemektedir. Bu düşünce ve yaklaşım biçiminin toplumsal, ahlâki ve etik yönlerden haklı yönleri olabileceği düşünülebilir ve savunulabilirse de, Anayasa'nın koruması altındaki tüm özel hayat biçimlerinin toplumsal ve insani yaptırımlar (kınama, ayıplama v.b) dışında hukuki yaptırımlarla ve hak yoksunluğu sonucunu doğuran kurallarla cezalandırılması, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti" ilkesine de aykırıdır.

3- Kurumun aktüeryal dengesi, haksız maaş alma, diğer çalışanların haklarının ihlâl edilmesi vb. nedenlerin gerçekte var olması, Anayasa'ya aykırı kurallar koymak suretiyle bu "haksızlığın" giderilmesini haklı kılamaz. Anayasa'nın 60. maddesinin öngördüğü sosyal güvenlik hakkının yitirilmesi sonucunu doğuran bir olgunun aynı zamanda yine Anayasa'nın meşru gördüğü hukuki bir nedene dayanması gerekir. Dava konusu kural, bir sosyal güvenlik hakkının (aylık) haksız biçimde yitirilmesi sonucunu doğurduğundan, Anayasa'nın 60. maddesine aykırıdır.

4- Açıklanan nedenlerle, itiraz istemlerine konu kuralın Anayasa'nın 2., 20. ve 60. maddelerine aykırı düşmesi nedeniyle iptali gerektiğini değerlendirdiğimizden; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Engin YILDIRIM

Esas Sayısı : 2009/56

Karar Sayısı : 2011/71

Karar Günü : 28.4.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 17.8.1983 günlü, 2880 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davada, dava konusu işlemin dayanağı olarak görülen itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılarak iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Abant İzzet Baysal, Afyon Kocatepe, Cumhuriyet, Dicle, Düzce, Fırat, Gaziosmanpaşa, Harran, Kafkas, Kahramanmaraş Sütçü İmam, Mustafa Kemal, Yüzüncü Yıl ve Zonguldak Karaelmas Üniversitelerine bağlı Tıp Fakültelerinin anabilim ve bilim dalı bazında öğretim üyesi ihtiyaçlarının 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 41. maddesi uyarınca 2009-2010 öğretim yılı sonuna kadar ve en az bir yıl süre ile karara ekli listede belirtilen üniversitelerin tıp fakülteleri tarafından karşılanmasına ilişkin Yükseköğretim Yürütme Kurulu'nun 26.2.2009 günlü, 2009/7 sayılı kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada; Danıştay Sekizinci Dairesince verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne ilişkin 2.6.2009 günlü, E:2009/2295 sayılı karara, davalı idarenin itiraz etmesi üzerine açılan dosya incelendi:

Davaya Konu Olay ve Davacının İstemi:

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nın 29.1.2009 günlü, 003118 sayılı yazısıyla, 2547 sayılı Yasanın 41. maddesi gereğince tıp fakültelerinin öğretim üyesi ihtiyaçlarının karşılanması düşünüldüğünden tıp fakültelerinde öğretim üyesine ihtiyaç duyulan anabilim ve bilim dallarının bildirilmesinin onbeş üniversite rektörlüğünden istenildiği; ilgili üniversitelerce yanıt verilmesi üzerine Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı Yürütme Kurulu'nun davaya konu 26.2.2009 günlü, 2009/7 sayılı kararıyla;

"1) Abant İzzet Baysal, Afyon Kocatepe, Cumhuriyet, Dicle, Düzce, Fırat, Gaziosmanpaşa, Harran, Kafkas, Kahramanmaraş Sütçü İmam, Mustafa Kemal, Yüzüncü Yıl ve Zonguldak Karaelmas Üniversitesi Rektörlüklerinin ihtiyaç talep yazıları üzerine, bu üniversitelere bağlı Tıp Fakültelerinin anabilim ve bilim dalı bazında öğretim üyesi ihtiyaçlarının, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 41. maddesi hükümleri uyarınca, 2009-2010 öğretim yılı sonuna kadar ve en az 1 (bir) yıl süre ile aşağıda belirtilen üniversitelerin tıp fakülteleri tarafından karşılanmasına,

2) Bu çerçevede görevlendirilen öğretim üyelerinin kadrosunda bulundukları üniversite rektörlüklerince Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına bildirilmesine,

3) Bu öğretim üyelerine, kadrosunda bulundukları üniversitedeki akademik yükselmelerde, 2547 sayılı Kanun hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla, öncelik verilmesine"

karar verilmiş; kararın ekinde ise öğretim üyesi ihtiyacı bulunan üniversitelerin anabilim/bilim dalları ve öğretim üyesi ihtiyacını karşılaması uygun görülen üniversiteler liste halinde belirtilmiştir.

Davacı tarafından, 2547 sayılı Yasa'nın ilgili düzenlemeleri gereğince kadro ihtiyaçları gözetilerek üniversite kurulması gerekirken bu zorunluluğa uyulmadığı, 2547 sayılı Yasa'nın 41. maddesinin yükseköğretimin sürdürülebilmesi için görevlendirmeyi düzenlediği halde dava konusu işlem ile sağlık hizmetinin yürütülmesi için görevlendirme yapıldığı, dava konusu işlemin uygulanması halinde öğretim üyesi gönderecek tıp fakültelerinde eğitim, sağlık hizmeti ve bilimsel araştırmaların aksayacağı, ihtiyaç bulunan kadrolara atama yapılması gerekirken geçici görevlendirme yoluna gidilmesinin hukuka

aykırı olduğu, gitmeyen öğretim üyelerinin müstafi sayılacakları için bunun bir zorla çalıştırma yasağı kapsamına girdiği, öğretim üyelerinin çalışmalarının kesintiye uğrayacağı, ailevi ve kişisel yaşamlarında ciddi sorunlara yol açacağı ve mali haklarında da ciddi kayıplara neden olacağı, ihtiyacın ortaya çıkmasının nedenlerinden birinin ilgili üniversitelerdeki öğretim üyelerinin Sağlık Bakanlığı Hastanelerindeki şef ve şef yardımcılığı kadrolarına atanmaları olduğu iddia edilerek bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Yasa Kuralları

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda, öğretim elemanlarının görevlendirilmesi konusu 40. ve 41. maddelerde düzenlenmiştir.

Bunlardan "Kurumlararası yardımlaşma" başlıklı 40. maddede; öğretim üyelerinin, ihtiyacı olan üniversitenin isteği ve kendi arzusu ile görevlendirilecekleri öngörülürken "Öğretim üyesi ihtiyacının karşılanması" başlıklı 2880 sayılı Yasayla değişik 41. maddede;

"Yükseköğretim Kurulunca; bu kanun kapsamındaki Devlet yükseköğretim kurumlarının, çeşitli bilim ve sanat dallarındaki öğretim üyesi ihtiyaçları ve bu öğretim üyesi ihtiyaçlarının hangi yükseköğretim kurumlarından karşılanacağı, öğretim üyesi mevcutları dikkate alınarak tespit edilir ve ihtiyaçlar karşılanmak üzere ilgili üniversitelere bildirilir. Bu üniversitelerin rektörleri Yükseköğretim Kurulunca ihtiyaç listelerinin kendilerine intikal ettirilmesi tarihinden itibaren en çok iki hafta içinde ihtiyaçları karşılamak üzere hangi öğretim üyelerini görevlendirdiklerini Yükseköğretim Kuruluna bildirirler. Bu görevlendirmeler bir yarı yıldan az, dört yarı yıldan fazla olmamak üzere kadroları kendi üniversitelerinde kalmak kaydıyla yapılır.

Bu madde hükümlerine göre veya 40 ıncı maddenin (b) fıkrası hükmüne göre yapılan görevlendirmelerde tebligat, işten ayrılma, mehil müddeti ve işe başlama konularında Devlet memurlarına ilişkin hükümler uygulanır.

Bu madde veya bu Kanunun 40 ıncı maddesinin (b) fıkrası hükümlerine göre yapılan görevlendirmelerde, görevlendirme kararında görev süreleri belirtilir. Bunlara özlük hakları kurumlarında devam etmek kaydıyla görev yapacağı kurumun bulunduğu yer ve özelliklerine göre o kurum kadrolarında çalışanların yararlandıkları ödenek ve diğer

haklar ve 6245 sayılı Harcırah Kanununa göre geçici görev yolluğu, görev yapacağı üniversite bütçesinden ödenir.

Bu maddede veya bu Kanunun 40 ıncı maddesinin (b) fıkrasında belirtildiği şekilde görevlendirildikleri kendilerine tebliğ edilenlerden kanuni süresi içinde göreve başlamayanlar istifa etmiş sayılır. Bu şekilde istifa etmiş sayılanlar, bu hizmeti yerine getirmedikçe herhangi bir yükseköğretim kurumunda yeniden görevlendirilemezler ve diğer kamu kuruluşlarında çalıştırılamazlar."

düzenlemesine yer verilmiştir.

41. maddede, Yükseköğretim Kurulu tarafından belirleme yapılırken öğretim üyesi mevcudunun dikkate alınması öngörülmüş olmasına karşın rektörlerin görevlendirmede uygulayacakları esaslar konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Değinilen 41. maddenin 1983 yılında 2880 sayılı Yasayla yeniden düzenlemeden önceki ilk halinde öncelikle istekli olanların görevlendirileceği, istekli çıkmaz veya yeterli sayıda olmazsa ad çekme yöntemi ile belirleneceği düzenlenmişken 2880 sayılı Yasayla yapılan mevcut düzenleme sonucu, görevlendirileceklerin tespitinde tek yetkili rektör olarak belirlenmiş, ancak yukarıda da değinildiği gibi rektörlerin hangi esaslara göre belirleme yapacakları konusuna Yasada yer verilmemiştir.

Buna göre, 2547 sayılı Yasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile Yükseköğretim Kuruluna, öğretim üyesi ihtiyacı bulunan üniversiteler ile bu ihtiyacı karşılayacak üniversiteleri öğretim üyesi mevcutlarını dikkate almak suretiyle tespit etme yetkisi verilmiş ve Yükseköğretim Yürütme Kurulunca da bu yetki kullanılarak davaya konu karar alınmış ise de; dava konusu işlemin 2. kısmı uyarınca yapılan bu belirlemenin aynı zamanda görevlendirme yapma hususunda üniversite rektörlerine yönelik bir direktif niteliğinde olduğu ve ilgili rektörlerin bu direktifin aksine hareket edebilmelerinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun zorunlu sonucu olarak aynı fıkranın ikinci tümcesi hükmü nedeniyle üniversite rektörleri ihtiyacı karşılamak üzere görevlendirilecek öğretim üyelerini onbeş gün içinde belirleyip Yükseköğretim Kurulu'na bildirmekle yükümlü tutulmuşlardır. Bu durumda, 2547 sayılı Yasa'nın 41. maddenin birinci fıkrasının ikinci tümcesi olayda uygulanacak kural niteliğindedir.

Bu nedenle, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun "Öğretim Üyesi İhtiyacının Karşılanması" başlıklı 2880 sayılı Yasayla değişik 41. maddesinin birinci fıkrasının "Bu üniversitelerin rektörleri Yükseköğretim Kurulunca ihtiyaç listelerinin kendilerine intikal ettirilmesi tarihinden itibaren en çok iki hafta içinde ihtiyaçları karşılamak üzere hangi öğretim üyelerini görevlendirdiklerini Yükseköğretim Kuruluna bildirirler." hükmünü taşıyan ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

Değinilen Yasa Kuralının Anayasa'ya Aykırılığının Değerlendirilmesi:

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 130., 131. ve 132. maddeleri yükseköğretim kurum ve kuruluşlarını düzenlemektedir. Anayasakoyucu, Anayasa'nın 130. maddesiyle üniversiteleri bir Anayasal kuruluş olarak kabul etmiş ve üniversitelerle ilgili başlıca kuralları belirtmiş, üniversitelerin "kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe" sahip olmalarını öngörmüştür.

Anayasa'nın 130. maddesi, üniversite çalışmalarını, eğitim ve öğretimin her türlü dış etkiden uzak, bilimin gerektirdiği yansız ve baskısız bir ortamda yapılmasını sağlayacak biçimde düzenlemiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi, "Bilimsel özerklik", geniş bir kavramdır. Anayasa, bu ilkesiyle üniversiteleri, 2. maddesinde yer alan temel niteliklere sahip bir hukuk devletinin

üniversitesine yaraşır biçimde öğretim, araştırma ve yayın konularını belirlemek ve yürütmek serbestliğine sahip kılmış bulunmaktadır. Anayasa'nın 130. maddesi, üniversitelerin yine bir hukuk devletinin üniversitesine yaraşır biçimde, uygar ve evrensel karakterde öğretim-eğitim, araştırma ve yayın konularında bilimsel özerkliğe sahip bir kamu tüzelkişisi biçiminde kurulmasını ve Cumhuriyetin temel organları içinde bu niteliğiyle yer almasını istemiş, üniversitelerin öğretim üyeleri ve yardımcılarını, bir meslek sınıfı olarak düşünmüş ve buna göre düzenlemeler yapmıştır.

Nitekim Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında;

"Yükseköğretim kurumlarının kuruluş ve organları ile işleyişleri ve bunların seçimleri, görev, yetki ve sorumlulukları, üniversiteler üzerinde Devletin gözetim ve denetim hakkını kullanma usulleri, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, öğretim elemanı yetiştirme, üniversitelerin ve öğretim elemanlarının kamu kuruluşları ve diğer kurumlar ile ilişkileri, öğretim düzeyleri ve süreleri, yükseköğretime giriş, devam ve alınacak harçlar, Devletin yapacağı yardımlar ile ilgili ilkeler, disiplin ve ceza işleri, malî işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenimin ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi, Yükseköğretim Kuruluna ve üniversitelere Devletin sağladığı malî kaynakların kullanılması kanunla düzenlenir."

hükmüne yer verilmek suretiyle maddede belirtilen diğer kimi konuların yanı sıra "üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi" konusunun da yasayla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 130. maddesi üniversite öğretim üyelerine belirli haklar ve yetkiler tanımıştır. Bilimsel özgürlük, serbestçe araştırmada ve yayında bulunabilme, öğrenim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkileri bunlara örnek olarak gösterilebilir.

Buna göre belirtilen güvencelerin sağlanabilmesi, hukuki güvenliğin oluşturulabilmesi için öğretim üyelerinin diğer üniversitelerde görevlendirilmesinde uygulanacak usul ve esasların yasada düzenlenmesi gerekirken, sadece yetkili makamı belirleyen, ancak yetkili

makamca görevlendirmenin hangi kriterlere göre yapılacağını düzenlemeyen 41. maddenin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasına aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'nın 130. maddesine aykırılık oluşturan kural, kuşkusuz, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti İlkesi"ne de aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak bir yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 41. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 16.7.2009 gününde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 17.8.1983 günlü, 2880 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle değiştirilen ve iptali istenilen kuralı da içeren *"Öğretim Üyesi İhtiyacının Karşılanması"* başlıklı 41. maddesi şöyledir:

"Yükseköğretim Kurulunca; bu kanun kapsamındaki Devlet yükseköğretim kurumlarının, çeşitli bilim ve sanat dallarındaki öğretim üyesi ihtiyaçları ve bu öğretim üyesi ihtiyaçlarının hangi yükseköğretim kurumlarından karşılanacağı, öğretim üyesi mevcutları dikkate alınarak tespit edilir ve ihtiyaçlar karşılanmak üzere ilgili üniversitelere bildirilir. ***Bu üniversitelerin rektörleri Yükseköğretim Kurulunca ihtiyaç listelerinin kendilerine intikal ettirilmesi tarihinden itibaren en çok iki hafta içinde ihtiyaçları karşılamak üzere hangi öğretim üyelerini görevlendirdiklerini Yükseköğretim Kuruluna bildirirler.*** *Bu görevlendirmeler bir yarı yıldan az, dört yarı yıldan fazla olmamak üzere kadroları kendi üniversitelerinde kalmak kaydıyla yapılır.*

Bu madde hükümlerine göre veya 40 ıncı maddenin (b) fıkrası hükmüne göre yapılan görevlendirmelerde tebligat, işten ayrılma, mehil müddeti ve işe başlama konularında Devlet memurlarına ilişkin hükümler uygulanır.

Bu madde veya bu Kanunun 40 ıncı maddesinin (b) fıkrası hükümlerine göre yapılan görevlendirmelerde, görevlendirme kararında görev süreleri belirtilir. Bunlara özlük hakları kurumlarında devam etmek kaydıyla görev yapacağı kurumun bulunduğu yer ve özelliklerine göre o kurum kadrolarında çalışanların yararlandıkları ödenek ve diğer haklar ve 6245 sayılı Harcırah Kanununa göre geçici görev yolluğu, görev yapacağı üniversite bütçesinden ödenir.

Bu maddede veya bu Kanunun 40 ıncı maddesinin (b) fıkrasında belirtildiği şekilde görevlendirildikleri kendilerine tebliğ edilenlerden kanuni süresi içinde göreve başlamayanlar istifa etmiş sayılır. Bu şekilde istifa etmiş sayılanlar, bu hizmeti yerine getirmedikçe herhangi bir yükseköğretim kurumunda yeniden görevlendirilemezler ve diğer kamu kuruluşlarında çalıştırılamazlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 9.9.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 17.8.1983 günlü, 2880 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle değişik *"Öğretim Üyesi*

İhtiyacının Karşılanması" başlıklı 41. maddesi, öğretim üyesi ihtiyacı bulunan bir üniversitenin bu ihtiyacının başka bir üniversiteden karşılanmasında uyulacak usul ve esasları düzenlemektedir. Buna göre;

Yükseköğretim Kurulunca, bu kanun kapsamındaki Devlet Yükseköğretim kurumlarının, çeşitli bilim ve sanat dallarındaki öğretim üyesi ihtiyaçları ve bu öğretim üyesi ihtiyaçlarının hangi yükseköğretim kurumlarından karşılanacağı, öğretim üyesi mevcutları dikkate alınarak tespit edilecek ve Yükseköğretim Kurulunca yapılan bu tespitler, ihtiyaçlar karşılanmak üzere ilgili üniversitelere bildirilecektir.

Yükseköğretim Kurulunca kendilerine bildirimde bulunulan üniversitelerin rektörleri, ihtiyaç listelerinin kendilerine intikal ettirilmesi tarihinden itibaren en çok iki hafta içinde, bu işte görev alacak olan öğretim üyelerini belirleyecekler ve ihtiyaçları karşılamak üzere hangi öğretim üyelerini görevlendirdiklerini Yükseköğretim Kuruluna bildireceklerdir.

Bu görevlendirmeler bir yarı yıldan az, dört yarı yıldan fazla olmamak üzere öğretim üyelerinin kadrolarının kendi üniversitelerinde kalması kaydıyla yapılacak ve görevlendirme kararında görev süreleri belirtilecek; madde hükümlerine göre yapılan görevlendirmelerde tebligat, işten ayrılma, mehil müddeti ve işe başlama konularında Devlet memurlarına ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Görevlendirilen öğretim üyelerinin özlük hakları kurumlarında devam edecektir. Ayrıca, bunlara görevlendirme kararına bağlı olarak görev yapacakları kurum kadrolarında çalışanların yararlandıkları ödenek ve diğer haklar ile 6245 sayılı Harcırah Kanununa göre doğan geçici görev yollukları da ödenecektir. Bu ödemeler görev yapacakları üniversite bütçesinden ödenecektir.

Maddede belirtildiği şekilde görevlendirildikleri kendilerine tebliğ edilenlerden, kanuni süresi içinde göreve başlamayanlar istifa etmiş sayılacaklardır. Bu şekilde istifa etmiş sayılanlar, bu hizmeti yerine getirmedikçe herhangi bir yükseköğretim kurumunda yeniden görevlendirilemeyeceklerdir ve diğer kamu kuruluşlarında çalıştırılamayacaklardır.

Görüldüğü üzere, maddede, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi konusu düzenlenirken, görevlendirmeyi kimin yapacağı, görevlendirme süresinin ne kadar

olabileceği, görevlendirilen öğretim elemanlarının özlük haklarının ne olacağı, görevlendirme kararının gereğinin yerine getirilmemesi halinde bunun yaptırımının ne olacağı hususları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun "*Öğretim Üyesi İhtiyacının Karşılanması*" başlıklı 41. maddesinin (1983 yılında 2880 sayılı Yasa'yla yeniden düzenlenmeden önceki) ilk haline göre, ihtiyacı olan üniversitelerde öncelikle istekli olanların görevlendirileceği, istekli çıkmaz veya yeterli sayıda olmazsa görevlendirilecek olan öğretim üyelerinin ad çekme yöntemi ile belirleneceği öngörülmüşken, maddenin halen yürürlükte bulunan halinde, Yükseköğretim Kurulu tarafından belirleme yapılırken üniversitelerin öğretim üyesi mevcutlarının dikkate alınacağı belirtilmiş olmasına karşın, rektörlerin görevlendirmede uygulayacakları esaslar konusunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği ve bu konuda tek yetkili olarak rektörlerin belirlendiği, oysa anayasakoyucunun, Anayasa'nın 130. maddesiyle üniversiteleri anayasal bir kuruluş olarak kabul ettiği ve üniversitelerle ilgili başlıca kuralları belirleyip, üniversitelerin "kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe" sahip olduklarını kurala bağlayıp, başka konularla birlikte **"üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi"** konusunun da yasayla düzenlenmesini öngördüğü, dolayısıyla bu hüküm uyarınca öğretim üyelerinin diğer üniversitelerde görevlendirilmesinde uygulanacak usul ve esasların da yasada düzenlenmesi gerekirken, iptali istenilen kuralda sadece yetkili makamın belirlenip, yetkili makamca görevlendirmenin hangi kriterlere göre yapılacağının düzenlenmediği, hal böyle olunca 41. maddenin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasına aykırı olduğu, Anayasa'nın 130. maddesine aykırı olan kuralın, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti ilkesi"yle de bağdaşmadığı ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun

üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın *"Yükseköğretim kurumları"* başlıklı 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında diğer bazı hususların yanında üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi konusu da kanunla düzenlenmesi gereken bir alan olarak ele alınmıştır. Keza 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinde *"Gerektiğinde yeni kurulan veya gelişmekte olan üniversitelere gelişmiş üniversitelerin eğitim - öğretim ve eleman yetiştirme alanlarında yapacağı katkıyı gerçekleştirmek için gelişmiş üniversiteleri görevlendirmek ve bu konudaki uygulama esaslarını tespit etmek*" Yükseköğretim Kurulu'nun görevleri arasında sayılmıştır.

Belirtilen bu Anayasal ve yasal düzenlemelerden, öğretim üyesi ihtiyacı bulunan üniversitelerin bu ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla gelişmiş üniversitelerin öğretim üyeleri arasından görevlendirme yapılabileceği anlaşılmaktadır. İtiraz konusu yasa kuralında da, ihtiyacı karşılayacak sayı ve nitelikte öğretim üyesinin görevlendirilmesi konusunda Yükseköğretim Kurulu'nca tespit edilecek üniversitelerin rektörlüklerine görev ve yetki verilmektedir. Buna karşılık, öğretim üyelerini görevlendirecek olan üniversite rektörlüğünün görevlendirilecek öğretim üyesini hangi kriterlere göre belirleyeceği konusunda hiçbir hükme Yasa'da yer verilmemiştir. Bu çerçevede, görevlendirmeyi yapacak olan rektörlük makamının konunun muhatabı olan herhangi bir öğretim üyesini görevlendirilebileceği, bu durumun ise öğretim üyesi gönderecek üniversitelerin çalışmaları ve ilgili öğretim üyeleri bakımından belirsizlik oluşturacağı açıktır.

İtiraz konusu yasa kuralı, rektörlük makamına tanınan yetkinin hangi ölçütler çerçevesinde kullanılacağına ilişkin hiçbir hüküm içermemesi nedeniyle kişilere hukuki güvenlik sağlamayı hedefleyen hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamakta ve üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesinin yasayla düzenlenmesini buyuran Anayasal kurala da aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu yasa kuralı, Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

2547 sayılı Kanun'un 17.8.1983 günlü, 2880 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, 28.4.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

1- 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun 17.8.1983 günlü, 2880 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 2547 sayılı Kanun'un 17.8.1983 günlü, 2880 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

28.4.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/66

Karar Sayısı : 2011/72

Karar Günü : 28.4.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iki ay" ibaresi ile 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "hapis" sözcüğünün, Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Tekzip metninin mahkemenin kararında belirtilen biçimde usulüne uygun olarak yayımlanmaması nedeniyle Şişli Cumhuriyet Başsavcılığınca ilgili gazetenin sorumluları hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu ibare ve sözcüğün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için re'sen Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

A- Başvuran Mahkemenin 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iki ay" ibaresinin iptaline ilişkin başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Sanıklara müsnet suçun 5187 sayılı Basın Yasası kapsamında kaldığı, Basın Yasasının 26/1. maddesinde gazetenin araç kılınması suretiyle işlenen suçlarla ilgili ceza davasının 2 aylık yasal süresinde açılmaması halinde davanın görülemeyeceği öngörülmüştür.

Burada öngörülen iki aylık süre suçun işlendiği tarihte başlamaktadır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasasının 175/1. maddesinde kamu davasının iddianamenin kabulüyle açılmış sayılacağı belirtilmiştir. Mahkemece iddianamenin kabulüne ilişkin yasal olarak

verilmesi gerekli kararın tarihi de bu iki aylık yasal sürenin hesabında son gün olarak dikkate alınmaktadır.

Hukukumuzda savunma alınmadan ceza davasının açılamayacağı, gazete yazarları ve sorumlu müdürleri hakkında C. Savcılıklarınca çıkartılan davetiyeler uygulamadaki teknik nedenler dolayısıyla bir aydan önce ilgili şahıslara ulaştırılması mümkün değildir, sanıkların savunmaları alınmadan da ceza davasının açılması 5271 sayılı CMK'nın 170. maddesinde belirtilen koşulları taşımaması nedeniyle iddianamenin iadesine neden olmaktadır. Sözlü veya mektupla işlenen hakaret suçlarında 5237 sayılı TCK nun 73/1 maddesinde 6 aylık şikayet süresi olduğu halde, herkese basın yoluyla duyurulan hakaret fiillerinde bu sürenin iki ayda sınırlandırılması hak arama özgürlüğüne haksız bir müdahale oluşturmaktadır.

CMK'nın 174. maddesinde 15 gün içerisinde iddianameyi inceleyen hakimin Cumhuriyet Savcılığına iade etme hakkı vardır. Bu durumda Basın Yasasının 26/1. maddesinde yer alan 2 ay içerisinde davanın açılması zorunluluğu kuralı olay mağdurlarının hak arama özgürlüğü ilkesini zedelemekte suç işleyenlere yasa ile haksız yere ceza soruşturmasından kurtulma olanağı tanımaktadır. Sonuç itibariyle mağdurun hak arama olanağı bertaraf edilmiştir.

5187 sayılı Basın Yasasının 26/1. maddesi Anayasanın 2. maddesinde ve 5. maddesinde belirtilen hukuk devleti olması ilkesine, Anayasanın 36. maddesinde belirtilen hak arama özgürlüğü ilkesine aykırı bulunmuştur,

Bu itibarla; 5187 sayılı Yasanın 26/1. maddesinde yer alan 2 aylık süre koşulu Anayasanın hak arama özgürlüğünün kullanılmasını öngören 36. maddesine Anayasanın 2. ve 5. maddesinde belirtilen Devletin hak arama olanaklarını tıkamamasını gerektiren Hukuk Devleti ilkesine aykırılığı konusunda yüksek karar mercii olan Anayasa Mahkemesince konuyla ilgili değerlendirme yapılması gereklidir."

B- Başvuran Mahkemenin 5237 sayılı Kanun'un 51. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "hapis" sözcüğünün iptaline ilişkin başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"5187 sayılı Basın Yasasında düzeltme ile ilgili kararların usulüne uygun olarak yayınlanmamış halinde gazetenin sorumlu yazı işleri

müdürlerinin her birine 50.000,00 TL Adli para cezasının verileceği öngörülmüştür.

5187 sayılı Basın Yasanın 14. ve 18/ilk maddesinde yer alan suç tipi şekli suçlardandır.

Türk Ceza Mevzuatımız para cezası öngören suçlarda tecil olanağı tanımamıştır, 2 yıla kadar hapis cezası öngören darp, tehdit, cinsel taciz, görevi kötüye kullanma, resmi belgede sahtecilik gibi daha ağır suçlarda TCK 51. madde uyarınca cezanın tecili olanağı tanınmıştır.

Para cezasını gerektiren suçlar nitelik olarak hapis cezasını gerektirmeyen boyutta bulunduğu, hukuk düzenini hapis cezasını gerektiren fiiller kadar bozmadığı Ceza Hukukunun temel ilkelerindendir.

5237 sayılı TCK'nun 51. maddesinde yer alan hapis cezası ibaresinin uygulamada eşitsizlikler yarattığı daha ağır suçlarda sanıklara cezanın etkilerinden kurtulma olanağı tanındığı halde daha hafif nitelikteki suçlarda tanınmamış olması, Devletin objektif Adalet ilkelerine uymasını öngören Anayasanın 2. ve 5. maddesindeki Hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaşmamaktadır, bu nedenle TCK'nun 51. maddesinde yer alan hapis ibaresinin iptali gerekmektedir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun iptali istenen ibareyi de içeren 26. maddesi şöyledir:

"Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden **iki ay**, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.

Bu süreler basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten başlar. Basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde yukarıdaki sürelerin başlama tarihi, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarihtir. Ancak bu süreler, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamaz.

Sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlatıldığı iddia edilen eserden dolayı yayımlatan aleyhine açılacak dava yönünden süre, sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili hakkında verilecek beraat kararının kesinleşmesinden itibaren başlar.

Sorumlu müdürün yayımlanan eserin sahibini bildirmesi durumunda, eser sahibi aleyhine açılacak davada süre, bildirim tarihinden itibaren başlar.

Kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava açma süreleri, suç için kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten başlar.

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi iki ayı geçemez."

2- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun iptali istenen sözcüğü de içeren 51. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle **hapis** cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;

a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması,

b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması,

Gerekir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla 9.9.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle on yıllık başvuru yasağı sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. maddesi ile 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

5237 sayılı Yasa'nın 51. maddesinin başlığının ve iptali istenen ibareyi de içeren (1) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "…iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir.." ibaresine yönelik itiraz başvurusu, Anayasa Mahkemesinin 19.2.2009 günlü, E. 2007/69, K. 2009/26 sayılı kararıyla Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile esastan reddedilmiş ve bu karar 2.6.2009 günlü, 27246 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için, önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 2.6.2009 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Bu nedenle, 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "… hapis …" sözcüğünün iptaline ilişkin itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddelerinin son fıkraları gereğince REDDİNE, dosyada eksiklik bulunmadığından, 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… iki ay …" ibaresinin ise esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer

yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde altı aylık şikayet süresi öngörülmesine karşın itiraza konu kuralla basın suçlarında dava açma süresinin iki aylık süreyle sınırlandırılmasının Devletin hak arama olanaklarını tıkamamasını gerektiren hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, ayrıca bu durumun suçtan mağdur olanların hak arama özgürlüğüne müdahale anlamına geldiği belirtilerek, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralı da içeren 5187 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde, dava açma sürelerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Buna göre, basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanun'da öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Başvuran Mahkeme, günlük süreli yayınlar için söz konusu olan iki aylık dava açma süresinin iptalini istemektedir. Maddenin ikinci fıkrasında kovuşturulması şikâyete bağlı olmayan suçlarda söz konusu sürelerin basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edildiği tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, basılmış eserlerin Cumhuriyet Başsavcılığına teslim edilmemesi halinde ise yukarıdaki sürelerin başlama tarihinin, suçu oluşturan fiilin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından öğrenildiği tarih olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Aynı fıkrada, bu sürelerin, Türk Ceza Kanununun dava zamanaşımına ilişkin maddesinde öngörülen süreleri aşamayacağı da belirtilmiştir. Buna karşılık, Yasa'nın 26. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda dava açma süresi, kanunun öngördüğü dava zamanaşımı süresini aşmamak şartıyla, suçun işlendiğinin öğrenildiği tarihten itibaren başlayacaktır.

Yasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen süreler, hak düşürücü süreler niteliğinde olup, her hangi bir şekilde uzamaları ya da kısalmaları söz konusu değildir. Ancak, aynı Yasa'nın 26. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca, kamu davasının açılmasının izin veya karar alınmasına bağlı olduğu suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla bu süreler duracaktır. Bu takdirde durma süresi, iki ayı geçemeyecektir.

İtiraz konusu ibarenin yer aldığı 26. maddenin birinci fıkrasında, "davanın açılması"ndan söz edilmektedir. 5187 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Hakkında Kanun'da iddianamenin düzenlenip mahkemeye verilmesiyle birlikte kamu davası açılmış sayılmakta idi. Oysa, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 175. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise kamu davasının iddianamenin kabulü kararıyla açılmış sayılacağı hükmü yer almaktadır. Bu durumda, Yargıtayın istikrar bulmuş kararlarında da ifade edildiği üzere, 5271 sayılı Yasa'nın 174. maddesinde iddianamenin kabul edilmesi için öngörülen onbeş günlük süre, 5187 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde belirtilen iki aylık dava açma süresine dahil olmaktadır. Böylece, 5271 sayılı Yasa'daki düzenlemeler, 5187 sayılı Yasa'da öngörülen iki aylık dava açma süresinin kısalması sonucunu doğurmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir.

İtiraz konusu kuralda, basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanun'da öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay içinde açılması gerektiği belirtilmektedir. İtiraz konusu kuralda düzenlenen dava açma süresi, ceza muhakemesi

şartlarından olup, yargılama usulüne ilişkindir. Bu nedenle, basın suçlarında dava açma süresini belirleme yetkisi yasakoyucunun takdirindedir.

Günümüzde hemen hemen bütün ülkelerin basın kanunlarında, basın davalarında gecikmelerin önlenerek basın özgürlüğünün zedelenmesine engel olmak amacıyla, basın suçlarına ilişkin davaların açılması için özel sürelere yer verildiği görülmektedir. Nitekim, itiraz konusu kurala ilişkin gerekçede de basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanun'da öngörülen diğer suçlardan dolayı bu alanda faaliyet gösterenleri uzun süre ceza tehdidi ile karşı karşıya bırakmamak ve böylece basın özgürlüğünü güvence altına almak amacıyla söz konusu suçlar nedeniyle açılacak davalar için belirli süreler öngörüldüğü ifade edilmiştir.

Yasakoyucu basın suçlarında dava açılmasını belirli bir süreyle sınırlama konusundaki takdir yetkisini, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla kullanabilecektir. Bir başka ifadeyle, bir yandan basın mensuplarının uzun süre ceza tehdidi altında bulunmalarına engel olunması, diğer yandan da suçtan mağdur olanların hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla basın suçlarında dava açma süresinin makul bir süre olarak belirlenmesi suretiyle, basın hürriyeti ile hak arama hürriyeti arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Yine, basın suçlarında Cumhuriyet savcılığınca re'sen dava açılmasıyla korunmak istenen hukuki yarar ile basın hürriyetinin korunmasındaki hukuki yarar arasında da makul bir dengenin bulunması gerekir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 174. maddesinde iddianamenin kabulü için öngörülen onbeş günlük sürenin dava açma süresine dahil olması, iddianamenin iadesinden sonra yeniden iddianamenin düzenlenmesi, şüphelinin ifadesinin alınması, adli para cezasını gerektiren suçlarda ön ödeme önerisinde bulunulması gibi durumlarda itiraz konusu ibarede öngörülen iki aylık dava açma süresinin fiili olarak kısalması ve buna bağlı olarak sürenin kaçırılması sonucunun da doğabileceği, ayrıca dava açmanın Cumhuriyet savcısının insiyatifinde bulunduğu da gözetildiğinde, itiraz konusu ibarede yer alan iki aylık dava açma süresinin yeterli ve makul bir süre olmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine dayanılarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 5. maddesi yönünden incelemeye gerek duyulmamıştır.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 66. maddesinin üçüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… iki ay …" ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

1- 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… iki ay …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 5187 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… iki ay …" ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

28.4.2011 gününde karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

EK GEREKÇE

5187 sayılı Basın Kanunu'nun "Dava süreleri" başlıklı 26. maddesinin itiraz konusu ibareyi de içeren birinci fıkrasında *"Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur"* denilmektedir.

Başvuru kararında, günlük süreli yayınlar için belirlenen iki aylık dava açma süresinin iptali istenilmektedir.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kuralların Anayasal denetimi yapılırken, denetime konu kuralın kapsamının belirlenmesinde konuya ilişkin diğer yasa kurallarının da gözetilmesi tabiidir. Bu bağlamda, iki aylık sürenin Anayasal denetiminde, sürenin ölçüsüz biçimde kısa oluşu ile birlikte bu kısa süre içinde dava açma yetkisinin Cumhuriyet savcısına ait olduğu da dikkate alınarak değerlendirme yapılmıştır.

Kuralda yer alan ve günlük süreli yayınlar yönünden iki ay içinde dava açılması zorunluluğunu getiren sürenin, hak düşürücü nitelikte dava açma şartlarından olduğu ve söz konusu sürenin aşılması suretiyle

açılan kamu davalarının şartın gerçekleşmemesi nedeniyle görülemeyeceği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkının bulunduğu belirtilmektedir. Maddede öngörülen dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi temel bir hak olmanın ötesinde, diğer temel hakların korunması için de etkili bir güvence olup, bu özgürlük için getirilmiş bir sınırlama da bulunmamaktadır.

Anayasada güvence altına alınan dava açma hürriyeti herkes için tanınan bir haktır.

Kural ile günlük süreli yayınlar yönünden getirilen iki aylık hak düşürücü nitelikteki dava şartına ilişkin sürenin Cumhuriyet savcısına tanınarak, basın suçu mağdurunun hak arama hürriyeti Cumhuriyet savcısının kullanımına terk edilmiştir. Cumhuriyet savcısının bu süre içinde dava açmaması ya da açamaması halinde davanın görülmeyeceği ve basın suçu mağdurunun hak arama başvurusunun sonuçsuz kalacağı, failinin ise ceza görmeyeceği açıktır. Bu durum, eylemden zarar gören basın suçu mağduru yönünden Anayasal güvence altındaki yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma ile adil yargılanma hakkını sınırlandırmakta bu da Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Kuralda yer alan iki aylık sürenin bu gerekçe ile de iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

9.6.2004 gün ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında; **"**Basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının günlük süreli yayınlar yönünden iki ay, diğer basılmış eserler yönünden dört ay içinde açılması zorunludur.**"** tümcesinde yer alan "iki ay" ibaresinin Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istenilmektedir.

5187 sayılı Yasa, basın suçlarında dava açılmasını belli sürelerle sınırlandırmıştır. Basın suçlarında, yargılamayı hızlandırmak ve basın mensuplarını uzun süre ceza tehdidi altında bırakmamak ve basın özgürlüğünü güçlendirmek amacıyla dava açma sürelerinin öngörülmesi hak arama özgürlüğünün sınırlarını çizen açıklayıcı bir düzenlemedir. Nitekim, Yasa'nın maddeye ilişkin gerekçesinde; "Madde ile basılmış eserler yoluyla işlenen veya bu Kanunda öngörülen diğer suçlardan dolayı bu alanda faaliyet gösterenleri uzun süre ceza tehdidi ile karşı karşıya bırakmamak ve böylece basın özgürlüğünü güvence altına almak amacıyla söz konusu suçlar nedeniyle açılacak davaların sürelere bağlandığı bu sürelerin hak düşürücü süre olarak düzenlendiği, böylece Türk Ceza Kanunu'nun dava zaman aşımı ile ilgili hükümlerinin bu süreler yönünden uygulanmasının önlendiği" belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen "Hukuk Devlet" adaletli bir hukuk düzeninin kurulması ve sürdürülmesi, devlet yönetiminde keyfiliğin değil, hukuk kurallarının egemen olmasıdır.

Anayasa'nın 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre hukuk devletinde yasakoyucu ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Kuralda; iptali istenilen ibarede yer alan "iki ay" şeklindeki dava açma süresi ceza muhakemesi şartlarından olup yargılama usulüne ilişkin bir düzenlemedir ve Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca yasakoyucunun takdirindedir.

Başvuru kararında, Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde altı aylık şikayet süresinin öngörülmesine karşın itiraza konu kuralla basın suçlarında dava açma süresinin iki aylık süreyle sınırlandırılmasının suçtan mağdur olanlarının hak arama özgürlüğüne müdahale anlamına geldiği belirtilerek, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinde herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma ile adil yargılama hakkına sahip olduğu

belirtilmiş, 13. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükmüne yer verilmiştir.

Kurala ilişkin gerekçeden, itiraz konusu "iki ay" şeklindeki ibarenin basının uzun süre ceza tehdidi altında tutularak basın özgürlüğünün zarara uğramaması ve basın suçlarında yargılamada sürati sağlamak amacıyla yasalaştırıldığı dikkate alındığında, yasakoyucunun amacına uygun bir dava açma süresi olduğu anlaşılmaktadır. Esasen ülkemizde basın mensupları aleyhine açılan dava sayısının fazla olması ve bu nedenle basın özgürlüğü bakımından eleştirilere maruz kalındığı dikkate alındığında iki aylık dava açma süresinin haklı bir nedeninin bulunduğu açıktır. Kaldı ki uygulamadan doğan bir takım mağduriyetlerin uygulamayı yapan kişilerin tutum ve davranışları ile ilgili olup, bu durumun idari tedbirlerle giderilebileceği de tabii bulunmaktadır.

Bu durumda; Yasa koyucunun basın suçlarından dolayı açılacak ceza davalarının iki aylık hak düşürücü süre içinde açılması gerektiğine ilişkin düzenleme teknik anlamda bir sınırlama olmayıp ceza yargılama usulüne ilişkin düzenleme niteliği taşımaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 23.7.2009 günlü E: 2006-65; K:2009-114 sayılı kararında, "Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir.

Hak arama özgürlüğü Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede hak arama hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. ve davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasını ifade eden Anayasa'nın 141. maddelerinin, hak arama hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır." denilmek suretiyle, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arma özgürlüğünün kapsamının belirlenmesinde Anayasa'nın 141. ve 142. maddelerinin dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu durumda dava konusu ibarenin yer aldığı kural Anayasa'nın 142. maddesinin verdiği yetkiye istinaden, hukuk devleti ve ceza hukukunun temel ilkelerine uygundur.

Açıklanan nedenle 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iki ay" ibaresinde Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddesine aykırı bir yön bulunmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2009/93

Karar Sayısı : 2011/73

Karar Günü : 28.4.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 9. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 71. maddesinin birinci cümlesinde yer alan *"…eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır."* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, hakkında verilen idari işlemin iptali için açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Hacettepe Üniversitesi Devlet Konservatuarında öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken 01.07.1991 tarihinde kendi isteği ile emekliye ayrıldıktan sonra 17.10.2001 tarihinde vefat eden Hikmet Yasin Şimşek'ten dolayı 01.11.2001 tarihinden itibaren dul aylığı bağlanan, anılan şahsın eşi olan Nihal Şimşek tarafından, dul aylığının %25 oranında ödenmesi yönündeki davalı Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı işleminin iptali istemiyle açılan davada, 5510 sayılı Yasanın Geçici 4. maddesi gereğince uygulanmaya devam edilen 5434 sayılı Yasanın mülga 71. maddesinde yer alan "İştirakçi karı veya koca eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır. Ancak evlenme akdi en az 10 yıl evvel yapılmış veya çocukları olmuş ise bu indirme yapılmaz." hükmündeki "eşinden 30 yaş veya daha büyük ise eşine yarı nispetinde aylık bağlanır" ibaresinin Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunduğundan işin gereği görüşüldü:

5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106. maddesi ile mülga olan 71. maddesinde; "İştirakçi karı veya koca eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır. Ancak evlenme akdi en az 10 yıl evvel yapılmış veya çocukları olmuş ise bu indirme yapılmaz. Emekli olduktan sonra evlenenler hakkında dahi aynı hükümler uygulanır." hükmü düzenlenmiştir.

Öte yandan, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 5434 sayılı Kanuna ilişkin geçiş hükümlerini düzenleyen geçici 4. maddesinin 1. fıkrasında; "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanuna göre; aylık, tazminat, harp malûllüğü zammı, diğer ödemeler ve yardımlar ile 8/2/2006 tarihli ve 5454 sayılı Kanunun 1 inci maddesine göre ek ödeme verilmekte olanlara, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanunda kendileri için belirtilmiş olan şartları haiz oldukları müddetçe bunların ödenmesine devam olunur. Ancak, 5 ilâ 10 yıl arasında fiili hizmet süresi olan iştirakçilerden dolayı dul ve yetim aylığı almakta olanların, aylık ve diğer ödemeleri, bu Kanunun 32 nci, 34 üncü ve 37 nci maddelerindeki şartları haiz oldukları müddetçe devam edilir." hükmüne, 5. fıkrasında ise: "Bu madde kapsamına girenlerin aylıklarının bağlanması, artırılması, azaltılması, kesilmesi, yeniden bağlanması, toptan ödemeleri, ilgi devamı, ihya ve borçlanmaları, diğer ödemeler ve yardımlar ile emeklilik ikramiyeleri hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılır ve bu maddenin uygulanmasında mülga 2829 sayılı Kanun hükümleri ayrıca dikkate alınır." hükmüne yer verilmiştir.

Hukuk devleti bütün faaliyetlerinde hukukun genel ilkeleri ile bağlayıcılığı ve üstünlüğü olan Anayasa hükümlerine uygun hareket etmek zorundadır. Anayasanın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun, refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlandıran ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, yine Anayasanın 2. maddesinde sosyal hukuk devleti niteliği vurgulanan Türkiye Cumhuriyeti Devletinin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü, 10. maddesinde ise; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almıştır.

Yukarıda değinilen 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106. maddesi ile mülga olan 71. maddesinde yer alan "İştirakçi karı veya koca eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır." hükmünün, anılan 5510 sayılı Yasanın geçici 4. maddesinin 1. ve 2. fıkrası gereğince uygulanmasına devam edildiği, söz konusu hükümde yer alan "eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır" ibaresinin eşler arasında 30 yaş ve üzeri fark olması halinde evlenme akdinin en baştan muvazaalı olduğunu kabul ettiği, oysa muvazaanın ancak yargı yerince verilecek kararlarla tespit edilebileceği, ölüm halinde eşe bağlanacak aylık tutarında yaş farkına bağlı olarak farklı bir uygulama yapılmamasının, mülkiyet hukukuna, Anayasanın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesine ve 10. maddesinde yer verilen kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanması gereken 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 71. maddesinde yer alan "eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır hükmünün Anayasa'nın 2, 5 ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddeleri uyarınca söz konusu ibarenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, 15.10.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun itiraz konusu bölümü de içeren 71. maddesi şöyledir:

"***İştirakçi karı veya koca eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır***. *Ancak evlenme akdi en az 10 yıl evvel yapılmış veya çocukları olmuş ise bu indirme yapılmaz.*

(Ek fıkra: 6311 - 3.3.1954) Emekli olduktan sonra evlenenler hakkında dahi aynı hükümler uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 22.12.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kural ile eşler arasında 30 ve üzeri yaş farkının olması halinde evlenme akdinin muvazaalı olduğunun kabul edildiği, oysa muvazaanın ancak yargı yerlerince verilecek kararlarla tespit edilebileceği, ölüm halinde eşe bağlanacak aylık tutarında yaş farkına bağlı olarak farklı bir uygulama yapılmasının Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, eşinden 30 yaş veya daha büyük iştirakçinin ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirerek ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Anayasa'nın 60. maddesinde "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir" denilmekle bireylere gelecekte karşılaşacakları sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için asgari ölçüde bir yaşam düzeyinin amaçlandığı belirtilmektedir. Bu amaç sosyal sigorta kuruluşlarınca kendi kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir ve yerine getirilir.

Sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Sosyal güvenlik kuruluşları, çalışanların geleceğine ilişkin güvenliklerini sağlamak durumundadır. Sosyal güvenlik her şeyden önce, herhangi bir nedenle kısmen ya da tamamen çalışamayanlara ve bu nedenle gelir kaybına uğrayarak muhtaç duruma düşenlere, insan onuruna yaraşır asgarî bir hayat sürmeleri için gerekli gelirin sağlanmasını öngörür. Devletin sosyal olması aktüeryal denge ile sosyal devlet ilkesi arasında uyum olmasını, sosyal güvenlikten kaynaklanan yüklerin gerektiğinde Devlet tarafından karşılanmasını zorunlu kılmaktadır.

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu ile kurulan Emekli Sandığı önceden alınan payın (primin) yeniden dağıtımına dayanan bir sosyal güvenlik kurumudur. İştirakçi olan kişiler

aktif çalışma yaşamları boyunca miktarı ve süresi yasa tarafından belirlenen primleri ödemekte, belli yaşa geldikten sonra da ya bizzat kendileri emekli statüsüne geçerek bu statünün sağladığı yaşlılık aylığından yararlanmakta ya da ölümlerinden sonra hak sahibi olan yakınları ölüm aylığına hak kazanmaktadırlar. Ancak sosyal güvenlik sisteminin sağlıklı olarak çalışması için aktüeryal dengelerin korunması zorunludur. İtiraz konusu kuralda dul aylığının, sigorta sisteminin prensipleri ile aktüeryal dengeler gözetilerek bilimsel verilere göre belirlendiği görülmektedir.

Öte yandan kuralda, Türkiye'nin sosyal gerekleri de dikkate alınarak iştirakçinin dul eşine sosyal güvenlik hakkından yoksun kalmaması için yarı nispetinde aylık bağlanmıştır. Kamu yararı amacıyla kabul edilen bu düzenlemede iştirakçinin dul eşine ekonomik bir güvence sağlanarak sosyal devlet ilkesine de bağlı kalınmıştır. Kaldı ki, 5434 sayılı Yasa'nın 71. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre evlenme akdinin en az 10 yıl evvel yapılmış olması veya çiftin çocuklarının bulunması halinde bu indirim yapılmayacaktır.

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

Yasa koyucunun aktüeryal dengeleri gözeterek takdir yetkisini kullanmak suretiyle kuralda tespit etmiş olduğu yaş farkı eşitlik karşılaştırılmasında esas alınamaz.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 71. maddesinin birinci cümlesinde yer alan "… eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.4.2011 gününde karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 71. maddesinde "İştirakçi karı veya koca eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispette aylık bağlanır. Ancak evlenme akdi en az 10 yıl evvel yapılmış veya çocukları olmuş ise bu indirme yapılmaz. Emekli olduktan sonra evlenenler hakkında dahi aynı hükümler uygulanır." denilmektedir. İtiraz Mahkemesi'nce bu maddenin **"…eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır…"** bölümünün iptali istenmektedir.

Hemen işaret etmek gerekir ki 506, 1479, 2925 ve 5434 sayılı Kanunların yerini alan 31.5.2006 tarih ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve

Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda iptali istenen kurala benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. (md.34) Diğer bir deyişle, 5510 sayılı Kanun kapsamında bulunan sigortalıların eşleri kendilerinden ne kadar küçük olursa olsun, ölüm halinde kalan eşin aylığından herhangi bir kesinti yapılmayacaktır. 5510 sayılı Kanun'a tâbi olarak 1.10.2008 tarihinden itibaren kamu idarelerinde çalışmaya başlayanlar (4/C'liler) bakımından "eş"le ilgili herhangi bir yaş kısıtlaması mevcut değilken; bu tarihten önce kamu görevlisi statüsünde olanlar ile bu statüden emekli olanlar/olacaklar bakımından 5434 sayılı Kanun hükümleri yürürlüğünü sürdürdüğünden, onlar yönünden "eş"e ilişkin 30 yaşlık sınır kriteri uygulanmaya devam edecektir.

2- Belirli evlenme yasakları halleri hariç olmak üzere, kimin kiminle evleneceği/evlenmesi gerektiği konusu Medeni Kanun'un ve Anayasa'nın ilgi alanı dışında olup; bu husus tamamen ilgili çiftlerin bireysel özgürlük alanına dahil bulunmaktadır. Oysa dava konusu kural, Emekli Sandığı iştirakçisinin ya da emeklisinin kendisinden 30 yaş veya daha küçük bir kişi ile evlenmesi halinde, bu eşe bağlanacak aylığın, müstehak olduğu tutarın yarısı kadar olacağını öngörmek suretiyle, evlenme iradesi ve serbestisi üzerinde bir baskı oluşturmaktadır. Bu yönü itibariyle kural hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

3- 5510 sayılı Kanun kapsamında olan iştirakçiler yönünden öngörülmeyen bu hak mahrumiyetinin, bu kanun öncesi 5434 sayılı Kanun'a tâbi iştirakçiler ile emeklilerine uygulanması; tamamen aynı konum ve statüde bulunan kişiler yönünden farklı aylık ödenmesi durumuna yol açtığından, kural Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine de aykırıdır.

4- Anayasa'nın 60. maddesinin öngördüğü sosyal güvenlik hakkı, 5434 ve 5510 sayılı kanun kapsamında "aynı" statü ve konumda bulunan "eşler" yönünden farklı biçimde sonuçlar doğurması itibariyle, Anayasa'nın 60. maddesine de uyarlı düşmemektedir.

5- Açıklanan nedenlerle; itiraz istemine konu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırı olmakla iptali gerektiği kanısına varıldığından; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Engin YILDIRIM

Esas Sayısı : 2008/79

Karar Sayısı : 2011/74

Karar Günü : 12.5.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY ve Kemal KILIÇDAROĞLU

İPTAL DAVASININ KONUSU: 3.7.2008 günlü, 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 1. maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

2) 2. maddesiyle yeniden düzenlenen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin,

3) 3. maddesiyle 2644 sayılı Tapu Kanunu'na eklenen Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

"…

III. GEREKÇE

1) 03.07.2008 Tarih ve 5782 Sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesiyle Değiştirilen 2644 Sayılı Tapu Kanununun 35 inci Maddesinin Yedinci Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

03.07.2003 tarih ve 4916 sayılı Yasa ile 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesi değiştirilerek; karşılıklı olmak ve yasal sınırlamalara uyulmak koşuluyla yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde

bu ülkelerin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin otuz hektardan fazla taşınmaz mal alımları Bakanlar Kurulu'nun iznine bağlı tutulmuş; kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından, yabancıların taşınmaz alamayacağı yerleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 4916 sayılı Yasa ile 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesinde yapılan değişikliği iptal etmesi üzerine 29.12.2005 tarihinde 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesini değiştiren 5444 sayılı Kanun kabul edilmiştir.

5444 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede; yabancı uyruklu gerçek kişilerin, karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilecekleri, yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hakların toplam yüzölçümünün iki buçuk hektarı geçemeyeceği ve bu fıkrada belirtilen koşullarla, yüzölçümü miktarını otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulunun yetkili olacağı, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilecekleri, karşılıklılığın tespitinde hukukî ve fiilî durum esas alınacağı, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinemeyecekleri alanları, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tescile esas koordinatlı harita ve planları içeren teklifi üzerine belirlemeye ve yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını tespite Bakanlar Kurulunun yetkili olması kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, 5444 sayılı Kanun ile Tapu Kanununun değiştirilen 35 inci maddesinin; "... Yabancı gerçek kişilerin edinebilecekleri taşınmaz yüzölçümü miktarını ikibuçuk hektardan otuz

hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir" ve "..yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir..." hükümlerinin iptaline karar vermiş, iptal kararı 16.01.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 5444 sayılı Kanun hakkındaki iptal kararı üzerine 03.07.2008 tarihinde TBMM Genel kurulunda kabul edilen 5782 sayılı Yasa ile 2644 sayılı Tapu Kanunun 35 inci maddesi yeniden düzenlenmiştir.

Bu yeni düzenlemede: Tapu Kanunun 35 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği "... Yabancı gerçek kişilerin edinebilecekleri taşınmaz yüzölçümü miktarını ikibuçuk hektardan otuz hektara kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir" cümlesi, fıkradan çıkarılmıştır.

İkinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarında hiçbir değişiklik yapılmamıştır.

Anayasa Mahkemesi 2644 sayılı Tapu Kanununun yedinci fıkrasındaki "..yabancı uyruklu gerçek kişilerin il bazında edinebilecekleri taşınmazların, illere ve il yüzölçümüne göre binde beşi geçmemek üzere oranını belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir..." ibaresini iptal ettiği için; 5782 sayılı Yasa, 2644 sayılı Tapu Kanununun yedinci fıkrasını yeniden düzenlenmiştir.

2644 sayılı Tapu Kanununun yedinci fıkrasında Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği ibare 5782 sayılı Kanunda şöyle düzenlenmiştir:

"Yabancı uyruklu gerçek kişiler merkez ilçe ve ilçeler bazında, uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hak edinebilirler. Bakanlar Kurulu, merkez ilçe ve ilçelerin altyapı, ekonomi, enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik açısından önemlerini dikkate alarak, bu orandan fazla olmamak kaydıyla farklı oran belirlemeye yetkilidir."

Getirilen bu düzenleme Anayasa Mahkemesi Kararında belirtilen sakıncaları gidermekten uzaktır. Çünkü imar planı ve mevzi imar plan

sınırları içerisinde kalan toplam alanların içinde sadece konut ve ticari alanlar değil, öncelikli korunması gereken tarım arazileri, su havzaları, orman ve 2B alanları, kıyı alanları, doğal sit vb. alanlar ile İmar Planı Uygulamasında Düzenleme Ortaklık Payı çerçevesinde % 40 oranına kadar tutulan ve kamusal alan olarak tahsis edilen yol, park, otopark, yeşil alan, eğitim ve sağlık yerleri, ibadet yerleri vb. alanlar da vardır.

İmar planı ve mevzi imar planı sınırı içerisinde kalan alanlar üzerinden % 10 uygulaması yapılması halinde bulunacak miktarın konut ve ticaret alanlarının büyük bir bölümünü kapsama olasılığı çok yüksektir. Harita Mühendisleri Odası'nca basına yapılan açıklamaya göre, Trabzon ili merkez ilçenin imar planı alanı 3063 hektardır. Ancak, imar planının sadece 1300 hektarı konut ve ticaret alanıdır. Diğer alanlar kamuya ait yeşil alan, yol, otopark, eğitim alanı, tarım alanı vb... alanları içermektedir. İmar planının yüz ölçümü üzerinden % 10 oranına göre hesaplama yapıldığında bulunan rakam, 306 hektardır. Bu durum, Trabzon için yabancıların mülk edinebilecekleri alanın (konut ya da işyerinin) yüzölçümünün, konut ve ticaret alanlarının % 30'u düzeyinde olduğunu göstermektedir. Verilen bir başka örnek Muğla ili ile ilgilidir. Muğla ili merkez ilçenin imar planı alanı 3.965 hektardır. Ancak, imar planının sadece 639 hektarı konut ve ticaret alanıdır. Diğer alanlar kamuya ait yeşil alan, yol, park, otopark, eğitim ve sağlık alanı, maden rezerv alanı, orman, fuar+rekreasyon, askeri tesisi vb... alanları içermektedir. 396 hektar, konut ve ticaret alanlarının % 63'ü düzeyindedir. Bu rakamlar Muğla merkez ilçede konut ve yerleşim alanının % 63'nün yabancılara satılabileceği anlamına gelmektedir.

Görüldüğü gibi ilden ile ilçeden ilçeye farklılık göstermekle beraber getirilen kuralın ilçelerdeki konut ve yerleşim alanlarının çok büyük bir bölümünün yabancılara satılmasına olanak verdiği anlaşılmaktadır. Yasa Bakanlar Kuruluna ilçelerin altyapı, ekonomi, enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik açısından önemlerini dikkate alarak, bu orandan fazla olmamak kaydıyla % 10 oranından farklı oran belirlemeye yetkili kılmıştır.

"Uygulama İmar planı" kavramının kapsamı içerisinde kalan alanlar içinde; konut ve yerleşim alanları, öncelikli korunması gereken tarım arazileri, su havzaları, orman ve 2B alanları, kıyı alanları, doğal sit vb. alanlar ile İmar Planı Uygulamasında Düzenleme Ortaklık Payı çerçevesinde % 40 oranına kadar tutulan ve kamusal alan olarak tahsis

edilen yol, park, otopark, yeşil alan, eğitim ve sağlık yerleri, ibadet yerleri vb. alanlar da vardır.

Mevzi imar planı, yürürlükteki her tür ve ölçekteki plan sınırları dışındaki, imar uygulama planıyla bütünleşmeyen konumdaki, sosyal ve teknik altyapı ihtiyaçlarını kendi bünyesinde sağlayan plandır. Bu bağlamda herhangi bir gerçek kişi, uygulama imar planı dışındaki arazisinde mevzi imar planı yapmak için özel firmalara başvurabilir ve hazırlanan plan, ilgili belediyenin onaylaması halinde mevzi imar planı olarak uygulanabilir.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler için getirilen % 10 oranındaki sınırlamanın pratikte etkili bir şekilde uygulanabilirliği yoktur. Çünkü uygulama imar planları ve mevzi imar planları, o il veya ilçedeki planlanabilir alanların tümünü içeren bir doküman niteliğine haiz değildir. İlgili belediye veya valilikler mevcut imar planı veya mevzi imar planları kapsamı dışındaki alanları istedikleri zaman planlayabilir ve imar planı kapsamı içindeki alanın yüzölçümünü artırabilir. Bunu yaparken imar planı veya mevzi imar planı içine alınması gerekli olmayan yerleri bile kapsam içine alarak yabancılara satılabilecek alanları genişletebilirler. Arazi büyüklüğü uygun olduğu sürece 5 hektarlık bir alanda mevzi imar planı ya da uygulama imar planı yapmak gerekirken, 500 hektarlık bir alanda imar planı yaparak, 50 hektarlık bir alanın daha yabancılara satılması mümkün hale getirilebilir. Hatta uygulama imar planı veya mevzi imar planı kapsamında olmayan ormanlık alanlar uygulama imar planı kapsamında ormanlık alan olarak gösterilerek, yabancıların satın alabilecekleri alanların sınırı artırılabilir. Benzer şekilde imar planı kapsamında olmayan tarım arazileri, su havzaları ve 2B alanları hiçbir gereği yok iken imar planı kapsamına alınarak yabancıların fiilen hiçbir sınırlamaya tabi olmadan taşınmaz edinmelerine olanak sağlanabilir.

Söz konusu düzenleme bu haliyle yabancı gerçek kişiler için getirilen sınırlamayı uygulanmaz hale getirebilecek bir düzenlemedir. İmar planı ve mevzi imar planı kapsamı içindeki "konut ve işyerinin yüzölçümü" gibi somut ve esnekliği olmayan göstergeler üzerinden bir oran belirlemek yerine, keyfiliğe açık ve öngörülen kuralı etkisiz hale getirecek nitelikteki bir gösterge üzerinden oran belirlenmesi ve bu oranın uygulanması konusunda Bakanlar Kurulunun yetkili kılınması, ülke bütünlüğü ve egemenliği ile doğrudan ilgili olan yabancıların

taşınmaz edinimi konusundaki yasal düzenlemenin sınırları belirli kurallar içermediğini göstermektedir.

Bir başka ifadeyle, dava konusu kural ile yabancı gerçek kişiler için getirilen % 10 oranındaki sınır ve bu oran konusunda Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin sınırı, esasları ve çerçevesi fıkrada belirlenmiş olmakla beraber, getirilen düzenleme, öngörülen yasal sınırı ortadan kaldırmayı olanaklı kılan, sınırlamanın işlevselliğini etkisiz bırakacak derecede ölçüsüzdür.

Bakanlar Kurulu'na tanınan % 10 oranını geçmemek üzere farklı oranlar belirleme yetkisinin ölçüsüz olması yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğuracağından kabul edilemez. Bu nedenle kural, Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Öte yandan, 5782 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesinin yedinci fıkrasındaki düzenlemenin ilk cümlesinde; yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; hangi alanlarda ve stratejik yerlerde taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinemeyeceklerini belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili kılındıktan sonra ikinci cümlede; sadece yabancı uyruklu gerçek kişilerin merkez ilçe ve ilçeler bazında, uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hak edinebilecekleri hükme bağlanmıştır.

Yani gerçek kişilerin edinebilecekleri taşınmazların yüzölçümü için sınırlama getirilirken yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri için sınırlama getirilmemiştir.

Tapu Kanununun 35 inci maddesinin ikinci ve yedinci fıkraları birlikte değerlendirildiğinde, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin, özel kanun hükümleri çerçevesinde olmak ve Bakanlar Kurulu'nca sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlar ve stratejik yerler olarak kararlaştırılmış alanlardan olmamak kaydıyla yabancı gerçek kişilerin tabi olduğu miktar sınırlamasına (Hem 2.5 hektarlık hem

%10'luk sınırlamaya) tabi olmadan taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilecekleri anlaşılmaktadır.

2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki: "Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilirler" hükmü uyarınca, yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri için sınırlama getirilmediğini ileri sürmek mümkün değildir.

Çünkü her şeyden önce, söz konusu özel yasalarda 2644 sayılı Tapu Kanununda yer alan hükümlere benzeyen sınırlayıcı hükümler yoktur.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti elde etmesi, bu şirketlerin taşınmaz elde etmelerine özel kanunlardaki düzenlemelerle sınırlama getirildiği anlamına gelmemektedir.

Örneğin; 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanununun 4/C maddesinde: "Münferit bir sanayi yatırımı gerçekleştirmek amacıyla, yatırımı gerçekleştirecek yerli ve/veya yabancı gerçek ya da tüzel kişilerin başvurusu üzerine Bakanlığın uygun gördüğü alanların, Kurulun değerlendirmesinin ardından Bakanlar Kurulunca bu Kanun kapsamında münferit yatırım yeri olarak tahsis edilmesine karar verilebileceği", 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununun 8 inci maddesinde: "Bakanlığın tasarrufuna geçen taşınmazları Türk ve yabancı uyruklu gerçek ve tüzel kişilere tahsis etmeye Bakanlığın yetkili olduğu" ve "kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgelerinde ve turizm merkezlerindeki taşınmaz malların iktisabının, 442 sayılı Köy Kanunu ile 2644 sayılı Tapu Kanununda yer alan yabancı uyruklularla ilgili tahditlerden Bakanlar Kurulu kararı ile istisna edilebileceği", 6326 sayılı Petrol Kanununun 6 ncı maddesinde: "Devletin hudutlarından 5 kilometre mesafe dahilinde veya askeri yasak bölgeler içinde, tarihi veya dini bir yer veya tesise, petrol ameliyatiyle ilgisi bulunmayan bir yapıya bir su tesisine, bir yol veya umumi geçide 60 metre mesafe dahilinde, bir şehir veya kasaba belediye imar sahası dahilinde Bakanın mahsus müsaadesi olmadan petrol ameliyatı yapılamayacağı", 53 üncü maddesinde: "Bir arama sahasının 50 000 hektardan fazla olamayacağı",

61 inci maddesinde: "Bir işletme sahasının en çok 25 bin hektar olacağı", 74 üncü maddesinde: "İşletme sahalarının yüz ölçümlerinin toplamının 150 bin hektardan fazla olamayacağı" hükümleri yer almaktadır.

Görüldüğü gibi bu özel yasalarda, arama ve işletme ruhsatı verilecek alanlarla ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Taşınmaz mülkiyeti ile ilgili sınırlama yoktur. Sadece 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununda taşınmaz mülkiyeti ile ilgili düzenleme vardır. Söz konusu düzenlemede, Tapu Kanununda yabancı uyruklularla ilgili bir sınırlama varsa Bakanlar Kurulu yabancıları bu sınırlamadan istisna tutmaya yetkili kılınmıştır.

Kısacası, sözü edilen yasalarda yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin edinebilecekleri taşınmazların toplam yüzölçümü bakımından bir üst sınır öngörülmemiştir. Bu durumda; özel kanunlar çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinen yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, Bakanlar Kurulunun belirlediği alanlarda hiçbir sınırlamaya tabi olmadan taşınmaz elde edebileceklerdir.

Öte yandan, Tapu Kanunun 35 inci maddesinin yedinci fıkrasındaki düzenleme, ikinci fıkradaki "özel kanunlar çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti" edinme kuralını işlemez hale getirmiştir.

Bu şirketler sadece özel kanunlar çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinmeyecekler, ayrıca yedinci fıkranın birinci cümlesindeki düzenleme nedeniyle Bakanlar Kurulunun belirlediği alanlarda ve ikinci cümledeki düzenleme nedeniyle de hiçbir sınırlamaya tabi olmadan taşınmaz elde edebileceklerdir.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerini yabancı uyruklu gerçek kişilere göre imtiyazlı duruma getiren bu düzenleme, Anayasanın eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10 uncu maddesinin "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz" diyen üçüncü fıkrası hükmü ile bağdaşmadığı açıktır.

Hukuk devletinin tanımına giren birçok öğeden biri de, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, başka bir deyişle, özel çıkarlar için ya da belli kişilerin yararına olarak bir yasanın kabul edilemeyeceğidir. Kamu yararı amacı taşımayan yasaların, amaç öğesi yönünden Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesinin yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlesi Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

2) 03.07.2008 Tarih ve 5782 Sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2644 Sayılı Tapu Kanununun 36 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci ve İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesiyle yeniden düzenlenen 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesi Tasarıda yer almadığı için yeni madde ihdasına ilişkin bir önerge verilmiştir. TBMM Genel Kurulunda önerge üzerindeki görüşmeler sırasında çıkan tartışmalar sonucu Adalet Komisyonu Başkan Vekili Hakkı Köylü, ihdas edilmek istenen yeni 2 nci maddeyi İçtüzüğün 88 inci maddesine dayanarak Komisyona geri istemiştir.

Komisyonda ve Genel Kurulda yapılan görüşmeler sonunda 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesinde yapılan düzenleme ile yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, ana sözleşmede belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmesi ve kullanması kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi, yabancı yatırımcılara mülk edinmede getirilen tek şart, edinilen taşınmazın şirketin ana sözleşmesindeki faaliyet alanı ile ilgili olması şartıdır.

Getirilen düzenlemede bu esasların Türkiye'de kurulu bir başka yabancı sermayeli şirkete devir halinde ve taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi halinde de geçerli olduğu hükme bağlanmıştır.

Kanunun TBMM Genel Kurulundaki tartışmaları sırasında hükümet sözcüleri, 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesi ile getirilen yeni düzenlemenin, yabancı yatırımcıların Türk hukukuna göre kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerle ilgili olduğunu, bu yüzden Türkiye'deki mevzuata tabi olarak kurulan veya iştirak edilen şirketlerin taşınmaz mal edinimlerinin şirketin faaliyet alanı ile ilgili olması dışında hiçbir sınırlama getirilmediğini açıklamışlardır.

05.06.2003 tarihinde kabul edilen Doğrudan Yabancı Yatırımcılar Kanununun 3 üncü maddesinin (d) bendi Anayasa Mahkemesi tarafından 11.03.2008 tarihinde iptal edilmiştir. 4875 sayılı Yasa'nın 3 üncü maddesinin (d) bendinde, yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde karşılıklılık koşulu olmaksızın kamu yararı ve ülke güvenliği açısından belli alanlar dışlanmadan ve miktar bakımından sınırlama yapılmaksızın taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinmelerine imkân sağlanası öngörülmekte idi.

Anayasa Mahkemesinin 4875 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin (d) bendi ile ilgili iptal kararında taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinilmesi konusunda, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla aynı statüde değerlendirildikleri, aralarında hiçbir fark gözetilmediği, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği, herhangi bir miktar kısıtlaması olmaksızın ve yatırım faaliyeti bakımından gerekli olup olmadığına bakılmaksızın yabancı yatırımcıların Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebileceklerini, yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olmasının belirsizliklere yol açtığı ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanındığı belirtilerek söz konusu düzenleme iptal edilmiştir.

Kanunun TBMM Genel Kurulundaki tartışmaları sırasında muhalefet sözcüleri, 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesi ile getirilen yeni düzenlemenin, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımcılar Kanununda değişiklik yapması gerektiğini belirtmişlerse de, bu görüşleri dikkate alınmamıştır.

Gerçekten de Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği 4875 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin (d) bendi yerine yeni bir düzenleme getirilmemiş, fakat Tapu Kanununun yürürlükten kaldırılmış, 36 ncı maddesinde bir düzenleme yapılarak, 4875 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin (d) bendindeki düzenlemenin yerine geçecek aynı mahiyetteki bir kural yürürlüğe sokulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ile getirilen düzenleme karşılaştırıldığında iptal edilen kural ile getirilen kuralın aynı olduğu, Anayasa Mahkemesi Kararında belirtilenlerden sadece "faaliyet alanı" ile ilgili sınırlama getirildiği, Kararda belirtilen sakıncaların ve eksikliklerin giderilmediği açıkça görülmektedir.

4875 sayılı Kanunun 2 nci maddesinde, "yabancı yatırımcı" ve "doğrudan yabancı yatırım" kavramları tanımlanmıştır.

Buna göre, "yabancı yatırımcı" kavramı, Türkiye'de doğrudan yatırım yapan, yabancı gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşlarını ve yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişileri ve uluslararası kuruluşları ifade etmektedir.

"Doğrudan yabancı yatırım" kavramı ise Kanunun 2 nci maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: Doğrudan yabancı yatırım, Yabancı yatırımcı tarafından, yurt dışından getirilen; Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklinde nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları; yurt içinden sağlanan; yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımla ilgili diğer haklar, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler aracılığıyla; yeni şirket kurmayı veya şube açmayı veya menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az % 10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmayı ifade etmektedir.

4875 sayılı Yasada tanımı yapılan "yabancı yatırımcı" ve "doğrudan yabancı yatırım" kavramları, 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesi ile getirilen yeni düzenlemenin, Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği 4875 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin (d) bendindeki düzenleme ile aynı olduğunu açıkça göstermektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasanın

ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Dava konusu yasa kuralıyla yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin ana sözleşmelerindeki faaliyetleri yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilir ve kullanabilir denilmiştir. Ayrıca, bu esasların Türkiye'de kurulu bir başka yabancı sermayeli şirkete devir halinde ve taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi halinde de geçerli olduğu hükme bağlanmıştır.

Hukuk devletinin yukarda belirtilen işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için, yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların belirsizliklere yol açmaması ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaması gerekir.

Taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinilmesi konusunda, yabancı yatırımcıların yerli yatırımcılarla aynı statüde değerlendirildikleri, aralarında hiçbir fark gözetilmediği, yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir. Böylece, herhangi bir miktar kısıtlaması olmaksızın yabancı yatırımcılar Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebileceklerdir.

Ayrıca, hukuk devletinin tanımına giren birçok öğeden biri de, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, başka bir deyişle, özel çıkarlar için ya da belli kişilerin yararına olarak bir yasanın kabul edilemeyeceğidir. Kamu yararı amacı taşımayan yasaların, amaç öğesi yönünden Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesiyle yeniden düzenlenen 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 03.07.2008 Tarih ve 5782 Sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesiyle 2644 Sayılı Tapu

Kanununa Eklenen Geçici 3 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesiyle 2644 sayılı Tapu Kanununa eklenen Geçici 3 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, yabancı uyruklu gerçek kişilerin merkez ilçe ve ilçeler bazında edinebilecekleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte aynî hakların miktarı tespit edilinceye kadar geçecek süre içinde, yabancı uyruklu gerçek kişilerin bu Kanunun 35 inci maddesi hükümlerine göre taşınmaz ve sınırlı aynî hakları edinebilecekleri hükme bağlanmıştır.

Geçici maddedeki bu düzenleme, yabancı uyruklu gerçek kişilerin merkez ilçe ve ilçeler bazında edinebilecekleri taşınmazların miktarı tespit edilinceye kadar geçecek süre içinde taşınmaz elde edinebilmelerine olanak sağlamaktadır. Getirilen bu düzenleme, yabancı gerçek kişilerin bu süre içinde ilçe bazında tespit edilen miktar sınırlamasının üstünde taşınmaz elde edinmesine yol açacak niteliktedir.

Yasanın TBMM Genel Kurulundaki görüşmeleri sırasında Hükümet sözcüleri, bu süre içinde yerel yetkililerin miktar sınırlamasına göre taşınmaz edinimine izin vereceklerini belirtmelerine karşın miktar belli olmadan sınırın geçilmemesine nasıl engel olunacağı cevapsız kalmıştır. Geçici 3 üncü Maddenin birinci fıkrasında belirtilen üç aylık süre içinde yasayla getirilen sınırlama miktarının üstünde taşınmaz edinimini olanaklı hale sokan bu düzenleme yasaların açık ve belirgin olma özelliğine sahip değildir. Ayrıca yasa koyucunun iradesini değiştirici niteliktedir.

Yasa koyucunun faaliyetlerinde Anayasa ve hukukun üstün kuralları i1e bağlı bulunduğu hukuk devletinde yasaların çıkartılması için kamu yararına bulunması şarttır. Hukuk devletinin bir diğer gereği de konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulması, kuralların açık ve belirgin olmasıdır.

Vatandaşların Devlete karşı güven duyabilmeleri, maddî ve manevî varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri hukuk güvenliğinin sağlandığı bir sistem içinde olanaklıdır. Hukuk Devletinde, yasa kurallarının adalet ve hakkaniyet ölçütlerine uygun, açık, anlaşılabilir ve belirgin olması gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesiyle yeniden düzenlenen 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olup, iptali gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Anayasamızda mülkiyet ve kişi hakları Anayasanın teminatı altına alınmış, Medeni Kanununun 8 inci maddesi ile de, her kişi medeni hakları kullanmada eşit kılınmış ise de yabancıların durumunu düzenleyen Anayasanın 16 ncı maddesindeki; "temel hak hürriyetler yabancılar için milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlandırılabilir" hükmüyle yabancılara karşı bir farklılığın söz konusu olabileceği vurgulanmaktadır. Bu farklılığın uluslararası hukukta, "karşılıklılık" ilkesine dayanılarak somutlaştırıldığı görülmektedir. Kuşkusuz hukuk düzenimizde, yabancıların hak ve özgürlüklerinin düzenlenmesinde Anayasamızın diğer hükümlerine de öncelikle uyulması gerekmektedir.

Anayasa hükümleri ve Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları dikkate alınmadan 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun iptali istenilen kuralların uygulanması halinde, geriye dönüşü imkânsız biçimde yasaların öngörmediği şekilde yabancıların taşınmaz edinebilecekleri, bundan giderilmesi olanaksız hukuki zarar ve durumların doğacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralların yürürlüklerinin durdurulmasını istenilmiştir.

VI. SONUÇ VE İSTEM

03.07.2008 tarih ve 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1 inci maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanununun 35 inci maddesinin yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlesi Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

1. 2 nci maddesiyle yeniden düzenlenen 2644 sayılı Tapu Kanununun 36 ncı maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlesi Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğundan,

2. 3 üncü maddesiyle 2644 sayılı Tapu Kanununa eklenen Geçici 3 üncü Maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğundan,

iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

3.7.2008 günlü, 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun iptali istenen cümle ve fıkraların da yer aldığı kurallar şöyledir:

"Madde 35- Yabancı uyruklu gerçek kişiler, karşılıklı olmak ve kanunî sınırlamalara uyulmak kaydıyla, Türkiye'de işyeri veya mesken olarak kullanmak üzere, uygulama imar planı veya mevzii imar planı içinde bu amaçlarla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirler. Sınırlı aynî hak tesis edilmesinde de aynı koşullar aranır. Yabancı uyruklu bir gerçek kişinin ülke genelinde edinebileceği taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hakların toplam yüzölçümü iki buçuk hektarı geçemez.

Yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilirler.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri lehine Türkiye'de taşınmaz rehni tesisinde birinci ve ikinci fıkralarda yer alan kayıt ve sınırlamalar aranmaz.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketleri dışındakiler Türkiye'de taşınmaz edinemez ve lehlerine sınırlı aynî hak tesis edilemez.

Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla intikal eden taşınmazları için birinci fıkrada belirtilen kayıt ve sınırlamalar uygulanmaz. Ölüme bağlı tasarruflarda yukarıdaki fıkralarda belirtilen kayıt ve sınırlamalar

uygulanır. Türkiye Cumhuriyeti ile arasında karşılıklılık olmayan devlet vatandaşlarının kanunî miras yoluyla edindikleri taşınmaz ve sınırlı aynî hakların intikal işlemleri yapılarak tasfiye edilir.

Karşılıklılığın tespitinde hukukî ve fiilî durum esas alınır. Bu ilkenin kişilere toprak mülkiyeti hakkının tanınmadığı, ülke uyruklarına uygulanmasında, yabancı devletin taşınmaz edinimde kendi vatandaşlarına tanıdığı hakların, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarına da tanınması esastır.

Yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin; sulama, enerji, tarım, maden, sit, inanç ve kültürel özellikleri nedeniyle korunması gereken alanlar, özel koruma alanları ile flora ve fauna özelliği nedeniyle korunması gereken hassas alanlarda ve stratejik yerlerde kamu yararı ve ülke güvenliği bakımından taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinemeyecekleri alanları, ilgili kamu kurum ve kuruluşlarının tescile esas koordinatlı harita ve planları içeren teklifi üzerine belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir. **Yabancı uyruklu gerçek kişiler merkez ilçe ve ilçeler bazında, uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün yüzde onuna kadar kısmında taşınmaz ile bağımsız ve sürekli nitelikte sınırlı aynî hak edinebilirler. Bakanlar Kurulu, merkez ilçe ve ilçelerin altyapı, ekonomi, enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik açısından önemlerini dikkate alarak, bu orandan fazla olmamak kaydıyla farklı oran belirlemeye yetkilidir.** Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlık bünyesinde, ilgili idare temsilcilerinden oluşan komisyon tarafından, bu madde uyarınca Bakanlar Kuruluna verilen yetkiler dâhilinde çalışmalar yapılmak suretiyle kamu kurum ve kuruluşlarının bu kapsamdaki teklifleri incelenip değerlendirilerek Bakanlar Kuruluna sunulur. Valiliklerce, merkez ilçe ve ilçelerin uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünde meydana gelen değişiklikler takip eden yılın Ocak ayı sonuna kadar komisyona bildirilir.

Askerî yasak bölgeler, askerî güvenlik bölgeleri ile stratejik bölgelere ve değişiklik kararlarına ait harita ve koordinat değerleri Millî Savunma Bakanlığınca, özel güvenlik bölgeleri ve değişiklik kararlarına ait harita

ve koordinat değerleri ise İçişleri Bakanlığınca geciktirilmeksizin Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün bağlı olduğu Bakanlığa verilir.

Yukarıdaki fıkralarda belirtilen bölgeler içerisinde kalması nedeniyle kamulaştırılması gereken ya da tapu sicilinde şerh verilmesine gerek duyulan parsellere ilişkin bildirimler ilgili idarelerince tapu sicil müdürlüklerine yapılır.

Bu madde hükümlerine aykırı edinilen veya kanunî zorunluluk dışında edinim amacına aykırı kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ile sınırlı aynî haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.

Madde 36- Yabancı yatırımcıların Türkiye'de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketler, ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek üzere taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı ayni hak edinebilir ve kullanabilirler. Bu şekilde edinilen taşınmazların Türkiye'de kurulu bulunan bir başka yabancı sermayeli şirkete devrinde ve taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda da aynı esas geçerlidir. Türkiye'de kurulu yabancı sermayeli şirketlerin tasfiyesi halinde şirketin sahip olduğu taşınmazın şirket ortağı yabancı gerçek kişiler veya yurt dışında kurulu yabancı ticaret şirketleri tarafından edinilmek istenmesi halinde 35 inci madde hükümleri uygulanır.

18/12/1981 tarihli ve 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla bu şirketlerin, askeri yasak bölgeler, güvenlik bölgeleri ve aynı Kanunun 28 inci maddesi çerçevesinde belirlenen stratejik bölgelerdeki taşınmaz edinimleri, Genel Kurmay Başkanlığının ya da yetkilendireceği komutanlıkların, özel güvenlik bölgelerindeki taşınmaz edinimleri ise taşınmazın bulunduğu yerdeki valiliğin iznine tabidir. Valilik iznine tabi hususlar, ilgili idare temsilcilerinin katılımıyla oluşan komisyonda, taşınmaz ediniminin, ülke güvenliği ve faaliyet konusuna uygunluğu değerlendirilerek karara bağlanır.

Bu madde hükümlerine aykırı şekilde edinildiği veya kullanıldığı tespit edilen taşınmazlar ve sınırlı aynî haklar, Maliye Bakanlığınca verilecek süre içerisinde maliki tarafından tasfiye edilmediği takdirde tasfiye edilerek bedele çevrilir ve bedeli hak sahibine ödenir.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, ilgili bakanlıkların görüşlerinin alınmasını müteakip Hazine Müsteşarlığı, İçişleri Bakanlığı, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ve Millî Savunma Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Geçici Madde 3 - İlgili kurum ve kuruluşlar, bu Kanunun 35 inci maddesinin yedinci fıkrası uyarınca, yabancı uyruklu gerçek kişiler ile yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin taşınmaz ve sınırlı aynî hak edinemeyecekleri alanların yüzölçümlerini ve valilikler bu fıkrada belirtilen ilçelerin uygulama imar planı ve mevzi imar plan sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümlerini bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren en geç üç ay içinde komisyona bildirir.

Yabancı uyruklu gerçek kişilerin merkez ilçe ve ilçeler bazında edinebilecekleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte aynî hakların miktarı tespit edilinceye kadar geçecek süre içinde, yabancı uyruklu gerçek kişiler bu Kanunun 35 inci maddesi hükümlerine göre taşınmaz ve sınırlı aynî hakları edinebilirler.

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 11.9.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 5782 sayılı Kanun'la Değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. Maddesinin Yedinci Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralla yabancı gerçek kişilerin ilçeler bazında edinebilecekleri toplam taşınmazın miktarına getirilen sınırlamanın belirsiz, yetersiz ve uygulamada kolaylıkla aşılabilecek sınırlamalar olduğu, getirilen yüzde on oranının pratikte uygulanma olanağı bulunmadığı, normalde imar planına dâhil olmayan orman alanları, orman dışına çıkarılan araziler ve tarım alanlarının imar planına dâhil edilerek imar planı kapsamının genişletilebileceği, bazı ilçelerde bu sınırı belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna tanındığı ve sınırlamanın sadece yabancı gerçek kişilerin edinebilecekleri taşınmazları kapsadığı, yabancı tüzel kişilerin bu sınırlamaya tâbi tutulmadığı belirtilerek Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptal başvurusunda dava konusu kural ile İptali istenilen kural, yabancı gerçek kişilerin merkez ilçe ve ilçeler bazında uygulama imar planı ve mevzi imar planı sınırları içerisinde kalan toplam alanların yüzölçümünün en fazla yüzde onu oranında mülk ya da sınırlı aynî hak edinebileceklerini öngörmektedir. Bu kural ile ülke toprakları içinde yabancılar tarafından sahip olunan taşınmazların oranının ilçeler bazında imarlı toplam arazinin onda birini aşmaması amaçlanmıştır. Ayrıca kural ile Bakanlar Kuruluna merkez ilçe ve ilçelerin altyapı, ekonomi, enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik açısından önemlerini dikkate alarak, yabancı gerçek kişiler tarafından edinilebilecek toplam taşınmaz alanını ilçenin uygulama ve mevzi imar planına dâhil arazilerinin yüzde onundan daha az bir oran olarak belirleme yetkisi tanınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında "hukuk devleti" ilkesi de yer almaktadır. Hukuk devletinde diğer tüm kamusal yetkilerde olduğu gibi yasama işlemlerinin de kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur.

Kamu yararı, toplumun genel ve ortak çıkarlarının ne olduğu ve nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin bir kavram olup içeriği farklı siyasî ve felsefi görüşlere ve kişisel tercihlere göre değişeceğinden sübjektif bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle amaç yönünden yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetiminde Anayasa Mahkemesinin sınırlı bir yetkisi

olup, sadece yasanın açık bir şekilde kamu yararı dışında başka bir amaç gözettiğinin ortaya çıktığı durumlarda söz konusu olabilir.

Diğer taraftan iptal başvurusunda, Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrasında yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinmelerine olanak tanınmasına rağmen yedinci fıkrada getirilen sınırlamanın yalnızca yabancı gerçek kişilerin edindiği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni haklara ilişkin olduğu ve yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerini yabancı uyruklu gerçek kişilere göre imtiyazlı duruma getirdiği belirtilerek Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin ikinci fıkrasında yabancı ülkelerde kendi ülkelerinin kanunlarına göre kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin, ancak özel kanun hükümleri çerçevesinde taşınmaz mülkiyeti ve taşınmazlar üzerinde sınırlı aynî hak edinebilecekleri hükme bağlanmıştır. Hukukumuzda yabancı gerçek kişiler ile yabancı ticaret şirketleri farklı amaçlarla ve farklı nitelikte taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebilirler. Yabancı gerçek kişiler sadece konut ve işyeri olarak kullanma amacıyla ve uygulama imar planı ve mevzi imar planında bu amaçla ayrılıp tescil edilen taşınmazları edinebilirlerken, yabancı ticari şirketler özel yasalarda öngörülen koşullarda taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinebileceklerdir. Bu çerçevede, 4737 sayılı Endüstri Bölgeleri Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik

Kanunu ve 6326 sayılı Petrol Kanunu'nunda yabancı ticari şirketlerin taşınmaz edinmesine ve bunun sınırlarına ilişkin hükümler yer almaktadır. Yabancı ticari şirketlerin taşınmaz ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinmesi ülkemizde yabancı gerçek kişilere göre tamamen farklı bir hukuki rejime tabi tutulmuştur. Bu nedenle yabancı gerçek kişilerle, yabancı ticaret şirketleri aynı hukuki durumda değildirler.

Öte yandan iptal başvurusunda Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin yedinci fıkrasının üçüncü cümlesiyle Bakanlar Kuruluna tanınan yüzde on oranından daha düşük bir oran belirleme yetkisinin, yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, bu nedenle Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez. Yasama yetkisinin devredilmezliği, yasa niteliğinde ya da yasa gücünde işlemler yapma yetkisinin devredilmezliği anlamına gelmektedir. Bir düzenleyici işlem, yürürlükteki yasa kurallarını değiştirebiliyor veya yürürlükten kaldırabiliyorsa, bu işlem yasa niteliğinde ya da gücündedir. Anayasa'nın 7. maddesinin açıklığı karşısında yasama organı, başka bir Devlet organına, bu arada Bakanlar Kuruluna yasa kurallarını değiştirme ya da kaldırma yetkisi veremez.

Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için, yasada temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir. Kuşkusuz yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmez. Anayasa'nın 8. maddesinin yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı da budur.

Dava konusu kural ile Bakanlar Kuruluna tanınan yetki, sınırsız bir yetki olmayıp bu yetkinin kullanımına ilişkin koşullar kanunda belirtilmiştir. Bakanlar Kurulu altyapı, ekonomi, enerji, çevre, kültür, tarım ve güvenlik nedenlerine dayanarak bir ilçede yabancılar tarafından edinilebilecek toplam taşınmazların miktarını uygulama ve mevzi imar

planlarına dâhil toplam alanın yüzde onundan daha az bir oranda sınırlama yapmaya yetkili kılınmıştır. Yürütme organına tanınan bu yetkinin sınırsız ve belirsiz olduğu söylenemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

B- Tapu Kanunu'nun 36. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, hukuk devletinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında millî ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için, yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların belirsizliklere yol açmaması ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaması gerektiği belirtilerek dava konusu kuralın yabancı yatırımcıların kurdukları veya iştirak ettikleri şirketlerin taşınmaz mülkiyeti edinmeleri konusunda miktar yönünden herhangi bir sınırlamaya yer verilmemesi nedeniyle amaç öğesi yönünden kamu yararı taşımadığı ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımcılar Kanunu'na göre doğrudan yabancı yatırımcı olarak tanımlanan kişiler tarafından kurulan ya da iştirak edilen şirketlerin ancak ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek amacıyla taşınmaz ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinebilmeleri ve kullanabilmelerini hükme bağlamakta ve aynı esasların edinilen taşınmazların Türkiye'de kurulu bulunan bir başka yabancı sermayeli şirkete devri veya taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda da geçerli olmasını öngörmektedir.

Dava konusu kural ile Anayasa Mahkemesinin 11.03.2008 tarihli ve E:2003/71, K:2008/79 sayılı kararı ile iptal edilen 4875 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (d) bendi hükmünün, Mahkemenin iptal gerekçeleri dikkate alınarak yeniden düzenlendiği anlaşılmaktadır. Söz konusu kararında Anayasa Mahkemesi "*hukuk devletinin … işlevlerinin yaşama geçirilebilmesi bağlamında milli ekonominin ulusal çıkarlar doğrultusunda düzenlenebilmesi için yabancı yatırımcıların edineceği taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hakların iktisap amacı, kullanım şekli ve devrine ilişkin esas ve usullerin Yasada*

belirlenmesi gerekirken bu yönde hiçbir düzenleme yapılmamış olması belirsizliklere yol açmakta ve yabancı yatırımcılara sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı ayni hak edinme olanağı tanınmaktadır." görüşüne yer vererek kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulmuştur.

Dava konusu kural, yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye'de Türk hukukuna göre kurulan bu nedenle Türk tabiiyetinde bulunan şirketlerin ancak ana sözleşmelerinde belirtilen faaliyet konularını yürütmek amacıyla taşınmaz ve taşınmazlar üzerinde sınırlı ayni hak edinebilme ve kullanabilmelerini öngörmektedir. Aynı esaslar edinilen taşınmazların Türkiye'de kurulu bulunan bir başka yabancı sermayeli şirkete devri veya taşınmaz maliki yerli sermayeli bir şirketin hisse devri yoluyla yabancı sermayeli hale gelmesi durumunda da geçerli olacaktır. Bu nedenle kuralda herhangi bir belirsizlik bulunmamaktadır.

Kuralın kamu yararının gereklerine uygun olup olmadığının incelenmesi ise yukarıda açıklanan nedenlerle anayasallık denetimi kapsamı dışındadır. Bu nedenle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

C- Tapu Kanunu'nun Geçici 3. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, geçiş süreci için getirilen bu düzenlemenin yabancı gerçek kişilerin öngörülen üç aylık geçiş süreci içinde ilçe bazında tespit edilen miktar sınırlamasının üstünde taşınmaz elde edinmesine yol açacak nitelikte olduğu ve yasaların açık ve belirgin olması gereğine uymadığı belirtilerek Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin yedinci fıkrasıyla yabancı gerçek ve tüzel kişilerin ilçeler bazında edinebileceği toplam araziye ilişkin olarak getirilen sınırlamanın geçiş sürecinde nasıl uygulanacağı düzenlenmiştir. Geçici 3. maddenin birinci fıkrasında, 35. maddenin yedinci fıkrasında öngörülen yüzde onluk sınırın belirlenmesi için üç aylık bir süre öngörülmüş, iptali istenilen ikinci fıkrasında ise yabancı uyruklu gerçek kişilerin merkez ilçe ve ilçeler bazında edinebilecekleri taşınmazlar ile bağımsız ve sürekli nitelikte aynî hakların miktarı tespit edilinceye kadar bu kişilerin 35. madde

hükümlerine göre taşınmaz ve sınırlı aynî hakları edinebilecekleri hükme bağlanmıştır.

Yabancı gerçek kişiler, kanunda öngörülen geçiş sürecinde bu hükme dayanarak taşınmaz edinebileceklerdir. Bu şekildeki iktisaplar yoluyla Kanun'un 35. maddesinde öngörülen sınırlamanın aşılması mümkün hale getirilmiştir. Ancak geçiş süreci sonunda ilçeler bazında yabancılar tarafından edinilebilecek toplam alanlar tespit edildiğinde, kanunun izin verdiğinden daha fazla taşınmazın yabancı gerçek kişiler tarafından iktisap edildiğinin tespit edilmesi halinde ne yapılacağı, eğer sınırı aşan miktardaki taşınmaz tasfiye edilecekse bu tasfiyelerin usul ve esaslarının ne olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu durumun kuralın uygulanması açısından belirsizliklere neden olduğunda kuşku yoktur.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı, işlem ve eylemleri yargı denetimine açık olan devlettir.

Dava konusu kuralla getirilen düzenleme bir taraftan kanunda öngörülen sınırlamayı işlevsiz hâle getirmekte, diğer taraftan ise sınırı aşan iktisapların akıbeti konusunda açıklık içermemesi nedeniyle belirsizliklere yol açmakta ve yabancı gerçek kişilere kanunda öngörülen geçiş sürecinde sınırsız bir şekilde taşınmaz mülkiyeti ve sınırlı aynî hak edinme olanağı tanımaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır; İptali gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.7.2008 günlü, 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- a- 1. maddesiyle, 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun35. maddesinin değiştirilen yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine,

b- 2. maddesiyle yeniden düzenlenen, 2644 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine,

yönelik iptal istemleri, 12.5.2011 günlü, E. 2008/79, K. 2011/74 sayılı kararla reddedildiğinden, bu cümlelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

2- 3. maddesiyle, 2644 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 3. maddenin ikinci fıkrasına ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

3.7.2008 günlü, 5782 sayılı Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle, 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin değiştirilen yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

2- 2. maddesiyle yeniden düzenlenen, 2644 sayılı Kanun'un 36. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

3- 3. maddesiyle, 2644 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 3. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN

Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2009/24

Karar Sayısı : 2011/25 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 12.5.2011

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu Adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY ile Kemal ANADOL

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 15.1.2009 günlü, 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen ek madde 10'un, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün birinci fıkrasının "fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle" bölümünün, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen ek madde 4'ün dördüncü fıkrasının birinci tümcesinin, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 153., 169. ve 170. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu ile ekleri, iptali istenilen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

15.1.2009 günlü, 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 8. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen Ek 4. maddenin beşinci fıkrası, 12.5.2011 günlü, E. 2009/24, K. 2011/75 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkranın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

B- 1- 5. maddesiyle, 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen Ek 10. maddeye,

2- 8. maddesiyle, 3402 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4. maddenin;

a- Birinci fıkrasının "… fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, …" bölümüne,

b- Dördüncü fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal istemleri, 12.5.2011 günlü, E. 2009/24, K. 2011/75 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, cümle ve bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN

Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2009/24

Karar Sayısı : 2011/75

Karar Günü : 12.5.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY ve Kemal ANADOL (Esas Sayısı: 2009/24)

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ula Asliye Hukuk Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/112)

DAVA ve İTİRAZIN KONUSU: 15.1.2009 günlü, 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 5. maddesiyle 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen ek madde 10'un,

2- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün birinci fıkrasının,

3- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin,

4- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 153., 169. ve 170. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL DAVASI VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İLE İTİRAZ BAŞVURUSUNUN GEREKÇELERİ

A- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

III. GEREKÇE

1) 15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 5 inci Maddesi ile 6831 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 10'un Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen ek madde 10'da "Bu Kanunun; 20/6/1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi ile 23/9/1983 tarihli ve 2896 sayılı Kanun ve 5/6/1986 tarihli ve 3302 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi uygulamaları ile orman sınırları dışına çıkarılan yerler, çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten itibaren kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez." denilmiştir.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere yapılan bu düzenleme ile; orman sınırları dışına çıkarılan orman alanlarının"kazandırıcı zaman yolu ile iktisap edilememe" durumunun yalnızca "çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten" sonrası için geçerli olması, diğer bir anlatımla "çıkarma durumunun henüz kesinleşmediği" yerlerin "kazandırıcı zaman yolu ile iktisap edilebilmesi" sağlanmıştır.

Anayasanın 169 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında, Devlet ormanlarının yalnız Devletçe yönetilmesi ve işletilmesinin kanunla düzenleneceği, mülkiyeti ve yönetiminin özel kişilere devrolunamayacağı belirtilmekte, maksatlı olarak yapılan orman tahripleri, ağaçlar ve ormanlara vaki tecavüzlerle ormanların zamanaşımı suretiyle mülk edinilemeyeceği, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı kesin olarak hükme bağlanmıştır.

Orman niteliğini yitiren yer, orman toprağı olmakla devletindir. Bu nitelikte bir yer ancak ihya edilerek Anayasa doğrultusunda orman köylüsüne tahsis edilebilir, kişilerin özel mülkiyetine geçirilemez. Anayasanın 170 inci maddesi, açıkça orman sayılan yerlerin devlet eliyle ihya edilerek belirtilen halkın yararlanmasına tahsis edileceğini öngörmüştür.

Bu nedenle, ormandan çıkarılan yerlerin, çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten önce kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilebileceğini öngören iptali istenen kural, Anayasanın 169 uncu ve 170 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

1982 Anayasasının yürürlüğünden sonra orman rejimi dışına çıkarılmış ve çıkartılacak yerlerde zilyetlik yoluyla toprak kazanımına ilişkin ilk yasal düzenleme 10.10.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Yasasının 45 nci maddesi ile yapılmıştır. Bu maddenin 1 inci ve 3 üncü fıkralarındaki orman rejimi dışına çıkartılmış ve çıkartılacak yerlerde zilyetliğe ve tapuya dayalı olarak toprak kazanımına ilişkin hükümleri, Anayasa Mahkemesinin 01.06.1988 tarihli ve E.1987/31, K.1988/13 sayılı kararı ile Anayasa'nın 44 üncü, 169 uncu ve 170 inci maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında,

"a. Anayasa'nın 44. maddesi yönünden inceleme:

…Ancak, Anayasa'nın 44. maddesi, toprağın erozyonla kaybedilmesini önlemek amacıyla gerekli önlemleri almak görevini devlete vermiştir. Daha önce orman olan yerlerin erozyonla yitirilmesi büyük olasılık taşımaktadır. Bu yüzden gerekli önlemleri aldıktan, değerlendirme ve ihya işlemleri yapıldıktan sonra dağıtılmaları gerekir. Devletin, önlemleri, toprak elinden çıktıktan sonra da alabileceği düşünülebilirse de, malikin izni ve isteği olmaksızın bu tedbirleri almak güçtür. Fıkra bu nedenle Anayasa'nın 44. maddesine aykırıdır.

b. Anayasa'nın 169. maddesi yönünden inceleme:

Anayasa'nın bu maddesinin ikinci fıkrası karşısında devlet ormanları zamanaşımı ile mülk edinilemez. Anayasa Mahkemesi'nin 10.3.1966 günlü, Esas: 1965/44, Karar: 1966/14 sayılı kararında açıklandığı gibi doğal olarak yetişen ya da emekle yetiştirilen ağaç ve ağaççık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır. Yasakoyucu "yer"i de orman tanımı içine almıştır. "Yer" orman tanımı içine girmekle ormanın ağaçlardan ayrı bir öğesi ortaya çıkmış olmaktadır. Böyle olunca, ağaçlar herhangi bir nedenle yok olursa, yerleri, ormanın bir öğesi olmak niteliğini yitirmez, orman toprağı ve yer olmak durumunu sürdürür. Yine aynı karara göre, orman rejimi dışına çıkarmak ormandan sayılmayan yerler için söz konusu olamaz. Bu yerler, orman dışına çıkarılmadan önce ormandırlar.

Devlet ormanları orman rejimi dışına çıkarıldıktan sonra, Hazine adına tescil edilmemişse zamanaşımıyla mülk edinilebilir. Bu durumda zilyedliğin, tahdit dışına çıkarma tarihinden başlayacağı kabul edilmektedir. Orman dışına çıkarılmayan yerlerde zilyetlikle kazanma olanaksız bulunduğundan, vergi kaydına dayansa bile, o zaman dilimindeki zilyedliğe geçerlik tanınması Anayasa ile bağdaşamaz. Herhangi bir plân, program olmadan el koyanlar adına tescili sağlayan fıkra, Medeni Yasa'nın taşınmaz edinilmesine ilişkin kurallarıyla da çelişmektedir. Orman toprağıyla birlikte orman sayılan ve Devlet ormanlarından orman dışına çıkarılan yerin Hazine adına kaydı yolu zilyedlere açılmıştır. Zilyedliği 31.12.1981 den geriye doğru yürütülerek, vergi kaydı ya da bu nitelikte bir belge ile, öncesi orman olan yerlerin zamanaşımı ve zilyedlikle kazanılmasına olanak verilmiş, geçerli olmayan zilyedlikle birlikte açma ve işgal de yasallaştırılmıştır. Bu nedenlerle, zilyedlik süresini 31.12.1981 tarihinden önceye götüren, önceki zilyedliğe geçerlik tanıyan fıkra Anayasa'ya aykırıdır.

Dava konusu hükümle, işlenmiş suçlar affedilmediğinden Anayasa'nın 169. maddesinin üçüncü fıkrasındaki "af yasağı"na aykırılıktan söz edilemez.

b. Anayasa'nın 170. maddesi yönünden inceleme:

Anayasa'nın bu maddesi, orman niteliğini yitirmiş yerlerle orman olarak korunmasında yarar görülmeyen yerler arasında ayırım yapmamış, orman dışına çıkarılmış yerlere orman içi köyler halkının yerleştirilmesi için devlet tarafından ihya edilerek bu halkın yararlanmasına ayrılmasını öngörmüştür. Halka tanınan hak, mülkiyet değil, yararlanmadır. Anayasa, 6831 sayılı Orman Yasası'nın 2. maddesinin birinci fıkrasının (A) ve (B) bentleri arasında fark gözetmemiştir. Bu nedenle (A) bendine göre orman dışına çıkarılan yerlerin orman köylüsüne tahsisi gerekip, (B) bendine göre orman dışına çıkarılan yerlerin köylüye tahsisi gerekmediğini söylemek olanaksızdır. İki bend arasında fark bulunduğu kabul edilse bile değerlendirme yapılmaksızın mülkiyet hakkının tesbiti aykırılık oluşturur. Taşınmazın verildiği kişiler ve veriliş biçimi yönleri de böyledir. Açıklanan nedenlerle fıkra Anayasa'nın 170. maddesine aykırıdır.

Fıkra iptal edilmelidir."

denilmek suretiyle zilyedlik süresini 31.12.1981 tarihinden önceye götüren, önceki zilyedliğe geçerlik tanıyan fıkra hükmünü iptal etmiştir.

Anayasa'nın 153 üncü maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür.

Nitekim, Yargıtay 20. Hukuk Dairesi de, 14.2.2006 günlü ve E.2005/14311, K.2006/1616 sayılı kararında; Anayasa Mahkemesinin yukarıda değinilen kararına ve orman rejimi dışına çıkartılmış ve çıkartılacak yerlerde, nasıl oluşursa oluşsun eski tapu kayıtlarına, iskân kayıtlarına ya da iskân kaydı sonucu oluşturulan tapu kaydına dayanarak toprak kazanılması imkanını getiren 3402 sayılı Kadastro Yasasının 45 inci maddesinde öngörülen kuralların iptaline ilişkin kararlarına atıfta bulunularak aynen şöyle denilmiştir:

"Anayasanın 170. maddesinde 1744 sayılı ve 2896 ve 3302 sayılı Yasalarda orman rejimi dışına çıkartılan yerlerin nasıl değerlendirileceği konularında hiçbir ayrıcalık bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, 1744 sayılı Yasa uygulaması ile ormandan çıkartılan yerler de içinde olmak üzere, 31.12.1981 tarihinden önce nitelik yitiren yerlerin tümünün, Anayasanın 170. maddesi kapsamında Devlet tarafından değerlendirilip kullanılması zorunludur. 1982 Anayasasının yürürlüğe konulduğu tarihte sadece 1744 sayılı Yasa uygulaması sonucu orman rejimi dışına çıkartılan yerler bulunmaktaydı. Anayasamızda başka cins toprakların hangi amaçla ve nasıl kullanılacağı konularında bir hüküm bulunmadığı halde, orman ve orman rejimi dışına çıkartılan toprakların hangi amaçla ve nasıl kullanılacağı konularında Anayasanın 169 ve 170. maddelerinde özel hükümler getirilmiştir. Bu durum, ormanların korunması bakımından yasa koyucunun, orman ve orman rejimi dışına çıkartılan yerlere özel önem verildiğini göstermektedir. Anayasaya göre ayrıcalığı bulunan bu tür yerler ister Anayasanın yürürlüğünden önce 1744 sayılı Yasanın 2. maddesi, isterse Anayasanın yürürlüğünden sonraki yasaların uygulanması sonucu orman rejimi dışına çıkartılsın Anayasa karşısındaki konumları aynıdır ve kazandırıcı zamanaşımı zilyetliği yoluyla kazanılamaz."

Yargı organı gibi Yasama organı'nın da Anayasanın buyruğuna uyması yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu "kararları etkisiz" kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere yasama ve yürütme, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Gerekçeleriyle birlikte kararlar, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de

görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken, iptal edilen yasaya ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla, sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması, Anayasa'nın 153 üncü maddesine aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle, 15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 5 inci maddesi ile 6831 sayılı Kanuna eklenen ek madde 10, Anayasa'nın 153 üncü, 169 uncu ve 170 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8 inci Maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen Ek Madde 4'ün; Birinci Fıkrasının "fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle" Tümcesinin ve Dördüncü Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8 inci maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen ek madde 4'ün birinci fıkrasının iptali istenen tümcesi ile anılan maddenin dördüncü fıkrasının ilk cümlesi; getirilen bu düzenlemeyle güdülen saklı amacın ortaya konulmasında birbirini tamamlayan bir nitelik taşıdıklarından bu kuralların Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin de, ortak başlık altında açıklanması zorunlu görülmüştür.

Anayasa'nın "Orman köylüsünün korunması" başlıklı 170 inci maddesinde, ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve orman bütünlüğünün korunması bakımından, ormanın gözetilmesi ve işletilmesinde Devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirlerin alınacağını, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırlan dışına çıkartılması orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek Yasa'yla bu halkın yararlanmasına tahsis edileceği öngörülmüştür.

Anayasa, bu işlerin yapılmasını Devlete görev olarak yüklemiş, ekonomik sıkıntı çeken orman içi veya bitişiği köyler halkına Devlet eliyle ihya edilmiş tarım ve yerleşim alanları sağlamak istemiştir. Anayasa ile güdülen amaç, bilim ve fen bakımından artık orman olarak işletilmesinde yarar görülmeyen yerleri orman içinde ikamet eden halkın yararına tahsis etmek suretiyle değerlendirmektir. Şu halde orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyler halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi olanaklıdır. Böylece, orman köylüsünün ormanları tahribi önlenerek ulusal ekonomiye katkıda bulunması sağlanmak suretiyle üretici haline getirilip kalkınması amaçlanmıştır.

Görüldüğü gibi, Anayasa'nın 170 inci maddesinde, orman sınırları dışına çıkartılan yerlerin orman içindeki köyler halkının yararlanmasına "tahsisi"nin yasayla düzenlenmesi öngörülmüş olup, bu yerlerin orman köylülerine ya da başkalarına 'satışı' olanaklı değildir.

Bu nedenle, 2-B olarak da bilinen orman niteliğini yitirdiği için orman sınırları dışına çıkarılan yerlere ilişkin olarak Yasa ile getirilecek düzenlemelerin, Anayasa'nın 170 inci maddesinde öngörülen amaca uygun olması gerekeceğinde kuşku yoktur.

İptali istenen kurallar ile yapılan düzenlemenin amacı, 2-B olarak da bilinen orman özelliğini yitirmiş alanların kadastro işlemlerinin yapılarak, Hazine adına tescillerinin sağlanması olarak açıklanmış ise de, gerçek durum böyle olmayıp, bu düzenleme ile güdülen SAKLI AMAÇ, 2-B olarak da bilinen orman özelliğini yitirmiş alanların satışı ve devri imkânının getirilmesidir. Şöyle ki;

5831 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen ek madde 4'ün birinci fıkrasında,6831 sayılı Orman Kanununun değişik 2 nci maddesinin (B) bendine göre orman kadastro komisyonlarınca Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin öncelikle kadastrosunun yapılarak Hazine adına tescil edileceği öngörülmüş, iptali istenen tümce ile de, bu yerlerin *"fiili kullanım durumlarının dikkate alınacağı ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığının da kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterileceği"* öngörülmüştür.

Ek madde 4'ün dördüncü fıkrasının ilk cümlesinde de, Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan bu yerlerin, daha öncesi tescil edilmiş olduğuna bakılmaksızın Maliye Bakanlığının talebi üzerine, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce *"fiili kullanım durumları dikkate alınmak suretiyle ifraz ve/veya tevhit de yapılabileceği"* hükme bağlanmıştır.

17.10.1983 tarih ve 2924 sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Kanun'un 3763 sayılı Kanunla değişik 11 inci maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin sonundaki "…kullanan kişilerin adları kadastro tutağının beyanlar hanesinde gösterilir." kuralı, Anayasa Mahkemesinin 30.3.1993 tarihli ve E.1992/48, K.1993/14 sayılı kararı ile Anayasa'nın 170 inci maddesine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu kararında aynen şöyle denilmiştir:

Anayasa'nın 170. maddesinde, ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve orman bütünlüğünün korunması bakımından, ormanın gözetilmesi ve işletilmesinde Devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirlerin alınacağını, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırlan dışına çıkartılması orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek Yasa'yla bu halkın yararlanmasına tahsis edileceği öngörülmüştür.

Anayasa, bu işlerin yapılmasını Devlete görev olarak yüklemiş, ekonomik sıkıntı çeken orman içi veya bitişiği köyler halkına Devlet eliyle ihya edilmiş tarım ve yerleşim alanları sağlamak istemiştir. Anayasa ile güdülen amaç, bilim ve fen bakımından artık orman olarak işletilmesinde yarar görülmeyen yerleri orman içinde ikamet eden halkın yararına tahsis etmek suretiyle değerlendirmektir. Şu halde orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyler halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi olanaklıdır. Böylece, orman köylüsünün ormanları tahribi önlenerek ulusal ekonomiye katkıda bulunması sağlanmak suretiyle üretici haline getirilip kalkınması amaçlanmıştır.

Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Yasa ile getirilecek düzenlemelerin, Anayasa'nın 170. maddesinde öngörülen amaca uygun olması gerekeceğinde kuşku yoktur. Orman niteliğini yitirdiği için

orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, orman köylüsünün yararlanmasına tahsis edilmesi gerekir.

2924 sayılı Yasa'nın 3763 sayılı Yasa ile değişik 11. maddesinin birinci fıkrasında yer alan iptali istenen düzenleme ile, orman niteliğini yitiren yerleri kullanan kimselere orman köylüsü olup olmadıkları gözetilmeden arazi verilmesi ve bu yerlerin takdir edilecek rayiç bedel üzerinden kullanan kişilere satışı öngörülmektedir.

Orman köylüsü olup olmadığına bakılmaksızın bu yerlerin kullanan kişilere satışının yapılmasını sağlayan bu düzenleme Anayasa'nın 170. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle "...kullanan kişilerin adları kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilir..." ibaresinin iptali gerekir."

Yine Anayasa Mahkemesinin 23.1.2002 tarihli ve E.2001/382, K.2002/21 sayılı kararında da,

"Anayasa'nın bu emredici kuralı nedeniyle yasakoyucunun, bu alanların kullanıcılarına veya başkalarına, hatta orman içi köyler halkına satılmasını veya bu amaçla devredilmesini sağlayacak bir düzenleme yapması olanaklı değildir.

Anayasa'nın 169. maddesindeki orman sınırlarının daraltılmasına olanak tanınan iki halde de, orman sınırları dışına çıkarma sonucu elde edilen alanların değerlendirilmesi açısından herhangi bir ayrım yapılamayacağı, bu yerlerden yararlanmaya ilişkin düzenlemelerin, Anayasa'nın 170. maddesinde öngörülen amaca uygun yapılması gerekeceği kuşkusuzdur." denilmiştir.

29.06.2001 gün ve 4706 sayılı Yasanın 3. maddesi ile "6831 sayılı Yasanın 2/B maddesi gereğince orman rejimi dışına çıkartılan alanlarda 2924 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanmayacağı ve Bakanlığın istemi üzerine gerekli kadastro işlemi yapıldıktan sonra 3194 sayılı İmar Yasası ve uygulama yöntemlerindeki kısıtlamalara tabi olmadan ifraz ve tevhit işlemleri yapılarak kullanıcılarına doğrudan satılabileceği" hükümleri getirilmişse de, yine bu maddede Anayasa Mahkemesinin 23.01.2002 gün 2001/382-21 sayılı kararıyla *"...Anayasanın emredici kuralı nedeniyle ... orman rejimi dışına çıkartılan yerlerin kullanıcılarına veya başkalarına, hatta orman içi köyler halkına satılmasını veya bu amaçla devredilmesini sağlayacak bir düzenleme yapılması olanaklı değildir... bu nedenle, Hazine adına orman rejimi dışına çıkartılan yerlerin satışı ve bu amaçla devri olanağını getiren dava*

konusu kural, Anayasanın 169 ve 170. maddelerine aykırıdır" gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Diğer taraftan bilindiği üzere, ifraz (ayırma), tapu kütüğünde kayıtlı bir taşınmazın parsellere ayrılmasıdır. İfraz işlemi; değer artırımı düşüncesi, ayrılan parçaların daha kolay satılması, daha çok imar planlarının uygulanması için yapılır. Ancak ek madde 4'ün beşinci fıkrasında, bu madde kapsamındaki ifraz ve tescil işlemlerinin 3194 sayılı imar Kanunu kısıtlamalarına tabi olmadığı hükme bağlandığından yapılan bu düzenleme ile güdülen amacın, ayrılan parçaların daha kolay satılması olduğudur.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararlarına karşın, 6831 sayılı Orman Kanununun 2-B maddesi uyarınca orman dışına çıkarılan yerleri kullanan kişilerin orman köylüsü olup olmadıkları gözetilmeksizin kadastro tutağının beyanlar hanesinde gösterilmesi ve orman rejimi dışına çıkartılan bu alanlarda, fiili kullanım durumlarına göre ifraz işlemlerinin yapılması, yapılan düzenleme ile güdülen SAKLI AMACIN, 2-B olarak da bilinen orman özelliğini yitirmiş alanların fiili kullanıcılarına ve başkalarına satışı ve devri imkanının sağlanması olduğu yadsınamaz. Çünkü, yasakoyucu Anayasa'nın 170 inci maddesinde öngörülen amaca uygun bir düzenleme yapmayı amaçlamış olsaydı iptali istenen kurallarda, 2-B maddesi uyarınca orman dışına çıkarılan yerleri kullanan kişilerin orman köylüsü olduğunu gözeten düzenlemelere de yer verilirdi.

Kaldı ki, iptali istenen bu düzenleme ile güdülen amaç, daha fazla gizlenememiş, Adalet Bakanı Mehmet Ali ŞAHİN' in 22.2.2009 tarihinde Antalya'da AKP'nin seçim bürosunda yaptığı açıklamayla da gün ışığına çıkmıştır. Adalet Bakanı bu açıklamasında;

"yaklaşık bir ay önce çıkardıkları kanun doğrultusunda Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2B arazilerini kimlerin kullandığını tespite yönelik çalışma yaptığını" belirterek,

İkinci olarak yapacağımız kanuni düzenlemeyle bu arsaları (2B) kullanan vatandaşlara arsalarını verecek yasayı çıkaracağız. Ancak bunların çözülmesi için bizimle uyumlu çalışacak yerel yönetimleri seçmeniz gerekiyor.

demiştir. (EK.1)

Görüldüğü üzere, 5831 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesi ile 21/6/1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen Ek Madde 4 ile, öncelikle orman sayılamayacak yerlerin belirlenmesini kolaylaştırıcı bir durum oluşturulmaya çalışılmış ve iptali istenen kurallar ile de, 2-B arazileri olan yerlerin satılabilmesinin hukuksal altyapısı hazırlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle bir ülkenin en önemli doğal kaynaklarından olan orman alanlarımızın korunması için yasa koyucunun bu esası gözardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtması zorunludur.

Yasama erkinin kamu yararı amacına yönelik olarak kullanılmaması halinde yasama yetkisinin saptırılması olayı ortaya çıkar. Anayasa'da belirtilen amacı ya da kamu yararını gerçekleştirmek için kanunla yapılacak olan düzenleme, kanun koyucunun yapacağı tercihlere göre şekillenecektir; yani kanun koyucu, Anayasa'da belirtilen amacı veya kamu yararını gerçekleştirmek için getireceği çözümü seçmekte serbesttir. Burada takdir yetkisi kanun koyucuya aittir ve bu husus, Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girmez.

Fakat kanun koyucunun, Anayasa'nın gösterdiği amacın veya kamu yararının dışında kişisel, siyasal ya da saklı amaç güttüğü; bir başka amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, 'yetki saptırması' adı verilen durum ortaya çıkar ve bu durum, kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girer. Anayasa Mahkemesi, denetlediği kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil; fakat, gerçekten kamu yararını gerçekleştirmek için yapılıp yapılmadığını denetleyebilir.

Anayasa Mahkemesi, 'iptali istenen hükümle kapalı olarak bir amaç güdülüp güdülmediğini' araştırabildiğini, çeşitli kararlarında ifade etmiştir; ama kanun koyucunun saklı amacını ortaya koyabilmek, her zaman kolay değildir. (Bkz. E.1978/31, K. 1978/50, K.t. 02.11.1978; E. 1963/124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararları)

Anayasa Mahkemesi'nin bu tür denetimlerinde, kanunun gerekçesinden, yasama organındaki görüşmelerden veya yapılan

düzenlemenin daha çok siyasal nedenlere dayanıp dayanmadığı hususlarından yararlanarak sonuca vardığı görülmektedir. (Bkz. E. 1963/124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963; E. 1963/145, K. 1967/20, K.t. 27.06.1967; E. 1988/14, K. 1988/18, K.t. 14.06.1967 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararları)

Kanun koyucu, takdirine bırakılmış konularda, düzenleme yetkisini kullanırken, kuşkusuz, Anayasa kuralları ile kamu yararının ve kamu düzeninin gereklerine ve hukukun genel ilkelerine de bağlı kalmak durumundadır. (Bkz. E. 1980/1, K. 1980/25, K.t. 29.04.1980; E. 1963/124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararları) Bu, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin gereğidir.

Öte yandan, bir yerin bilim ve fen yönünden tam olarak orman niteliğini yitirmesi, toprak ve arazi yapısının bozulması ve o yerde bir daha orman yetiştirme olgusunun hiçbir biçimde kalmamış olmasını anlatmaktadır. Ülkemizde doğal yollardan bir yerin orman niteliğini yitirmesine rastlanmamıştır. Dolayısıyla, bir yerin orman niteliğini yitirmesi, insan eliyle kasten ormanların tahrip edilmesi ve bu alanların bu kişilerce işgali biçiminde gerçekleşmektedir. Bu tür davranışlar, 6831 sayılı Orman Yasası'na göre suç oluşturan eylemlerdir. Orman niteliğini 31.12.1981 gününden önce yitirmiş alanların, bu duruma kasıtlı eylemleriyle neden olan kişilere satılması yolunun açılması, bu yerleri fiilen kullananların (işgalcilerin) bu yerlerin yasal sahibi olabilmelerine olanak tanınması, hukuk devleti ve adalet ilkesiyle de bağdaştırılamaz.

Belirtilen nedenlerle, iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci, 169 uncu ve 170 inci maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan söz konusu kurallar, Anayasa Mahkemesinin 30.3.1993 tarihli ve E.1992/48, K.1993/14 sayılı iptal kararındaki gerekçe gözetilmediği için, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 153 üncü maddesine de aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 2-B olarak da bilinen orman özelliğini yitirmiş alanların fiili kullanıcılarına ve başkalarına satışı ve devri imkanının sağlanması amacıyla yapılan, 15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8 inci Maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen ek madde 4'ün; birinci fıkrasının *"fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler*

tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle" tümcesi ile dördüncü fıkrasının ilk cümlesi, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci, 153 üncü, 169 uncu ve 170 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

3) 15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8 inci Maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen Ek Madde 4'ün Beşinci Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasında, bu madde kapsamındaki kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin, 3194 sayılı İmar Kanunu ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunundaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılacağı öngörülmüştür.

Anayasa'nın 44 üncü maddesi, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek amacıyla gerekli önlemleri almak görevini devlete vermiştir. Devlet bu görevlerini 5403 sayılı Yasa çerçevesinde yerine getirmektedir.

Daha önce orman olan yerlerin erozyonla yitirilmesi büyük olasılık taşımaktadır. 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunun "Erozyona duyarlı alanların belirlenmesi ve korunması" başlıklı 15 inci maddesinde konuya ilişkin olarak yapılacak işlemler belirtilmiş ve son fıkrasında da, "Erozyona duyarlı alanların belirlenmesi ve korunmasına ilişkin usûl ve esaslar, Bakanlık tarafından hazırlanacak yönetmelikle belirlenir." denilmiştir. Yine bu Yasa'nın "Toprakların korunması" başlıklı 9 uncu maddesinde "Arazi kullanımını gerektiren her türlü girişim ve yatırım sürecinde toprakların korunması, doğal ve yapay olaylar sonucu meydana gelen toprak kayıplarının önlenmesi; arazi kullanım plânları, tarımsal amaçlı arazi kullanım plân ve projeleri ile toprak koruma projelerinin uygulamaya konulması ile sağlanır."denilmiş ve müteakip maddelerde de, söz konusu planların yapılması ile projelerin hazırlanması esasları belirlenmiştir.

Yukarıda (1) numaralı başlık altında değinilen Anayasa Mahkemesinin 01.06.1988 tarihli ve E.1987/31, K.1988/13 sayılı kararında, *"…Ancak, Anayasa'nın 44. maddesi, toprağın erozyonla kaybedilmesini önlemek amacıyla gerekli önlemleri almak görevini devlete vermiştir. Daha önce orman olan yerlerin erozyonla yitirilmesi büyük olasılık taşımaktadır. Bu*

yüzden gerekli önlemleri aldıktan, değerlendirme ve ihya işlemleri yapıldıktan sonra dağıtılmaları gerekir. Devletin, önlemleri, toprak elinden çıktıktan sonra da alabileceği düşünülebilirse de, malikin izni ve isteği olmaksızın bu tedbirleri almak güçtür" denilmek suretiyle orman olan yerlerin erozyon yitirmesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınmasının Anayasal bir görev olduğu vurgulanmıştır.

Devletin bu anayasal görevi yerine getirmesinin ilke ve esasları 5403 sayılı Kanun ile belirlenmiştir.

Diğer taraftan, gelecek kuşaklara yeterli ve geliştirilmiş toprak ve arazi kaynakları bırakabilmenin ön şartı; bu kaynakların bilim ve tekniğin gerektirdiği şekilde korunması, geliştirilmesi ve planlı kullanılmasıdır. Üretilemeyen kaynak bir avuç toprak gerçeğinin toplumun her kesimi tarafından bilinçli bir yaşam biçimi haline dönüşmesine yönelik yeni tutum ve anlayış biçimi; ekonomik, toplumsal, teknolojik, parasal ve hukuksal boyutları içeren bir sürecin yaşama geçirilmesini gerektirmektedir. Bu sürecin en önemli aşamalarından biri, hatta süreci başlatacak olan güç ise, konuya bütüncül yaklaşan Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'dur.

Bu nedenle, iptali istenen kural ile ek madde 4'ün beşinci fıkrası kapsamındaki kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunundaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılacağının öngörülmesi, Anayasa'nın 44 üncü maddesi ile bağdaşmadığı gibi "Yasaların kamu yararına dayanması" ilkesiyle de bağdaşmaz ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı düşer.

Öte yandan yine iptali istenen beşinci fıkrada, bu madde kapsamındaki kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin 3194 sayılı İmar Kanunundaki kısıtlamalara tabi olmadan yapılacağı öngörülmüştür.

İfraz ve tescil işlemleri, 3194 sayılı İmar Kanununun 15 inci ve 16 ncı maddelerinde düzenlenmiştir. "İfraz ve Tevhid" başlıklı 15 inci maddede,

"İmar planlarına göre yol, meydan, yeşil saha, park ve otopark gibi umumi hizmetlere ayrılan yerlere rastlayan gayrimenkullerin bu kısımlarının ifrazına veya tevhidine izin verilmez.

İmar parselasyon planı tamamlanmış olan yerlerde yapılacak ifraz veya tevhidin bu planlara uygun olması şarttır.

İmar planlarında parsel cepheleri tayin edilmeyen yerlerde yapılacak ifrazların, asgari cephe genişlikleri ve büyüklükleri yönetmelikte belirtilen esaslara göre tespit edilir.

İmar planı dışında kalan alanlarda yönetmeliklerinde tayin edilecek miktarlardan küçük ifrazlara izin verilmez."

denilmiş, 16 ncı maddenin birinci fıkrasında da *"Belediye ve mücavir alan hudutları içindeki gayrimenkullerin re'sen veya müracaat üzerine tevhid veya ifrazı, bunlar üzerinde irtifak hakkı tesisi veya bu hakların terkini, bu Kanun ve yönetmelik hükümlerine uygunluğu belediye encümenleri veya il idare kurullarınca onaylanır."* hükmüne yer verilmiştir.

İmar Yasası'ndaki bu hükümlerin çağdaş kentleşme, sağlıklı çevreler üretilmesi, yaşanabilir yerleşmeler elde edilmesi, planlı gelişmenin sağlanması, koruma kullanma dengesinin oluşturulması, yerel kalkınmanın gerçekleştirilmesi, sağlıksız ve güvenliksiz alanların dönüştürülmesi açısından ve dolayısıyla ülkemiz açısından öneminin çok büyük olduğu kuşkusuzdur.

Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

Ülke açısından önemi büyük olan İmar Yasası kurallarını gözetmediğinden kamu yararına dayanmayan iptali istenen kural, Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan 3194 sayılı İmar Yasası'nın birinci maddesinde yasanın amacı, *"Yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların, plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak"* olarak düzenlendiğinden İmar Yasası'ndaki düzenlemelerin "toprağın verimli kullanılması" amacını da içerdiği yadsınamaz. Bu nedenle de iptali istenen kural, Anayasa'nın 44 üncü maddesiyle de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle,15.1.2009 tarih ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 8 inci maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrası Anayasa'nın 2 nci ve 44 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

2-B olarak da bilinen orman rejimi dışına çıkartılmış ve çıkartılacak yerlerde zilyetliğe ve tapuya dayalı olarak toprak kazanımına ilişkin müteaddit yasa hükümleri, Anayasa Mahkemesinin kararları ile iptal edilmiştir.

"Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Yasama organı yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Yasama organı, yasa çıkarırken iptal edilen yasaya ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak ve sözcükleri ayrı olsa bile, iptal edilen yasalarla, içerik ya da nitelik yönünden aynı veya benzer olan yasaları çıkarmamak zorundadır." (Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.2005 tarih ve E.2005/6, K.2005/93 sayılı kararı).

Bir hukuk devletinde böyle bir duruma seyirci kalınmaması tabii olup, Anayasal düzenin en kısa sürede iptalini ve yürürlüğünün durdurulmasını istediğimiz hukuka aykırı bu tür kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da bir gereğidir. Anayasaya aykırılığın ısrarla sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur.

Anayasaya aykırı oldukları gerekçemizde gösterilen hükümlerin uygulanması halinde ortaya çıkacak ve giderilmesi olanaksız durum ve zararların önlenebilmesi, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi için, bu hükümlerin yürürlülüklerinin iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 15.1.2009 tarihli ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 5 inci maddesi ile 6831 sayılı Kanuna eklenen ek madde 10'un, Anayasa'nın 153 üncü, 169 uncu ve 170 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 8 inci maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen ek madde 4'ün; birinci fıkrasının "fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle" tümcesi ile dördüncü fıkrasının ilk cümlesinin, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci, 153 üncü, 169 uncu ve 170 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 8 inci maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2 nci ve 44 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

B- Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davada Uygulanacak Yasa Maddesi:

2924 Sayılı Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Kanun 11. madde/2-3 (Değişik fıkra: 28/08/1991 - 3763/2 md.) 3402 sayılı Kadastro Kanununa göre bu yerlerin kadastrosu öncelikle yapılır. (Son iki cümle iptal: Anayasa Mahkemesi'nin 30/03/1993 tarih ve E.1992/48, K. 1993/14 sayılı kararı ile.) (Ek cümleler: 30/10/1995 - 4127/1 md.) Kadastro çalışmaları sırasında, fiili kullanım durumuna göre sınırlandırması ve Hazine adına tespit yapılacak bu yerler üzerindeki muhdesat ile tasarruf edenlerin isimleri, kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilir. 3402 sayılı Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen askı ilanı hariç, diğer ilanlar yapılmaz. Kadastro çalışmaları sonucunda belirlenen kişilerin, bu maddenin dördüncü fıkrasına göre gerçek hak sahibi olup olmadıkları hususu, ayrıca Orman Bakanlığınca tespit edilir. Hak sahiplerinin bu madde hükmünden yararlandırılmasında, sulu toprakta 40, kuru toprakta 100 dönümlük sınırlamaya uyulur.

(Ek fıkra: 28/08/1991 - 3763/2 md.; İptal: Anayasa Mahkemesi'nin 30/03/1993 tarih ve E.1992/48, K.1993/14 sayılı kararı ile; Yeniden düzenlenen fıkra:

30/10/1995- 4127/1 md.) Yararlanacak kişilerin hak sahibi olabilmesi için, orman köyü nüfusuna kayıtlı olmaları ve bu Kanunun yürürlüğe

girdiği tarihten itibaren geriye yönelik en az 5 yıl müddetle o yerde ikamet etmiş bulunmaları gerekir.

5831 Sayılı Kanunun 8. maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununa getirilen Ek Madde 4'ün 1. fıkrası:"6831 sayılı Orman Kanununun 20/6/1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi ile 23/9/1983 tarihli ve 2896 sayılı, 5/6/1986 tarihli ve 3302 sayılı Kanunlarla değişik 2 nci maddesinin (B) bendine göre orman kadastro komisyonlarınca Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerler, fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen askı ilanı hariç diğer ilanlar yapılmaksızın öncelikle kadastrosu yapılarak Hazine adına tescil edilir."

Kanun Maddesinin Aykırılığı İddia Edilen Anayasa Hükümleri: 5831 Sayılı Kanunun 8. maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununa getirilen Ek Madde 4'ün 1. fıkrası içerisinde geçen "fiili kullanım durumunda olanlar" bildiği gibi "orman işgalcileridir. Orman Kanununa göre işgal bir suçtur. Suç işlemiş kişileri kadastro tutanağının beyanlar hanesine yazmak, suç işleyen kişileri hem ödüllendirmek, hem suç vasfını ortadan kaldırmak ve hem de yeni suçları teşvik etmekten başka bir işe yaraması düşünülemez. Bu madde açıkça orman varlığını azaltıcı nitelikte olduğundan Anayasanın 169. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 170. maddesinde, ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve orman bütünlüğünün korunması bakımından, ormanın gözetilmesi ve işletilmesinde Devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirlerin alınacağını, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması, orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek Yasa'yla bu halkın yararlanmasına tahsis edileceği öngörülmüştür.

Anayasa, bu işlerin yapılmasını Devlete görev olarak yüklemiş, ekonomik sıkıntı çeken orman içi veya bitişiği köyler halkına Devlet

eliyle ihya edilmiş tarım ve yerleşim alanları sağlamak istemiştir. Anayasa ile güdülen amaç, bilim ve fen bakımından artık orman olarak işletilmesinde yarar görülmeyen yerleri orman içinde ikamet eden halkın yararına tahsis etmek suretiyle değerlendirmektir. Şu halde, orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyleri halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi olanaklıdır. Böylece, orman köylüsünün ormanları tahribi önlenerek ulusal ekonomiye katkıda bulunması sağlanmak suretiyle üretici haline getirilip kalkınması amaçlanmıştır. Orman Köylülerinin Kalkınmalarının Desteklenmesi Hakkında Yasa ile getirilecek düzenlemelerin, Anayasa'nın 170. maddesinde öngörülen amaca uygun olması gerekeceğinde kuşku yoktur. Orman niteliğini yitirdiği için orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, orman köylüsünün yararlanmasına tahsis edilmesi gerekir.

5831 Sayılı Kanunun 8. maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununa getirilen Ek Madde 4'ün 1. fıkrasında yer alan iptali istenen düzenleme ile orman niteliğini yitiren yerleri kullanan kimselere orman köylüsü olup olmadıkları gözetilmeden, fiili kullanım durumları dikkate alınarak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmesi öngörülmektedir.

Orman köylüsü olup olmadığına bakılmaksızın 3402 sayılı Yasa 19. madde kapsamında 'mevcut ve her türlü takyid ile sınırlı ayni hakların saklı tutulmasını' sağlayan bu düzenleme Anayasa'nın 170. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle '... fiili kullanım durumları dikkate alınarak…' ibaresinin bulunduğu 5831 Sayılı Kanunun 8. maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na getirilen Ek Madde 4'ün 1. fıkrasının iptali hususunda Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak gerekmiş, aşağıdaki hüküm tesis edilmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda gerekçesi açıklanan nedenlerle;

1- Görülmekte olan davada uygulanması ihtimali bulunan 5831 Sayılı Kanunun 8. maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununa getirilen Ek Madde 4'ün 1. fıkrasının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2- Anayasanın 152. maddesi gereği bu hususun bekletici mesele yapılmasına,

3- Kadastro Kanununa getirilen Ek Madde 4'ün 1. fıkrasının iptaline ilişkin başvuru ile ilgili olabilecek evrakların onaylı sureti ile başvuru gerekçesinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,"

II- YASA METİNLERİ

A- Dava ve İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun iptali istenilen ek 10. maddesi şöyledir:

"**Ek Madde 10- Bu Kanunun; 20/6/1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi ile 23/9/1983 tarihli ve 2896 sayılı Kanun ve 5/6/1986 tarihli ve 3302 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendi uygulamaları ile orman sınırları dışına çıkarılan yerler, çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten itibaren kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilemez."**

2- 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun dava ve itiraz konusu fıkra, cümle ve ibareleri de içeren ek 4. maddesi şöyledir:

"**Ek Madde 4- 6831 sayılı Orman Kanununun 20/6/1973 tarihli ve 1744 sayılı Kanunla değişik 2 nci maddesi ile 23/9/1983 tarihli ve 2896 sayılı, 5/6/1986 tarihli ve 3302 sayılı kanunlarla değişik 2 nci maddesinin (B) bendine göre orman kadastro komisyonlarınca Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerler, fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, bu Kanunun 11 inci maddesinde belirtilen askı ilanı hariç diğer ilanlar yapılmaksızın öncelikle kadastrosu yapılarak Hazine adına tescil edilir.**

Bu maddeye göre yapılacak kadastro çalışmaları ikinci kadastro sayılmaz.

Bu maddeye göre yapılacak kadastro sırasında orman ve Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin sınır nokta ve hatları; orman kadastro tutanakları esas alınmak suretiyle orman işletme müdürlüğünce görevlendirilecek en az bir orman yüksek mühendisi ya da orman mühendisinin iştirak ettirildiği kadastro ekibince zemine aplike edilir. Bu çalışmalar sırasında kadastro veya orman haritalarında

düzeltmeyi gerektiren tutanak, pafta ve zemin uyumsuzluğunun tespiti halinde, yukarıda oluşturulan kadastro ekibince teknik mevzuata uygun hale getirilir. Bu çalışmalara kadastro kontrol mühendisi de iştirak ettirilir. Çalışma sonucunda bir zabıt düzenlenir ve bu zabıt ekip görevlileri ile kontrol mühendisi tarafından birlikte imzalanır. Düzeltme işlemleri, orman mevzuatı ile tapu ve kadastro mevzuatına göre yapılmış ve bu Kanuna göre yapılacak askı ilanı ile de ilan ve tebliğ edilmiş sayılır.

Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerler, daha öncesi tescil edilmiş olduğuna bakılmaksızın Maliye Bakanlığının talebi üzerine, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce fiili kullanım durumları dikkate alınmak suretiyle ifraz ve/veya tevhit de yapılabilir. Bu işlemler sırasında, orman ve kadastro haritalarında tespit edilen fenni hatalar, yukarıdaki üçüncü fıkrada belirtilen usul ve esaslara göre düzeltilir.

Bu madde kapsamındaki kadastro, ifraz ve tescil işlemleri, 3194 sayılı İmar Kanunu ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunundaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılır.

Kadastro çalışmalarına başlanılmadan önce, Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin içerisinde özel kanunlarına göre değerlendirilmesi gereken alanlar bulunup bulunmadığı kadastro müdürlüğünce ilgili kurum ve kuruluşlarına yazı ile sorulur. İlgili idarelerce 15 gün içerisinde kadastro müdürlüğüne bilgi verilir. Bu süre içinde cevap verilmediği takdirde, söz konusu alanların bulunmadığı yönünde cevap verilmiş sayılır. Bu bilgilere veya ilgili idarelerce zeminde gösterilen sınırlara göre bu yerler içindeki bu alanların sınırları ölçülerek krokisinde gösterilir ve beyanlar hanesinde belirtilir.

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde ve başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 153., 169. ve 170. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E.2009/24 sayılı dosya 7.5.2009 gününde, E.2010/112 sayılı dosya 6.1.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında başvurularda eksiklik

bulunmadığından işin esasının incelenmesine, E.2009/24 sayılı dosyada yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına, E.2010/112 sayılı dosyada sınırlama sorununun esas inceleme aşamasında ele alınmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

E.2010/112 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/24 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/24 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 6.1.2011 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin raporlar, dava konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır.

İtiraz yoluna başvuran Ula Asliye Hukuk Mahkemesi, 5831 sayılı Kanun'la 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek 4. maddenin birinci fıkrasının tümünün iptalini istemiştir.

3402 sayılı Kanun'un ek 4. maddesinin birinci fıkrasında 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 2. maddesinin (B) bendine göre orman kadastro komisyonlarınca Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin kullanım kadastrosunun nasıl yapılacağı düzenlenmektedir. Buna göre, bu yerler fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, Kanunun 11. maddesinde belirtilen askı ilanı hariç diğer ilanlar yapılmaksızın öncelikle kadastrosu yapılarak Hazine adına tescil edilecektir. Mahkemenin bakmakta olduğu dava, tescile ve beyanlar hanesinde fiili kullanıcının gösterilmesine ilişkindir. Bu

nedenle, ek 4. maddenin birinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, "… *fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle…*" bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- 5831 sayılı Kanun'la, 6831 sayılı Orman Kanunu'na Eklenen Ek 10. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen hüküm ile getirilen orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilememesine ilişkin kuralın yalnızca çıkarma işleminin kesinleştiği tarihten sonrası için geçerli olduğu, çıkarma işleminin henüz kesinleşmediği yerlerin kazandırıcı zamanaşımı yolu ile iktisap edilebilmesine olanak sağlandığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 169. ve 170. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile 6831 sayılı Kanun'un 2/B maddesi uyarınca orman alanı dışına çıkarılan yerlerin kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabının önüne geçilmesi amaçlanmıştır. 6831 sayılı Kanun'un 2/B maddesine göre bir yerin orman alanı dışına çıkarılabilmesi için, bu yerin Orman Kanunu'nun 1. maddesine göre orman veya orman sayılan yerlerden olması ve 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş ve tarım, hayvancılık veya yerleşim alanı olarak kullanılmakta olması gerekmektedir. Bu alanlar orman dışına çıkarma işlemi yapılmadıkça her ne kadar fiilen orman özelliklerini kaybetmiş olsalar da, hukuken orman niteliğini kaybetmezler. Bu nitelikteki araziler dava konusu kanun değişikliği yapılmadan önce ancak orman dışına çıkarma işlemi kesinleştikten sonra hukuken orman vasfını kaybederek Hazinenin özel malı hâlini almakta ve kazandırıcı zaman aşımından yararlanarak zilyetlik yoluyla edinilmesi mümkün hale gelmekteydi. Dava konusu kural bu şekilde kazandırıcı zamanaşımı yoluyla iktisabı yasaklamıştır.

Anayasa'nın 169. maddesi ormanların korunması ve geliştirilmesi için alınması gereken önlemleri ve ormanların hukuki rejimini düzenlemekte, 170. maddesi ise orman köylülerinin korunmasına ilişkin hükümler içermektedir.

Orman alanı dışına çıkarma işlemi kesinleşmeden önce bu alanlar hukuken orman vasfı taşıdığından Anayasa'nın 169. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez" kuralı gereğince, dava dilekçesinde ileri sürüldüğünün aksine, kazandırıcı zaman aşımı yoluyla iktisap edilmeleri mümkün değildir. Orman alanı dışına çıkarılan alanların kazandırıcı zaman aşımı yoluyla iktisabını yasaklayan kural, Anayasa'nın ormanların korunmasını düzenleyen 169. ve orman köylülerinin korunmasını öngören 170. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

2- 5831 sayılı Kanun'la, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na Eklenen Ek 4. Maddenin Birinci Fıkrasında Yer Alan "… fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle…" Bölümü ile Dördüncü Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde fiili kullanıcıların ve muhdesatın beyanlar hanesine kaydedilmesini öngören kural ile orman alanı dışına çıkarılan arazilerin kullanım kadastrosu sırasında ifraz ve tevhide izin veren dördüncü fıkranın birinci cümlesi ve maddenin diğer fıkralarındaki hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden, daha sonra çıkarılacak düzenlemelerle bu arazilerin satılması için hazırlık yapıldığı ve bu alanların satışını sağlamak için saklı amaç güdüldüğünün anlaşıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 11., 153., 169. ve 170. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallar, 6831 sayılı Kanun'un 2/B maddesi uyarınca orman alanı dışına çıkarılan yerlerin kullanım kadastrosu yapılırken bu arazilerin fiili kullanım durumları dikkate alınarak arazilerin kimler tarafından ve ne zamandan beri kullanıldığı ve varsa üzerindeki muhdesatın kimlere ait olduğunun kadastro tutanağının beyanlar hanesine kaydedilmesini ve Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, daha öncesi tescil edilmiş olduğuna bakılmaksızın Maliye Bakanlığının talebi üzerine, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce fiili kullanım durumları dikkate alınmak suretiyle ifraz ve tevhit de yapılabileceğini hükme bağlamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi uyarınca yasama işlemlerinin amacının Anayasa'ya uygun olması gerektiğinde kuşku yoktur. Anayasa'nın açık bir amaç belirlediği durumlarda yasama işleminin bu amaçla yapılması, Anayasa'da açık bir amacın belirlenmediği hallerde ise kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Ancak kamu yararının sübjektif niteliği dolayısıyla bir yasanın kamu yararı dışında başka bir amaç güttüğünün açıkça görüldüğü istisnai durumlar dışında Anayasa Mahkemesinin kanunların amacının kamu yararına uygunluğunu denetleme yetkisi yoktur.

Dava dilekçesinde ileri sürülen Anayasa'ya aykırılığın ileride çıkarılacak bir yasa ile gerçekleşeceği ve bu yasanın ileride çıkarılacak ve Anayasa'ya aykırı olacak yasaya zemin hazırladığı, bu nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu savları Anayasa yargısına konu edilemez.

4721 sayılı Medeni Kanun'un 1012. ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün 60 ilâ 64. maddelerinde düzenlenen beyanlar, tescil ve şerhten farklı olarak herhangi bir aynî hak doğurmayacağı gibi şahsî hakların kuvvetlendirilmesi işlevine de sahip değildirler. Beyanların fonksiyonu, taşınmazla ilgili bazı fiili veya hukuki durumlara ya da zaten mevcut bulunan bazı haklara aleniyet sağlamaktan ibarettir. Beyanlar hanesine bir hususun kaydedilmesi ilgili kişiye herhangi bir hak vermeyeceği gibi, o kişi bakımından bir hak da doğurmaz. Bu nedenle, orman dışına çıkarılan alanların kadastrosu sırasında buraları fiilen kullananların beyanlar hanesine kaydı bu kişiler açısından herhangi bir hak doğurmayıp, ancak fiili durumun tespiti ve alenileştirilmesi anlamına gelecektir. Bu tespitin tek amacının bu arazilerin fiilen kullananlara satılması olduğu söylenemez.

Devletin orman alanı dışına çıkarılan arazilerin fiili kullanım durumlarını da dikkate alarak envanterini çıkarması bu alanlarla ilgili yapılacak her türlü tasarruf açısından büyük önem taşımaktadır. İptali istenilen kurala dayanılarak yapılacak tespitler bu arazilerin orman köylülerine tahsisi, fiilen kullananlardan ecrimisil alınması, fiili durumun ispatı gibi işlevler de görebilirler. Bu nedenle orman alanı dışına çıkarılan alanların kullanım kadastrosunun yapılması sırasında arazileri fiilen kullananlar ile varsa üzerindeki muhdesatın kadastronun beyanlar hanesine kaydedilmesinde Anayasa' ya aykırılık yoktur.

Diğer taraftan, kadastro sırasında ifraz ve tevhid, kadastro parsellerinin bölünmesi ve birleştirilmesi anlamına gelir. Orman kadastrosunda orman alanları parsellere ayrılmayıp, devlet ormanlarına ad verilmektedir. Orman kadastro haritaları ise, arazinin niteliğine göre, yeşil (ormanlar), kırmızı (orman dışına çıkarılan alanlar), sarı (orman olmayan alanlar) ve mavi (su yüzeyleri) olmak üzere dört renge boyanmaktadır. Orman dışına çıkarma çalışması yapılan yerlere Romen rakamıyla parsel numaraları verilmektedir. 2/B çalışması sırasında tespit edilen parseller arazinin fiili kullanım biçimiyle örtüşmeyebileceği gibi her hangi bir tahsis durumunda ekonomik kullanıma elverişli de olmayabilirler. Bu nedenle farklı parsellerin birleştirilmesine ya da bir parselin birden fazla parçaya ayrılmasına ihtiyaç duyulabilir. Dava konusu kuralın bu ihtiyaca cevap vermek amacıyla çıkarıldığı anlaşılmaktadır.

İfraz ve tevhid işlemlerinin Maliye Bakanlığının talebine tâbi tutulmasının nedeni, orman dışına çıkarılan yerlerin Hazine adına tescil edilmesi ve Hazine arazileri üzerindeki tasarruf yetkisinin Maliye Bakanlığına ait olmasıdır.

Açıklanan nedenlerle kurallar 2., 169. ve 170. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Ahmet AKYALÇIN ve Mehmet ERTEN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 11. ve 153. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

3- Kadastro Kanunu'na Eklenen Ek 4. Maddenin Beşinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde Orman Kanunu'nun 2/B maddesi hükümlerine göre orman alanı dışına çıkarılan yerlerin kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin İmar Kanunu ve Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılmasını öngören kuralın Anayasa'nın 44. maddesinde yer alan toprakların erozyona karşı korunması ve toprağın verimli kullanılması ilkelerine ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, orman alanı dışına çıkarılan arazilerle ilgili kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin, 3194 sayılı İmar Kanunu ile 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın yapılmasını öngörmektedir.

Anayasa'nın 44. maddesi "*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz.*

Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez ve ancak dağıtılan çiftçilerle mirasçıları tarafından işletilebilir. Bu şartların kaybı halinde, dağıtılan toprağın Devletçe geri alınmasına ilişkin esaslar kanunla düzenlenir." hükmünü içermektedir.

Anayasa'nın bu hükmünü uygulamaya geçirmek amacıyla Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu çıkarılmıştır. Toprakların verimli kullanılması ve tarım topraklarının erozyona karşı korunması milli ekonomi açısından önem taşıdığı gibi, bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkıyla da yakından ilgilidir. 5403 sayılı Kanun'da toprakların korunması ve ekonomik olarak işletilebilmesini sağlamak üzere bazı ilkeler öngörülmüştür. Aynı şekilde şehirleşmenin planlı bir şekilde yapılabilmesi için İmar Kanunu çıkarılmıştır. İmar Kanunu'nda sağlıklı ve çağdaş şehirlerin ortaya çıkarılabilmesi için ifraz ve tevhitlere ilişkin bazı kısıtlamalar öngörülmüştür.

Orman alanı dışına çıkarılan arazilerin Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile İmar Kanunu'nda yer alan kısıtlamalara tâbi olmaksızın kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin yapılmasına olanak tanıyan dava konusu kural, bu arazilerin sözü edilen kanunlarda yer alan ve Anayasa'nın amir hükmü gereği olan korumaların dışında tutulması sonucunu doğurmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 44. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kural iptal edildiğinden Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

15.1.2009 günlü, 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 8. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen Ek 4. maddenin beşinci fıkrası, 12.5.2011 günlü, E. 2009/24, K. 2011/75 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkranın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

B- 1- 5. maddesiyle, 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen Ek 10. maddeye,

2- 8. maddesiyle, 3402 sayılı Kanun'a eklenen Ek 4. maddenin;

a- Birinci fıkrasının "… fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, …" bölümüne,

b- Dördüncü fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal istemleri, 12.5.2011 günlü, E. 2009/24, K. 2011/75 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, cümle ve bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

15.1.2009 günlü, 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 8. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen Ek 4. maddenin birinci fıkrasının "… fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, …" bölümü dışında kalan bölümünün, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı

bulunmadığından, bu bölüme ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 1- 5. maddesiyle, 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen Ek 10. maddenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 8. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen Ek 4. maddenin;

a- Birinci fıkrasının "… fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle, …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Ahmet AKYALÇIN ile Mehmet ERTEN'in karşoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Ahmet AKYALÇIN ile Mehmet ERTEN'in karşoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- Beşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

12.5.2011 gününde karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

3402 sayılı "Kadastro Kanunu"nun Ek madde 4'ün iptali istenilen birinci fıkrasında, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 20.6.1973 günlü 1744 sayılı yasa ile değişik 2. maddesi ile 23.9.1983 gün ve 2896 sayılı, 5.6.1986 gün ve 3302 sayılı kanunlarla değişik 2. maddesinin (B) bendine göre orman kadastro komisyonları'nca Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle aynı yasanın kadastro sonuçlarının ilânına ilişkin düzenleme getiren 11. maddesinde belirtilen askı ilânı hariç diğer ilanlar yapılmaksızın öncelikle kadastrosu yapılarak hazine adına tescil edileceği; Dördüncü fıkrasında, hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin, daha öncesi tescil edildiğine bakılmaksızın Maliye Bakanlığı'nın talebi üzerine, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce fiil kullanım durumları dikkate alınmak suretiyle ifraz ve/ veya tevhit'in de yapılabileceği, bu işlemler sırasında, orman ve kadastro haritalarında tespit edilen fenni hataların üçüncü fıkrada belirtilen usul ve esaslara göre düzeltileceği; Beşinci fıkrasında ise madde kapsamındaki kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin 3194 sayılı imar kanunu ile 3.7.2005 gün ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılacağı belirtilmiştir.

Bu düzenlemeye göre, orman kanunu'nun 2/B hükümlerine göre Orman dışına çıkarılan yerlerin kadastrosunun öncelikle yapılarak Hazine adına tescilinin sağlanacağı, kadastro sırasında arazilerin fiili kullanım durumlarının belirlenmesi amacıyla kimler tarafından ne kadar zamandan beri kullanıldıklarının ve arazi üzerinde muhdesatın bulunup bulunmadığının beyanlar hanesinde gösterileceği, orman alanı dışına çıkarılan yerlerin hazine adına tescil edileceği ve hazine arazileri üzerindeki tasarruf yetkisinin Maliye Bakanlığı'na ait olduğu, kadastro, ifraz ve tescil işlerinin İmar Kanunu ile Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanundaki kısıtlamalara tabi olmayacağı anlaşılmaktadır.

İfraz, sözlük anlamı ile, genel olarak "bütünden parça ayırma, ayrılma, çıkma", hukukta ise "arazinin bölünmesi parsellenmesi" anlamına gelmekte, hukuk düzeninde ifraz, taşınmaz sahibi veya

sahiplerinin isteği ile veya 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesine göre tarafların muvafakatı olmadan imar planını yapan idare tarafından "arsa ve arazi düzenlemesi" şeklinde yapılan ayırma; Tevhit ise imar hukukunda imar planlarının uygulanmasında kullanılan yöntemlerden birisi olup imar mevzuatı yönünden tevhit (birleştirme) birden fazla taşınmazın imar mevzuatı ve imar planına uygun olarak yapı yapmaya el verişli imar parselleri oluşturmak amacıyla yapılan işlemlerdir.

Anayasa'ya uygunluk denetiminin, iptali istenilen Ek madde 4'ün sınırlanan tümce ve diğer fıkraların birlikte gözetilerek yapılması gerekmektedir.

Ormanların, ekonomik ve ekolojik işlevleri nedeniyle stratejik öneme sahip doğal kaynaklardan olduğu, orman ürünlerinin pek çok sanayi kolunun hammaddesini oluşturduğu dikkate alındığında ormanların yetiştirilmesi ve korunarak muhafaza edilmesinin kaçınılmaz olduğu kuşkusuzdur.

Nitekim ormanların korunmaları, geliştirilmeleri, orman örtüsünün yok edilmesinin önlenmesi ile ilgili Anayasa'nın 169. ve 170. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlemeye yer verilmiştir.

Anayasa'nın 169. maddesi'nin gerekçesinde de belirtildiği gibi maddenin birinci fıkrası doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için Devlete gereken tedbirleri alıp kanun koymayı ve ormanların gözetimi görevinin Devlete ait olduğu; ikinci fıkrada Devlet ormanlarının yalnız Devletçe yönetilmesi ve işletilmesinin yasa ile düzenleneceği, mülkiyeti ve yönetiminin özel kişilere devrolunamacağı belirtilmekte, maksatlı olarak yapılan orman tahripleri, ağaçlar ve ormanlara vaki tecavüzlerde ormanların zaman aşımı suretiyle mülk edinilemeyeceği, kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı; üçüncü fıkrada da ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği Anayasada temel düzenleme olarak yer almıştır.

Anayasadaki bu düzenleme ile ormanların korunması ve bütünlüğünün bozulmaması amaçlanmış olup, ancak kamu yararının zorunlu kıldığı kimi durumlarda irtifak hakkı tesisine izin vermiştir.

Anayasa'nın 169. maddesi ile aralarında birbirini bütünleyici ve tamamlayıcı nitelikte bir bağ olan Anayasa'nın 170. maddesinde de

ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve orman bütünlüğünün korunması bakımından ormanın gözetilmesi ve işletilmesinde Devletle bu halkın iş birliğini sağlayıcı tedbirlerin alınacağını, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi, bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması, orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek yasayla bu halkın yararlanmasına tahsis edileceği öngörülmüştür.

Anayasa, bu işlerin yapılmasını Devlet'e görev olarak yüklemiş, ekonomik sıkıntı çeken köyler halkına Devlet eliyle ihya edilmiş tarım ve yerleşim alanları sağlamak istemiştir. Anayasa ile güdülen amaç, bilim ve fen bakımından artık orman olarak işletilmesinde yarar görülmeyen yerleri orman içinde ikamet eden halkın yararına tahsis etmek suretiyle değerlendirmektir. Şu halde, orman sınırları dışına çıkarılan yerlerin yalnızca orman köyleri halkının nakli ve yerleştirilmesi amacıyla değerlendirilmesi olanaklıdır. Böylece, orman köylüsünün ormanları tahribi önlenerek ulusal ekonomiye katkıda bulunması sağlanmak suretiyle üretici haline getirilip kalkınması amaçlanmıştır.

Anayasa'nın bu emredici kuralı nedeni ile yasa koyucunun, bu alanların kullanıcılarına veya başkalarına, hatta orman içi köyler halkına satılmasını, devredilmesini veya bu amacı gerçekleştirmeye yönelik ön hazırlığı sağlayacak bir düzenleme yapması olanaklı değildir.

Hukukun ve Anayasa'nın üstünlüğünün yaşama geçirilmesi, Anayasa'nın 148. maddesinde öngörülen Anayasa Mahkemesi'nin denetimi ile olanaklıdır.

İptali istenilen kuralla, Orman Kanunu'nun 2/B maddesi kapsamında, orman dışına çıkarılan yerleri kullanan kişilerin orman köylüsü olup olmadıkları gözetilmeksizin kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmesi ve orman rejimi dışına çıkartılan bu alanlarda, fiili kullanım durumlarına göre ifraz ve/veya tevhit işlemlerinin yapılması imkânının getirilmesi, yasalardaki kısıtlamalara tabi olmayacağı öngörülerek hukuksal alt yapıyı hazırlayıp 2/B kapsamındaki orman özelliğini yitirmiş alanların kamu yararı

gözetilmeksizin fiili kullanıcılarına veya başkalarına ileride engelsiz satış ve devri imkânının sağlanmasının amaçlandığı açıktır. Bu amaca yönelik olarak düzenlenen iptali istenilen kuralın amaç ögesi bakımından Anayasa'ya uyumlu olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenilen Ek madde 4'ün sınırlanan tümcesi ve dördüncü fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'nın 169. ve 170. maddelerine açıkça aykırı olduğundan iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun redde ilişkin görüşüne katılmıyorum.

Üye
Ahmet AKYALÇIN

KARŞIOY ve EK GEREKÇE

Dava dilekçesinde, 15.1.2009 günlü, 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesi ile 21.6.1987 günlü 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen Ek Madde 4'ün;

Birinci fıkrasında yer alan ***"fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle"*** bölümünün,

Dördüncü fıkrasında yer alan ***"Hazine adına orman sınırları dışına çıkarılan yerler, daha öncesi tescil edilmiş olduğuna bakılmaksızın Maliye Bakanlığının talebi üzerine, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce fiili kullanım durumları dikkate alınmak suretiyle ifraz ve/veya tevhit de yapılabilir"*** şeklindeki birinci cümlesinin,

Beşinci fıkrasında yer alan ***"Bu madde kapsamındaki kadastro, ifraz ve tescil işlemleri, 3194 sayılı İmar Kanunu ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunundaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılır."*** kuralının,

Anayasa'nın 2., 44., 169. ve 170. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmektedir.

Gerekçede, iptali istenen kuralları da içeren Ek 4. maddenin amacının Orman Kanunu'nun 2/B maddesi hükümleri uyarınca orman alanı dışına çıkarılan yerlerin kadastro işlemlerinin yapılarak, hazine adına tescillerinin sağlanması olduğu ifade edilmektedir.

Anayasa'nın "Orman köylüsünün korunması" başlıklı 170. maddesinde, ormanlar içinde veya bitişiğindeki köyler halkının kalkındırılması, ormanların ve orman bütünlüğünün korunması bakımından ormanın gözetilmesi ve işletilmesinde Devletle bu halkın işbirliğini sağlayıcı tedbirlerin, 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tamamen kaybetmiş yerlerin değerlendirilmesi; bilim ve fen bakımından orman olarak muhafazasında yarar görülmeyen yerlerin tespiti ve orman sınırları dışına çıkartılması; orman içindeki köyler halkının kısmen veya tamamen bu yerlere yerleştirilmesi için Devlet eliyle anılan yerlerin ihya edilerek bu halkın yararlanmasına tahsis edilmesinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa, orman sınırları dışına çıkartılan yerlerin Devlet eliyle ihya edilerek, orman içi köyler halkına tarım ve yerleşim alanı olarak kullanmak üzere tahsis edilmesini sağlamak istemiş ve bunu da Devlete görev olarak vermiştir. Böylece, bilim ve fen bakımından orman olarak işletilmesinde yarar görülmeyen ve bu nedenle orman sınırları dışına çıkartılan yerler sadece orman içi köyler halkına tahsis edilmek suretiyle değerlendirilmek ve hem de ormanların tahrip edilmesi önlenmek istenmiştir.

Buna göre, orman sınırları dışına çıkartılan yerler orman içindeki köyler halkının yararlanmalarına tahsis edilebilecek, bu yerlerin mülkiyeti satış ya da başka yollarla devredilemeyecektir.

İptali istenen kurallarla getirilen ve bu yerlerin kullanım durumuyla ilgili kadastro tutanağına yazılması istenen bir kısım bilgiler ile daha önce orman sınırları dışına çıkarılarak hazine adına tescil edilen yerler de dâhil olmak üzere, fiili kullanım durumuna göre ifraz ve/veya tevhit imkânının getirilmesi ve kimi yasa hükümlerinin uygulanmak istenmemesine ilişkin düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, amacın, Orman Kanunu'nun 2-B maddesi hükümleri uyarınca orman alanı dışına çıkartılan yerlerin kadastro işlemlerinin yapılarak hazine adına tescillerini sağlamaktan ziyade, bu alanları fiilen kullananlara 3194 ve 5403 sayılı Yasa'ların engelleyici hükümleri de uygulanmayarak süratle yapılacak ifraz ve/veya tevhit çerçevesinde ileriki tarihlerde kolayca satmak ve devretmek için hukuksal alt yapının oluşturulmasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu düzenlemeler ile saptanmak istenen hususların hazine

adına tescil işlemine hiçbir katkı sağlamayacak olması, orman alanı dışına çıkartılan yerlerin satılmasını sağlamak için 2924 sayılı Kanun'un 11. maddesinde ve 4706 sayılı Kanun'un 3. maddesinde daha önce yapılan ve Anayasa Mahkemesi'nin 30.03.1993 tarih ve E.1992/48, K.1993/14 sayılı 23.01.2002 tarih ve E.2001/382, K.2002/21 sayılı kararları ile Anayasa'nın 170. maddesine aykırı görülerek iptal edilen kurallar ile inceleme konusu olan ve iptali istenen kuralların benzer ifadeler kullanılarak yasalaştırılması amaçla ilgili saptamanın doğruluğunu desteklemektedir.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında, Orman Kanunu'nun 2/A ya da 2/B hükümlerine göre orman alanı dışına çıkarılan yerlerin sadece orman köylüsüne tahsis edilebileceği gerekçesiyle çeşitli yasa hükümlerini iptal etmiş, 23.01.2002 tarih E.2001/382, K.2002/21 sayılı kararında bu yerlerin orman köylüsüne satılmasını dâhi Anayasa'nın 170. maddesine aykırı görerek kuralın iptaline karar vermiştir.

Orman sınırları dışına çıkartılan yerlere ilişkin olarak yapılacak yasaların, Anayasa'nın 170. maddesinde öngörülen orman içindeki köyler halkına tahsis amacına uygun olması gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Buna uygun olarak yasalaştırılmadığı açıkça anlaşılan iptal istemine konu edilen kurallar Anayasa'nın 170. maddesine aykırıdır.

Ek 4. maddenin beşinci fıkrasının iptal edilmesine ilişkin çoğunluk görüşüne ise açıkladığım ek gerekçe ile birlikte aynen katılmaktayım.

Bu nedenle Ek 4. maddenin birinci fıkrasında yer alan bölüm ile dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin de iptalleri gerektiğinden, bu kuralların ret edilmelerine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞI OY GEREKÇESİ

15.01.2009 tarihli 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesi ile 21.06.1987 tarihli 3402 sayılı Kadastro Kanun'una eklenen ek 4. maddenin beşinci fıkrası, "Bu madde kapsamındaki kadastro, ifraz ve tescil işlemleri, 3194 sayılı İmar Kanunu ile 03.07.2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılır." şeklinde düzenlenmiştir.

Dava konusu 5831 sayılı Kanun'un 8. maddesinin genel olarak amacı, yıllardır tescil edilmemiş orman kadastrosunun ve bunun bir parçası olan 2/B sahalarının kadastrosunun yapılarak tescillerinin sağlanması, kimler tarafından hangi vasıfla kullanıldığının tesbit edilmesi ve geometrik durumlarının paftaya aktarılmasıdır. Orman dışına çıkarılmış olan alanların kadastrosunun bu hükümde gösterilen kısıtlamalara tabi olması halinde beklenilen amaca ulaşılması mümkün değildir.

Dava konusu kuralda sözü edilen kanunlardaki kısıtlamaların, kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinde uygulanmaması demek, adı geçen kanunların bir daha bu tür yerlerde hiç uygulanmayacağı anlamına gelmez.

Kadastro işlemleri, taşınmazlar üzerindeki fiili ve hukuki durumun tesbitinden ibarettir. Bu tesbit yapıldıktan sonra taşınmazlarda yeni hukuki uygulamalar yapılması da mümkündür. Kadastro işlemleri tamamlandıktan sonra toprağın verimli kullanılmasını sağlamak amacıyla Toprak Koruma Kanunu hükümlerine uygun düzenlemelerin yapılmasına herhangi bir engel olmadığı gibi, bu yerlerde imar çalışmaları başladığında hiçbir kısıtlama olmadan İmar Kanunu'nun bütün hükümlerinin eksiksiz uygulanması gerekecektir. Böylece hem dava konusu kuralla ulaşılmak istenen amaç gerçekleşecek, hem de kuralda sözü edilen kanunlar kısıtlama olmadan uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda açıkladığımız nedenlerle, 15.01.2009 tarihli 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesi ile 21.06.1987 tarihli 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek 4. maddesinin beşinci fıkrası ile yapılan düzenlemenin, Anayasa'nın 2. ve 44. maddesine aykırı olmadığından dava konusu kuralın iptali yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Engin YILDIRIM	Nuri NECİPOĞLU

Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI

MUHALEFET ŞERHİ

Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) tarafından 15.01.2009 tarihli ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 8. maddesiyle 21.06.1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün, birinci ve dördüncü fıkralarındaki bazı bölümlerle birlikte, beşinci fıkrasının da Anayasa'nın 44. ve 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir.

İptali talep edilen hüküm şu şekildedir: "*–Bu madde kapsamındaki kadastro, ifraz ve tescil işlemleri, 3194 sayılı imar Kanunu ile 3/7/2005 tarihli ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunundaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılır.*"

Davacı tarafından, Orman Kanunu m. 2/B gereğince orman alanı dışına çıkarılan yerlerin kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin İmar Kanunu ile Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki kısıtlamalara tabi olmaksızın yapılması durumu, Anayasa'nın 44. maddesine aykırı görülmüş, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık ise, kuralın kamu yararına aykırı olduğu gerekçesine dayandırılmıştır. Anayasa'nın, konuya ilişkin 44. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: "*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz.*"

İptali istenen kural, sayın çoğunluk tarafından Anayasa'nın 44. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Bunun gerekçesi olarak da,

sözkonusu İmar Kanunu ile Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki kısıtlamalara tabi olunmamasını, bu kanunlardaki düzenlemelere, daha sonra da uyulmayacağı, o nedenle, söz konusu kanunlarda getirilen sınırlamalara tabi olmaksızın işlem yapılması durumu gösterilmiştir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iptali istenen kural ile, Orman Kanunu m. 2/B hükmü çerçevesinde orman alanı dışına çıkarılan arazilerin kadastrosu, ifraz ve tescil işlemlerinin yapılması hedeflenmektedir; bu yapılırken de, arazinin fiili durumunun dikkate alınması, İmar Kanunu yahut Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki kısıtlamalarla çakışan bir durum olursa buna rağmen, kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin yapılması amaçlanmaktadır. Bu şekilde, orman alanı dışına çıkarılan arazilerin kadastrosu yapıldıktan sonra, İmar Kanunu yahut Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanmasına ve orada belirtilen kısıtlamalara tabi olarak yeni işlemler yapılmasına engel bulunmamaktadır. Burada amaç, İmar Kanunu'ndaki yahut Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki kısıtlamaları dikkate almaksızın imar planı yapmak yahut toprağın kullanılmasına imkan vermek, erozyonla mücadele edilmesini engellemek vb. olmayıp, öncelikle o arazinin kadastrosunu, ifraz ve tescilini sağlamaktır. Kadastro, ifraz ve tescil işlemlerinin arkasından, orman alanı dışına çıkarılan yere, İmar Kanunu ile Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'ndaki hükümlerin uygulanması mümkündür. Bunda da kamu yararının olduğu kuşkusuzdur. O nedenle getirilen hüküm, Anayasa'nın 44. ve 2. maddelerine aykırı olmayıp, iptal talebinin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 15.01.2009 tarihli ve 5831 sayılı Tapu Kanunu ve Bazı kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, 8. maddesiyle 21.06.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasının Anayasa'nın 44. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2009/30

Karar Sayısı : 2011/26 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 12.5.2011

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu Adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY, Kemal KILIÇDAROĞLU ile K. Kemal ANADOL

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 22. maddesiyle, 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun geçici 7. maddesine eklenen fıkranın "…mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir açılan davalar sonucunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir." bölümünün, 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır." hükmünü içeren (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu ile ekleri, iptali istenilen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 22. maddesiyle, 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun Geçici 7. maddesine eklenen fıkranın "… mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir açılan davalar sonucunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir." bölümü, 12.5.2011 günlü, E. 2009/30, K. 2011/76 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümün, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır." hükmünü içeren (b) bendine yönelik iptal istemi, 12.5.2011 günlü, E. 2009/30, K. 2011/76 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bende ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/30

Karar Sayısı : 2011/76

Karar Günü : 12.5.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY, Kemal KILIÇDAROĞLU ve Kemal ANADOL

DAVANIN KONUSU: 18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 22. maddesi ile 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun Geçici 7. maddesine eklenen fıkranın *"… mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir, açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir."* bölümünün,

2- 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "*6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.*" hükmünü içeren (b) bendinin,

Anayasa'nın 2., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

III. GEREKÇE

1) 18.02.2009 tarihli ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 22 nci maddesi ile 12.4.2000 tarihli ve

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun geçici 7 nci maddesine eklenen fıkradaki; a- "mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir," ile b- "açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir" tümcelerinin Anayasa'ya aykırılığı

a- "mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir," tümcesinin Anayasa'ya aykırılığı

İptali istenen bu tümce ile, Organize Sanayi Bölgelerinin bulunduğu alanlardaki mera vasıflı taşınmazlar hakkında, mülkiyete yönelik Hazinece dava açılamayacağı, açılmış davalardan da vazgeçileceği öngörülmektedir.

Anayasanın 45 inci maddesinin birinci fıkrasında,

"Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır"

hükmüne yer verilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde de aynen,

"Madde, Devlet'e tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklemektedir. Bu ifade ile amaçlanan; tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir. Devlet, bu amaçla yasal düzenlemeler yapmalıdır"

denilmiştir. Bu gerekçeden de anlaşılacağı üzere, Devlet'e, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme nedeniyle yok edilmesinin önlenmesi görevi verilmiştir. Organize Sanayi Bölgelerinin bulunduğu alanlardaki mera vasıflı taşınmazlar hakkında; mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir kuralı ile meraların endüstri nedeniyle yok edilmenin önü açılmaktadır.

Bu nedenle iptali istenen tümce, Anayasa'nın 45 inci maddesine aykırıdır.

b- "açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen

mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir" tümcesinin Anayasa'ya aykırılığı

İptali istenen bu tümce de, yukarıda (a) başlığı altından belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 45 inci maddesine aykırı olduğu gibi ayrıca Anayasa'nın 138 inci maddesine de ters düşmektedir.

"Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında tanımlandığı gibi, hukuk devleti;

İnsan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran, bunu sürdürmeye kendisini yükümlü sayan, bütünüyle hukuka uyan devlet demektir. Hukuk devleti niteliğini kazanmanın vazgeçilmez koşullarından birisi mahkeme kararlarına uyulma zorunluluğudur. Anayasanın 138. maddesinde; Yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu,

bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği öngörülmüştür.

Bu kural gereğince yasama organının yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen yargı kararlarını etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak yükümlülüğü vardır." (Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2003 tarihli ve E.2002/43, K.2003/103 sayılı kararı).

Bu nedenle, kesinleşen mahkeme kararları uygulanmayacağını ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhlerin terkin edileceğini öngören iptali istenen tümcenin, Anayasanın 138 nci maddesine de aykırı olduğu kuşkusuzdur.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Bu nedenle iptali istenen tümceler, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 18.02.2009 tarihli ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 22 nci maddesi ile 12.4.2000 tarihli ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun geçici 7 nci maddesine eklenen fıkradaki;

a- "mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir," tümcesi, Anayasa'nın 2 nci,11 inci ve 45 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b- "açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir" tümcesi, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci, 45 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptal edilmeleri gerekmektedir.

2) 18.02.2009 tarihli ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 32 nci maddesinin (17) numaralı fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırılığı

Tarihi ve doğal mirasın devlet koruması altına alınması büyük önem arz etmekte, tarihi ve doğal miras koruma altına alınırken bireylerin mülkiyet hakkı da gözetilmektedir. Anayasamızda mülkiyet hakkı, temel hak ve özgürlüklerin kapsamına alınarak koruma altına alınmıştır. Taşınmazları doğal ve arkeolojik sit alanı kapsamında bulunan bireylerin mülkiyet haklarının korunarak aynı zamanda bu taşınmazların devlet koruması altına alınması, sosyal hukuk devletinin gereğidir.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu, doğal, arkeolojik ve kentsel sit alanında kalan taşınmazların hukuki durumlarını düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre, taşınmazı I. ve II. derece arkeolojik ve doğal sit alanında kalan taşınmaz sahibi birey, söz konusu taşınmazı üzerinde inşaat yapamamaktadır. Sit alanı kapsamında taşınmazı bulunan bireylerin, tasarrufta bulunmalarım kısıtlayan bu düzenleme ve koruma hükümlerinin mülkiyet hakkını ortadan kaldırmaması adına, bu tür taşınmazların Hazine taşınmazları ile takas edilmesi yöntemi kabul edilmiştir.

Nitekim, iptali istenen bu kural ile yürürlükten kaldırılan 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer

Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun "Sit Alanlarında Kalan Taşınmaz Mallar" başlıklı 6 ncı maddesi,

"21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca, sit alanı ilan edilmiş ve onanlı koruma amaçlı imar planında kesin inşaat yasağı getirilmiş arsa ve arazilerin, Hazineye ait taşınmazlarla değiştirilmesi işlemlerinde, taşınmaz maliklerinin kabul etmesi halinde Hazineye ait taşınmazların satış işlemlerinde ödeme aracı olarak kabul edilmek üzere, taşınmazın bedelini gösteren bir belge verilir.

Belgenin işleme tabi tutulacağı tarihteki bedeli, belgede yazılı bedele kıymet takdir tarihinden itibaren kanuni faiz uygulanmak suretiyle tespit edilir."

hükmüne amirdi.

Bu kural ile öngörülen sistem şöyle işletilmekteydi:

Taşınmazı I. ve II. derece doğal ve arkeolojik sit alam kapsamında bulunan ve takas yapmak isteyen vatandaş, önce Kültür ve Turizm Bakanlığı Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü'ne başvuru yapmakta, başvurusu üzerine taşınmaza ait 1/1000 ölçekli koruma amaçlı imar planı hazırlanıyordu. Gerekli plan ve evrakları tamamlanan takas dosyası, Maliye Bakanlığı Milli Emlak Genel Müdürlüğü'ne iletilmekte, Genel Müdürlük talimatıyla taşınmaza 2886 sayılı yasa uyarınca kıymet takdiri yapılmakta, kıymet takdir kararı, taşınmaz sahibine bildirilmekte, bedeli kabul etmesi halinde, söz konusu bedel üzerinden taşınmaz sahibi adına "sertifika" adı verilen ve taşınmazın değerini gösteren belge düzenlenmekte idi. 4706 sayılı Yasa'nın 6 ncı maddesinde düzenlenen bu belge, Hazineye ait taşınmazların satış ihalelerinde ödeme aracı olarak kullanılabilmekte idi. Böylece, Hazineden alınan taşınmaz ile sit alanında kalan taşınmaz trampa edilebiliyordu.

Bu suretle gerek taşınmazı sit alanında bulunan taşınmaz sahiplerinin mülkiyet hakkı korunmakta, gerek tarihi ve doğal sit özelliği taşıyan alanlar devlet tarafından koruma altına alınmaktaydı.

5838 sayılı Yasa'nın 32 nci maddesinin 17 numaralı fıkrasının iptali istenen (b) bendi hükmü ile sertifika düzenlenmesini öngören söz konusu yasa maddesi yürürlükten kaldırılmış, dolayısıyla mevcut sistem ortadan kaldırıldığı halde, sit alanlarının değerlendirilmesi ve taşınmaz sahiplerinin hakları konusunda yeni bir düzenleme getirilmemiştir.

Anayasa'nın 35 inci maddesinde mülkiyet hakkı, 63 üncü maddesinde tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması düzenlenmiştir. Anayasa ile koruma altına alınan ve düzenlenen iki önemli konuyu da kapsayan söz konusu düzenlemenin kaldırılması "Yasaların kamu yararına dayanması" ilkesi ile bağdaşmaz.

"Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi, yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerdiği gibi, yasama organı tarafından konulacak kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerinin gözönünde tutulmasının gerekliliği, yine bu ilkenin doğal bir yansımasıdır. Bu ölçütler ise hukuk kurallarının korunmasında birbiriyle çatışan yararların uzlaştırılmasını zorunlu kılar."(Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.2004 tarihli ve E.2002/39, K.2004/125 sayılı kararı).

Taşınmaz sahiplerinin yararları ile sit alanlarının korunmasındaki devlet yararını diğer bir anlatımla çatışan yararların uzlaştırılması öngören bir yasa kuralını(4706 sayılı Yasa'nın 6 ncı maddesini) ortadan kaldıran ve bu konuda yeni bir düzenleme de getirmeyen iptali istenen kuralın kamu yararına dayanmadığı ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı olduğu çok açıktır.

Diğer taraftan iptali istenen kural, Yasa'nın yayımı 5838 sayılı Yasa'nın yürürlük tarihinden önce düzenlenen sertifika sahiplerinin kazanılmış haklarını da ortadan kaldırmaktadır. Hukuk devletinin temel unsurları arasında "kazanılmış haklara saygı" yer almaktadır. Bu nedenle de iptali istenen kural, Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 18.02.2009 tarihli ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 32 nci maddesinin (17) numaralı fıkrasının (b) bendi Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

18.02.2009 tarihli ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 22 nci maddesi ile 12.4.2000 tarihli ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun geçici 7 nci maddesine eklenen fıkradaki tümcelerin, Anayasanın "çayır ve meraların amaç dışı kullanılması ve tahribinin önlenmesi için devleti gerekli tedbirleri alması için görevlendiren" 45 inci maddesine açıkça aykırılığı ortadadır.

Ancak Anayasanın 153 üncü maddesindeki "iptal kararlarının geriye yürümezliği" kuralı karşısında, doğal kaynaklarımızı işgal edip el koyanlar, söz konusu tümcelerin getirdiği hükümlere dayanarak iptal kararı yayımlanıncaya kadar çayır ve meralarımızda mülkiyet tesis edebileceklerdir. Bu nedenle giderilmesi olanaksız durum ve zararlar doğacağından, iptal davası sonuçlanıncaya kadar iptali istenen söz konusu tümcelerin yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

Öte yandan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 18.02.2009 tarihli ve 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun;

1) 22 nci maddesi ile 12.4.2000 tarihli ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun geçici 7 nci maddesine eklenen fıkradaki;

a- "mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir," tümcesi, Anayasa'nın 2 nci,11 inci ve 45 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b- "açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir" tümcesi, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci, 45 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 32 nci maddesinin (17) numaralı fıkrasının (b) bendi Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1- 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun dava konusu bölümü de içeren Geçici 7. maddesi şöyledir:

"Geçici Madde 7- 4342 sayılı Mera Kanununun yürürlüğe girdiği tarihe kadar mera olarak nitelendirilen alanlara yapılmış OSB'ler; Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından onaylanmış ve yatırım programına alınmış olmaları şartıyla mera vasfını kaybetmiş olur. Bu alanlar 4342 sayılı Mera Kanununun hükümlerine tabi değildirler. İl mera komisyonlarının bu alanlarla ilgili daha önce aldıkları kararlar hükümsüzdür.

1/1/2005 tarihinden önce kesinleşen imar planlarında küçük sanayi sitesi olarak ayrılan veya aynı tarihten önce, Bakanlık tarafından onaylanan ve yatırım programına alınan OSB'lerin bulunduğu alanlardaki mera vasıflı taşınmazlar hakkında; ilgili kamu idarelerince daha önce yapılan kamulaştırma ve diğer işlemler, tezyidi bedel dâhil kamulaştırma, faiz ve diğer bedellerin ödenmesi kaydıyla geçerli kabul edilir, bu işlemlere dayanılarak ilgili gerçek ve tüzel kişiler adına tapuda yapılan tesciller korunur, **mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir, açılan davalar sonucunda bu**

taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir."

2- Dava konusu bendi de içeren 18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 32. maddesinin (17) numaralı fıkrası şöyledir:

"(17) 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un

a) 4 üncü maddesinin son fıkrasında yer alan "organize hayvancılık yapacaklar ile kamu kurum ve kuruluşlarına" ibaresi ve "üzerinde en az onmilyon ABD Doları karşılığı Türk Lirası tutarında ve en az elli kişi istihdam sağlayacak yatırım yapacaklara," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

b) 6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 11., 45. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 7.5.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, dava konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- 5838 sayılı Kanun'un 22. Maddesi ile 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun Geçici 7. Maddesine Eklenen Fıkranın "… mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir, açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir" Bölümü Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralın mera alanlarının sanayileşme nedeniyle yok edilmesinin önünü açacağı ve mahkeme kararlarının uygulanmasını engelleyeceği belirtilerek Anayasa'nın 2., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile 1.1.2005 tarihinden önce kesinleşen imar planlarında küçük sanayi sitesi olarak ayrılan veya aynı tarihten önce, Bakanlık tarafından onaylanan ve yatırım programına alınan Organize Sanayi Bölgelerinin bulunduğu alanlardaki mera vasıflı taşınmazlar hakkında mülkiyete yönelik Hazine tarafından dava açılamayacağı, açılmış davalardan vazgeçileceği, açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararlarının uygulanmayacağı ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhlerin terkin edileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 45. maddesinin birinci fıkrasında, *"Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır"* denilmektedir.

Anayasa'nın 45. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi bu kuralla Devlete, tarım arazilerinin sanayi ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesini, tarım arazileri ile çayırlar ve meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevi yüklenmiştir.

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*." hükmünü içermektedir.

Yasama organının mahkeme kararlarını değiştirememesi ilkesi yasama organının kanun yoluyla kesinleşmiş olan kararları ortadan kaldıramaması anlamına gelir. Mahkeme kararının kanun yoluyla değiştirilememesi ilkesi, maddi hukukta herhangi bir değişiklik yapmaksızın sadece somut mahkeme kararlarının kanun yoluyla değiştirilmesi ya da uygulanmasının engellenmesi hâlleri için söz konusu olacaktır. Bu nedenle iptali istenen kural ile kesinleşmiş mahkeme kararlarının uygulanamayacağının öngörülmüş olması Anayasa'nın 138. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Mülkiyete yönelik hazinece dava açılamaması, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kesinleşen mahkeme kararlarının uygulanmaması, tapu kütüklerine konulan şerhlerin terkin edilmesi, devlete meraların korunması görevini veren Anayasa'nın 45. maddesi ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 45. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 45. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden ayrıca 2. ve 11. maddeler yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- 5838 sayılı Kanun'un 32. Maddesinin (17) Numaralı Fıkrasının (b) Bendi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde yürürlükten kaldırılan kural ile bir taraftan taşınmazı sit alanında bulunan taşınmaz sahiplerinin mülkiyet hakkının korunduğu, diğer taraftan ise tarihi ve doğal sit özelliği taşıyan alanların Devlet tarafından koruma altına alındığı ancak dava konusu kural ile bu uygulamanın kaldırılmasının kanunların kamu yararına olma gerekliliği ile bağdaşmadığı, ayrıca 5838 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce düzenlenen sertifika sahiplerinin kazanılmış haklarının ortadan kaldırıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava Konusu kural, 4706 sayılı Kanun'un 6. maddesini yürürlükten kaldırmıştır. Yürürlükten kaldırılan "Sit Alanlarında Kalan Taşınmaz Mallar" başlıklı 6. maddede, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu uyarınca, sit alanı ilan edilmiş ve onanlı koruma amaçlı imar planında kesin inşaat yasağı getirilmiş arsa ve arazilerin, Hazineye ait taşınmazlarla değiştirilmesi işlemlerinde ve taşınmaz maliklerinin

kabul etmesi halinde Hazineye ait taşınmazların satış işlemlerinde ödeme aracı olarak kabul edilmek üzere, taşınmazın bedelini gösteren bir belge verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca bu belgelerde yazılı bedele, kıymet takdir tarihinden itibaren kanuni faiz uygulanmak suretiyle işlem tarihindeki bedelin belirlenmesi hükme bağlanmıştır.

Yürürlükten kaldırılan bu hüküm, sit alanı ilan edilen ve inşaat yasağı getirilen taşınmaz sahiplerinin kabul etmesi halinde taşınmazın değerinin tespit edilerek bir belgeye bağlanması ve bu belgenin Hazine tarafından yapılacak taşınmaz satışlarında bir ödeme aracı olarak kullanılmasını sağlamıştır. Uygulamada Kanun kapsamına giren taşınmaz sahiplerinin başvurusu üzerine taşınmaz sahibi adına "sertifika" adı verilen ve taşınmazın değerini gösteren bir belge düzenlenmiş ve bu belge, Hazineye ait taşınmazların satış ihalelerinde ödeme aracı olarak kullanılmak suretiyle Hazineden alınan taşınmaz ile sit alanında kalan taşınmazın trampası mümkün olabilmiştir.

Dava konusu kuralın gerekçesinde de belirtildiği gibi uygulamada istenilen sonucu doğurmayan bu düzenlemeden dava konusu kural ile vazgeçilmiş ve yerine daha sonra 25.6.2009 günlü, 5917 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 15. maddesinin (f) fıkrası değiştirilerek bu alanlarla ilgili yeni bir düzenleme getirilmiştir.

İptali istenilen kuralla yürürlükten kaldırılan düzenlemenin kamu yararını daha iyi gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceğini ya da çatışan değerleri daha iyi uzlaştırıp uzlaştırmayacağını belirlemek yasa koyucunun takdir alanı içinde bulunduğundan anayasallık denetimi kapsamı içinde değerlendirilemez.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel gereklerinden birisi kazanılmış haklara saygı ilkesidir. Kazanılmış haklara saygı, yürürlükteki hukuka uygun olarak doğmuş olan hakların yeni bir yasa ile ortadan kaldırılamamasını gerektirir. 4706 sayılı Kanun'un 6. maddesi yürürlükteyken bu maddeye dayanarak düzenlenen ve taşınmazın değerini tespit eden sertifikaların, üzerinde kesin inşaat yasağı bulunan taşınmazların Hazine arazisi ile trampasına olanak tanıdığından malik için bir kolaylık getirdiği dikkate alınarak malikler açısından kazanılmış hak doğurduğu söylenebilir. Ancak, 5838 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle 4706 sayılı Kanun'a eklenen geçici 11.

maddesi ile bir geçiş hükmü öngörülerek daha önce düzenlenen sertifikaların 31.12.2011 tarihine kadar kullanılmasına olanak tanınmıştır. Kanun'un 28 Şubat 2009 tarihinde yürürlüğe girdiği dikkate alındığında, sertifikaların kullanılabilmesi için yaklaşık üç yıllık bir sürenin tanındığı anlaşılmaktadır. Bu süre hak sahiplerinin kazanılmış haklarını kullanabilmeleri için yeterli ve makul bir süredir. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 22. maddesiyle, 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun Geçici 7. maddesine eklenen fıkranın "… mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir açılan davalar sonucunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir." bölümü, 12.5.2011 günlü, E. 2009/30, K. 2011/76 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümün, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır." hükmünü içeren (b) bendine yönelik iptal istemi, 12.5.2011 günlü, E. 2009/30, K. 2011/76 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bende ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 22. maddesiyle, 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun Geçici 7. maddesine eklenen fıkranın "… mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir açılan davalar sonucunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır." hükmünü içeren (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/31

Karar Sayısı : 2011/27 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 12.5.2011

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu Adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY, Kemal KILIÇDAROĞLU ile K. Kemal ANADOL

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 25.2.2009 günlü, 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen tümcede yer alan "… iddia ve taşınmazın niteliğine …" ibaresinin, 3. maddesiyle, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde 10'un, Anayasa'nın 2., 43. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu ile ekleri, iptali istenilen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

5.2.2009 günlü, 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 2. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlede yer alan "… iddia ve taşınmazın niteliğine …" ibaresi,

2- 3. maddesiyle, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 10. madde,

12.5.2011 günlü, E. 2009/31, K. 2011/77 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu madde ve ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/31

Karar Sayısı : 2011/77

Karar Günü : 12.5.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY ve Kemal ANADOL (E.2009/31)

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Karlıova Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2009/36)

2- Yargıtay 20. Hukuk Dairesi (E.2009/37)

3- Manavgat 2. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2009/40)

4- Erdemli 2. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2009/68)

5- Trabzon 3. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2009/71, E.2009/72, E.2009/73, E.2009/74, E.2009/75, E.2009/76, E.2009/77, E.2009/78, E.2009/79, E.2009/80)

6- Antalya 7. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2011/2)

DAVA ve İTİRAZLARIN KONUSU: 25.2.2009 günlü, 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 2. maddesi ile 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlenin,

2) 3. maddesi ile 3402 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 10'un,

Anayasa'nın 2., 9., 10., 36., 43., 138. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL DAVASI VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İLE İTİRAZ BAŞVURUSUNUN GEREKÇELERİ

A- Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

III. GEREKÇE

1) 25.2.2009 tarih ve 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12 nci Maddesinin Üçüncü Fıkrasına eklenen Cümlenin "iddia ve taşınmazın niteliğine" Tümcesinin Anayasa'ya Aykırılığı

3402 sayı Kadastro Kanunun 12 nci maddesi, 5841 sayılı Yasa'nın 2 nci maddesi ile eklenen ve iptali istenen tümceyi de içeren cümle ile şu şekli almıştır:

"Madde 12 - 30 günlük ilan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kadastro tutanaklarına ait sınırlandırma ve tespitler kesinleşir.

Kadastro müdürü tarafından onaylanarak kesinleşen tutanaklar ile kadastro mahkemesinin kesinleşmiş kararları; kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle en geç 3 ay içinde tapu kütüklerine kaydedilir.

Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılamaz. "Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dahil, tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır"

Kadastrosu tamamlanan çalışma alanı içerisinde kalan eski tapu kayıtları, işleme tabi kayıt niteliğini kaybederler. Bu kayıtlara dayanılarak kadastro ve tapu sicil müdürlüklerinde işlem yapılamaz.

Kesinleşmemiş tutanaklar herhangi bir nedenle tapuya tescil edilmişse, iddia ve taşınmazın niteliğine bakılmaksızın, taşınmazı tescil tarihinden itibaren 20 yıl müddetle malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduranlar ile bunların akdi ve kanuni halefleri açılmış ve açılacak olan davalarda medeni kanunun tapuya itimat prensibinden yararlanırlar."

Yapılan bu düzenlemeye göre, Kadastro tutanaklarında belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten

itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak iddia ve taşınmazın niteliği ne olursa olsun itiraz olunamayacak ve dava açılamayacaktır. Diğer bir anlatımla, kadastro tutağında özel mülkiyet olarak tespit edilen taşınmaz, devletin hüküm ve tasarrufu altındaki örneğin "kıyı" veya "Devlet Ormanı" dahi olsa kadastro tutağının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçmiş ise artık itiraz olunamayacak ve dava açılamayacaktır.

Madde gerekçesinde, 10 yıllık hak düşürücü süre sınırlamasının hakka yönelik olmadığı da dikkate alınarak Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince özel mülkiyet ve kamu mülkiyeti ayrımı yapılmaksızın, Türk Medeni Kanununda öngörülen tapuya güven ilkesini uygulanamaz hale getiren ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 numaralı protokolünün 1 inci maddesine aykırılık oluşturan uygulamanın ortadan kaldırılmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

Arhavi Asliye Hukuk Mahkemesi kıyı kenar çizgisi içinde kalması nedeniyle tapu kaydının iptali ve kıyı kenar çizgisi içerisinde kalan arazinin tescil dışında bırakılması istemiyle açılan davada, 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasının "Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Kıyılar, herkesin eşit ve serbest olarak yararlanmasına açıktır," bölümünün Anayasa'nın 35. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemiştir.

Mahkemenin itiraz gerekçesinde,

"İptali istenen taşınmazların tapulu olduğu, bu tapuların devletin yetkili organlarınca yetkileri dâhilinde düzenlenerek tapuya davalı özel şahıslar adına kaydedildiği noktasında bir ihtilaf bulunmamaktadır. Davalılar adına devletin yetkili organlarınca oluşturulan bu kayda rağmen yine yürütme organlarınca bu tapuların bu kez kıyı kenar çizgisi içerisinde kaldığından bahisle iptalinin istenmesi Anayasanın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Aynı şekilde bu şekilde yapılacak bir iptal Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ek protokol 1. maddesinde düzenlenen mülkiyet haklarının da ihlali sonucunu doğuracaktır. Böyle bir halde davalı tarafların Avrupa İnsan Haklarına Mahkemesine başvurusu halinde belirtilen maddenin ihlali nedeni ile ülkemizin tazminatla sorumlu tutulacağı Ek Protokol 1. maddenin açıklığı karşısında izahtan varestedir. Ülkenin bu şekilde bu tip

davalarla mahkûm edilmesi Avrupa ülkeleri nezdinde ülkemizin itibarını kaybetmesine neden olmaktadır."

denilmiştir. Görüldüğü üzere iptali istenen düzenlemeyi getiren 5841 sayılı Yasa'nın 2 nci maddesinin gerekçesi ile adı geçen mahkemenin itiraz gerekçesi örtüşmektedir.

Anayasa Mahkemesi 24.9.2008 tarih ve E.2008/26, K.2008/147 sayılı kararı ile yapılan itirazı oybirliği ile reddetmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu kararında;

"Anayasa'nın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1. Protokolün 1. maddesinde de "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez." denilmektedir.

Temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkı bireyin eşya üzerindeki hâkimiyetini güvence altına almaktadır. Eşya üzerindeki hâkimiyet bir yönüyle bireye devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratırken, diğer taraftan emeğinin karşılığını güvence altına almakla bireye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sunmaktadır. Bu nedenle birey özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasında yakın bir ilişki vardır.

Ancak mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı ve kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği, kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olması nedeniyle özel mülkiyete konu yapılamaması Anayasa'da öngörülmektedir.

Kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olması, buraların özel mülkiyete konu olamayacağı ve doğasına uygun olarak, genellik, eşitlik ve serbestlik ilkeleri gereği herkesin ortak kullanımına açık bulunmaları gerektiği anlamına gelmektedir. Hukukumuzda kıyılar, sahipsiz doğal nitelikli ve herkese açık bir kamu malı olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 43. maddesi kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu hükmünü içermektedir. Buna göre anayasa koyucu kıyıların toplum için önemini dikkate alarak mülkiyet konusu olmasını yasaklamaktadır. İptali istenilen 3621 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin birinci fıkrası, Anayasa'nın 43. maddesindeki hükmün bir tekrarı niteliğindedir. Bu nedenle 5. maddenin Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

İtiraz başvurusunda değinilen uygulama sorunu, son yıllarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde kıyı kenar çizgisi içinde kalan tapu siciline kayıtlı taşınmazların karşılıklı hak dengesini sağlamak amacıyla mülk sahibine tazminat niteliğinde bir bedelin ödenmesi gerektiği yolundaki yargı kararları ile ortadan kalkmıştır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'ya aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir."

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile; mülkiyet hakkının mutlak bir hak olmadığı, kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği, böyle bir sınırlandırmanın da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 numaralı protokolünün 1 inci maddesine aykırılık oluşturmayacağı, ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları çerçevesinde ortaya çıkan uygulama sorununun da, kıyı kenar çizgisi içinde kalan tapu siciline kayıtlı taşınmazların karşılıklı hak dengesini sağlamak amacıyla mülk sahibine tazminat niteliğinde bir bedelin ödenmesi gerektiği yolundaki yargı kararları ile ortadan kalkmış olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında ayrıca *"Kıyıların devletin hüküm ve tasarrufu altında olması, buraların özel mülkiyete konu olamayacağı ve doğasına uygun olarak, genellik, eşitlik ve serbestlik ilkeleri gereği herkesin ortak kullanımına açık bulunmaları gerektiği anlamına gelmektedir"* denilerek devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerlerin özel mülkiyet konusu olamayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, özel mülkiyet konusu olmayacağı Anayasal kurallarla belirlenen yerlerin özel mülkiyet konusu yapılmasının önünü açan iptali istenen düzenlemenin söz konusu Anayasa kuralları ile bağdaşmayacağı açıktır.

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararlarında da bu durum vurgulanmıştır. Bu bağlamda;

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.11.1988 gün ve 1/825-954 sayılı kararında,

"Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler, bu nitelikleri itibariyle yasama organının serbestçe düzenlenmesine açık yerlerden değildirler. Yasama organı çıkaracağı yasalarla, söz konusu taşınmazların bu niteliklerini koruyucu yönde düzenlemede bulunmak zorundadır; zira Anayasa hükümleri yasa koyucunun yetkilerini ve düzenleme alan ve sınırlarını belirleyici hükümleridir. Bu itibarla 3402 sayılı Yasanın devletle kişiler arasındaki uyuşmazlıklara ve davalara son vermek amacıyla devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin bu niteliklerini ortadan kaldıracak yönde yoruma elverişli olarak çıkarıldığını benimseme olanağı yoktur."

görüşüne yer verilmiş, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 24.3.1999 gün ve 1/170-167 sayılı kararında da,

"3402 sayılı Yasanın 12/3 maddesinde düzenlenen 10 yıllık hak düşürücü sürenin, Hazinece açılan ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yer iddiasına dayanan davalarda dava koşulu olarak ele alınıp değerlendirilemeyeceği, işin esasına girilip dava konusu taşınmazın gerçek niteliğini, daha açık bir anlatımla özel mülkiyete konu olup, olmayacağının tespit edilmesinden sonra bu yönde bir karar verilmesi gerektiği; yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ortaklaşa kabul edilen bir kural haline geldiği'

vurgulanmıştır. Yukarıdan beri açıklanan yerleşmiş Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararları özetlenecek olursa, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve bu nedenle tespit dışı bırakılması gereken taşınmazlar hakkında tespit tutanağı düzenlenmiş olsa bile, yok hükmünde sayılan işlemler, önceki 766 sayılı Yasanın 31/2 ve halen yürürlükte bulunan 3402 sayılı Yasanın 12/3 maddelerinde yazılı olan 10 yıllık hak düşürücü süreye tabi değildir.

Açıklanan nedenlerle özel mülkiyet konusu olmaması gereken devletin hüküm ve tasarrufu altındaki kıyılar ile ormanlar için de bir hak düşürücü süre getiren iptali istenen tümce, öncelikle Anayasa'nın 43 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu'nun "Sahipsiz Yerler ve Yararı Kamuya Ait Mallar" konusunu düzenleyen 715. maddesinde şöyle denilmektedir:

"Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz.

Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tâbidir."

Bu maddedeki düzenleme 09.07.1987 tarihinde yürürlüğe giren 3402 sayılı Kadastro Yasası'nın "Kamu Malları"nı düzenleyen 16 ncı maddesinde ele alınmıştır. Maddenin (C) fıkrasında,

"Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalar, tepeler, dağlar (bunlardan çıkan kaynaklar) gibi, tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile deniz, göl, nehir gibi genel sular tescil ve sınırlandırmaya tabi değildir, istisnalar saklıdır,"

denilmiştir. Bu genel kuralın ayrıksı durumu ise aynı Yasa'nın "İhya Edilen Taşınmaz Mallar" başlıklı 17 nci maddesinde düzenlenmiştir:

"Orman sayılmayan Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve kamu hizmetine tahsis edilmeyen araziden, masraf ve emek sarfı ile imar ve ihya edilerek tarıma elverişli hale getirilen taşınmaz mallar 14 üncü maddedeki şartlar mevcut ise imar ve ihya edenler veya halefleri adına, aksi takdirde hazine adına tespit edilir.

İl, ilçe ve kasabaların imar planının kapsadığı alanlarda kalan taşınmaz mallarda bu hüküm uygulanmaz."

Görüldüğü üzere, iptali istenen bu düzenleme, Temel Yasa niteliğindeki Türk Medeni Kanununun ve Kadastro Kanununun Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlara ilişkin düzenlemeleri de içeren ve yukarıda değinilen hükümlerine de ters düşmektedir. Böyle bir durumun, "Hukuk Devleti" ilkesiyle bağdaşmayacağı ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı olduğu açıktır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez ögeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle bir ülkenin en önemli doğal yaşam alanı olan ormanların korunması için yasakoyucunun bu esası gözardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtması zorunludur. Günümüzde "kamu yararı kavram

yanında; "toplum yararı" "ortak çıkar", "genel yarar" gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen; tümünün "bireysel çıkar" dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararı amaçlamasıdır (Anym., T. 21.10.1992, E. 92/13, K. 92/50).

3402 sayılı Kadastro Kanununun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki *"Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılamaz"* kuralında tanımlanan hak düşürücü sürelerin kadastro anlamında tespite ve sınırlandırmaya konu olacak taşınmazlar için öngörüldüğü ve kamu düzeni ile tapu sicil sisteminin güvenilirliği açısından getirildiği açıktır.

Bu nedenle kadastro anlamında tespit ve sınırlandırma dışında tutulması ve özel mülkiyet konusu olmaması gereken taşınmazlar için de bir hak düşürücü süre tanımlanmasına gidilmesi kamu ve toplum yararına aykırı, toplumsal adaleti yaralayıcı, işgalcileri ödüllendirici bir yaklaşımdır. Dolayısıyla iptali istenen tümce, kamu düzenini kurucu ve güçlendirici değil, bozucu bir nitelik taşımakta, diğer bir anlatımla kamu yararına dayanmadığından bu nedenle de Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 25.2.2009 tarih ve 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlenin "iddia ve taşınmazın niteliğine" tümcesi, Anayasa'nın 2 nci, 43 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 25.2.2009 tarih ve 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen Geçici Madde 8'in Anayasa'ya Aykırılığı

25.2.2009 tarih ve 5841 sayılı Yasa'nın 3 üncü maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen geçici madde 8'de "Bu Kanunun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrasının yani "Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılamaz. Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dahil, tarafların

sıfatına bakılmaksızın uygulanır" hükmünün Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu iddiası ile yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalarda dahi uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Yapılan bu düzenleme ile 3402 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki hak düşürücü sürenin "geriye yürümezlik" ilkesine aykırı olarak Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu iddiası ile yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalarda dahi uygulanması öngörülmektedir.

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 2.4.2004 tarihli ve E.2003/1, K.2004/1 sayılı kararında (R.G. T.20.05.2004, Sa.25467) 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında öngörülen on yıllık sürenin, de hak düşürücü süre olduğu açıklanmıştır. Bu kararda aynen şöyle denilmiştir:

"Hak düşürücü süre, doğrudan doğruya hakim tarafından kendiliğinden göz önünde tutulması gereken, davada "itiraz" olarak başvurulması zorunlu olan ve zamanaşımı gibi "kesme" ve "durma" hükümlerine bağlı olmayan, uyulmama halinde "hakkın" kaybına yol açan yani hakkın özünü ortadan kaldıran süredir. 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12/3.fıkrasında öngörülen on yıllık sürenin de hak düşürücü süre olduğu kuşkusuzdur. Çünkü bu madde de öngörülen süre ile tapu sicilinde kararlılık kazanması, sicillerin bozulmaması, belli bir süre geçtikten sonra yargı organlarınca bu sicillerin tartışma konusu yapılmaması amaçlanmıştır."

İlke olarak, herhangi bir kanun veya düzenleyici kural, hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da, yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilememeleri, yani, geçmişe etkili olmamalarıdır. Hakkın özünü ortadan kaldıran bir hükmün aleyhteki kanun hükmü olduğu açıktır.

Hukuk devletinin temel özelliği, bütün vatandaşlar, hatta vatandaş olmasa bile- ülkesindeki tüm insanlara hukuki güvence sağlamasıdır.

Hukuki güvencenin ilk ve en basit şartı ise aleyhteki kanunların geriye yürümemesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde verilmiş birçok kararı vardır. Nitekim Yüksek Mahkeme 'geriye yürümezlik' ilkesini incelerken

7.2.2008 tarihli ve E.2005/128, K.2008/54 sayılı kararında aynen şöyle demiştir:

"Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir."

Anayasa Mahkemesi bu kararı ile, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun, 13.1.2004 günlü, 5043 sayılı Yasa ile eklenen geçici 21 nci maddesinin *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte, kesin hükme bağlanmamış bütün ihtilaflarda bu Kanunun değişik hükümleri uygulanır."* hükmünü, Anayasa'nın 2 nci ve 48 inci maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Öte yandan, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan tümüyle aynı nitelikteki iki taşınmaz hakkında Yasa'nın yürürlük tarihinden önce açılan davalardan birinin kesin hükme bağlamış, diğerinin ise herhangi bir nedenle (örneğin tebligatların gecikmesi nedeniyle henüz kesin hükme bağlanmamış olması halinde bu taşınmazlardan birincisi taşınmaz malikin lehine, ikincisi aleyhine sonuçlanacaktır. Böyle bir durumun ise, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı düşeceği ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Açıklanan nedenlerle, 25.2.2009 tarih ve 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile

3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen geçici madde 8, Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen kurallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan alanların niteliklerinin yitirilmesine imkan vereceğinden ve hukuk devletinin temel özelliği olan hukuki güvenceyi ortadan kaldıracağından giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu kurallar hakkında yürürlüğünün durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 25.2.2009 tarih ve 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 2 nci maddesi ile 21.6.1987 tarihli ve 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlenin "iddia ve taşınmazın niteliğine" tümcesi, Anayasa'nın 2 nci, 43 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

2) 3 üncü maddesi ile 3402 sayılı Kadastro Kanununa eklenen geçici madde 8, Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

B- İtiraz Başvurularının Gerekçe Bölümleri Şöyledir:

1- E.2009/36 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"…

5- GEREKÇE:

Anayasamızın mali ve ekonomik hükümler başlıklı kısmının 2. Bölümünün "ormanların korunması ve geliştirilmesi" başlığını taşıyan 169. maddesinde "Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz" denilmiştir.

Madde ile ormanların özel mülkiyete konu olamayacağı zamanaşımı ile iktisap edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. 169. madde ile ormanların hak düşürücü süre ile iktisap edilemeyeceği açıkça belirtilmese de Anayasamızın 169. ve 170. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa koyucunun hak düşürücü sürenin geçmesi ile de ormanların mülkiyetinin kazanılamayacağı ilkesini amaçladığı ve bu ilkeyi benimsediği açıktır. Anayasa koyucunun amacı ormanlar üzerinde herhangi bir şekilde özel mülkiyet edimini yasaklamaktır. Bu da 169. maddede kesin olarak dile getirilmiştir. Amaçsal yorum yaptığımızda Anayasa koyucunun zamanaşımı ibaresini geniş anlamda hak düşürücü süreyi de kapsar nitelikte kullandığı anlaşılmaktadır. Maddede ormanların mülk edinilemeyeceği kesin olarak dile getirilmiş ve istisnaya yer verilmemiştir.

25.02.2009 tarihli 5841 sayılı Yasa ile 3402 sayılı Kadastro Kanunun 12/3. fıkraya eklenen son cümle ile 169. maddenin 2. fıkrasına aykırı olarak "Kadastro Kanunun 12/3 fıkra son cümlesinin taşınmazın niteliğine ve tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanacağı" düzenlemesi yapılarak hak düşürücü süre ile ormanların mülkiyetinin kazanılacağı sonucu ortaya çıkmıştır.

Hukuk Genel Kurulunun 23.11.1988 gün ve 1/825 - 964 sayılı kararında da değinildiği gibi, "Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler, bu nitelikleri itibariyle yasama organının serbestçe düzenlemesine açık yerlerden değildirler. Yasama organı çıkaracağı yasalarla, söz

konusu taşınmazların bu niteliklerini koruyucu yönde düzenlemede bulunmak zorundadır; zira Anayasa hükümleri yasa koyucunun yetkilerini ve düzenleme alan ve sınırlarını belirleyici hükümlerdir. Bu itibarla 3402 sayılı Yasanın Devletle kişiler arasındaki uyuşmazlıklara ve davalara son vermek amacıyla Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerin bu niteliklerini ortadan kaldıracak yönde yoruma elverişli olarak çıkarıldığını benimseme olanağı yoktur."

Devletin görevi ormanların niteliğini korumak ve kamunun bundan yararlanmasını olabildiği ölçüde sağlamaktır.

Yukarıda sözü edilen Genel Kurul Kararındaki, hak düşürücü sürenin Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki, özel mülkiyete konu olmayacak yerlerde uygulanmayacağı ilkesi "3402 sayılı Yasanın 12. maddesini yorumlarken aynı Yasanın 16. maddesinin de birlikte değerlendirilmesi gerekir." Yasanın 12. maddesi hak düşürücü süreyi tutanaklarda belirtilen" haklara sınırlandırma ve tespitlere ait tutanaklar kesinleştiği tarihten itibaren" işletmeye başlamıştır. Bu itibarla 3402 sayılı Yasanın 12. maddesinde öngörülen hak düşürücü süre özel mülkiyete konu olmayan ve özel hukuk hükümlerine tabi olmayan üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayacak devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazlar hakkında Hazine tarafından açılacak davalara uygulanmaz" şeklinde açıklanmıştır.

Hukuk Genel Kurulunun 24.3.1999 gün ve 1/170 - 167 sayılı kararında da "3402 sayılı Yasanın 12/3. maddesinde düzenlenen 10 yıllık hak düşürücü sürenin, Hazinece açılan ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yer iddiasına dayanan davalarda dava koşulu olarak ele alınıp değerlendirilemeyeceği, işin esasına girilip dava konusu taşınmazın gerçek niteliğini, daha açık bir anlatımla özel mülkiyete konu olup, olmayacağının tespit edilmesinden sonra bu yönde bir karar verilmesi gerektiği; yerleşmiş Yargıtay İçtihatlarında ortaklaşa kabul edilen bir kural haline geldiği" vurgulanmıştır.

Yukarıdan beri açıklanan yerleşmiş Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararları özetlenecek olursa, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve bu nedenle tespit dışı bırakılması gereken taşınmazlar hakkında tespit tutanağı düzenlenmiş olsa bile, yok hükmünde sayılan işlemler, önceki 766 sayılı Yasanın 31/2 ve halen yürürlükte bulunan 3402

sayılı Yasanın 12/3 maddelerinde yazılı olan 10 yıllık hak düşürücü sureye tabi değildir.

Yargıtay'ın 3402 sayılı Yasanın 12/3 maddesinin uygulanması ile ilgili bu kararlarından sonra yasa koyucu "tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya başka bir ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunması; dava açma hakkına getirilen 10 yıllık hak düşürücü süre sınırlamasının hakka yönelik olmadığı da dikkate alınarak Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi gereğince özel mülkiyet ve kamu mülkiyeti ayrımı yapılmaksızın, gerçek ve özel hukuk tüzel kişileri yanında kamu tüzel kişiliğinin de bu sürece tabi olması, Türk Medeni Kanununda öngörülen tapuya güven ilkesini uygulanamaz hale getiren ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 numaralı protokolünün 1. maddesine aykırılık oluşturan uygulamanın ortadan kaldırılması ve farklı yorumlar yapılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır." gerekçesi ile 12/3. fıkrasının taşınmazın niteliğine ve tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanacağı düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle bir ülkenin en önemli doğal yaşam alanı olan ormanların korunması için yasa koyucunun bu esası göz ardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtması zorunludur. Günümüzde "kamu yararı kavram yanında; "toplum yararı" "ortak çıkar", "genel yarar" gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen; tümünün "bireysel çıkar"dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararı ama amaçlamasıdır (Anym., T. 21.10.1992, E. 92/13, K. 92/50).

Anayasa Mahkemesinin 13.09.2000 gün ve 2000/21 sayılı kararında,

"Anayasa'nın 169 uncu maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemenin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Anayasanın 169 uncu maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi maddenin birinci fıkrası doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için Devlete gereken tedbirleri

alıp kanun koymayı ve bütün ormanların gözetimi ödevini getirmektedir.

25.02.2009 tarihli 5841 sayılı Yasa ile 3402 sayılı Kadastro Kanunun 12/3. fıkraya eklenen son cümle ile Anayasamızın 169. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olarak 169. maddede yer alan genel kurala istisna olabilecek nitelikte düzenleme getirilmiştir. Yapılan bu düzenleme Anayasamızın 169/2. fıkrasında belirtilen "Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz, zamanaşımı ile mülk edinilemez" ilkelerine açıkça aykırıdır.

6- YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ:

Anayasamızın 169 uncu maddesinin orman alanlarının daraltılmasına yol açabilecek yasal ve fiili çalışmaları sınırlayan hükümlerine aykırı, ormanların korunmasında Devletin yüksek menfaatlerini göz önüne almaktan uzak olan ve uygulanmaları halinde, ormanların bütünlüğünün bozulmasına ve ormanların daraltılmasına yol açabileceği gibi ormanlara zarar verecek faaliyetlere de imkan vereceğinden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacak olan iptali istenen hükümlerin, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulması gerekmektedir.

SONUÇ VE İSTEM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

25.02.2009 tarihli 5841 sayılı Yasa ile 3402 sayılı Kadastro Kanunun 12/3. fıkraya eklenen "Taşınmazın niteliğine ve tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanacağı" cümlesinin Anayasa'nın 169. maddesine aykırı olduğu hususunda mahkememizce ciddi kanıya varıldığından Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca 25.02.2009 tarih ve 5841 sayılı Yasanın 2. ve geçici 10. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesine arz olunur."

2- E.2009/37 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"...

II. GEREKÇE

6) Dava konusu taşınmazın öncesinin Devlet Ormanı olduğunu belirleyen ve bu nedenlerle davalılar üzerindeki tapu kaydını iptal eden mahkeme kararı, davalı kişiler vekilinin temyizi üzerine,

Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa ve Orman Hukuku ile ilgili halen yürürlükte bulunan tüm yasa hükümleri ile Dairemizin ve konu ile ilgili diğer tüm Yargıtay Daireleri ve özellikle Hukuk Genel Kurulunun 30.09.1981 gün 1979/1-167/656 ve 23.11.1988 gün 1988/1-825/954 ve 06.05.1992 gün 1992/1-187/295 ve 24.03.1999 gün 1999/1-170/167 ve 22.09.1989 gün 1989/1-568/569 ve 27.02.2002 gün 2002/1-19/97 ve 09.06.2004 gün 2004/1-335/354 ve 21.02.1990 gün 1989/1-700/101 ve 18.10.1989 gün 1989/1-419/528 ve 19.02.2003 gün 2003/20-102/90 ve 26.02.2003 gün 2003/12- 116/111 ve 25.12.2002 gün 2002/12-1101/1113 ve 11.06.2003 gün 2003/13-414/410 ve 03.12.2008 gün 2008/7-717/722 sayılı kararlarında kabul edilen ilkeler gözönünde bulundurularak, Dairemizde 07.04.2009 günü incelenmiş, hüküm ve temyiz tarihinden sonra, ancak Dairede yapılan görüşmelerden 25 gün önce 14 Mart 2009 günlü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren ve 25.02.2009 gün ve 5841 Sayılı Yasanın 2. maddesi ile 3402 Sayılı Kadastro Yasasının 12'nci maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen "Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişilikleri dahil, tarafların sıfatına bırakılmaksızın uygulanır" hükmü ile yine aynı Yasanın 3 üncü maddesi ile 3402 Sayılı Yasaya eklenen Geçici 10 uncu maddesindeki "Bu yasanın 12 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu iddiası ile yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalarda dahi uygulanır" hükmünün somut olayda uygulanması gerektiği, ancak bu hükümlerin Anayasanın 2, 35, 44 ve 169 uncu maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak, temyiz incelenmesi şimdilik ertelenip, bu hükümlerin iptal edilmesi için Anayasanın 152 nci maddesi ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasanın 28. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulması sonucuna varılmıştır.

7) Anayasanın 2 nci maddesinde "Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk Devleti" olduğu 35 inci maddesinde "mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı" 169 uncu maddesinde, "Bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, Devlet Ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağı, bu ormanların zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamayacağı," 44 üncü maddesinde, "Topraksız olan ve

yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanmasının, ormanların küçülmesi sonucunu doğuramayacağı," hükümleri bulunmaktadır.

8) Tarihimizde, ormanlar hakkında ilk düzenleme olan 1858 (1274) tarihli Arazi Kanunnamesinde de mir'(devlet) ormanları ile Cibali Mübaha (köy ve kasabalara ait) ormanlarında kimseye tapu verilemeyeceği, ormanların kamu malı mülkiyetinde olduğu ve özel mülkiyete konu olamayacağı belirtilmiştir. (Md. 102. 104) Yine padişah iradesi ile yürürlüğe konulduğu için yasa hükmünde olan 1870 (1286) tarihli Orman Nizamnamesi ile Cibali Mübaha Ormanları da Devlet Ormanı sayılmış ve sözü edilen nizamnamenin 24 üncü maddesinde, Devlet Ormanları ile Kura ve kasabata mahsus ormanların zamanaşımı yoluyla mülk edinilmesi yasaklanmıştır.

9) Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından sonra 1926 yılında kabul edilen Türk Medeni Yasasının 641 inci (1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Yasasının 715 inci maddesi) maddesinde "Sahipsiz yerler ile yararı kamuya ait mallar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır.

Aksi ispatlanmadıkça, yararı kamuya ait sular ile kayalar, tepeler, dağlar, buzullar gibi tarıma elverişli olmayan yerler ve bunlardan çıkan kaynaklar, kimsenin mülkiyetinde değildir ve hiçbir şekilde özel mülkiyete konu olamaz. Sahipsiz mallar ile yararı kamuya ait malların kazanılması, bakımı, korunması, işletilmesi ve kullanılması özel kanun hükümlerine tabidir" yine T.M.Y.'nın "Tapu siciline kaydedilmeyecek taşınmazlar" başlıklı 999 (912) maddesinde "Özel mülkiyete tabi olmayan ve kamunun yararlanmasına ayrılan taşınmazlar, bunlara ilişkin tescili gerekli bir ayni hakkın kurulması söz konusu olmadıkça kütüğe kaydolunmaz" şeklinde hükümler bulunmaktadır. Yasa metninde açıkça "orman" kelimesi bulunmamakla birlikte, Devlet Ormanlarının, kamuya ait mallar kavramı içinde bulunduğu ve Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki taşınmazların özel bir türü olduğu, tapu kütüğüne kaydedilsin edilmesin kamu malı orman olma özelliğini sürdüreceğinden, tapuda kayıtlı, olan ya da olmayan Devlet Ormanlarının mülkiyetinin Devlete ait olduğu konusunda bir ayrıcalık bulunmadığı, Devlet Ormanlarının kütüğe kaydedilmesinin bir ayni hakkın kurulması amacıyla olmayıp, sadece Devlet Ormanlarının yüzölçümünün ve sınırlarının belirlenmesinin amaçlandığı, yargısal içtihatlar ve bilimsel görüşlerle kabul edilmektedir.

10) Yine 1934 tarihli Tapu Yasasının 16 ncı maddesi; Devlete, belediyelere ve köylere ait orman, koru ve baltalıklarda tarla açılmasını yasaklamıştır.

11) İl ve ilçe merkez belediyeleri içinde bulunan taşınmazların kadastrosunun yapılması amacı ile 1934 yılında çıkartılan 2613 Sayılı Kadastro ve Tapu Tahriri Yasasında, orman alanlarının belirlenmesi ve kadastrosunun yapılması bu yasanın uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Medeni Yasada öngörülen tapu sicillerini oluşturmak amacı ile 1950 yılında yürürlüğe konulan 5602 Sayılı ve 1966 yılında yürürlüğe girip 10.10.1987 tarihine kadar yürürlükte kalan 766 Sayılı Tapulama Yasalarında, orman alanlarında bu yasaların uygulanamayacağı belirtilmiştir. 766 Sayılı Yasanın 2 nci maddesinin başlığı "Yasanın uygulanması dışında kalan gayrimenkuller" şeklinde olup, 2 nci maddenin metni, aşağıda yazılı olduğu gibidir.

"Madde 2- Tarıma elverişli olmayan sahipsiz yerler ile aynı nitelikte olan sahipsiz kayalar, tepeler, dağlar ve Orman Kanunu uyarınca orman sayılan yerler tapulamaya tabi tutulamaz".

Görüldüğü gibi 3402 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 10.10.1987 tarihine kadar kültür arazilerinin kadastrosunu yapmak üzere yürürlüğe konulan 2613, 5602, 766 Sayılı Yasalarda Orman Yasası uyarınca orman sayılan yerlerin tapulamaya (kadastro) tabi tutulmaması öngörülmüştür.

12) Cumhuriyet döneminde, ormanlar hakkında çıkartılan ve ormanlarla ilgili kapsamlı ilk yasa olan 3116 sayılı Orman Yasası 01.06.1937 tarihinde yürürlüğe girmiş ve bu yasada Devlet Ormanlarının sınırlandırılması (Kadastrosunun yapılması) amaçlanmış ve bu Yasanın 5 inci maddesinde Devlet ormanlarının ve bu ormanlar içinde ve bitişiğindeki … her nevi arazinin sınırlandırılması işinin Orman Kadastro Komisyonlarınca yapılacağı belirtilmiştir. Yine aynı Yasanın 13 üncü maddesinde "Kadastrosu yapılıp kesinleşen ormanların Hazine adına tescil edileceği" öngörülmüştür.

13) 13.07.1945 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlüğünü sürdüren 4785 Sayılı Yasanın birinci maddesindeki "Bu yasanın yürürlüğe girdiği, tarihte var olan gerçek veya tüzel özel kişilere, vakıflara ve köy, belediye, özel idare kamu tüzel kişiliklerine ilişkin bütün ormanlar bu yasa gereğince devletleştirilmiştir. Bu ormanlar hiçbir işlem ve bildirime lüzum olmaksızın Devlete geçer" hükmü ile

aynı Yasanın 2 nci maddesinde belirtilen ayrıcalıklar dışında, bütün ormanların mülkiyetinin hiçbir işlem ve bildirime gerek olmadan Devlete geçeceği kabul edilmiştir.

14) 08.09.1956 tarihinde yürürlüğe giren ve 3116 Sayılı Yasayı yürürlükten kaldıran 6831 Sayılı Orman Yasasının halen yürürlükte bulunan "Orman Kadastrosu" başlıklı 7. maddesi "Devlet ormanları ile evvelce sınırlaması yapılmış olup da herhangi bir nedenle orman sınırları dışında kalmış ormanların, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanların, hususi ormanların, orman kadastrosu ve bu ormanların içinde ve bitişiğinde bulunan her çeşit taşınmaz malların ormanlarla müşterek sınırlarının tayini ve tespiti ile 2 nci madde uygulamaları ile ilgili olarak kadastrosu kesinleşmiş yerlerde tespit edilen fenni hataların düzeltilmesi işlemi orman kadastro komisyonları tarafından yapılır. Ancak, orman kadastrosuna başlanmamış yerlerde 3402 Sayılı Yasa hükümlerine göre belirlenen orman sınırı orman kadastro komisyonlarınca belirlenen orman sınırı niteliğini kazanır."

Bu Yasanın ll inci maddesinin 4 üncü fıkrasında 3116 Sayılı Yasanın 13 üncü maddesinde olduğu gibi "Kadastrosu yapılıp kesinleşen Devlete ait ormanların Hazine adına tescil edileceği" belirtilmiştir. Yukarıda 9 uncu bentte açıklandığı gibi Devlet Ormanlarının tapu siciline kaydedilmesindeki amaç bir ayni hakkın kurulması olmayıp, sadece ormanların sınırlarının ve yüzölçümünün belirlenmesidir. Ormanlar tapuya tescil edilmese dahi yine kamu malı olarak mülkiyeti Devlete aittir.

15) 766 Sayılı Yasanın 46/3 ve 3402 Sayılı Yasanın 22/5 inci maddelerinde o yerde arazi kadastrosu yapılmadan önce Orman Yasası uyarınca kadastrosu yapılarak kesinleşen ve tapuya tescil edilen ormanların tapu kütüğüne aktarılması hükme bağlanmıştır. İster Orman Yasasındaki hüküm, isterse Medeni Yasanın 715 (641) ve 999 (912) maddelerinde bulunan ayrık haller nedeniyle, tapuya tescil edilen kamu malları, kamu taşınmaz malı olma niteliğini yitirmez ve özel hukuk kurallarının bağlı olduğu yasalara tabi tutulamaz. Kamu mallarının bu arada Devlet Ormanlarının tapuya tescil edilmemiş olması, o taşınmazın kamu malı orman olma özelliğini ortadan kaldırmaz.

16) 3402 Sayılı Kadastro Yasasının yürürlüğe girdiği 10.10.1987 tarihine kadar kültür arazilerinin kadastrosu 2613, 5602 ve 766 Sayılı

Yasaların hükümleri uyarınca Arazi Kadastro Komisyonları, ormanların kadastrosu ise Orman Kadastro Komisyonları tarafından yapılmıştır. 3402 Sayılı Yasa ile 2613 ve 766 Sayılı Yasaları yürürlükten kaldırmış ve bu Yasanın 4 üncü maddesinde "6831 Sayılı Orman Yasasına göre orman kadastrosuna başlanılmamış yerlerde orman kadastrosu ve bu ormanların içinde ve bitişiğinde her çeşit taşınmaz malların ormanlarla müşterek sınırlarının tayini ve tespitinin kadastro ekibi tarafından yapılacağı" hükümleri yürürlüğe konulmuş, ancak orman nitelikli taşınmazların belirlenmesi belli bilim dalında ihtisası gerekli kıldığından orman arazilerini belirleyecek komisyonlarda orman ve ziraat mühendislerinin de bulunacağı öngörülmüş, böylece ormanların kadastrosunun 6831 Sayılı Yasada belirtilen ayrı bir komisyon, kültür arazilerinin kadastrosunun ise, Arazi Kadastro Yasalarına göre kurulan ayrı bir komisyon tarafından yapılması uygulamasına son verilmiştir.

17) Türkiye'nin bazı bölgelerinde 3116 ve 6831 Sayılı Orman Yasalarına göre orman kadastrosunun yapılıp kesinleşmesinden yıllar sonra aynı yerde 2613, 5602, 766 sayılı Yasa hükümlerine göre arazi kadastrosu, bazı bölgelerde ise, arazi kadastrosunun yapılmasından yıllar sonra orman kadastrosu yapılmıştır.

Bazı bölgelerde orman kadastrosu yapıldığı halde, halen arazi kadastrosu yapılmamış, ya da somut olayda olduğu gibi 40-50 yıl önce arazi kadastrosu yapıldığı halde, halen o yerde orman kadastrosu, başka bir anlatımla 6831 Sayılı Orman Yasasının 7 nci maddesi gereğince "...ormanların içinde ve bitişiğinde bulunan her çeşit taşınmaz malların ormanlarla müşterek sınırlarının tayini ve tespiti... orman kadastro komisyonları tarafından" bu güne kadar yapılmamıştır.

18) 6831 Sayılı Orman Yasasının 7 nci maddesinde, o yerde daha önce arazi kadastrosu yapılan ve yapılmayan yer ayırımına gidilmeden, "ormanların içinde ve bitişiğinde bulunan her çeşit taşınmaz malların ormanlarla müşterek sınırının tayini ve tespitinin orman kadastro komisyonları tarafından" yapılacağı öngörülmüş olması nedeniyle, o yerde çalışmaya başlayan Orman Kadastro Komisyonu, daha önce arazi kadastro ekiplerinin, aslında orman olan yerleri yanlışlık ve hata ile kültür arazisi sayıp kadastroya tabi tutarak kişiler adına özel mülk olarak sicil oluşturduğunu belirlenmesi halinde, o yeri orman sayıp orman kadastrosu sınırları içine alacaktır. Orman kadastrosunun kesinleşmesinden sonra, aslında orman olan ve bu nedenle de, arazi

kadastrosuna tabi tutulmaması gereken bir yer hakkında, yolsuz ve özel mülk olarak sicil oluşturulması, o taşınmazın özde kamu malı olma niteliğini değiştirmeyeceğinden, Hazine ya da Orman Genel Müdürlüğü, özel mülkler için uygulanması gereken 3402 Sayılı Yasanın 12/3. maddesindeki on yıllık hak düşürücü süreye ve bu maddeye eklenip iptali istenen "iddia ve taşınmazın niteliğine" bağlı kalmadan her zaman Medeni Yasanın 1025 inci maddesi gereğince yolsuz tescilin iptali için dava açabilecektir. Çünkü bu konuda açılacak dava, tutanakların kesinleştiği tarihten önceki nedenlere değil, sonraki nedenlere dayanılarak açıldığından ve Yasalarımızda, tutanakların kesinleştiği tarihten sonraki nedenlere dayanılarak dava açılamayacağına dair her hangi bir hak düşürücü süre, ya da başka bir yasaklayıcı hüküm bulunmadığından, mahkeme hak düşürücü süre engeli ile karşılaşmadan davanın esasını inceleyip hüküm verecektir.

19) Somut olayda, arazi kadastrosunun yapılmasından sonra 6831 Sayılı Yasanın 7 nci maddesi hükmüne göre yapılan orman kadastrosunda, dava konusu taşınmazın orman sınırı içine alınma işlemi kesinleşmiş olsa idi 3402 Sayılı Yasanın 12/3 maddesindeki on yıllık hak düşürücü süre ve iptali işlenen hükümler uygulanmayacaktı. Ne var ki; taşınmazın bulunduğu yerde bu güne kadar orman kadastrosu yapılmamış ve orman kadastro komisyonlarınca taşınmazın orman olup olmadığı belirlenmemiştir. Herhangi bir taşınmazın orman sayılan yer olup olmadığı 6831 Sayılı Yasanın 7. maddesi hükümlerine göre kurulacak orman kadastro komisyonunun, bu taşınmaz hakkında Orman Yasası hükümlerine göre yapacağı uygulama sonucu ortaya çıkacaktır. Orman Yasası hükümlerine uygun olarak orman niteliği belirlenmeden önce, o taşınmazın özel mülk olarak tapuya tescil edilmesi kazanılmış hak doğurmaz. Ormanlar zamanaşımı ya da başka bir yolla kazanılamaz ve tapuya özel mülk olarak tescil edilemez. Herhangi bir nedenle tescil edilmişse, bu tescil Türk Medeni Yasasının 1025 maddesi gereğince yolsuz tescil olacağından her zaman iptali konusunda dava açılabilir. Yolsuz tescil sahibine mülkiyet hakkı kazandırmaz ve T.M.Y.nın 1026 (934) maddesi gereğince iptal edilir. Yolsuz tescilin iptali konusunda verilecek mahkeme kararı, yenilik doğuran (ihdasi) mülkiyet hakkını sona erdiren bir karar olmayıp, baştan beri yolsuz tescil niteliğindeki sicil kaydının malikine mülkiyet hakkı kazandırmadığını, başlangıcından beri sicil kaydının yolsuz ve geçersiz olduğunu belirleyen, mevcut durumu saptayıp hukuksallaştıran, açıklayıcı (ihzari)

başka bir anlatımla, özde kamu malı orman olan ve tapu siciline özel mülkiyet olarak kaydedilmeyecek taşınmaz hakkında hatalı sicil oluşturulduğunu ve sicilin oluşturulduğu tarihten itibaren mülkiyet hakkının doğmadığını, sicilin yolsuz ve geçersiz olduğunu belirleyen bir hüküm olacaktır.

20) H.Y.U.Y.nın 76 ncı maddesi hükmüne göre, davada dayanılan olayları bildirmek taraflara, olaylara uygulanacak yasal kuralları bulup uygulamak mahkemeye aittir. Davacı Orman Genel Müdürlüğü dava konusu taşınmazın, Devlet Ormanı sayılan yerlerden olduğunu, arazi kadastrosunun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan yasa hükümlerine göre kadastroya tabi tutulmaması gerekirken, arazi kadastro ekiplerinin yasalara uymadan yaptıkları hata ve yanlışlık sonucu, taşınmazın kadastrosunu yapıp davalı kişiler adına yolsuz sicil oluşturduklarını, Anayasanın 169. maddesi gereğince, Devlet Ormanı nitelikli taşınmazın özel mülke konu olamayacağı iddiası ile kişiler adına sicil kaydının iptali için dava açtığı anlaşılmaktadır.

Davalılar miras bırakanın hasımsız olarak, Gezici Arazi Kadastro Mahkemesinde açtığı dava sonucu 734 sayılı parsele ilave edilen 66.100 m2'lik bölümle ilgili kadastro tespit tutanağı düzenlenmemiştir. Tespit tutanağı düzenlenmeyen yer hakkında kadastro mahkemesinin inceleme yapıp karar vermesi mümkün değildir. Bu bölüm hakkında 3402 Sayılı Yasanın 12/3. maddesindeki 10 yıllık hak düşürücü süre uygulanamayacağı gibi iptali istenen 5841 Sayılı Yasa ile ilave edilen "iddia ve taşınmazın niteliğine" tümcesinin de uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

İptali istenilen hükümler 1956 yılında kadastro tespit tutanağı düzenlenen ve itiraz edilmeden kesinleşen 734 sayılı parselin 85.850 m2'lik bölümü hakkında uygulanacaktır. Bu bölüme kadastro sırasında birleştirilerek uygulanan 1928 tarihli dört adet ve toplam 23 dönüm 4 evlek yüzölçümlü kayıtların köy, mevki, sınır ve cins olarak dava konusu parsele uymadığı mahkemece belirlenmiştir. Bir an için aksi düşünülse bile, dava konusu taşınmaz 4785 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 13.07.1945 tarihinden önce orman niteliğindedir ve bitişik Devlet Ormanlarının devamı durumundadır. Aynı Yasanın 1 inci maddesi hükmü gereğince "devletleştirilmiş ve hiçbir işlem ve bildirime lüzum olmaksızın Devlete geçmiş" olması nedeniyle taşınmaz kamu malı Devlet Ormanı olarak mülkiyet hakkı 13.07.1945 tarihinde Hazineye

geçmiştir. Yasa gereği 13.07.1945 tarihinde kamu malı Devlet Ormanı olarak mülkiyeti Hazineye geçen taşınmaz hakkında 1956 yılında kadastro ekiplerince, özel mülk olarak tespit tutanağının düzenlenmemesi ve kişiler adına sicil kaydının oluşturulmaması gerekirdi. Orman, kıyı, mera, yaylak ve kışlak gibi kamu malı olan taşınmazlar özel hukukun alanı dışındadır. T.M.Y.nın 715 ve 999 uncu maddelerinde kamu malları konusundaki hükümler bu kuralın ayrıcalığı değil, teyidi mahiyetindeki düzenlemelerdir. Bu hükümlerle kamu malları, eşya hukukunun dışında bırakılmıştır. Bunun sonucu olarak kamu malları üzerinde özel mülkiyet kurulamaz. Başka bir anlatımla gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetine giremez. Kazandırıcı zamanaşımı ya da başka bir yolla edinilemez. Kamu malı niteliğindeki taşınmazlar özel mülkiyete konu olamayacağından, kamu mallarına, özel malların bağlı olduğu hukuk kuralları, bu arada iptali istenilen hükümler uygulanamaz. Kamu malının her hangi bir nedenle özel mülk olarak tapuya tescil edilmesi M.Y.'nın 1025. maddesindeki "yolsuz tescil" niteliğindedir. Kamu malının yolsuz ve hata ile tescil edilmesi o yerin özde tescile tabi bulunmama (kamu malı olma) niteliğini değiştirmez ve bu tür taşınmazlar hakkında özel mülklerde uygulanan T.M.Y.nın 1023 (931) maddesindeki iyiniyet ve tapu siciline güven ilkesi de uygulanamaz.

21) Dava konusu taşınmazın 4785 Sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 13.07.1945 tarihinden önce Devlet Ormanı olduğu, somut ve bilimsel verilere dayanan bilirkişi raporları ile belirlenmiş ve mahkeme davalılar miras bırakanı adına 1957 yılında kadastro yoluyla oluşturulan ve daha sonra danışıklı satışla bir kısım mirasçıya geçen, ancak diğer mirasçıların açtığı dava sonucu Borçlar Yasasının 18. maddesi gereğince iptal edilerek tüm mirasçılar adına tescil edilen sicil kaydını taşınmazın, kamu malı niteliğini göz önünde bulundurarak ve özel mülkiyete tabi olan taşınmazlara uygulanması gereken 3402 Sayılı Yasanın 12/3 üncü maddesindeki on yıllık hak düşürücü sürenin kamu malı nitelikli taşınmazlara uygulanamayacağını belirterek iptal etmiştir. Yukarıda 6 ncı bentte belirtildiği gibi, hüküm ve temyiz tarihinden sonra, ancak Dairede yapılan temyiz incelemesinden 25 gün önce 14.03.2009 günlü Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5341 Sayılı Yasanın iptali istenilen hükümlerinin somut olayda uygulanması gerekir. Ancak, bu hükümler Anayasanın 2, 35 inci maddesindeki hükümlerle 44 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki "Topraksız olan veya yeter toprağı

bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması ... ormanların küçülmesi ... sonucunu doğurmaz" ve 169 uncu maddesindeki "Devlet Ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez" yine aynı maddenin dördüncü fıkrasındaki "Orman olarak muhafazasında bilim ve fen bakımından hiçbir yarar görülmeyen, aksine tarım alanlarına dönüştürülmesinde kesin yarar olduğu tespit edilen yerler ile 31.12.1981 tarihinden önce bilim ve fen bakımından orman niteliğini tam olarak kaybetmiş olan tarla, bağ, meyvelik, zeytinlik gibi çeşitli tarım alanlarında veya hayvancılıkta kullanılmasında yarar olduğu tespit edilen araziler, şehir, kasaba ve köy yapılarının toplu olarak bulunduğu yerler dışında, orman sınırlarında daraltma yapılamaz." hükümlerine açıkça aykırıdır. Çünkü Orman Yönetiminin bu davada aslında kamu malı Devlet Ormanı "nitelikli taşınmaz" hakkında kadastro ekiplerinin yaptığı hatalı işlem sonucu özel mülk olarak sicil oluşturulmasının yolsuz olduğunu, bu işlemle orman sınırlarının daraltıldığını "iddia" ederek kaydın iptalini istemektedir.

22) Hukuk Devletinde yasama, yürütme ve yargı organları yetkilerini ancak Anayasa ve Yasaların belirlediği sınırlar içinde kullanmak zorundadırlar. Anayasanın 11. maddesinde, "Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlayan temel hukuk kuralları" olduğu belirtilmiştir. Anayasanın 44 ve 169 uncu maddelerinde "ormanların küçülemeyeceği" ve "daraltma yapılamayacağı" öngörülmüştür. Ancak, iptali istenilen hükümlerin uygulanması halinde ormanlar küçültülecek ve daraltılacak ve Devlet Ormanı nitelikli taşınmaz özel kişilerin mülkiyetine geçecektir. 5841 Sayılı Yasanın iptali istenilen 3 üncü maddesi ile yasanın iptali istenilen 2 nci maddesindeki hüküm geriye yürütülerek yasanın yürürlük tarihinden önce açılmış ve kesin hükme bağlanmamış olan bu davada uygulanacaktır.

Kadastro Yasasının 12/3 üncü maddesindeki "on yıllık hak düşürücü süre" ile ilgili hüküm, taşınmaz maliklerinin özel ya da tüzel kişi yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişilikleri dahil tarafların sıfatına bakılmaksızın, özel mülk nitelikli olan ve tapuya tescil edilen tüm taşınmazlar hakkında 766 Sayılı Tapulama Yasasının 31 inci maddesinin yürürlüğe girdiği 1967 tarihinden beri yargı organları tarafından uygulanmaktadır. Bu nedenle, iptali istenilen "iddia ve taşınmazın niteliğine" tümcesinin iptal edilmesi halinde 5841 Sayılı Yasanın 2 nci maddesi ile Kadastro Yasasının 12/3. maddesine eklenen diğer

hükümlerin anlamı kalmayacaktır. Ancak, "iddia ve taşınmazın niteliğine" tümcesi iptal edilse bile 5841 Sayılı Yasanın 3 üncü maddesi ile 3402 Sayılı Yasanın değişiklikten önce yürürlükte bulunan 12/3 üncü maddesindeki hükümlerin tümü "Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu iddiası ile önce açılan ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalara bu arada temyize konu bu davaya yine uygulanacaktır." Başka bir anlatımla Devlet Ormanları da Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan taşınmazların özel bir çeşidi olması nedeniyle, yine Yasanın 12 nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki "tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak dava açılamaz" hükmü Geçici 10 uncu maddedeki hüküm gereğince somut olaya uygulanacağından, 5841 Sayılı Yasanın 3. maddesi ile 3402 Sayılı Yasaya eklenen Geçici 10 uncu madde iptal edilmeyip sadece "iddia ve taşınmazın niteliğine" tümcesinin iptal edilmesi sorunu çözmeyecektir. Bu nedenlerle Geçici 10 uncu madde ile getirilen hüküm de, Anayasanın 2, 35, 44 ve 169. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir. 3402 Sayılı Yasanın 16-D maddesinde, "ormanlar, bu yasada hüküm bulunmayan hallerde özel yasaları hükümlerine tabi" olduğu aynı Yasanın 17. maddesinde ormanların imar ihya ile kazanılamayacağı 18. maddesinde tapuda kayıtlı olsun olmasın ormanların kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğiyle iktisap edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

23) Yargıtay 20.05.2004 gün ve 2003/1-1 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile "Vakıf şerhinin tapu sicilinden silinmesi ya da tapu siciline yazılmasına ilişkin istemleri içeren davalarda 3402 Sayılı Kadastro Yasasının 12/3. maddesinde öngörülen on yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması gerektiğine karar verilmiş, ancak, bu İçtihadı Birleştirme Kararından sonra çıkartılan ve 22.02.2005 gün 5304 Sayılı Yasanın 11. maddesi ile 3402 Sayılı Yasaya eklenen 1. maddenin ikinci fıkrası ile "tapu kayıtlarında icareteyn veya mukataalı olduğuna dair vakıf şerhi bulunan taşınmazlarda 12 nci maddenin 3 üncü fıkra hükümleri uygulanmaz" hükmü yürürlüğe konulmuş yine Resmi Gazetenin 27.02.2008 günlü sayısında yayınlanarak yürürlüğe giren 5737 Sayılı Vakıflar Yasasının Geçici 5. maddesi ile "Vakıf şerhleri ile ilgili devam etmekte olan davalarda; diğer kanunlarda yer alan zamanaşımı ve hak düşürücü sürelere ilişkin hükümler bu kanun açısından uygulanmaz" hükümleri ile yukarıda belirtilen 3402 Sayılı Yasaya eklenen Ek madde 1 geriye yürütülerek halen görülmekte olan davalara da uygulanması sağlanmış,

böylece sözü edilen İçtihadı Birleştirme Kararı geçersiz hale getirilmiştir. Tapu Siciline özel mülk olarak tescili gereken, alınıp, satılan ve her türlü özel hukuk ilişkilerine konu olan Vakıflara ait taşınmazlar hakkında, on yıllık hak düşürücü sürenin uygulanmasını yasaklayan yasa koyucunun, aslında tapu siciline özel mülk olarak tescil edilmesi mümkün olmayan kamu mallarının (ormanlar, kıyılar, yaylak ve kışlaklar, meralar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan diğer taşınmazların), görevi kötüye kullanma, yanlışlık; şu veya bu nedenlerle özel mülk olarak tapuya tescil edilmesi halinde, bu taşınmazlara on yıllık hak düşürücü sürenin uygulanması konusunda, iptali istenilen yasa hükümlerini yürürlüğe konulmasında kamu yararı olduğu düşünülemez.

24) İptali istenilen yasa hükümleri, Türkiye'nin taraf olduğu ve Anayasanın 90 ıncı maddesindeki hüküm gereğince Anayasanın da üstünde olan, milletlerarası olan ve hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacak anlaşmalara da aykırıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, çevrenin genel olarak korunmasına yönelik özel bir hüküm bulunmamakla birlikte, AİHM'si günümüzde çevrenin korunması konusundaki duyarlılığın arttığını birçok kararlarında kabul etmektedir. Doğanın ve ormanların ve daha genel olarak çevrenin korunması, kamuoyu ve idari makamlarca sürekli desteklenmekte ve savunulmaktadır. Çevrenin korunması konularında devletler tarafından yapılan düzenlemelerde, ekonomik zorunluluklar ve mülkiyet hakkı gibi temel hakların önceliğinin bulunmadığı, yine AİHM'nin kararlarında vurgulanmaktadır.

TBMM 05.02.2009 tarihinde "Türkiye'nin KYOTO PROTOKOLÜNE Katılmasının Uygun Bulunduğuna İlişkin Yasa"yı kabul etmiştir. Türkiye bu sözleşmeye taraf olmakla, dünya mirası olan çevre ve doğal bitki örtülerinin korunması konularında diğer ülkelere karşı yükümlülük altına girmiştir. Protokole taraf olan tüm ülkeler, karbon emme özelliğini artıran etkinlikler karşısında kredi kazanacaklardır. Bu etkinliklere, ağaç dikme, çevrenin, doğanın ve toprağın korunması dahil, devletler bunları kendi topraklarında yapabilecekleri gibi, başka bir devletin toprağında da uygulayabileceklerdir.

III- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI

İptali istenen hükümler, halen Türkiye genelinde görülmekte olan davalar ile temyize konu davayı ve halen Dairemizde inceleme sırasını

bekleyen bir çok davayı ilgilendirmektedir. Yüksek mahkemede iptal isteminin görüşülmesi, karara bağlanması, kararın yazılıp Resmi Gazetede yayınlanma aşamalarının uzunca bir zamana bağlı olduğu göz önüne alındığında iptali istenilen yasa hükümleri, "yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalara dahi uygulanacağından" hukuk devleti yönünden giderilmesi mümkün olmayan zararlar doğacak, birçok dava kesin hüküm hali alacak, somut uyuşmazlık yürürlükte bulunan ancak Anayasaya aykırı olan yasa hükümlerine göre sonuçlandırılacaktır. Bu nedenlerle iptal davası sonuna kadar yürürlüğün durdurulması istenmiştir.

IV- SONUÇ

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1) 25.02.2009 gün ve 5841 Sayılı Yasanın, 2 nci maddesi ile 3402 Sayılı Kadastro Yasasının 12 nci maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen "iddia ve taşınmazın niteliğine" tümcesinin ve yine aynı Yasanın 3 ncü maddesi ile 3402 Sayılı Kadastro Yasasına eklenen Geçici 8 inci maddesinin Anayasanın 2, 38, 44 ve 169 uncu maddelerine aykırı olduğundan İPTALİNE,

2) İptali istenilen hükümlerin uygulanmaları halinde giderilmesi mümkün olmayan zararlar doğacağından iptal davası sonuçlanıncaya kadar YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASINA karar verilmesi için Anayasanın 152. maddesi ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasanın 28 inci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

3) Dava dosyasının temyiz incelemesinin şimdilik bekletilmesine,

4) Dava ve cevap dilekçesi, dava konusu taşınmazın kadastro tespit tutanağı, tapu kaydı, bilirkişi raporları ve eki haritaların, mahkeme kararı ile temyiz dilekçesinin onaylı örneklerinin karara eklenerek Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine 07.04.2009 günü oybirliği ile karar verildi."

3- E.2009/40 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Davacı vekilinin Anayasa'ya aykırılık iddiası mahkememizce ciddi görüldüğünden Anayasa'nın 152. maddesi göz önünde bulundurularak

5871 sayılı Kanun ile değişik 3402 sayılı Kanunun Geçici 10. maddesinin 3402 sayılı Kanunun 12. md. üçüncü fıkrasının devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ormanları da kapsayacağı bu hali ile zamanaşımı ile ormanların mülkiyetinin kazanılmasına imkan tanınacağı bu durumun Anayasa'nın 169. md/2f-son cümlesinde geçen "Ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkı konulmaz" hükmüne aykırı olduğu yönünde mahkememizce kanaat hasıl olduğundan Anayasa'ya aykırılık nedeni ile Anayasa Mahkemesi'ne başvuru zorunluluğu doğmuş olup gerekli değerlendirmenin yapılması rica olunur."

4- E.2009/68 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Davacılar Erdemli ilçesi Kızkalesi kasabası 105 ada 4 parsele kain taşınmazın kıyı kenar çizgisi içerisinde kaldığını, özel mülkiyete konu olamayacağını, bu nedenle davalılar adına olan tapu kayıtlarının iptali ile müdahalelerinin men'ine, davaya konu yerin tespit dışı bırakılmasına karar verilmesini talep ve dava etmişlerdir.

Davalılar davanın reddinin gerektiğini savunmuşlardır.

Yapılan yargılama sırasında, 3402 s. Kadastro Kanununun 12/3. md.'nin eklenmesi ile değişiklik yapılmış ve davacı vekili Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Anayasanın 43 ve 3621 SY'nın 5. maddesine göre kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altında olan yerlerden olduğu, bu gibi yerlerin özel mülkiyete konu olamayacağı, yararlanma hakkının öncelikle kamunun olduğu, idari tahsis kararınca değil; mahiyetleri gereği halkın yararlanacağı yerlerden olduğundan idarenin yani devlet, belediye, köy gibi kamu tüzel kişilerin idari bir kararla bu özelliklerinin kaldırılamayacağı hususu açıktır. Ancak 3621 s. Kıyı Kanununun 5. md.'ne aykırılık nedeniyle açılan bu davanın 3402 s. Kadastro Kanununun 12/3. md. ekleme ile değişiklik getirilmesine ve aynı Yasaya geçici 10. md. eklenmesine dair 5841 s. Yasanın 2. md.nin 25.02.2009 tarihinde yürürlüğe girmesi ile, kadastro tespitnin kesinleştiği tarihten itibaren 10 yılı aşkın sürenin geçmesi halinde, davanın hak düşürücü sürenin dolması nedeniyle eldeki davaların buna göre sonuçlandırılması gerekeceği de anlaşılmaktadır. Bu durumda 3402 s. Kadastro Kanununun 12/3. md. ekleme ile değişiklik getirilmesine ve aynı Yasaya

geçici 10. md. eklenmesine dair 5841 s. Yasanın 2. md.'nin; Anayasanın 43. md. ve 169. md. aykırı olduğu kanaati hasıl olduğundan, somut norm denetimi ile iptaline ilişkin olarak incelenmek ve bir karar verilmek üzere dosyanın Anayasa Mahkemesine tevdii ile Mahkememizce durma kararı verilerek aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

SONUÇ VE İSTEM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Davacı tarafın talebinin kabulüne,

Somut norm denetimi için Anayasa Mahkemesine gönderilmesi ile yargılamanın DURMASINA,

Dosyanın 5 ay sonra yeniden ele alınmasına,

İlişkin davacı vekilinin ve davalı vekilinin yüzüne karşı yasa yolu açık olmak üzere karar verildi."

5- E.2009/71, E.2009/72, E.2009/73, E.2009/74, E.2009/75, E.2009/76, E.2009/77, E.2009/78, E.2009/79, E.2009/80 Sayılı İtiraz Başvurularının Gerekçe Bölümleri Şöyledir:

"1-) Kadastro Kanunun 12/3. maddesine 5841 sayılı 25/02/2009 gün 5841 sayılı Kanunun 14/03/2009 tarihinde yürürlüğe giren 2. md.si ile "Bu hüküm iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dahi tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır" hükmü getirilmiş ise de bu hüküm Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının görülen dava yönünden 43. maddesine aykırıdır.

Anılan Anayasa hükmü uyarınca kurallar devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunup, kullanımında öncelikle Kamu yararının gözetileceği, sahil şeritlerinin kullanış amaçlarına göre de düzenlediği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma olanaklarının yasa ile düzenleneceği hükmü getirilmiş olup, Anayasamızda açıkça kıyıların özel mülkiyete konu olamayacağı, kamu malı olduğu ve kullanımında da öncelikle kamu yararının kullanılacağı hükmü getirilmiş olup bu haliyle kıyıların kamu malı niteliğinde olduğu ve özel mülkiyete konu olamayacağı hükmü getirilmiş olmakla ve kıyıların nasıl düzenleneceğinin de kanunla yapılacak düzenlemeye bırakıldığı, buna göre 3621 sayılı Kıyı Kanunu çıkarılarak 17/04/1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anayasamızda kıyıların kamu malı olarak herkesin kullanımına ve yararlanmasına olanak verecek şekilde düzenleneceğini amir hüküm

altına alınmış olmakla kıyı kapsamına giren yerlerde hatalı şekilde oluşturulabilecek kadastro tutanakları ya da başka şekilde oluşan tapu kayıtları ile bu temel düzenlemenin bertaraf edilecek şekilde dava açmak için hak düşürücü süreye bağlanması bu hükme açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Bu düzenlemenin feragat edilebilecek mülkiyet hakkı ile aynı düzenleme ve dava yoluyla düzeltme olanağının hak düşürücü süreye bağlanması da Anayasamızın ruhuna aykırılık oluşturmaktadır.

2-) 5841 Sayılı Kanunun 3. md. si ile 3402 Sayılı Kadastro Kanununa eklenen geçici 10. md. Yönünden;

Eklenen geçici madde yapılanma faaliyetine ilişkindir. Anayasamızın 10. md.si eşitlik ilkesini getirmiş ve herkesin yasalar önünde eşit olduğunu amir hüküm altına almıştır. 9. md. si yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı amir hükmü getirerek ve 138. md.sinde de yargı yetkilini kullanırken hiçbir makam, merci ya da kişinin bu yetkinin kullanılmasına ilişkin görüş, telkin, talimat, emir, genelge gönderemez ve bulunamaz amir hükmünü getirmiş, buna göre yargı yetkisi kanunlara göre kullanıldığı anda yürürlükte bulunan yasalara göre kullanılır ara kuralını getirmiştir.

36. md.si hak arama hürriyetini düzenleyerek bu başlık altında adil yargılanma hakkını da getirmiştir. Adil yargılanma hakkı hak aramada mevcut yasalara göre hak aramayı da içerir. Açılan davada sonradan yapılan düzenleme ile dava süresi gibi dava şartlarını değiştirmek bu Anayasa hükmünün özüne aykırılık oluşturduğu gibi Anayasamızın 138. md. sinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin 9. maddesindeki yargı yetkisinin kullanımı ilkelerine de aykırılık oluşturmaktadır. Bu düzenleme Anayasamızın 10. maddesindeki yasalar önünde eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmakta halen devam eden davada davasını öngörülen düzenlemeye göre açan davacı aleyhine davasının her nedenle olursa olsun uzaması karşısında davası daha önceden sonuçlananlar karşısında eşitsizlik oluşturmaktadır.

Tüm bu nedenlerle yapılan düzenlemeler mahkememizce 3402 sayılı Kadastro Kanunun 12/3 md.sine 5841 Sayılı Kanun ile eklenen cümlesinin davamız yönünden Anayasanın 43. ve 5841 sayılı Kanun ile 3402 sayılı Kanuna eklenen geçici 10. md.sinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurma zorunluluğu doğmuştur.

Gereği Düşünüldü:

3402 sayılı Kadastro Kanunun 12. maddesinin 3. fıkrasına 5841 sayılı Kanunun 2. maddesi ile ve aynıYasanın 3. maddesi ile eklenen geçici 10. maddesinin Anayasanın 9, 10. 36, 43 ve 138. maddelerine aykırılık görüşü ile ve iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulmasına karar verilmiştir."

6- E.2011/2 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; mülkiyeti davalıya ait Antalya Merkez Konyaaltı ilçesi, Arapsuyu 64 parsel nolu taşınmazın kıyı-kenar çizgisi arasında kıyı bandında kaldığını, 3621 sayılı Kıyı Kanunun 4. ve 5. maddesine göre bu konudaki bir taşınmazın özel mülke konu yapılamayacağını ancak her nasılsa tapu kütüğüne tescil edildiğini, taşınmaz üzerinde bulunan yüzme havuzu ve eklentilerin yasanın kıyıda yapımına izin verdiği yapılar cinsinden olmadığını, ileri sürerek tapunun iptalini ve üzerindeki muhdesatların kal'ini talip etmiştir.

Davalı vekili ise, aynı konuda Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1996/157 esas 1997/1299 sayılı Hakem Kararı ile Hazinenin açtığı davanın red edildiğini, kesin hüküm nedeniyle davanın reddi gerektiğini, müvekkilinin kamulaştırma yolu ile 15/06/1963 tarihinde mülkiyeti üzerine geçirdiğini ve 1971 yılında yapılan kadastro çalışmalarında müvekkili idare adına tespit gördüğünü, 3621 sayılı Kıyı Kanunun ise tesislerin yapımından sonra 1990 yılında yürürlüğe girdiğini savunmuş, bu nedenle de davanın reddi gerektiğini beyan etmiştir.

Dava konusu taşınmazın tapu kayıtları, çaplı krokileri ile Antalya 2. Asliye Hukuk Mahkemesinin 1996/157 esas 1997/1299 karar sayılı Hakem dosyası getirtilerek uzman bilirkişiler yardımıyla keşif yapılmış, toplanan delillere göre, taşınmazın kıyı-kenar çizgisi içinde yer aldığı, Kıyı Kanunu hükümlerine göre taşınmaz üzerindeki eklentilerin yasanın izin verdiği yapılar cinsinden olmadığı, ayrıca 2. Asliye Hukuk Mahkemesindeki Hakem dosyasının tespit hükmünü içerdiğinden kesin hüküm sayılmayacağı değerlendirilerek davanın kabulüne karar verilmiş ise de; davalının temyizi üzerine Yargıtay 1. Hukuk Dairesinin

2009/13189 Esas, 2010/377 karar sayılı kararı ile hak düşürücü süre yönünden bozularak gönderildiği anlaşılmıştır.

Bozma ilamındaki gerekçelerde "her ne kadar çekişmeli taşınmazın belirlenen kıyı-kenar çizgisine göre kıyıda kaldığı ve devletin hüküm ve tasarrufu altında ve kamu malı niteliğinde özel mülkiyete konu olamayacak (Anayasanın 43. maddesi, 3402 Kadastro Kanunin 16/c maddesi) yerlerden olduğu saptanmış ise de 25/02/2009 tarihinde kabul edilip 14/03/2009 tarihinde yürürlüğe giren 5841 sayılı Yasanın 2. maddesi ile 3402 sayılı Yasanın 12. maddesinin 3. fıkrasına eklenen "bu hüküm iddia ve taşınmazın niteliğine yahut devlet ve diğer kamu tüzel kişileri dahil tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır" ve 3. maddesi ile eklenen geçici 10. maddesinin "bu kanunun 12. maddesinin 3. fıkrası hükmü devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu iddiası ile yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalarda dahi uygulanır" hükmü gözetildiğinde kadastro tespitinin kesinleştiği 1971 tarihinde davanın açıldığı 2007 tarihleri arasında 10 yıllık hak düşürücü sürenin geçmiş olduğu gözetilerek hak düşürücü süre yönünden reddine karar verilmesi gerekirken kabulüne karar verilmesini doğru görmemiştir.

Bozmadan sonra davacı Hazine vekilinin dosya içine sunduğu 05/04/2010 havale tarihli dilekçede bozmaya konu edilen 5841 sayılı Yasanın 2. ve 3. maddelerinin Anayasanın 43. maddesine aykırı olduğu ileri sürülerek itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesinde iptalini talep etmiştir.

Davacı vekilinin Anayasaya aykırılık iddiası mahkememizce haklı ve yerinde olup, kıyıların doğal nitelikleri itibariyle herkesin kullanımına açık, diğer taraftan da bu nitelikleri nedeniyle özel mülkiyet alanı ve özel mülkiyete konu olamayacak yerlerden olduğu, kıyıların herhangi bir tahsis işlemine gerek olmaksızın doğrudan doğruya kamunun serbestçe yararlanmasına sunulmuş sahipsiz mallardan olduğu, bunun sonucu olarak kıyıların zaman aşımı yolu ile kazanılması, tapu hükümlerine bağlı tutulması haczedilmesinin mümkün olmadığı, bu özelliklerinden dolayı Anayasanın 43. maddesinde ayrı bir bölümde düzenlenerek yukarıda sayılan niteliklerin Anayasa hükmünde de açıkça vurgulandığı, bu nedenle düzenlenen yasanın Anayasanın ruhuna aykırı olduğu anlaşıldığından Anayasa Mahkemesine başvuru zorunluluğu

doğmuş olup, gerekli değerlendirmenin yapılarak yasanın iptaline karar verilmesi talep olunur."

II- YASA METİNLERİ

A- Dava ve İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun dava ve itirazların konusu cümleyi de içeren 12. maddesi şöyledir:

"**Madde 12** – 30 günlük ilan süresi geçtikten sonra, dava açılmayan kadastro tutanaklarına ait sınırlandırma ve tespitler kesinleşir.

Kadastro müdürü tarafından onaylanarak kesinleşen tutanaklar ile kadastro mahkemesinin kesinleşmiş kararları; kesinleşme tarihleri tescil tarihi olarak gösterilmek suretiyle en geç 3 ay içinde tapu kütüklerine kaydedilir.

Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılamaz. **Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dahil, tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır.**

Kadastrosu tamamlanan çalışma alanı içerisinde kalan eski tapu kayıtları, işleme tabi kayıt niteliğini kaybederler. Bu kayıtlara dayanılarak kadastro ve tapu sicil müdürlüklerinde işlem yapılamaz.

Kesinleşmemiş tutanaklar herhangi bir nedenle tapuya tescil edilmişse, iddia ve taşınmazın niteliğine bakılmaksızın, taşınmazı tescil tarihinden itibaren 20 yıl müddetle malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduranlar ile bunların akdi ve kanuni halefleri açılmış ve açılacak olan davalarda medeni kanunun tapuya itimat prensibinden yararlanırlar."

2- 25.2.2009 günlü, 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3. maddesi ile 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen dava ve itirazların konusu Geçici 10. Madde şöyledir:

"Geçici Madde 10– Bu Kanunun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü, Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu iddiası ile

yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan davalarda dahi uygulanır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde ve başvuru kararlarında Anayasa'nın 2., 9., 10., 36., 43., 138. ve 169. maddelerine dayanılmış; 35. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E.2009/31 sayılı dosya 7.5.2009 gününde, E.2009/36 sayılı dosya 20.5.2009 gününde, E.2009/37 sayılı dosya 2.6.2009 gününde, E.2009/40 sayılı dosya 3.6.2009 gününde, E.2009/68 sayılı dosya 16.9.2009 gününde, E.2009/71, E.2009/72, E.2009/73, E.2009/74, E.2009/75,E.2009/76, E.2009/77, E.2009/78, E.2009/79 ve E.2009/80 sayılı dosyalar 8.10.2009 gününde, E.2011/2 sayılı dosya 20.1.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında başvurularda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, E.2009/31 ve E. 2009/37 sayılı dosyalarda yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARLARI

A- E.2009/36 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 20.5.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- E.2009/37 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 2.6.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

C- E.2009/40 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 3.6.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

D- E.2009/68 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının

kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 16.9.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

E- E.2009/71 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

F- E.2009/72 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

G- E.2009/73 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

H- E.2009/74 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

İ- E.2009/75 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

J- E.2009/76 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

K- E.2009/77 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

L- E.2009/78 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

M- E.2009/79 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

N- E.2009/80 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 8.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

O- E.2011/2 sayılı itiraz başvurusunun, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/31 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/31 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 20.1.2011 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin raporlar, dava konusu Yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 5841 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. Maddesinin Üçüncü Fıkrasına Eklenen "Bu hüküm iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dâhil, tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır" Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralın uygulanması halinde devletin hüküm ve tasarrufunda olan kıyıların ve ormanların hak düşürücü süre nedeniyle tapu iptali davası açılamaması sonucunda özel mülkiyet konusu olacağı, ayrıca dava konusu kural ile devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan alanlara ilişkin düzenleme içeren diğer yasa kuralları arasında uyumsuzluk doğması nedeniyle hukuk kurallarının birbiriyle uyumlu olmasını ve aralarında çelişki bulunmamasını gerektiren hukuk devleti ilkesine ters düştüğü belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 43. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralı da içeren Kadastro Kanunu'nun 12. maddesi, kadastro tutanaklarının kesinleşmesini ve kesinleşen tutanaklar aleyhine açılacak davalarda hak düşürücü süreyi düzenlemektedir. Anılan

maddenin üçüncü fıkrasında, kadastro tutanaklarının kesinleşmesinden itibaren on yıl geçtikten sonra, bu tutanaklarda yer alan haklara, sınırlandırma ve tespitlere ilişkin olarak kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanılarak itiraz olunamayacağı ve dava açılamayacağı kurala bağlanmıştır. Bu fıkraya eklenen dava konusu kuralda ise kadastro tutanakları aleyhine açılacak davalara ilişkin hak düşürücü sürenin iddia ve taşınmazın niteliğine ya da tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanacağı öngörülmektedir.

Kuralda herhangi bir ayırım yapılmamakla birlikte Yargıtay içtihatlarında kuralın devletin hüküm ve tasarrufunda olan ve bu nedenle özel mülkiyete konu olamayan kıyılar ve ormanlar gibi alanlar bakımından uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bunun sonucu olarak, kadastro tutanaklarının kesinleşmesinden sonra on yıldan daha uzun bir süre geçmiş olsa bile devletin hüküm ve tasarrufunda olan kıyı ve orman gibi alanların yanlış tespit ile özel mülk olarak kaydedildiğinin ortaya çıkması halinde, dava açılarak bu alanlara ilişkin tapuların iptal edilmesi mümkün hale gelmiştir. Yasa koyucunun bu uygulamanın Türk Medeni Kanununda öngörülen tapuya güven ilkesini zedelediği ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Ek 1 numaralı Protokolünün 1. maddesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle dava konusu kuralı maddeye eklediği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 43. maddesinde "*Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Deniz, göl ve akarsu kıyılarıyla, deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararı gözetilir. Kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanılış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartları kanunla düzenlenir.*"; 169. maddesinin ikinci fıkrasında ise "*Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz.*" kuralı yer almaktadır.

Dava konusu kuralın uygulanması halinde kıyı ya da orman niteliğinde olduğu belirlenen alanlar kadastro işlemleri sırasında özel mülk olarak tespiti yapılmış ve kadastro işlemlerinin kesinleşmesinden itibaren on yıldan daha fazla bir süre geçmiş ise bu alanlara ilişkin olarak kamu idaresi tarafından tapu iptali davası açılması olanağı ortadan kalkacaktır. Bunun sonucunda tapu kayıtları kesinlik kazanacak ve özel mülkiyete ilişkin tapular geçerli kabul edilecektir. Böylece dava konusu

kuralın uygulanması ile kıyı ya da orman alanına dâhil olan bir taşınmaz üzerinde özel mülkiyet mümkün hale gelecektir.

Anayasa'nın 43. ve 169. maddelerinde temel bir değer olarak çevrenin korunması ve herkesin çevreden eşit şekilde yararlanması hakkını güvence altına almak amacıyla kıyıların ve ormanların devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilerek bu alanlarda özel mülkiyet yasaklanmıştır. Bu nedenle belli bir sürenin geçmesiyle söz konusu alanlarda özel mülkiyet edinilmesi olanaklı değildir.

Ancak, hukuk devletinin en temel unsurlarından birisi olan hukuki güvenlik ilkesi bireyleri keyfi yönetimlere ve hukuki sürprizlere karşı korumak ve bireylerin ileride başlarına gelebilecekleri öngörebilmesi ve hareketlerini buna göre ayarlayabilmesi amacıyla hukuk kurallarının açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmasını gerektirir. Hukuki güvenlik ilkesini eşya hukuku alanında somutlaştıran kurum tapuya güven ilkesidir. Tapu sicilinin temel işlevi bir taşınmazla ilgili tüm hakların bu sicile kaydedilerek herkese karşı ileri sürülebilmesi ve sicile kayıtlı olmayan hakların da iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesidir. Bu aynı zamanda mülkiyet hakkının sağladığı güvencenin de bir sonucudur.

Anayasa'nın 35. maddesi ise kişi özgürlüğü ile yakından ilişkili olan mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Ancak mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir ve bu sınırlandırmanın ölçülü ve orantılı olması gerekir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hem kıyılar hem de ormanlarla ilgili kararlarında kadastro tespiti ya da satın alma yoluyla tapulu taşınmazları edinen kişilerin tapularının, kıyı kenar çizgisi ya da orman alanı içinde kaldığı gerekçesiyle ve herhangi bir tazminat ödenmeksizin iptal edilmesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1. protokolün 1. maddesinin ihlali olarak nitelendirmiştir. AİHM bu kararlarında çevrenin korunmasına ilişkin kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında makul bir dengenin bulunması gerektiğini belirterek, karşılığı ödenmeksizin mülkiyet hakkına müdahale edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Kıyıların ya da ormanların korunması amacıyla mülkiyet hakkına müdahale edilmesi meşru olmakla birlikte bu kamusal külfetin

tamamının mülk sahiplerine yüklenemeyeceği ve yasa koyucunun buna uygun çözüm yolları bulması gerekeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 43. ve 169. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

B- 5841 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na Eklenen Geçici 10. maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesi ve başvuru kararlarında dava konusu kuralın aleyhe bir hüküm olduğu ve kazanılmış hakları ihlal ettiği belirtilerek Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava ve itiraz konusu kural, Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen hükmün devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu iddiası ile kanunun yürürlük tarihinden önce açılmış ve henüz kesin hükme bağlanmamış davalarda da uygulanmasını öngörmektedir.

Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen kuralın yukarıda yapılan incelenmesi neticesinde Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından aynı gerekçelerle kural, Anayasa'nın 43. ve 169. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

Kural, Anayasa'nın 43. ve 169. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden Anayasa'nın 2., 9., 10., 36. ve 138. maddeleri yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

25.2.2009 günlü, 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 2. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlede yer alan "… iddia ve taşınmazın niteliğine …" ibaresi,

2- 3. maddesiyle, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 10. madde,

12.5.2011 günlü, E. 2009/31, K. 2011/77 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu madde ve ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, 12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

25.2.2009 günlü, 5841 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 2. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlenin,

2- 3. maddesiyle, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 10. maddenin,

Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 12.5.2011 gününde karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞI OY GEREKÇESİ

İptal davası ve itiraz yoluyla iptali istenen 21.6.1987 tarih ve 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun "Kadastro tutanaklarının kesinleşmesi ve hak düşürücü süre" başlıklı 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen "**Bu hüküm, iddia ve taşınmazın niteliğine yahut Devlet veya diğer kamu tüzel kişileri dahil, tarafların sıfatına bakılmaksızın uygulanır**." cümlesinin Sayın çoğunlukça iptaline karar verilmiş olup, aşağıdaki nedenlerle bu sonuca katılmam mümkün olmamıştır:

1- İptal istemine konu cümle eklenmeden önce 3402 sayılı Kanun'un 12. maddesinin üçüncü fıkrası metni şu şekildeydi: "**Bu tutanaklarda belirtilen haklara, sınırlandırma ve tespitlere ait tutanakların kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra, kadastrodan önceki hukuki sebeplere dayanarak itiraz olunamaz ve dava açılamaz.**"

Bu fıkranın iptali için Karaman Asliye İkinci Hukuk Mahkemesi'nce yapılan itiraz başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.1991 tarih ve E.1991/9, K.1991/36 sayılı kararıyla (R.G. 9.5.1992, Sayı:21223), kadastro, tapu iptali, hak düşürücü süre gibi bir çok hukuki müesseseler irdelenmiş ve aşağıda özetlenen gerekçeyle itiraz isteminin reddine karar verilmiştir:

"…Kadastro Yasası'yla soruna ülke bütününde yaklaşılarak yurdun kadastral, topografik haritası yapılarak tapu sicilinin oluşması sağlanıp, bir yerde kadastronun bitirilmesiyle yasa uygulaması son bulacağından, Kadastro Yasası geçici bir yasadır… 12. maddenin üçüncü fıkrasında Kadastro tutanaklarının kesinleştiği tarihten itibaren on yıl geçtikten sonra Kadastrodan önceki hukuksal nedenlere dayanarak itiraz olunamayacağı ve dava açılamayacağı öngörülmüştür. Burada hak düşürücü süre söz konusu olup, yasa koyucu böylece kamu düzeniyle ilgili bir nitelik taşıyan kadastro işlemlerinin korunması ve düzenli bir tapu sicilinin oluşması amacını gütmüştür. Hak arama yolunu kısıtlayan "**hak düşürücü süre**" hakkı ortadan kaldırıcı, yok edici işleve sahip olduğundan, süre geçtikten sonra hakkın varlığından söz edilemez. Hak düşürücü süre ile yasanın belirlediği sürede bir dava açılmaması halinde hakkın kendisi sona erer. Hak düşürücü süre, davanın görülebilirlik koşulu olduğundan, yargıç hak düşürücü süreyi kendiliğinden, göz önünde bulundurmak zorundadır. … Bu madde de düzenlenmiş

bulunan hak düşürücü süre kamu düzeniyle ilgilidir… Anılan madde ile tutanağı düzenlenmiş ve doğrudan doğruya ya da hükmen kesinleşmiş sınırlandırma ve tespitlere karşı, kadastrodan önceki hukuksal nedenlere dayanılarak açılacak tüm davaların hak düşürücü süreye bağlı olduğu açıklanmıştır… Bu hükümle, ülkede tapu sicilinde kararlılık sağlanması, belli hak düşürücü süre geçtikten sonra kadastrodan önceki nedenlere dayanılarak taşınmazlarla ilgili hakların yargı organlarında tartışma konusu yapılmasının önlenmesi amaçlanmış, yasa koyucu da bunda kamu düzeni yönünden yarar görmüştür… İtiraz konusu kural, genel nitelikte, nesnel bir esas getirmekte olup, mülkiyet hakkını değil, yasalarımızda görülen benzer hükümler gibi dava hakkını sınırlandırmaktadır. **Kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda yasa koyucunun kimi hak düşürücü süreler koyabileceği doğaldır.** Kadastroya dayanılarak kurulan sicillere karşı açılacak davaların hak düşürücü bir süreye bağlanması da hukuk ilke ve kurallarına aykırılık oluşturmaz. **Mülkiyet hakkının sağlıklı temellere oturtulmasını isteyen yasa koyucu,** ayrıca kadastro plânlarının düzenlenmesine büyük önem vererek bunların gerçekleşmesi yolu ile kamu düzenini kurmaya ve korumaya yönelmiştir. Uygulama sonunda saptanan durumun, belli süre geçtikten sonra eski olaylara dayanılarak uyuşmazlık konusu yapılması istenilmemiş ve bunda kamu düzeni yönünden yarar görülmüştür. Bu kuralla getirilen sınırlama, mülkiyet hakkına değil, hak arama özgürlüğüne ilişkindir. Mülkiyet kavramını değiştirmeyen, yapısını daraltmayan, bağını ortadan kaldırmayan, kullanılıp yararlanılmasını engellemeyen, ancak ona bağlı hakların kullanılma süresini düzenleyen kurallar doğrudan doğruya hakka yönelik değildir; incelenen düzenlemeyle kısıtlanan, mülkiyet hakkı değil, dava açma hakkı, başvuru hakkıdır… Yasada öngörülen durumlar ve süreler ile ilgililerin haklarını kullanmalarında kolaylık sağlayan öbür kurallar birlikte göz önüne alındığında, dava hakkının on yıllık hak düşürücü bir süre ile sınırlandırılmış olmasını, bu hükmün kamu düzeni düşüncesine uygun olduğu kadar, tanınan sürenin hakkın kullanılmasına da elverişli bulunduğu kabul edilmelidir. Bu kuralla güdülen amacın devletin hak sahibi olmasına yönelik olduğu da düşünülemez. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 35. maddesine aykırı bir yönü yoktur… 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE…"

2- Ne var ki 3402 sayılı Kanun'un 12. maddesinin üçüncü fıkrası ile ilgili uygulamada; tapulu taşınmazlar hakkında, orman ya da kıyı bölgeleri içinde yer aldıkları, dolayısıyla "yolsuz tescil"in sözkonusu olduğu gerekçesiyle Hazine tarafından tapu iptali davaları açılmış ve Yargıtay'ın 1994-2004 yılları arasında 3402 sayılı Kanun'un 12/3. maddesini kişiler ve Hazine yönünden farklı değerlendirmemesi sebebiyle, Hazine'nin açtığı davalar redle sonuçlanmasına karşılık, 2004 yılından itibaren Yargıtay'ın bir Dairesi'nin, on yıllık hak düşürücü sürenin orman ve kıyı sayılan yerler bakımından işlemeyeceği yolundaki yerleşen içtihadı sonrasında, kişilerin hukuka uygun şekilde edindikleri tapulu taşınmazlar bakımından Hazine'ce açılan davalar kabul edilmiş ve tapuların iptali yoluna gidilmiştir. Üstelik bu tapu iptal davaları sonunda tapu sahiplerine herhangi bir tazminat da ödenmemiş ve ilgililerin 50-60 yıl önce edindikleri tapulu taşınmazlar yargı kararıyla hiçbir karşılık ödenmeksizin ellerinden alınmıştır.

Vatandaştaki adalet ve hakkaniyet duygularını sarsıcı mahiyetteki bu uygulama sonucu tapulu taşınmazlarına el konan kişilerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde açtıkları davaların tamamı ilgililer lehine sonuçlanmış ve Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ihlâl ettiği gerekçesiyle tazminata mahkum edilmiştir.

İşte tüm bu gelişmeler karşısında yasa koyucu, hem kişilerin mülkiyet haklarını korumak hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına uymak amacıyla iptal istemine konu yasal düzenlemeyi yapmıştır.

3- Özel mülkiyet ile anayasal mülkiyet arasında fark olduğu ve anayasal mülkiyetin kapsamının özel mülkiyetten daha geniş olduğu genel kabul görmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da, Anayasa'nın 35. maddesinin güvence alanının sadece özel hukuk bakımından değil, tüm malvarlığı hakları bakımından sözkonusu olduğu belirtilmektedir. Diğer bir deyişle, Anayasa'nın 35. maddesinin koruma alanı medeni hukuk anlamındaki mülkiyet hakkı ile sınırlı değildir. Yukarıda işaret edilen kişilerin (tapulu taşınmazlarına el konanlar) Anayasa'nın 35. maddesi kapsamına giren birer hakkının olduğu AİHM tarafından da tespit edilmiştir.

Yeri gelmişken hemen işaret etmek gerekir ki, tapuların iptal edilmesi şeklindeki sonucun hakkaniyete uygun olduğu da söylenemez.

Hukuk devleti kavramının alt açılımlarından birisi olan "hukuki güvenlik ilkesi", bu kişilerin uzun yıllar önce kazandıkları hakların Devlet gücüyle ellerinden alınmasına manidir. Kişilerin, zamanında yürürlükte olan hukuki kurallara uygun şekilde ve kamu idarelerinin işlemleri ve belgelerine dayanarak elde ettikleri hakların, sonradan başka bir kamu idaresinin talebi ve mahkeme kararıyla ortadan kaldırılması hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz ve bu durum Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan Anayasa'nın 43. ve 169. maddeleri kıyılar ve ormanlar yönünden özel bir koruma öngörmektedir. Bu durumda Anayasa'nın 2. ve 35. maddeleri ile 43. ve 169. maddelerinin somut durumda farklı çözümleri gerektirdiği, yani bir anlamda çatıştıkları görülmektedir. Şu halde öncelikle yapılması gereken şey, çatışan değerlerin yorum yoluyla birbiriyle uyumlaştırılması ve bu şekilde bir sonuca gidilmesidir. Öğretide de benimsendiği üzere, anayasal yorum ilkelerinden birisi de "temel haklar lehine yorum"dur. Bu ilke, Anayasa'da yer alan temel haklarla ilgili düzenlemeler yorumlanırken, temel hakların etkisini güçlendirecek yorumun seçilmesi gerektiğine işaret eder. Bunun doğal sonucu olarak da, temel hak sınırlamalarına ilişkin kuralların mümkün olduğunca dar yorumlanması ve yorum yoluyla yeni sınırlamalar getirilmemesi gerekir. AİHM'de hem kıyılar hem de ormanlarla ilgili kararlarında; çevrenin korunmasına ilişkin kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkının korunması arasında makul bir dengenin bulunması gerektiğini belirterek, çevresel değerlerin korunması amacıyla bireylerin tapularının hiçbir bedel ödenmeksizin iptal edilmesinin bireylerin mülkiyet hakkına orantısız ve ölçüsüz bir müdahale anlamına geleceği sonucuna ulaşmış ve Türkiye'nin uygulanmasının her iki alanda da sözleşmeyi ihlâl ettiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, kıyı kenar çizgisi içinde ya da orman alanında kaldığı gerekçesiyle bireylerin tapularının iptal edilmesi, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla bireye ölçüsüz bir yük getirmektedir; kamu yararı, yani kıyıların ya da ormanların korunması amacıyla bireyin özel mülküne el koymak mümkün ise de, bu kamusal yük sadece mülk sahibinin omuzlarına bırakılmamalı, tüm topluma paylaştırılmalıdır. Bu paylaşma ise el konulan ya da kamulaştırılan mülkün bedelinin mülk sahibine ödenmesiyle gerçekleşecektir.

Yasa koyucu ise iptali istenen yasayı çıkararak, kesinleşmiş kadastro tutanaklarına karşı dava açma hakkını on yıllık hak düşürücü süreye tâbi tutmuştur. Böylece orman ya da kıyı olduğu halde kadastro işlemleri sırasında özel mülk olarak tespiti yapılan ve bu şekilde kesinleşerek tapuya tescil edilen taşınmazlara ilişkin olarak on yıl boyunca idareye tapu iptali davası açma imkânı tanınmış; bu süre geçtikten sonra dava açılamaması ilkesi getirilmiştir. Bunun anlamı, on yıllık hak düşürücü süre sona erdikten sonra bu tapuların iptal edilmeyeceğidir. Ancak, bu alanların ilgili kamu idarelerince her zaman kamulaştırılması imkân dahilindedir. Kıyı ve orman gibi çevresel değerlerin korunmasında kamu yararı olduğundan, idare buraları kamulaştırarak doğasına uygun biçimde kullanıma tahsis edebilir. Bu durumda, bireylerin hakkına saygı gösterme ve kamu yararını koruma amaçları arasında makul bir denge kurulmuş olacaktır.

Bu açıklamalar çerçevesinde Anayasa'nın 2., 35., 43. ve 169. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; iptali istenen kuralın bu maddelerde korunan değerler arasında makul bir denge kurduğu, bir taraftan hukuki güvenlik ilkesini güçlendirirken bireyin mülkiyet hakkını da koruduğu; aynı zamanda çevresel değerler olan kıyı ve ormanların korunması için gerekli olanakları sağladığı, böylelikle kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı görülmektedir.

4- Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda gerekçesine yer verilen kararında da işaret edildiği üzere, kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda yasa koyucunun kimi hak düşürücü sürüler koyabileceği doğaldır. Mülkiyet hakkının sağlıklı temellere oturtulmasını amaçlayan yasa koyucu, mülkiyet hakkını değil, hak arama özgürlüğünü sınırlayan bir düzenleme yapmıştır ve bu esasen yasa koyucunun sahip olduğu takdir hakkının doğal bir sonucudur. Yasa koyucunun kesinleşen kadastro tutanakları bakımından on yıllık bir hak düşürücü süre öngörmesinde anayasal sınırlar içinde kaldığı açık olduğu gibi; uygulamada ulaşılan farklı sonuçlar ve bu nedenle kişilerin uğradığı hak kayıplarının yol açtığı mağduriyet ile AİHM kararlarıyla bu ihlâlin tespiti üzerine kuralın nasıl anlaşılması gerektiğine dair iptali istenen cümlenin de aynı nedenle Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Devlet (Orman İdaresi, Hazine vb.), tapulu ve özel mülkiyetteki alanların orman ya da kıyı olması konusunda bir irade göstermek istiyorsa, bu amacına söz konusu yerleri bedeli mukabili kamulaştırmak

suretiyle varabilir. Anayasa'da öngörülen doğru, dengeli ve adil yol bu iken; kişilerin 60-70 yıl önce edindikleri hakların kaybı sonucunu doğuracak biçimde, ilgili idarelerin istediği zaman dava açarak, bedelsiz şekilde tapulu taşınmazlara el atması ve kişilerin mülkiyet haklarının ellerinden alınması, Anayasa'nın 35. maddesinin de öngörmediği bir durumdur.

Devletin bir organı olan Tapu İdaresi'nce verilen tapuya güven duymak her yurttaşın en doğal hakkıdır. Devletin bir organının verdiği tapuya, bir başka organının (Orman İdaresi, Hazine vb.) "yolsuz tescil" iddiasıyla çok uzun yıllar sonra itiraz etmesi ve kişilerin taşınmazlarının, dolayısiyle mülkiyet haklarının önü açık biçimde süresiz dava tehdidi altında bulundurulması hukuk devletinin koruyacağı ve benimseyeceği bir davranış biçimi olamaz.

5- 3402 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. madde de mahiyeti itibariyle bir usul kuralıdır ve bir usul kuralının derhal uygulanması ilkesi, gerek öğretide gerek Anayasa Mahkemesi kararlarında genel kabul gören bir olgudur. Bu bakımdan, anılan maddenin de Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

6- Yukarıda açıklanan gerekçelerle, iptali istenen her iki kuralın Anayasa'ya aykırı düşmediği sonucuna ulaşıldığından, iptal istemlerinin reddi gerektiği kanısıyla, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2010/81

Karar Sayısı : 2011/78

Karar Günü : 12.5.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi adına Grup Başkanvekilleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Muharrem İNCE (Esas Sayısı : 2010/81)

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 14. İdare Mahkemesi (Esas Sayısı : 2010/98)

DAVA ve İTİRAZIN KONUSU: 16.6.2010 günlü, 5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle, 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesinin *"Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve…"* bölümünün, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- İPTAL DAVASI İLE İTİRAZ BAŞVURUSUNUN GEREKÇELERİ

A- İptal davası dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"II. GEREKÇE

16.06.2010 Tarihli ve 5997 Sayılı Kanunun 14 üncü Maddesi ile Değiştirilen 5434 Sayılı Kanunun 89 uncu Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Tümcesinde Yer Alan "Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve …" Sözcüklerinin Anayasaya Aykırılığı

5434 sayılı T. C. Emekli Sandığı Kanunun 89 uncu maddesinin 5997 sayılı Yasayla değişik birinci fıkrasının birinci tümcesinde, "Hizmet sürelerinin tamamı bu Kanun ve/veya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun geçici 4 üncü maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adi malûllük veya vazife malûllüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak" verileceği belirtilmiştir.

Fıkranın ikinci tümcesinde ise "Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve kendilerine mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara ise, bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden bu madde hükümlerine göre emekli ikramiyesi" ödenir denilmiştir.

Söz konusu ikinci tümcenin, 2829 sayılı Yasanın 12 nci maddesinin birinci tümcesinde yer alan, "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılanlara ve …" sözcüklerinin Anayasa Mahkemesi tarafından (05.02.2009 günlü, E.2005/40, K.2009/17 sayılı kararla) iptal edilmesi üzerine getirildiği ifade edilmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararı 05.06.2010 günlü Resmi Gazetede yayımlanmış ve 1 yıl sonra yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştır. Kural, 19.06.2010 günlü Resmi Gazetede yayımlanmış, boşluk doğmaması için de 5997 sayılı Yasanın 19 uncu maddesiyle 01.06.2010 günüde yürürlüğe girmesi kabul edilmiştir.

5434 sayılı Yasanın 89 uncu maddesinin değişik birinci fıkrasının ikinci tümcesi, 2829 sayılı Yasanın 12 nci maddesinin birinci tümcesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılanlara ve …" sözcüklerinin yer aldığı kuralla, aşağıdaki karşılaştırmalı tabloda görüldüğü gibi aynı niteliktedir.

Mülga 2829 sayılı Yasa'nın Anayasa Mahkemesince iptal edilen "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve …" ibaresini de içeren 12 nci maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Son defa

T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine bu Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir."

5434 sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin, 5997 sayılı Yasayla değiştirilen birinci fıkrasının ikinci tümcesi şöyledir: "Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve kendilerine mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara ise, bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden bu madde hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir."

İki tümce arasındaki farklılıklar, yer aldıkları yasaların tanımlanmasından kaynaklanmaktadır.

a) İptal edilen düzenleme, 2829 sayılı Yasada yer almakta iken bu kez 5434 sayılı Yasaya yerleştirilmiştir. Bu nedenle de iptal edilen düzenleme "son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılanlar" şeklinde tanımlama yaparken, 5434 sayılı Yasada yer alan yeni düzenleme doğal olarak, "son defa bu kanun" şeklinde tanımlama yapmıştır.

b) Yeni düzenlemede 5434 sayılı Yasayla birlikte, yine doğal olarak, 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışanlar sözcükleri kullanılmıştır. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu Yasaya gönderme gerekli hale gelmiştir ve 5510 sayılı Yasanın 5434 sayılı Yasaya ilişkin geçiş hükümlerini içeren geçici 4 üncü maddesine gönderme yapılmıştır. Geçici 4 üncü madde hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılanlar ile 5434 sayılı hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde iken emekliye ayrılanlar aynı statüdedir.

Bu teknik farklar dışında, her iki kuralın da anlam ve kapsamı aynıdır. 2829 sayılı Yasa'nın 12 nci maddesinin birinci fıkrasına göre

emekli ikramiyesi ödenebilmesi için, son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılma ve kendilerine 2829 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanma koşullarını taşımak gerekmektedir. Bu koşulları taşıyanlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerin toplamı üzerinden 5434 sayılı Yasa hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenecektir. Bu koşullarla birlikte 5434 sayılı Yasa'nın 89 uncu maddesinin birinci fıkrasındaki "...her tam fiili hizmet yılı için, ... hesaplanacak tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir" hükmü gereğince emekli ikramiyesi alabilmek için, T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerde en az bir yıl çalışmış olmak da gerekmektedir.

5997 sayılı Yasayla değiştirilen yeni kuralda da aynı şekilde son defa 5434 sayılı Yasa veya 5510 sayılı Yasanın geçici 4 üncü maddesine tabi görevlerden emekliye ayrılma söz konusudur.

2829 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesinin birinci fıkrasına göre, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacaktır.

Sonuç olarak yeni düzenlemede de, bir yıldan fazla 5434 sayılı Yasa kapsamında görev yaptıktan sonra kamu dışında bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını tamamlayıp 2829 sayılı Yasa'nın 8 inci maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlara, son defa 5434 sayılı Yasaya veya 5510 sayılı Yasanın geçici 4 üncü maddesine tabi bir görevden emekliye ayrılma koşulunu taşımadıklarından Emekli Sandığına tabi olarak yaptıkları çalışma süreleri için emekli ikramiyesi yine ödenmeyecektir.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasanın 10 uncu maddesindeki "kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

2829 sayılı Yasa'da benimsenen sistemle, farklı sosyal güvenlik kuruluşlarındaki hizmet süreleri birleştirilerek emekli olanlara yaşlılık aylığı bağlandığı halde, itiraz konusu ibareyle son defa bağlı olunan sosyal güvenlik kurumuna göre ayırım yapılarak Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmayanlara, 5434 sayılı Yasaya ve 5510 sayılı Yasanın geçici 4 üncü maddesine tabi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesini öngören kuralın, daha önce iptal edilen kuralda olduğu gibi, Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine ve adil sonuçlar doğurmadığından 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılığı devam etmektedir.

Ancak, Anayasanın 153 üncü maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere yargı ve yürütme, kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Gerekçeleriyle birlikte kararlar, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken, iptal edilen yasaya ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmak zorundadır. İptal edilen yasalarla, sözcükleri ayrı da olsa aynı doğrultu, içerik ya da nitelikte yeni yasa çıkarılması, Anayasanın 153 üncü maddesine aykırılık oluşturur.

Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde hukukun ve Anayasanın mutlak egemenliği

vardır. Yasakoyucu her zaman hukukun ve Anayasanın üstün kuralları ile bağlıdır. Anayasal denetimde bu amacı gerçekleştirmeye yöneliktir. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesine yer verilmiştir. Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kuralın yeniden yasalaştırılmasına Anayasanın 153 üncü maddesinin son fıkrasındaki bağlayıcılık ilkesi engeldir. Yasama organının iptal edilen kuralın aynını veya benzerini yasalaştırması durumunda Anayasa Mahkemesi kararlarının etkinliği ortadan kaldırılarak yasaların yargısal denetimi anlamını yitirir.

Bir yasa kuralının, Anayasanın 153 üncü maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için, iptal edilen önceki kural ile "aynı" ya da "benzer nitelikte" olması gerekir. Bunların saptanabilmesi ise öncelikle, aralarında "özdeşlik", başka bir deyişle, amaç, anlam ve kapsam yönlerinden "benzerlik" olup olmadığının incelenmesine bağlıdır.

Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ve Anayasanın üstünlüğü ilkesi karşısında, iptal edilen bir kurala yeni bir yasa ile geçerlilik sağlanamaz. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararının etkisini ortadan kaldırmaya yönelik bir düzenleme olduğu duraksamaya yer vermeyecek kadar açık olan dava konusu sözcükler, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen daha önceki kuralla aynı içerikte olduğundan Anayasanın 153 üncü maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 16.06.2010 tarihli ve 5997 sayılı Kanunun 14 üncü maddesi ile değiştirilen 5434 Sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve …" sözcükleri Anayasanın 153 üncü maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

III. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 16.06.2010 tarihli ve 5997 sayılı Kanunun 14 üncü maddesi ile değiştirilen 5434 Sayılı Kanunun 89 uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan "Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve …" sözcükleri Anayasanın 153 üncü maddesine aykırı olduğundan iptaline karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

B- İtiraz başvurusu kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Dava dosyasının incelenmesinden; 5434 sayılı Kanun'a tâbi hizmetleri bulunmakta iken 14/11/2000 tarihinde görevine son verilen, SSK'ya tâbi olarak görev yaptıktan sonra 2829 sayılı Kanun'un 8'inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden 01/06/2008 tarihinden itibaren SSK'ca yaşlılık aylığı bağlanan davacı tarafından, 5434 sayılı Kanun kapsamında Emekli Sandığı'na tâbi olarak geçen hizmet sürelerine tekabül eden emekli ikramiyesinin ödenmesi talebiyle idareye yaptığı başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

24/05/1983 gün ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tâbi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12'nci maddesinin birinci fıkrasında "Son defa T.C. Emekli Sandığına tâbi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine bu Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığına tâbi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir" hükmü bulunmakta iken, anılan hükmün "Son defa T.C. Emekli Sandığına tâbi görevlerden emekliye ayrılan ve ..." şeklindeki ibaresi, 05/06/2009 gün ve 27249 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi'nin 05/02/2009 gün ve E:2005/40, K:2009/17 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal hükmünün kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra (05/06/2010 tarihinde) yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen iptal kararının gerekçesinde;

"2829 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasına göre emekli ikramiyesi ödenebilmesi için, son defa T.C. Emekli Sandığına tâbi görevlerden emekliye ayrılma ve kendilerine 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanma koşullarını taşımak gerekmektedir. Bu koşulları taşıyanlara, T.C. Emekli Şandığına tâbi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerin toplamı üzerinden 5434 sayılı Yasa hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenecektir. Bu koşullarla birlikte 5434 sayılı Yasa'nın 89. maddesinin birinci fıkrasındaki '...her tam fiili hizmet yılı için, ... hesaplanacak tutarların bir aylığı

emekli ikramiyesi olarak verilir.' hükmü gereğince emekli ikramiyesi alabilmek için, T.C. Emekli Sandığına tâbi görevlerde en az bir yıl çalışmış olmak da gerekmektedir.

2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması hâlinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tâbi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacaktır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin dördüncü fıkrasında 'T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tâbi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malûllük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir.' hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıdaki düzenlemelere göre, farklı sosyal güvenlik kurumlarındaki hizmet, sürelerinin birleştirilmesiyle 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi gereğince son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olması nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumunca aylık bağlanması hâlinde, aynı veya farklı kamu kuruluşlarında, gerek Emekli Sandığına, gerekse Sosyal Sigortalar Kurumuna tâbi olarak geçmiş olsun, anılan kamu kuruluşlarında geçen toplam hizmet süreleri üzerinden son kamu kuruluşu işveren tarafından ilgiliye kıdem tazminatı ödendiği; son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan Emekli Sandığınca aylık bağlanması hâlinde ise son defa Emekli Sandığına tâbi bir görevden emekliye ayrılmayan ilgiliye, emekli ikramiyesi ödenmediği, yalnızca kamuda işçi olarak geçen süreye karşılık kıdem tazminatı ödendiği anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, bir yıldan fazla 5434 sayılı Yasa kapsamında görev yaptıktan sonra kamu dışında bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını tamamlayıp 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlara da, son defa Emekli Sandığına tâbi bir görevden emekliye ayrılma koşulunu taşımadıklarından Emekli Sandığına tâbi olarak yaptıkları çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesindeki 'kanun önünde eşitlik ilkesi' hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. 2829 sayılı Yasa'da benimsenen sistemle, farklı sosyal güvenlik kuruluşlarındaki hizmet süreleri birleştirilerek emekli olanlara yaşlılık aylığı bağlandığı hâlde, itiraz konusu ibareyle son defa bağlı olunan sosyal güvenlik kurumuna göre ayırım yapılarak Emekli Sandığına tâbi görevlerden emekliye ayrılmayanlara, 5434 sayılı Yasaya tâbi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesi, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, adil sonuçlar doğurmadığından 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Bu nedenle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

ifadelerine yer verilmiştir.

Bu gerekçeye göre; farklı sosyal güvenlik kuruluşlarındaki hizmet süreleri birleştirilerek emekli olanlara yaşlılık aylığı bağlandığı hâlde, son defa bağlı olunan sosyal güvenlik kurumuna göre ayırım yapılarak Emekli Sandığına tâbi görevlerden emekliye ayrılmayanlara, 5434 sayılı Yasa'ya tâbi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesi, Anayasa'nın 10'uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, adil sonuçlar doğurmadığından 2'nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

2829 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin ilgili ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi nedeniyle doğan hukukî boşluğun doldurulması amacıyla çıkarılan ve 01/06/2010 tarihinden itibaren

yürürlüğe konulan 5997 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesi ile 5434 sayılı Kanun'un 89'uncu maddesinin birinci fıkrası değiştirilerek "Hizmet sürelerinin tamamı bu Kanun ve/veya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun geçici 4 üncü maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adi malûllük veya vazife malûllüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir. Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve kendilerine mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tâbi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara ise, bu Kanuna tâbi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden bu madde hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir. Mülga 2829 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü fıkrasının son cümlesinin bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz" hükmü getirilmiştir.

Görüldüğü üzere; 2829 sayılı Kanun'un 12'nci maddesinin ilgili ibaresinin iptali nedeniyle 5434 sayılı Kanun'un 89'uncu maddesinin birinci fıkrasında yapılan yeni düzenlemede de, birleştirilen hizmet sürelerinden Emekli Sandığı'na tâbi hizmet süreleri için emekli ikramiyesinin ödenebilmesi için "son defa 5434 sayılı Kanun veya (5434 sayılı Kanun'a ilişkin geçiş hükümlerini içeren) 5510 sayılı Kanun'un geçici 4'üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılma" koşulu aranmıştır.

Dolayısıyla; eşitlik ve hukuk devleti ilkelerini zedelediği için Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen 2829 sayılı Kanun'un 12'nci maddesi ile 5434 sayılı Kanun'un 89'uncu maddesinin birinci fıkrasında yapılan yeni düzenlemenin doğurduğu hukukî sonuçlar aynıdır.

Bu durum; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının gerekçesinde belirtilen eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri açısından Anayasa'ya aykırılığı devam ettirdiği gibi, iptal hükmünün hukuksal sonuçlarını ortadan kaldıran yeni bir yasal düzenleme yapılmasının, aynı zamanda Anayasa'nın 138'inci maddesinin son fıkrasında yer verilen "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve

bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükmüne de aykırı düşmektedir.

Bu durumda; (19/06/2010 gün ve 27616 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5997 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesi ile değişik) 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun hâlen yürürlükte bulunan 89'uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin "... Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve ..." şeklindeki ibaresinin, Anayasa'nın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi ile 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve 138'inci maddesinin son fıkrası hükmüne aykırı olduğu kanaatine varıldığından, anılan Kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle; Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca bakılmakta olan davada uygulanacak olan (19/06/2010 gün ve 27616 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5997 sayılı Kanun'un 14'üncü maddesi ile değişik) 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun hâlen yürürlükte bulunan 89'uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinin "... Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve ..." şeklindeki ibaresinin Anayasa'nın 2, 10 ve 138'inci maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle, anılan ibarenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, beş ay içinde bir karar verilmezse davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına, kararın birer örneğinin taraflara tebliğine, işbu kararla birlikte dava dosyası ve içeriği evrakın çıkarılacak birer onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine, 21/09/2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

II- YASA METİNLERİ

A-Dava ve İtiraz Konusu Yasa Kuralı

16.6.2010 günlü, 5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı

Kanunu'nun iptali istenilen bölümü içeren 89. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"**Madde 89– (Değişik: 21.4.2005 – 5335/3 md.) (Değişik birinci fıkra: 16.6.2010–5997/14 md.)** Hizmet sürelerinin tamamı bu Kanun ve/veya 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun geçici 4 üncü maddesi kapsamında geçenlerden emekli, adi malûllük veya vazife malûllüğü aylığı bağlanan veyahut toptan ödeme yapılan asker ve sivil tüm iştirakçilere, her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir. **Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve** kendilerine mülga 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara ise, bu Kanuna tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden bu madde hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir. Mülga 2829 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi ile üçüncü fıkrasının son cümlesinin bu maddeye aykırı hükümleri uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 153. maddesine, başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla 7.12.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin, 16.6.2010 günlü, 5997 sayılı Yasa'nın 14. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesinin *"Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve…"* bölümünün iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan E.2010/98 sayılı itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2010/81 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2010/81 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 7.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, dava konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

5434 sayılı Kanun'un 89. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre emekli ikramiyesi ödenebilmesi için, son defa 5434 sayılı Kanun veya 5510 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerden (T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden) emekliye ayrılma ve kendilerine 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanma koşullarını taşımak gerekmektedir. Bu koşulları taşıyanlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenecektir. Bu koşullarla birlikte 5434 sayılı Kanun'un 89. maddesinin birinci fıkrasındaki *"…her tam fiili hizmet yılı için, … hesaplanacak tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir."* hükmü gereğince emekli ikramiyesi alabilmek için, T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerde en az bir yıl çalışmış olmak da gerekmektedir.

2829 sayılı Kanun'un 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet

sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacaktır.

Bir yıldan fazla 5434 sayılı Kanun kapsamında görev yaptıktan sonra kamu dışında bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını tamamlayıp 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlara da son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılma koşulunu taşımadıklarından Emekli Sandığına tabi olarak geçirdikleri çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde; 2829 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci cümlesinde yer alan *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılanlara ve…"* ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nin 5.2.2009 günlü, E.2005/40, K.2009/17 sayılı kararıyla iptal edildiği, iptal hükmüyle oluşacak hukuki boşluğun giderilmesi amacıyla yapılan 5434 sayılı Kanun'un 89. maddesindeki 5997 sayılı Kanun ile getirilen değişikliğin Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği hükümle aynı olduğu, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 153. maddesine; başvuru kararında da; Anayasa Mahkemesi'nin K.2009/17 sayılı kararıyla eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırılığı nedeniyle iptal edilen hükümle aynı hukuki sonuçlar doğurduğundan yeni düzenlemenin Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, *"Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar"* denilmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi kararları yayımlanmakla bağlayıcılık özelliği kazandığından, yasama organı aynı konuda farklı bir yasada düzenleme yapsa bile bu kararları etkisiz veya sonuçsuz bırakacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve iptal edilen kuralları yeniden yasalaştırmamak zorundadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçları kadar gerekçeleri de bağlayıcıdır. Çünkü kararlar gerekçeleri ile bir bütünlük oluştururlar ve bu doğrultuda yasamanın da içinde yer aldığı devletin ve kişilerin etkinliklerinde yönlendirici ve belirleyici olurlar. Bu nedenle yasama organı iptal edilen yasaların yerine yeni düzenleme yaparken kararların gerekçelerini de gözönünde bulundurmakla yükümlüdür.

Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığından söz edilebilmesi için, kurallar farklı yasalarda yer almış olsa bile iptal edilen önceki kuralla içeriği yönünden "aynı" ya da "benzeri" olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Burada iki kuralın özdeş olması yetmeyecek, kurallar arasında "teknik, içerik ve kapsam" bakımından da benzerlik aranacaktır.

Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Çünkü, böyle bir anlayış 153. maddenin son fıkrasındaki kuralı anlamsız ve uygulanmaz kılar. Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir.

İptali istenilen kuralın gerekçesinde, düzenlemenin 2829 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında yer alan; *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden ayrılan ve ..."* ibaresinin Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmesi sonucunda oluşan hukuki boşluğun doldurulması amacıyla yapıldığı belirtilmiştir.

2829 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasına göre emekli ikramiyesi ödenebilmesi için; son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmış olmak ve kendilerine 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanmış olmak koşullarını taşımak gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 5.2.2009 günlü, E.2005/40, K.2009/17 sayılı kararıyla; söz konusu kuralla, bir yıldan fazla 5434 sayılı Kanun kapsamında görev yaptıktan sonra kamu dışında bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını tamamlayıp 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlara, son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılma koşulunu taşımadıklarından Emekli Sandığına tabi olarak yaptıkları çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesi, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin *"iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine"* karar vermesi ve kararın 5.6.2009 günlü, 27249 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanması nedeniyle iptal hükmü 5.6.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği hükümle eldeki davada iptali istenilen hükümler arasında ilk bakışta farklılık varmış gibi görünse de, farklılık 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden kaynaklanan mevzuat değişikliğine dayanmaktadır. 5510 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinde 5434 sayılı Kanun'a ilişkin geçiş hükümleri yer almaktadır. Her iki kural kapsamına giren kimseler son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve kendilerine 2829 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlardır. İptali istenilen kuralda 5510 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerin de eklenmiş olması kapsamı değiştirmemektedir. Her iki kural gereğince kapsamdaki kişilere 5434 sayılı Kanun'un 89. maddesi gereğince Emekli Sandığı Kanunu'na tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden her tam fiili hizmet yılı için aylık bağlamaya esas tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak ödenmektedir.

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin K.2009/17 sayılı kararıyla iptal ettiği kural ile eldeki davada iptali istenilen kural kapsam ve içerik yönünden aynı niteliktedir. Bu nedenle iptali istenilen kural Anayasa'nın 153. maddesine aykırı olarak yasalaşmıştır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

16.6.2010 günlü, 5997 sayılı Bazı Kanunlarda ve 190 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle, 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesinin "Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 12.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2008/80

Karar Sayısı : 2011/81

Karar Günü : 18.5.2011

İPTAL DAVALARINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY ve Kemal KILIÇDAROĞLU (Esas Sayısı 2008/80 ve 2008/86)

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 9. İdare Mahkemesi (Esas Sayısı 2009/26)

İPTAL DAVALARININ VE İTİRAZIN KONUSU: 10.7.2008 günlü, 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 2. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" ibaresinin,

2- 5. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasının,

3- 6. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ve son fıkrasının,

4- 8. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin,

5- 12. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ve üçüncü fıkrasındaki "en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar" ibaresinin,

6- 15. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen dokuzuncu fıkrasının ilk dört cümlesinin ve onuncu fıkrasının,

7- 20. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'a Geçici 8. maddeden sonra gelmek üzere eklenen Geçici Madde 9'un;

a- Birinci fıkrasının (b) bendinin (Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi doldurmamış olanlar yönünden),

b- Son fıkrasının,

8- 20. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının,

iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL DAVALARI İLE İTİRAZ BAŞVURUSUNUN GEREKÇELERİ

A- Esas 2008/80 Sayılı İptal Davasının Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"…

III. GEREKÇE

1) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 2 nci Maddesi ile Değiştirilen 3568 Sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (d) Bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen tümceyle getirilen kurala göre; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, milli savunmaya karşı suçlardan, devlet sırlarına karşı suçlardan ve casusluk, kamunun sağlığına karşı suçlarından hapis cezasına mahkûm olanlar muhasebecilik, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleğini icra edemeyeceklerdir.

Bu kural ile doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezaların yanında, bu cezaya ek olarak hak yoksunluğu (muhasebecilik, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleğini icra edememe) getirilmektedir. Yasa koyucunun, asli ceza getirme

yanında, bu cezaya bağlı olarak kimi kısıtlılıklar öngörüp öngörmeme konularında da anayasal ilkeler çerçevesinde takdir hakkına sahip olduğu kuşkusuzdur. Muhasebecilik, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleği için getirilen söz konusu hak yoksunluğu anayasal ilkelerle bağdaşmamaktadır. Şöyle ki;

A- İptali İstenen Tümcedeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Milli Savunmaya Karşı Suçlar "5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Altıncı Bölümünde 317 ila 325 inci maddelerinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddelerin belirlediği bütün suçlardan hapis cezasına mahkûm olmak, hekimlik mesleğinin icrası için bir hak yoksunluğu nedeni teşkil etmektedir. Bu cümleden olmak üzere, TCK'nun 324 üncü maddesinde düzenlenen ve altı aydan üç yıla kadar hapis cezasını gerektiren sulh zamanında seferberlikle ilgili görevlerini ihmal etme veya geciktirme suçundan diğer bir anlatımla taksirli suçtan mahkûm olan muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavir, artık bir daha mesleğini icra edemeyecektir. Çünkü iptali istenen tümceyi içeren fıkrada, "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile" denilerek taksirli suçtan mahkûmiyet halinde meslek ve sanatın icrası belli bir süre ile (üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere) sınırlayan anılan madde hükmünün uygulanması olanağı da ortadan kaldırılmıştır.

Suçlar kural olarak ancak kasten işlenebilir. Kast suçu, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir Taksir, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22 nci maddesinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun yasal tanımında belirtilen sonuç öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi olarak tanımlanmıştır.

Genel kural olarak, bütün meslek grupları gibi muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin de meslek uygulamaları sırasında meydana getirdikleri hukuka aykırı sonuç ve zararlardan kaynaklanan hukuki ve cezai sorumlulukları ve cezai sorumluluklarına bağlı hak yoksunlukları vardır. Nitekim 3568 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının değişiklikten önceki (d) bendine göre; "vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs suçlarından dolayı hüküm giymiş bulunmamak" meslek mensubu olmanın genel şarları arasında

gösterilmiştir. Yine bu hükümde, ciddi ve kasıtlı suçlardan mahkûm olanlar için meslek mensubu olamama hak yoksunluğu öngörülmüştür. Ancak, taksirli suçlar söz konusu hak yoksunluğunun dışında bırakılmıştır.

İptali istenen düzenlemeyle, taksirli ve de mesleğiyle hiç ilgisi bulunmayan bir suçtan mahkûm olan bir kişinin (muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavir) mesleğini icra etmekten süresiz yoksun bırakılması sonucunu öngören iptali istenen tümcedeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" ibaresinin;

Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan ve Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal devlet niteliği ile devletin temel amaç ve görevlerini belirleyen 5 inci maddesindeki ". . kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırma. ." kuralı ile "Çalışma hakkı ve ödevi" başlığı altındaki 49 uncu maddenin ikinci fıkrasında vurgulanan "Devlet '... çalışanları korumak ... için gerekli tedbirleri alır.", 70 inci maddesindeki "…kamu hizmetine alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayrımın gözetilemeyeceği" biçimindeki uyulması zorunlu hükümlerle ve 13 üncü maddesindeki "ölçülülük ilkesi" ile bağdaştırması olası görülmemektedir.

Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerinde belirtilen "hukuk devleti" ilkesine göre işlem ve eylemlerin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesinin içtenlikle benimsenmesi, yasakoyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumaya, adil ve hukuk düzeni kurarak bunu geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir. Yasaların üstünde yasakoyucunun da uymak zorunda bulunduğu Anayasa ve temel hukuk ilkeleri vardır. Anayasada öngörülen devletin amacı ve varlığıyla bağdaşmayan, hukukun ana ilkelerine dayanmayan yasalar kamu vicdanını olumsuz etkiler. İnsanın doğuştan sahip olduğu onurlu bir hayat sürdürme, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını; refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, sosyal hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak sosyal hukuk devletinin temel amacı ve görevidir.

İptali istenen tümcedeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" ibaresi, Hukuk Devletinin bir gereği olan cezaların işlenen suçla orantılı olması ilkesine uygun düşmemekte ve bu yönüyle de Anayasaya aykırı bir nitelik taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 17.02.2004 tarih ve E.2001/119, K.2004/37 sayılı kararında,

"Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, Anayasanın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir."

denilmiş ve yine Yüksek Mahkeme'nin 17.02.2004 tarih ve E.2001/406, K.2004/20 sayılı kararında da,

"Kimseye hak ettiğinden fazla ceza verilemez. Cezaların ağırlık derecesi, kanun koyucunun takdirinde ise de, takdir korunan hukuksal değeri ihlal derecesine göre olmalıdır. Aynı konuda ki düzenleme, ihlal derecelerine göre yaptırım ve ceza yönünden adaletli, mantıklı, hakkaniyete uygun olmalıdır."

görüşüne yer verilmiştir.

Anayasanın 49 uncu maddesinde öngörülen "çalışma hakkı", bir temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür. Sözü edilen maddenin gerekçesinde "Çalışmanın hak ve ödev olması, sadece ulusal planda Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdi planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telakki edilmesini gerektirir." denilmiştir.

Diğer taraftan Anayasanın 13 üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkeleri iptali istenen kural bakımından da geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında "…sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur" denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut olarak çoğu zaman ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkelerini bir arada kullanmakta ve meşru bir nedene dayansa bile yasal sınırlamanın "demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliği taşımasını" aramaktadır. Bu ilkeler bizim Anayasamızda temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir koruma maddesi olan 13 üncü madde içinde yer aldığına göre, AİHM'nin bu yaklaşımının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tüm yasal düzenlemelerde gözönünde tutulması, insan hakları kavramının evrensel niteliğine de uygun düşer.

Diğer taraftan kısıtlama ile yürütülen hizmet arasında günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması gerekmektedir.

Sulh zamanında seferberlikle ilgili görevlerini ihmal etme veya geciktirme suçundan mahkûm olan bir meslek mensubunun (muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavir) bu mahkûmiyetinin, yürüteceği hizmetini ne şekilde etkileyeceği konusunda günün koşullarına uygun bir neden – sonuç bağı kurulamayacağı çok açıktır. Bu nedenle böyle bir yasaklamanın temel hakkın özüne dokunulamayacağını öngören Anayasanın 13 üncü maddesine de uyarlık göstermeyeceği de açıktır.

Öte yandan, 3581 sayılı Yasa'yla katılmış olduğumuz Avrupa Sosyal Şartı'nın başlangıç kısmında: "Sosyal haklardan yararlanmanın ırk, renk, cinsiyet... ayrımı yapılmaksızın güvence altına alınması" gereği belirtilmekte; I. Bölümün 14 üncü maddesi "Herkes sosyal refah hizmetlerinden faydalanma hakkına sahiptir" hükmünü içermekte ve II. Bölüm, 1 inci madde de çalışma hakkının etkin kullanımını sağlamak üzere taraf devletlerin, işçinin serbestçe girdiği bir meslekte hayatını

kazanma, ücretsiz iş bulma hizmetlerini sağlamayı ve uygun mesleğe yöneltmeyi taahhüt ettiklerini açıklamaktadır.

"Anayasanın 90 ıncı maddesinde, "... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" denildikten sonra, bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği bildirilmiştir.

Anayasadaki bu düzenleme, kurallar hiyerarşisinde andlaşmaların ulusal yasalardan daha üstün olduğu görüşüne dayanak oluşturmuştur.

Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği için, uluslararası andlaşmalar ulusal yasaların üstünde ve Anayasal normlara yakın konumda görülmüştür. Bu düşünce, uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklere de Anayasal bir üstünlük tanındığının öne sürülmesine yol açmış ve bu üstünlük, "ahde vefa" ilkesinin bir gereği olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan Anayasanın 90 ıncı maddesinde yapılan son değişiklikte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda yaptığı düzenlemelerde çatışma olması halinde andlaşma hükümlerinin uygulanacağı yolundadır.

İptali istenen tümcedeki söz konusu ibare, çalışma hakkının etkin kullanımını sağlama görevini veren Avrupa Sosyal Şartı ile bağdaştırılması mümkün bulunmayan bir düzenleme olduğundan Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırı düşmektedir.

Yine, iptali istenen bu kuralın, Anayasanın 10 uncu maddesindeki 'Kanun önünde eşitlik ilkesi'ne de ters düştüğünü söylemek gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında vurgulandığı gibi, Anayasanın 10 uncu maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Bu bağlamda mesleklerini icra etme yönünden muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavirlerin esnaf ve sanatkârlar ile aynı hukuki durumda oldukları yadsınamaz. 5728 sayılı Kanunun 573 üncü maddesi ile temel ceza kanunlarına uyum amacıyla 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) ve (d) bentleri birleştirilerek (c) bendi olarak düzenlenmiş

olup bu bent hükmünde; esnaf ve sanatkârlar meslek kuruluşlarına genel başkan, başkan ve yönetim, denetim, disiplin kurullarına üye olarak seçilebilmeleri için taksirle işlenen "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" suçlarından dolayı hüküm giymemiş olmak şartı aranmamış, diğer bir anlatımla söz konusu suçlardan hak yoksunluğu getirilmemiştir. İptali istenen tümceye göre seferberlikle ilgili görevlerini ihmal etme veya geciktirme suçundan diğer bir anlatımla taksirli suçtan mahkûm olan bir muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavir meslek mensubu olamayacak ve dolayısıyla Oda ve Birlik organlarına da seçilemeyecektir.

Açıklanan bu durum, temel ceza kanunlarına uyum amacıyla 5728 sayılı Yasa'nın 174 üncü maddesiyle 6269 sayılı Kimyagerlik ve Kimya Mühendisliği Hakkında Kanunun 7 nci madde¬sinde; 265 inci maddesiyle 7472 sayılı Ziraat Yüksek Mühendisliği Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde yapılan değişiklikler dolayısıyla kimyagerler ve kimya mühendisleri ile ziraat mühendisleri için iptali istenen kuralın öngördüğü şekilde bir mahkûmiyet nedeniyle bu mesleklerin icrasını yasaklayan hak yoksunluğu getirilmemiştir. Böyle bir durum ise, temel ceza kanunlarına uyum amacıyla yapılan bir düzenlemede, söz konusu mesleklerin yürüttüğü hizmet ile iptali istenen kuralın öngördüğü bir mahkûmiyetten dolayı hak yoksunluğu getirilmesi arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden – sonuç bağının kurulamadığının açık bir göstergesi olduğu gibi muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavirler için aynı nedenle getirilen hak yoksunluğunun, "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırılığının da bir kanıtıdır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen tümcedeki "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" ibaresi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

B- İptali İstenen Tümcedeki "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

"Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Yedinci Bölümünde 326 ila 339 uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

Söz konusu maddelerin belirlediği bütün suçlardan hapis cezasına mahkûm olmak, hekimlik mesleğinin icrası için bir hak yoksunluğu nedeni teşkil etmektedir. Bu cümleden olmak üzere;

- TCK.'nun "Devlet sırlarından yararlanma, Devlet hizmetlerinde sadakatsizlik" başlığını taşıyan 333 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasında "Bu maddede tanımlanan suçların işleneceğini haber alıp da bunları zamanında yetkililere ihbar etmeyenlere, suç teşebbüs derecesinde kalmış olsa bile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.",

- TCK.'nun "Yasaklanan bilgileri açıklama" başlıklı 336 ncı maddesinin (3) numaralı fıkrasında" Fiil, failin taksiri sonucu meydana gelmiş ise, birinci fıkrada yazılı olan hâlde faile altı aydan iki yıla, ikinci fıkrada yazılı hâlde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir.",

- TCK.'nun "Taksir sonucu casusluk fiillerinin işlenmesi" başlıklı 338 inci maddesinde "Bu bölümde tanımlanan suçların işlenmesi, ilgili kişilerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmaları sonucu mümkün olmuş veya kolaylaşmış ise, taksirle davranan faile altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

hükümlerine yer verilmiştir.

Bu hükümlerin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere muhasebeci, mali müşavir ve yeminli mali müşavir, Türk Ceza Kanunu'nun "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" suçları başlıklı Yedinci Bölümünün yukarıda değinilen maddelerinde belirtilen suçları; taksirle işleyen, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak suçun işlenmesini mümkün kılan veya kolaylaştıran bir bu fiilinden dolayı altı ay hapse mahkûm olduğu takdirde bir daha mesleklerini icra edemeyeceklerdir.

İptali istenen tümcedeki "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk" ibaresi de yukarıda ve (A) başlığı altında belirttiğimiz nedenlerle Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 10.07.2008 tarih ve 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 2 nci maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinin "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" tümcesi Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci, 13 üncü, 49 uncu ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 5 inci Maddesi ile Değiştirilen 3568 Sayılı Kanunun 9 uncu Maddesinin Son Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

3568 sayılı Kanunun yeminli mali müşavir olmanın özel şartlarını belirleyen 9 uncu maddesinin iptali istenen kural ile yapılan değişiklikten önceki son fıkrasında, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar için sınav şartı aranmayacağı hükme bağlanmıştı. İptali istenen kural ile söz konusu kişilerin mali müşavirlik sınavlarına katılmalarını öngören, diğer bir anlatımla bu kişilere mali müşavir olabilmek için sınav şartı getiren bir düzenleme yapılmıştır.

3568 sayılı Yasanın genel gerekçesinde vurgulandığı ve bu Yasanın 12 nci maddesinde açıkça belirtildiği üzere, Yeminli Mali Müşavirlik müessesesi esas itibariyle vergi denetim elemanları tarafından yürütülmekte olan kamusal görevlerin, fiili imkânsızlıklar ve idareye kolaylıklar sağlama amacıyla yetki almış meslek mensuplarına devredilmesi amacıyla oluşturulmuştur. Yeminli Mali Müşavirlerce yapılan tasdik işlemleri, tasdike tabi evrakı kamu idaresinin yetkili memurlarınca (vergi denetim elemanları) incelenmiş belgeler statüsüne getirmektedir. Diğer bir ifade ile Yeminli Mali Müşavirlik mesleği, esas itibarıyla Maliye Bakanlığının yetkili personeli tarafından yürütülmesi gereken görevlerin, vergi denetimi konusundaki ağır yükü hafifletmek, vergi sisteminin yozlaşmasına mani olmak, vergicilik, işletmecilik sahasında güven ve ahlak unsurunun gelişmesini temin edebilmek ve vergi kanunlarının uygulanmasından doğacak uyuşmazlıkları en az düzeye indirebilmek amaçlarıyla yetki almış meslek mensupları tarafından da yapılabilmesi için ihdas edilmiştir. Bunun yanı sıra,

Yeminli Mali Müşavirlerce yapılan tasdik işlemleri sadece vergi denetim elemanları tarafından aksine bir durum ortaya konulana kadar geçerli kabul edilmekte; bu tasdik işlemi, vergi denetim elemanlarının Yeminli Mali Müşavirlerce tasdik edilen mali tablo ve beyannameler üzerinde sonradan inceleme yapma yetkilerini hiç bir şekilde bertaraf etmemektedir. Kısacası, vergi inceleme elemanlarının yürüttüğü inceleme işlemleri asıl fonksiyonu teşkil etmekte; Yeminli Mali Müşavirler, denetim elemanlarının yapacakları işe yardımcı olmak üzere Kanunla kendilerine verilmiş olan tali nitelikte bir yetkiyi kullanmaktadır.

Bu itibarla, yetkinin asıl sahibi olan ve bu sıfatı Devlet tarafından yapılan çok aşamalı sınavlarda başarı göstererek, uzun süreli pratik ve teorik eğitime tabi tutularak, eğitim dönemi sonunda girilen yazılı ve sözlü bölümlerden oluşan mesleki yeterlilik sınavlarında başarı göstererek kazanan, kamu adına vergi mükelleflerini, meslek mensuplarını, hatta meslek odalarını denetlemek suretiyle mesleki faaliyetlerine bundan sonra da devam eden vergi inceleme elemanlarının, tali nitelikli bir yetki kullanma durumunda olan Yeminli Mali Müşavirlerce yapılan işlemleri de yapabilmeleri için sınava tabi tutulmaları, işin doğasına aykırılık teşkil edecek, denetleyen – denetlenen arasındaki hiyerarşik ilişki düzeyinde karışıklığa neden olacaktır. Ayrıca, vergi inceleme elemanlarının bu faaliyetleri yürütebilmek için yeterli bilgi düzeyine sahip olup olmadıklarını TÜRMOB tarafından düzenlenen sınavlara girerek ispatlamalarının öngörülmesi ile bu sınavlara girmeyen vergi inceleme elemanlarınca yapılan işlerin ve bunların hukuki sonuçlarının da tartışmalı hale geleceği hususu ayrıca dikkate alınmalıdır. Diğer taraftan, "sınav", kişilerin yetkinlik derecelerinin tespiti ya da bilgi düzeyinin saptanması için yapılan yoklama, imtihan, test gibi faaliyetleri ifade eden bir kavramdır. Dolayısıyla, ancak bilgi ve beceri düzeyinin yeterliliği konusunda bir şüphe bulunan kişilerin sınava tabi tutulması uygun bir davranış olacaktır. Yeterli düzeyde bilgi ve beceriye sahip olduğu, Devlet tarafından tespit edilerek, Kamu adına denetim yapma yetkisinin tanındığı kişilerin aynı yetkilerin sınırlı bir bölümünün kullanımını içeren bir mesleğin icrası için de sınava tabi tutulmasının hiçbir haklı nedeni bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, Devletin, bir yandan, ruhsat almış meslek mensupları tarafından yapılan iş ve işlemleri ya da bunlar tarafından tasdik edilmiş evrakları denetlemek üzere vergi inceleme elemanlarına yetki kullandırırken, bir yandan da bu kişilerin bilgi ve beceri düzeylerinin yeterli olup olmadığının, kendisi de söz konusu denetim elemanlarının denetimine tabi olan TÜRMOB tarafından yapılacak sınavlar ile test edilmesini bir ihtiyaç olarak belirlemesinin kendi içerisinde çelişki doğurduğu açıktır. Bu kişilerin bilgi ve beceri düzeylerinin, bizzat Devlet tarafından yapılan "mesleki yeterlilik sınavları" ile test edildiği ve ancak bu sınavlarda başarılı olunması halinde bu mesleklerin icrasına devam edilebildiği hususu da dikkate alındığında, bu çelişki daha da dikkat çekici bir hal almaktadır. Bu bağlamda, yetkinliklerini mesleki yeterlilik sınavlarında başarılı olmak suretiyle ispatlamış kişiler olarak Devlet adına yetki kullanan vergi inceleme elemanlarının, tekrar bir sınava tabi tutulmasının kabul edilebilir haklı bir nedeninin bulunmadığı yadsınamaz.

5786 sayılı Yasanın genel gerekçesinde, "uluslararası kabul edilebilirlik konusunda yaşadıkları sorunların aşılması ve meslek mensuplarının kalitesinin ve standartlarının yükseltilmesi" amacıyla bu değişikliğin gündeme getirildiği ifade edilmektedir.

"Uluslararası Kabul Edilebilirlik" hususu, bu konuda kurumsal olarak uygulama birliği ve akreditasyon sağlayan Uluslararası Muhasebeciler Federasyonu (IFAC) ve Avrupa Birliği (AB) kurumlarına işaret etmektedir. TÜRMOB, halihazırda IFAC'a üyedir ve IFAC, vergi inceleme elemanlarının sertifikasyonunu kabul edilebilirlik açısından bir engel olarak görmemektedir.

AB düzenlemeleri çerçevesinde de, vergi inceleme elemanlarının sertifikasyonunu engelleyici herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. AB'nin konuyla ilgili 8. Direktifi'nin 4 üncü maddesi ile 6 ilâ 10 uncu maddelerinde yasal denetçi olarak onaylanacak kişilerde aranacak şartlar belirlenmiştir. Bu koşullar aşağıda belirtilmektedir:

1) Üye Ülkelerin yetkili mercileri, sadece iyi şöhrete sahip gerçek kişilere ya da firmalara onay vereceklerdir (Madde 4),

2) Yasal denetçi olarak onaylanacak kişilerin (Madde 6),

- Üniversiteye ya da eşit düzeyde eğitim veren bir eğitim kurumuna girmiş olması,

- Daha sonra teorik bir eğitim programını tamamlamış olması,

- Konuyla ilgili pratik eğitimi görmüş olması,

- İlgili Üye Ülke tarafından düzenlenen ve resmen tanınan üniversite final ya da eşdeğer düzeyde bir mesleki yeterlilik sınavını vermiş olması gerekir.

3) Mesleki yeterlilik sınavı, adayın yasal denetim alanındaki konulara ilişkin teorik bilgi düzeyinin yeterliliğini ve adayın bu bilgileri başarıyla pratiğe uygulayabildiğinin kanıtı anlamına gelmektedir. Söz konusu yeterlilik sınavının en azından bir bölümünün yazılı olarak yapılması gerekir. (Madde 7)

4) Teorik bilgi sınavının, öncelikle, Direktifin 8 inci maddesinde yazılı konuları kapsaması gerekmektedir.

5) Üye ülkeler, 8 inci maddede belirtilen sayılan konuların biri ya da birkaçı için, üniversite seviyesinde ya da buna eşdeğerde bir sınavda başarılı olan; ya da ilgili konu ya da konularda üniversite seviyesinde bir diploma ya da buna eşdeğerde bir dereceye sahip bulunan bir adayı ilgili sınav ya da diploma kapsamında yer alan konularla ilgili teorik bilgi sınavına girmekten muaf tutabilecektir. (Madde 9/1)

6) Aynı şekilde, üye ülkeler, 8 inci maddede sayılan konuların birinden ya da birkaçından üniversite seviyesinde bir diploma ya da buna eşdeğerde bir dereceye sahip olan bir adayı, bu sınav ya da diploma ile ilgili alanlarda pratik eğitime sahip olduğunu da kanıtlaması durumunda, pratik becerilere ilişkin sınavdan da muaf tutabilecektir. (Madde 9/2)

7) Bunların yanı sıra, yasal denetçi olarak onaylanacak kişilerin, sahip olduğu teorik bilgileri pratiğe uygulamadaki becerilerini geliştirmek üzere, ilgili konuları kapsayan asgari üç yıl süreyi kapsayan bir pratik eğitim sürecini de tamamlaması gerekmektedir. (Madde 10)

Bu bağlamda, yürütmekte oldukları meslekleri dolayısıyla, gerek sınav, gerekse pratik eğitim ve çalışma koşullarını yerine getirmiş olduğu tartışmasız olan vergi inceleme elemanlarının Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik sınavlarından muaf tutulması, eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyecek; aksine, bu durumun, eşitlik ilkesinin bir gereği olarak kabul edilmesi gerekecektir. Nitekim AB'nin yukarıda bahsedilen 8. Direktifinin 9 uncu maddesi de

bu ilkeyi gözetmek suretiyle, belli durumlarda olan kişiler için bu koşullar açısından muafiyetler getirilebileceğini ortaya koymuştur.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir (Anayasa Mahkemesinin 04.06.2003 tarih ve E.2002/132. K.2003/48).

Kanun koyucunun adaletsiz, hakkaniyete aykırı iptali istenen düzenlemesi Anayasanın hukuk devleti ilkesine aykırıdır,

Diğer taraftan, 5786 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 10 yıllık süreyi tamamlamamış olanların yeminli mali müşavir unvanını almaya hak kazanabilmeleri için Maliye Bakanlığınca yapılacak özel yeminli mali müşavirlik sınavında başarılı olmaları şartını getiren iptali istenen kural, aşağıda (6) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle "hukuk güvenliği ilkesi" ile de bağdaşmamakta ve bu nedenle de Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddesinin yanısıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 10.07.2008 tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 5 inci maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin son fıkrası Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6 ncı Maddesi ile Değiştirilen 3568 Sayılı Kanunun 10 uncu Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

10.07.2008 tarih ve 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 6 ncı maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasının iptali istenen ikinci fıkrasındaki kural ile Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği tarafından yapılacak yeminli mali müşavirlik sınavının adil, tarafsız ve mevzuatına uygun bir şekilde yapılması için gerekli tedbirleri almaya Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

Yapılan bu düzenlemede, sınavın adil ve tarafsız yapılmasını sağlayacak tedbirler konusunda bir belirleme yapılmamış, söz konusu tedbirlerin çerçevesi ve sınırları gösterilmemiştir. Kanun Koyucu Maliye Bakanlığına yetki verirken, bunun sınırlarını ve çerçevesini de kanunla belirlemelidir. Kanunun emrine dayanılarak yürütme organınca alınacak tedbirler, umuma şamil (objektif) nitelik taşımalı ve idareye keyfi uygulamalara sebep olmayacak çok geniş takdir yetkisi verilmemelidir.

Bu yetkilendirme; yetkinin sınırları çok geniş olduğu için Anayasanın 7 nci maddesindeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırıdır. Kaldı ki böyle bir yetkilendirme, verilen yetki, keyfi uygulamalara yol açacak kadar geniş ve belirsiz olduğu için, hukuk güvenliğini sarsacak ve Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle çelişecektir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 10.07.2008 tarih ve 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 6 ncı maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin

birinci fıkrasının ikinci cümlesi Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 12 nci Maddesi ile Değiştirilen 3568 Sayılı Kanunun 35 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 5786 sayılı Kanunun 12 nci maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanunun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde "Üst üste iki seçim döneminde iki defa Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemezler." denilmiştir. Bu kuralda, üst üste iki seçim döneminde iki defa Birlik Yönetim Kurulu Başkanlığına seçilmiş olanlar için getirilen Birlik Yönetim Kurulu üyeliğine seçilememe kısıtlamasının geçmiş dönemlerde yapılan görevleri içermediği belirtilmediğinden, söz konusu kısıtlamanın iptalin istenen bu kuralın yürürlüğünden önceki dönemleri de içerdiği, diğer bir anlatımla halen Birlik Yönetim Kurulu Başkanlığını yürüteni de kapsadığı ve dolayısıyla Başkanlık görevini sürdürmekte olan yönünden gelecek için öngöremediği bir engelleme getirdiği kuşkusuzdur.

Kişilerin seçilerek, koşulları Kanunla belirlenmiş bir göreve getirildikten sonra geriye dönük düzenlemelerle haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz ve Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşer.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasının "Başkanlık ve genel başkanlık görevini üst üste iki dönem yapanlar bir seçim dönemi geçmedikçe tekrar başkan seçilemezler." tümcesinin iptaline ilişkin 30.09.2005 tarih ve E.2005/78, K.2005/59 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir:

"Anayasanın 135 inci maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileri olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, esnaf ve sanatkârların oda, birlik ve federasyonlarında başkanlık ile

konfederasyonlarında genel başkanlık yapacakların, seçim usullerinin bu bağlamda niteliklerinin yasayla belirleneceği açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürümesi söz konusu değildir.

Dava konusu kuralla üst üste iki dönem başkanlık ve genel başkanlık yapanların bir seçim dönemi geçmedikçe tekrar başkan seçilemeyecekleri belirtilerek bu görevlerini sürdürmekte olanların gelecek için öngöremedikleri bir engelleme getirilmiştir.

Kişilerin seçilerek, koşulları Kanunla belirlenmiş bir göreve getirildikten sonra geriye dönük düzenlemelerle haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle Kural, Anayasanın 2 nci ve dolayısıyla 11 inci maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Bu nedenle, 10.07.2008 tarih ve 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 12 nci maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanunun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi, Anayasanın 2 nci ve dolayısıyla 11 inci maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 15 inci Maddesi ile 3568 Sayılı Kanunun 40 ıncı Maddesine Sekizinci Fıkradan Sonra Gelmek Üzere Eklenen Dokuzuncu Fıkrasının İlk Dört Cümlesi ile Onuncu Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

a) 5786 Sayılı Kanunun 15 inci Maddesi ile 3568 Sayılı Kanunun 40 ıncı Maddesine Sekizinci Fıkradan Sonra Gelmek Üzere Eklenen Dokuzuncu Fıkrasının İlk Dört Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

Serbest muhasebeci mali müşavirler ve yeminli mali müşavirler odaları ile Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği organlarının seçimlerine ilişkin esaslar, 3568 sayılı Yasa'nın 40 maddesinde yer almıştır.

İptali istenen cümleler ile seçimlerde liste esasının geçerli olacağı, verilen oyların gruplara verilmiş oylar olarak değerlendirileceği bir düzenleme getirilmiş ve seçimlerde, üyelerin bağımsız aday olabilecekleri gibi, aralarında oluşturacakları grupların listelerinden de aday olabilecekleri öngörülmüştür.

Yapılan bu düzenleme yer verilen "grup" kavramının; benzer siyasi görüşleri paylaşan kişilerin bir ülkenin yönetiminde söz sahibi olmak üzere kurdukları, tüzelkişiliğe sahip örgütler olan siyasi parti gruplarını içermediği çok açıktır. Diğer taraftan bu kavramın, gerek resmi grup, gerek sosyal grup olmadığı da yadsınamaz. Zira belli amaçlar ve bunları gerçekleştirme çabası çerçevesinde toplanmış, belli kurallara göre, belirli süre karşılıklı sosyal ilişkide bulunan, en az iki kişiden oluşan, göreli bir sürekliliği olan bireyler topluluğuna "sosyal grup" denildiği gibi, resmi gruplar da, yetkili organlarca oluşturulmuş ve önceden belirlenmiş yasa, tüzük, yönetmelik gibi hukuk kurallarına göre düzenlenmiş gruplardır.

Bu durumda, belirli süre belli amaçları gerçekleştirme yönünde sosyal ilişkileri söz konusu olmayanlar için kullanılacak oyların da,

gruplara değil doğrudan bu gruplarda yer alanlara verilmiş oylar olduğu çok açıktır. Hal böyleyken kullanılan oyların grup listesindeki tüm adaylara verilmiş oylar olarak değerlendirilmesi, yapılacak seçimin demokratik olmadığının bir göstergesidir. Çünkü bir ülkedeki seçimin demokratik olarak kabul edilebilmesi için o seçimin bazı evrensel koşulları taşıması, bu bağlamda da seçmenin iradesinin sandığa aynen yansıması gerekir. İptali istenen düzenlemenin seçmen iradesini sandığa aynen yansıtmadığı kuşkusuzdur.

Diğer taraftan adaylardan sadece biri için verilen oyun, grup listesinde yer alan tüm adaylara verilmiş oy olarak kabulünün adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olduğu yadsınamaz.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir (Anayasa Mahkemesinin 04.06.2003 tarih ve E.2002/132. K.2003/48).

Öte yandan iptali istenen birinci cümlede, "Seçimlerde, üyeler bağımsız aday olabilecekleri gibi, aralarında oluşturacakları grupların listelerinden de aday olabilirler." denilmek suretiyle bir adayın birden fazla listede aday olabilecekleri de öngörülmüştür. Bu durumda, yani bir adayın birden fazla listede aday olması halinde kullanılan oyların bu listelere ne şekilde yansıtılacağı konusunda yapılmış bir düzenlemeye de Yasa'da yer verilmemiştir.

Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Bu nedenle de, iptali istenen düzenleme anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

b) 5786 Sayılı Kanunun 15 inci Maddesi ile 3568 Sayılı Kanunun 40 ıncı Maddesine Sekizinci Fıkradan Sonra Gelmek Üzere Eklenen Onuncu Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Söz konusu maddenin iptali istenen onuncu fıkrası ile Kurul asil ve yedek üyelikleri ile Birlik Genel Kurul asil ve yedek temsilciliklerinin, gruplara ve bağımsız adaylara tahsis yöntemi olarak dünyada meslek odalarında örneği olmayan nispi temsil sistemi öngörülmüştür.

Nispi temsil sistemi, milletvekili seçimlerinde ve mahalli idareler seçimlerinde uygulanan bir sistemdir. Nispi temsil sistemi her siyasal partiye temsil edilme şansı sunar; bu amaçla sistemi çok partili bir sistem (multipartisme) olmaya iter. Nispi temsile göre yapılan seçimlerde, yalnızca çoğunluğun değil, aynı zamanda azınlığın görüşleri de değerlendirilir. Böylece parlamento yalnızca büyük partilerin adaylarına açık bir organ olmaktan çıkar ve aynı zamanda küçük partiler de parlamentoda seslerini duyurabilirler. Buna karşılık bu sistem hükümet istikrarsızlıklarını kolaylaştıran bir sistemdir. Çoğunluk sağlamak zor olduğundan; kuvvetli ve tek partiye dayanan hükümetler kurulması da güçleşir. Seçilenler genellikle tabandan ve seçmenden uzaklaşır. Hükümet buhranlarına ve istikrarsız iktidarlara çok rastlanır. Devlet idaresi ve bürokrasi, koalisyon hükümetleri ve iktidarların parçalanmasından çok zarar görür. Türkiye bilhassa 1973 – 1980 devrinde bu sıkıntıları yaşamıştır.

Meslek kuruluşları ve üst kuruluşları Anayasanın 135 inci maddesinde şöyle tanımlanmıştır:

"Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir."

Bu anayasal tanımdan da anlaşılacağı üzere meslek kuruluşları, Türkiye'de sivil toplumun gelişmesinde önemli rol oynayan kuruluşlar olup, gerek ülke çıkarları gerek mesleki sorunlara yaklaşım konusunda siyasi erkten bağımsız özerk kararlarını alabilen, önermelerde bulunan ve çözümler üreten bir yapıya sahiptirler. Bu yapının korunabilmesi için meslek kuruluşlarının karar ve yönetim organlarının oluşumunda istikrarın sağlanması esastır. Nispi temsil sistemi ile oluşan organların

başarılı çalışmalar yapabilmesi, uyumlu çalışma ortamını oluşturabilmesi son derece güçtür.

Bu nedenle, serbest muhasebeci mali müşavirler ve yeminli mali müşavirler odaları ile Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği organlarının oluşumunda nispi temsil sistemini öngören iptali istenen kural kamu yararına dayanmamaktadır.

Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesi'nin 18.11.1995 gün ve E.1995/54, K.1995/59 sayılı kararında,

"Toplumsal istemlerin ve yeğlemelerin yasama organına tam olarak yansımasını sağlayacak yöntemleri içeren sistemlerin en uygununu, en doyurucusunu, başka bir anlatımla hiçbir yakınmaya yol açmayanını edinmek olanaksız ise de yakınmaya en az neden olanı yeğlemek olanaklıdır. Seçimlerde ideal bir sistem bulunmamış olmakla birlikte ülke koşulları ve anayasal gerekler karşısında yasal düzenlemeleri gerçekleştirerek Anayasaya en uygununu almak ya da aykırı olanını bırakmak gerekir."

denilmiştir. Yüce Mahkeme'nin bu kararından da anlaşılacağı üzere; yasama organı tarafından oy verme yöntemini belirlenirken ülke koşulları ve anayasal gereklerin dikkate alınarak Anayasaya en uygun olanın alınması ya da aykırı olanın bırakılması gerekmektedir.

Meslek kuruluşları ve üst kuruluşların organlarının seçiminde öngörülen nispi temsil sistemi, bu kuruluşların yapılarına ve işlevlerine uygun olmadığından kamu yararına dayanmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 10.07.2008 tarih ve 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali

Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 15 inci maddesi ile 3568 sayılı Kanunun 40 ıncı maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen dokuzuncu fıkrasının ilk dört cümlesi ile onuncu fıkrası Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 20 nci Maddesi ile 3568 Sayılı Kanuna Geçici 8 inci Maddeden Sonra Gelmek Üzere Eklenen Geçici Madde 9'un Birinci Fıkrasının (b) Bendinin (Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar yönünden) ve Aynı Maddenin Son Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5786 sayılı Kanunun 5 inci maddesiyle 3568 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde yapılan değişiklik ile kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanların yeminli mali müşavir (YMM) olabilmek için bundan sonra yeminli mali müşavirlik sınavlarına girmelerini şart koşan bir düzenleme getirilmiştir.

Tasarının Geçici 9 uncu maddesinin son fıkrası ile yapılan ve iptali istenen düzenleme ile de, vergi inceleme yetkisine sahip ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan kamu görevinde 10 yıllık süreyi tamamlamamış olanlar için de YMM sınavını kazanmak şartı getirilmektedir.

01.06.1989 tarih ve 3568 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinin 5786 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile yapılan değişiklikten önceki son fıkrası hükmüne göre, vergi inceleme yetkisine sahip ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar 10 yıllık kamu hizmeti süresini doldurduklarında YMM unvanını hak edeceklerdi. Kamu hizmetinde 10 yıllık süreyi doldurmamış olanların yasa ile tanınmış böyle bir beklentisi diğer bir anlatımla yeminli mali müşavirlik ruhsatını alma hakları varken iptali istenen kural, bu haklarını ortadan kaldırmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen

kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik ise, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesidir.

Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğü sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir.

Anayasa Mahkemesinin 07.02.2008 tarihli ve E.2005/38, K.2008/53 sayılı Kararında, "Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar."

3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'nun 55 inci maddesini değiştiren 611 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin Anayasa Mahkemesince iptaline rağmen, Emniyet Genel Müdürlüğünce açılan komiser yardımcılığı kursu sınavına sadece dört yıllık yüksek öğretim kurumu mezunu polis memurlarının başvurabileceği belirtildiğinden, bu sınavda başarılı olarak komiser yardımcılığı kursuna başlayan kişilerde söz konusu kursun sonunda (A) grubu polis amiri olma beklentisi yaratılmıştır. Bu durumda, komiser yardımcılığı kursu devam etmekte iken çıkarılan 4638 sayılı Yasa ile Emniyet Teşkilatı Kanununa eklenen geçici 20 nci maddede, bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olarak komiser yardımcılığı kursunu bitirenlerin (A) grubunda değerlendirileceği yolundaki

düzenlemenin kapsamına anılan Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte komiser yardımcılığı kursuna devam edenlerin alınmamış olması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır." denilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından da anlaşılacağı üzere, kişilerin mevcut statülerinden kaynaklanan kazanımlarının sonradan yapılacak yasa değişiklikleri ile ortadan kaldırılması ve önceki mevzuat çerçevesinde oluşturulan beklentilerin yasa değişiklikleri yoluyla geçersiz hale getirilmesi "hukuk güvenliği ilkesi" ile bağdaştırılamaz.

5786 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 10 yıllık süreyi tamamlamamış olanların yeminli mali müşavir unvanını almaya hak kazanabilmeleri için Maliye Bakanlığınca yapılacak özel yeminli mali müşavirlik sınavında başarılı olmaları şartının aranması "hukuki güvenlik ilkesi" ne aykırılık oluşturmaktadır.

Diğer taraftan, geçici madde 9'un iptali istenen son fıkrasında, Maliye Bakanlığınca yapılması öngörülen özel yeminli mali müşavirlik sınavının usul ve esaslarının bu Bakanlıkça belirlenmesi hükme bağlanmıştır. Yapılan bu düzenlemede, sınavın usul ve esasları konusunda bir belirleme yapılmamış, söz konusu usul ve esasların çerçevesi ve sınırları gösterilmemiştir. Kanun Koyucu Maliye Bakanlığına yetki verirken, bunun sınırlarını ve çerçevesini de kanunla belirlemelidir.

Anayasaya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir.

İptali istenen söz konusu kural ile yapılacak sınavın usul ve esasları belirleme konusunda Maliye Bakanlığına verilen yetkinin sınırları çok geniş olduğu için Anayasanın 7 nci maddesindeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine aykırıdır. Kaldı ki böyle bir yetkilendirme, verilen yetki, keyfi uygulamalara yol açacak kadar geniş ve belirsiz olduğu için, hukuk güvenliğini sarsacak ve Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle çelişecektir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine

de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 10.07.2008 tarih ve 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 20 nci maddesi ile 3568 sayılı Kanuna geçici 8 inci maddeden sonra gelmek üzere eklenen geçici madde 9'un birinci fıkrasının (b) bendi (Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi tamamlamamış olanlar yönünden) hukuk güvenliği ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine; aynı maddenin son fıkrası hukuk güvenliği ve "yasama yetkisinin devredilmezliği ilkelerine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

10.07.2008 tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun ile getirilen yeni düzenlemelerden iptali istenen kurallar; Anayasanın 2 nci maddesinde hüküm altına alınan hukuk devleti ve bu ilkenin en önemli unsurlarından olan hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamakta, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ters düşmekte ve kamu yararına dayanmamaktadır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu kurallar hakkında yürürlüğünün durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

…"

B- Esas 2008/86 Sayılı İptal Davasının Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"…

III. GEREKÇE

1) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6 ncı Maddesi ile Değiştirilen 3568 Sayılı Kanunun 10 uncu Maddesinin Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kural ile, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik sınav sonuçlarının yargı mercilerine intikal etmesi ve mahkemece bilirkişi incelemesine gerek görülmesi halinde, mahkemece tayin edilecek bilirkişi heyetinin; sınav komisyonunda görev almamış olmaları kaydıyla Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanından bir, alanında uzman meslek mensubundan bir ve dava edilen sınav konusunda ihtisas sahibi öğretim üyesinden de bir olmak üzere üç kişiden oluşacağı hükme bağlanmıştır.

3786 sayılı Kanunun 10 uncu maddesiyle değiştirin 3568 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında "Sınav komisyonu biri başkan olmak üzere yedi üyeden oluşur. Sınav komisyonu başkan ve üyeleri; dördü Maliye Bakanlığı vergi denetim elemanları arasından, biri Yükseköğretim Kurulunca önerilecek iki aday arasından, ikisi ise Birlikçe önerilecek dört aday arasından Maliye Bakanı tarafından seçilir." hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik sınav komisyonunun başkan dahil yedi üyesinin dördü doğrudan, üçü de dolaylı olarak Maliye Bakanı tarafından seçilecektir. Böyle bir sınav komisyonunun yapacağı sınavların yargıya götürülmesi halinde, iptali istenen kural ile, üç kişilik bilirkişi heyetinde, Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanının (sınav komisyonunda yer almasa dahi) bulunmasının öngörülmüş olması, bilirkişilerin "tarafsız olma" nitelikleriyle bağdaşmayan bir durumdur.

Hukuki niteliği itibariyle hakimin yardımcısı ve danışmanı konumunda bulunan bilirkişinin, kendisine başvurulan özel veya teknik

konuda yetkin ve uzman olması, tarafsız bir konumda bulunması ve tarafsız bir tutum içinde görüş bildirmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devletinin, Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerektiği belirtilmiştir. (E.1995/20, K.1996/4)

Bu nedenle iptali istenen kural, "hukuk devleti" ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, kanunen belirlenmiş kişilerin mevcudiyeti halinde, hakim bilirkişiyi iptali istenen kuralda olduğu üzere kanunun belirlediği kişiler arasından seçmek zorundadır. Bu kişilerin verdikleri raporlara itiraz edilmesi halinde de, yeni bilirkişi kuruluna gidilmesinde bilirkişi kurulu, yine kanunen belirlenmiş bu kişilerden oluşacaktır.

Böyle bir durum da, Anayasanın 36 ncı maddesindeki hak arama özgürlüğünün kullanımını Anayasanın 13 üncü maddesine aykırı biçimde ölçüsüzce sınırlandıracaktır.

Açıklanan nedenlerle, 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6 ncı maddesi ile değiştirilen 3568 Sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin son fıkrası, Anayasa'nın 2 nci, 13 üncü ve 36 ncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci Maddesi ile Değiştirilen 3568 Sayılı Kanunun 22 nci Maddesinin Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kural ile odalarda üst üste iki seçim döneminde iki defa Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Bu kuralda, üst üste iki seçim döneminde iki defa Oda Yönetim Kurulu Başkanlığına seçilmiş olanlar için getirilen Oda Yönetim Kurulu üyeliğine seçilememe kısıtlamasının geçmiş dönemlerde yapılan görevleri içermediği belirtilmediği gibi 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı

Yasa'nın 20 nci maddesiyle 3568 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 10 ile yapılan düzenlemede belirtilen şekilde bir hükmü içermemektedir.

Söz konusu kısıtlamanın iptali istenen kuralın yürürlüğünden önceki dönemleri de içerdiği, diğer bir anlatımla Yasa'nın yürürlük tarihinde Oda Yönetim Kurulu Başkanlığını yürüteni de kapsadığı ve dolayısıyla Başkanlık görevini sürdürmekte olan yönünden gelecek için öngöremediği bir engelleme getirdiği kuşkusuzdur.

Kişilerin seçilerek, koşulları Kanunla belirlenmiş bir göreve getirildikten sonra geriye dönük düzenlemelerle haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz ve Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşer.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin, 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu'nun 54 üncü maddesinin birinci fıkrasının "Başkanlık ve genel başkanlık görevini üst üste iki dönem yapanlar bir seçim dönemi geçmedikçe tekrar başkan seçilemezler." tümcesinin iptaline ilişkin 30.09.2005 tarih ve E.2005/78, K.2005/59 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir:

"Anayasanın 135 inci maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileri olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, esnaf ve sanatkârların oda, birlik ve federasyonlarında başkanlık ile konfederasyonlarında genel başkanlık yapacakların, seçim usullerinin bu bağlamda niteliklerinin yasayla belirleneceği açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel

hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürümesi söz konusu değildir.

Dava konusu kuralla üst üste iki dönem başkanlık ve genel başkanlık yapanların bir seçim dönemi geçmedikçe tekrar başkan seçilemeyecekleri belirtilerek bu görevlerini sürdürmekte olanların gelecek için öngöremedikleri bir engelleme getirilmiştir.

Kişilerin seçilerek, koşulları Kanunla belirlenmiş bir göreve getirildikten sonra geriye dönük düzenlemelerle haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle Kural, Anayasanın 2 nci ve dolayısıyla 11 inci maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

Bu nedenle, 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 8 inci maddesi ile değiştirilen 3568 Sayılı Kanunun 22 maddesinin son cümlesi, Anayasanın 2 nci ve dolayısıyla 11 inci maddesine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

3) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 19 uncu Maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanunun 35 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasındaki "en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

3568 sayılı Kanunun "Birlik Yönetim Kurulu" başlıklı 35 inci maddesinde; Birlik Yönetim Kurulunun, kayıtlı olduğu meslek odasında

en az üç yıl kıdemli olup serbest veya bir işyerine bağlı olarak bu Kanun hükümlerine fiilen mesleki faaliyette bulunan Birlik Genel Kurulu üyeleri arasından üç yıl için seçilen dokuz asıl ve dokuz yedek üyeden kurulacağı, Yönetim Kurulu üyelerinden beşinin yeminli mali müşavir olmasının zorunlu olduğu, Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından bir başkan, bir genel sekreter ile bir muhasip seçeceği hükme bağlanmıştır.

Bu madde metnindeki "Yönetim Kurulu Başkanı yeminli mali müşavirler arasından seçilir" cümlesindeki "yeminli mali müşavirler" ibaresi, Yasa'nın 19 uncu maddesi ile "en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar" şeklinde değiştirilmiş, diğer bir anlatımla Birlik Yönetim Kurulu Başkanlığına seçilecek Birlik Yönetim Kurulu üyesi yeminli mali müşavir için, meslekte en an beş yıl kıdem şartı getirilmiştir.

Birlik yönetim kurulu üyeliği için üç yıllık mesleki kıdem öngörülürken iptali istenen kural ile Birlik başkanlığı için beş yıllık kıdem koşulu getirilmektedir. Birlik başkanının seçimi ise ayrı bir seçim olmayıp, Birlik yönetim kurulu üyelerinin kendi arasında yaptığı bir seçimdir. Birlik Yönetim Kuruluna seçilen üyelerin tamamının üç veya dört yıllık bir kıdeme sahip üyeler arasından seçilmiş olduğu bir durumun ortaya çıkmasının, 3568 sayılı Yasa'nın 35 inci maddesinin Birlik yönetim kurulu üyeliği ile Birlik Başkanlığına seçilmek için farklı kıdem süreleri öngören hükmü karşısında gerçekleşmesi mümkün bir olasılık olduğu yadsınamaz. Böyle bir durumda ise, Birlik Başkanının seçilemeyeceği kuşkusuzdur. Birlik Başkanının seçilememesi gibi olasılıklara açık bir düzenlemenin ise, hukuk devlet ilkesi bağdaşmayacağı ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırı düşeceği açıktır.

Diğer taraftan, üç yıllık bir kıdeme sahip olan Birlik Yönetim Kurulu üyelerinin aynı statü içinde oldukları, diğer bir anlatımla Birlik Yönetim Kurulu üyesi olarak en az beş yıl yeminli mali müşavirlik yapmış olanlarla aynı hukuki durumda oldukları halde, Birlik Yönetim Kurulu Başkanlığına seçilememeleri Anayasanın 10 uncu maddesindeki "Kanun önünde eşitlik" ilkesine de aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine

de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 19 uncu maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanunun 35 inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki "en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar" ibaresi Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup,iptali gerekmektedir.

4) 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 20 nci Maddesi ile 3568 Sayılı Kanuna Geçici 8 inci Maddeden Sonra Gelmek Üzere Eklenen Geçici Madde 10'un Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kural ile, 1/4/2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren üst üste iki seçim döneminde iki defa oda veya Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyesi olarak seçilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Bu kural ile Oda veya Birlik Yönetim Kurulu üyesi olma yönünden getirilen kısıtlama, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten (26.07.2008) önce yapılan seçimleri de kapsamakta yani geçmişe etkili bir düzenleme yapılmıştır.

Kanunların geriye yürümezliği ilkesi, bir hukuki eylem ya da davranışın, bir hukuki ilişkinin vuku bulduğu ya da meydana geldiği dönemdeki kanun hükümlerine tabi kalmakta devam edeceğini ifade eder. Sonradan çıkan kanun, kural olarak yürürlüğünden önceki olaylara ve ilişkilere uygulanmaz.

Hukuk devletinin temel özelliği, bütün vatandaşlar, hatta -vatandaş olmasa bile- ülkesindeki tüm insanlara hukuki güvence sağlamasıdır.

Hukuki güvencenin ilk ve en basit şartı ise aleyhteki kanunların geriye yürümemesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde verilmiş birçok kararı vardır. Nitekim Yüksek Mahkeme <<geriye yürümezlik>> ilkesini incelerken bir kararında aynen şöyle demiştir:

"… yasallık ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekir." denilmiştir (02.10.2003 tarihli ve E.2003/73, K.2003/86 sayılı kararında da (R.G. 20.12.2005, Sa.26029).

Bu nedenle 10.07.2008 Tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 20 nci maddesi ile 3568 Sayılı Kanuna geçici 8 inci maddeden sonra gelmek üzere eklenen geçici madde 10'un birinci fıkrası Anayasanın 2 nci ve dolayısıyla 11 inci maddesine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

10.07.2008 tarih ve 5786 Sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun ile getirilen yeni düzenlemelerden iptali istenen kurallar, Anayasanın 2 nci maddesinde hüküm altına alınan hukuk devleti ve bu ilkenin en önemli unsurlarından olan hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu kurallar hakkında yürürlüklerin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

…"

C- Esas 2009/26 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması

Hakkında Kanunun 6. fıkrası ile 3568 sayılı Kanunun 10. maddesi değiştirilmiş ve son fıkrasında "Serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik sınav sonuçlarının yargı mercilerine intikal etmesi ve mahkemece bilirkişi incelemesine gerek görülmesi halinde, sınav komisyonunda görev almamış olmaları kaydıyla, biri Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanı, biri alanında uzman meslek mensubu, biri ise dava edilen sınav konusunda ihtisas sahibi öğretim üyesinden oluşan üç kişilik bir bilirkişi heyeti tayin edilir." hükmü yer almıştır.

Hukuk devleti bütün faaliyetlerinde hukukun genel ilkeleri ile bağlayıcılığı ve üstünlüğü olan Anayasa hükümlerine uygun hareket etmek zorundadır.

T.C. Anayasasının 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü, 9. maddesinde "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." hükmü yer almıştır.

Öte yandan, Anayasanın "A. Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlıklı 138. maddesinde," Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler.

Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.

Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz.

Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." hükümleri yer almıştır.

Dava dosyasının incelenmesinden, davacının TÜRMOB tarafından 22.10.2007- 31.10.2007 tarihleri arasında yapılan Yeminli Mali Müşavirlik sınavına katıldığı, anılan sınavda Finansal Yönetim Dersinden almış

olduğu (83) notunun hatalı takdir edildiği gerekçesiyle not verme işleminin delil tespiti ve bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle 20.03.2008 tarihinde bakılmakta olan davayı açtığı, uyuşmazlık devam ederken yürürlüğe giren 5786 sayılı Kanun 6. maddesi ile 3568 sayılı Kanunun 10. maddesi değiştirilmiş ve anılan maddenin son fıkrasında, Serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik sınav sonuçlarının yargı mercilerine intikal etmesi ve mahkemece bilirkişi incelemesine gerek görülmesi halinde, sınav komisyonunda görev almamış olmaları kaydıyla, biri Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanı, biri alanında uzman meslek mensubu, biri ise dava edilen sınav konusunda ihtisas sahibi öğretim üyesinden oluşan üç kişilik bir bilirkişi heyetinin tayin edileceğinin kurala bağlandığı anlaşılmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Kanunun 31. maddesinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı haller düzenlenmiş ve bilirkişilikte bu hallerden biri olarak sayılmış, ancak davanın ihbarı ve bilirkişi seçiminin Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından re'sen yapılacağı belirtilmiştir. Ayrıca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde de Mahkemenin, çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar vereceği, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişi dinlenemeyeceği belirtilmiştir. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişilerin uyuşmazlığın çözümünde önemli bir yere sahip olduğu açık olup bu yönüyle bilirkişilerin de yargıçlarda aranan kimi niteliklere sahip olması gerekmekte, tarafsızlıkta bu niteliklerden birini oluşturmaktadır.

Olayda, uyuşmazlığın çözümü sırasında uygulanması gereken 3568 sayılı Kanunun 10. maddesini değiştiren 5786 sayılı Kanunun 6. maddesinin son fıkrasında yer alan serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik sınav sonuçlarının yargı mercilerine intikal etmesi ve mahkemece bilirkişi incelemesine gerek görülmesi halinde, sınav komisyonunda görev almamış olmaları kaydıyla, biri Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanı, biri alanında uzman meslek mensubu, biri ise dava edilen sınav konusunda ihtisas sahibi öğretim üyesinden oluşan üç kişilik bir bilirkişi heyetinin tayin edileceğine ilişkin hükümle sınavın adil, tarafsız ve mevzuatına uygun yapılması için

gerekli tedbirleri almakla yükümlü olan Maliye Bakanlığının merkezi denetim elemanı ile görevini yaparken TÜRMOB'a bağlı olan Meslek Odasına kayıtlı olması gereken alanında uzman meslek mensuplarından bilirkişi seçme zorunluluğu getirilerek hem bilirkişilerin tarafsızlığına davacılar nezdinde gölge düşürülmesine, hem de hakimin re'sen bilirkişi seçme yetkisini ortadan kaldıracağı ortadadır.

Bu durumda, Serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik sınav sonuçlarının yargı mercilerine intikal etmesi ve mahkemece bilirkişi incelemesine gerek görülmesi halinde sınav komisyonunda yer almamaları öngörülmüş olmasına karşın biri Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanı, biri alanında uzman meslek mensubu, biri ise dava edilen sınav konusunda ihtisas sahibi öğretim üyesinden üç kişilik bilirkişi heyetinin oluşturulmasının bilirkişilerin tarafsızlığını ve hakimin resen bilirkişi seçme yetkisini ortadan kaldıracağı anlaşıldığından, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununun 10. maddesinde değişiklik öngören ve 26.07.2008 gün ve 26948 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5786 sayılı Yasanın 6. maddesinin son fıkrası Anayasanın, 2., 9. ve 138. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

…"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

10.7.2008 günlü, 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2., 5., 6., 8., 12., 15., 19. ve 20. maddeleri ile değiştirilen ve iptali istenilen fıkra, bent, düzenleme ve bölümleri içeren 3568 sayılı Kanun'un 4., 9., 10., 22., 35., 40., Geçici 9. ve Geçici 10. maddeleri şöyledir:

1- "**Madde 4-** Meslek mensubu olabilmenin genel şartları şunlardır:

a) T.C. vatandaşı olmak (yabancı serbest muhasebeci mali müşavirler hakkındaki hüküm saklıdır).

b) Medeni hakları kullanma ehliyetine sahip bulunmak.

c) Kamu haklarından mahrum bulunmamak.

d) (Değişik: 10/7/2008-5786/2 md.) Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, **milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk**, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak.

e) Ceza veya disiplin soruşturması sonucunda memuriyetten çıkarılmış olmamak.

f) Meslek şeref ve haysiyetine uymayan durumları bulunmamak."

2- " Madde 9- Yeminli mali müşavir olabilmek için:

a) En az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapmış olmak,

b) Yeminli mali müşavirlik sınavını vermiş olmak,

c) Yeminli mali müşavir ruhsatını almış olmak,

Şartları aranır.

Şu kadar ki, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış olanların, bu yetkiyi aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri ve bunların bilanço esasında defter tutan özel kuruluşların muhasebe birimlerinde birinci derece imza yetkisini haiz, muhasebenin fiilen sevk ve idare edilmesinden veya mali denetiminden sorumlu olarak geçen hizmet süreleri, yeminli mali müşavirlik ve serbest muhasebeci mali müşavirlik şirketlerinde geçen hizmet süreleri; serbest muhasebeci mali müşavirlerden bir işyerine bağlı olarak çalışanların bu işyerlerinde geçen hizmet süreleri ile hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık, kamu yönetimi ve siyasal bilimler dallarında öğretim üyeliği veya görevliliği yapmış olanların bu hizmetlerinde geçen süreleri serbest muhasebeci mali müşavirlikte geçmiş süre olarak kabul edilir. (Ek cümle: 10/7/2008-5786/5 md.) Ancak, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış olanlardan yeterlilik sınavında başarılı olamayanların, sınav tarihinden sonra vergi inceleme yetkisini haiz olmaksızın kamu kurum ve kuruluşlarında geçen hizmet süreleri dikkate alınmaz.

Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlar, yeterlilik sınavını kazandıkları tarihten itibaren açılacak yeminli mali müşavirlik sınavlarına genel hükümlere göre katılabilirler. Ancak, bunların yeminli mali müşavir ruhsatını alabilmeleri için birinci fıkranın (a) bendindeki süreyi tamamlamaları şarttır."

3- "Madde 10- Yeminli malî müşavirlik sınavı Birlik tarafından yazılı olarak yapılır. **Maliye Bakanlığı bu sınavın adil, tarafsız ve mevzuatına uygun bir şekilde yapılması için gerekli tedbirleri almaya yetkilidir.**

Sınav komisyonu biri başkan olmak üzere yedi üyeden oluşur. Sınav komisyonu başkan ve üyeleri; dördü Maliye Bakanlığı vergi denetim elemanları arasından, biri Yükseköğretim Kurulunca önerilecek iki aday arasından, ikisi ise Birlikçe önerilecek dört aday arasından Maliye Bakanı tarafından seçilir.

Sınav komisyonu üyeliklerine aday gösterileceklerin; hukuk, iktisat, maliye, işletme, muhasebe, bankacılık veya idarî bilimler dallarının birinden lisans veya lisansüstü seviyesinde mezun olmaları ve bu konularda en az onbeş yıl çalışmış veya bu kadar süre öğretim üyeliği veya görevliliği yapmış bulunmaları şarttır.

Sınav komisyonunun çalışma usulleri, sınav konuları ve sınava ilişkin diğer usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınmak suretiyle Birlikçe çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik sınav sonuçlarının yargı mercilerine intikal etmesi ve mahkemece bilirkişi incelemesine gerek görülmesi halinde, sınav komisyonunda görev almamış olmaları kaydıyla, biri Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanı, biri alanında uzman meslek mensubu, biri ise dava edilen sınav konusunda ihtisas sahibi öğretim üyesinden oluşan üç kişilik bir bilirkişi heyeti tayin edilir."

4- "Madde 22- Yönetim Kurulu üyeleri, kayıtlı olduğu meslek odasında en az üç yıl kıdemli olup serbest veya bir işyerine bağlı olarak bu Kanun hükümlerine göre fiilen mesleki faaliyette bulunanlar arasından seçilir. Üye sayısı yüzden az olan odalarda üç yıllık süre şartı aranmaz. **Odalarda üst üste iki seçim döneminde iki defa Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemezler.**

Seçilme yeterliğini kaybeden Yönetim Kurulu üyelerinin görevi kendiliğinden sona erer."

5- "Madde 35- Birlik Yönetim Kurulu, kayıtlı olduğu meslek odasında en az üç yıl kıdemli olup serbest veya bir işyerine bağlı olarak bu Kanun hükümlerine göre fiilen mesleki faaliyette bulunan Birlik Genel Kurulu üyeleri arasından üç yıl için seçilen dokuz asıl ve dokuz yedek üyeden oluşur. Yönetim Kurulu üyelerinden beşinin yeminli mali müşavir olması zorunludur. **Üst üste iki seçim döneminde iki defa Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemezler.**

Birlik Yönetim Kurulu Başkan ve üyeleri, Kanunun seçilmeye ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla Genel Kurul toplantılarına katılma ve oy kullanma hakkına sahiptirler.

Yönetim Kurulu kendi üyeleri arasından bir başkan, bir genel sekreter ile bir muhasip seçer. Yönetim Kurulu Başkanı **en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar** arasından seçilir. Başkanın Bulunmadığı hallerde Başkanın tevkil edeceği kişi Başkanlık yapar.

Birliğin hukuki temsilcisi Yönetim Kurulu Başkanıdır.

Yönetim Kurulu asıl üyeleri arasında boşalma olursa yedeklerden sırasıyla en fazla oy alanlar getirilir. Yeni üye ilk toplantıya çağırılır."

6- "Madde 40- Odaların ve birliğin organ seçimleri gizli oyla yapılır ve seçim işlemleri aşağıdaki esaslara göre yargı gözetimi altında gerçekleştirilir.

Seçim yapılacak Genel Kurul toplantısından en az 15 gün önce oda ve birlik seçimleri için üyeleri belirleyen liste, toplantının gündemi, yeri, günü, saati ile çoğunluk olmadığı takdirde yapılacak ikinci toplantıya dair hususları belirten bir yazıyla birlikte üç nüsha olarak o yer ilçe seçim kurulu başkanına tevdi edilir. Bir yerde birden fazla ilçe seçim kurulu bulunduğu takdirde görevli ilçe seçim kurulu, Yüksek Seçim Kurulunca belirlenir. Toplantı tarihlerinin, gündemde yer alan diğer konular gözönünde bulundurularak, görüşmelerin, bir cumartesi günü akşamına kadar sonuçlanmasını ve seçimlerin ertesi günü olan pazar gününün dokuz - onyedi saatleri arasında yapılmasını sağlayacak şekilde düzenlenmesi zorunludur.

Hakim, gerektiğinde ilgili kayıt ve belgeleri de getirtip incelemek suretiyle varsa noksanları tamamlattırdıktan sonra seçime katılacak üyeleri belirleyen liste ile yukarıdaki fıkrada belirtilen diğer hususları onaylar. Onaylanan liste ile toplantıya ait diğer hususlar oda ve birlik ilan yerlerinde asılmak suretiyle üç gün süre ile ilan edilir.

İlan süresi içinde listeye yapılacak itirazlar hakim tarafından incelenir ve en geç iki gün içinde kesin karara bağlanır.

Bu suretle kesinleşen listeler ile toplantıya ait diğer hususlar onaylanarak ilgili oda veya birliğe gönderilir.

Hakim, kamu görevlileri veya aday olmayan üyeler arasından bir başkan ile iki üyeden oluşan bir seçim sandık kurulu tayin eder. Aynı şekilde ayrıca üç yedek üye de belirler. Seçim sandık kurulu başkanının yokluğunda kurula en yaşlı üye başkanlık eder.

Seçim sandık kurulu, seçimlerin kanunun öngördüğü esaslara göre yürütülmesi, yönetimi ve oyların tasnifi ile görevli olup bu görevleri seçim ve tasnif işleri bitinceye kadar aralıksız olarak devam eder.

Dörtyüz kişiden fazla üye bulunması halinde her dörtyüz kişi için bir oy sandığı bulunur ve her seçim sandığı için ayrı bir kurul oluşturulur. Seçimlerde kullanılacak araç ve gereçler ilçe seçim kurulundan sağlanır ve sandıkların konacağı yerler hakim tarafından belirlenir.

Seçimlerde, üyeler bağımsız aday olabilecekleri gibi, aralarında oluşturacakları grupların listelerinden de aday olabilirler. Kurul üyelikleri ve Birlik Genel Kurul temsilcilikleri için ayrı oy pusulaları oluşturulur. Oy pusulalarında, grup listelerinden aday olanlar ilgili grup ismi altında, bağımsız adaylar ise ayrıca listelenir. Oy pusulaları, hangi kurul üyeliği için hangi grup ya da bağımsız adaya oy verileceğini gösterecek şekilde hazırlanır, grup isimlerinin ve bağımsız adayların adları yanına işaret konacak kare şeklinde kutulara yer verilmek suretiyle çoğaltılır, ilçe seçim kurulu mührü ile mühürlendikten sonra kullanılır. Oylar pusulada yer alan grup ya da bağımsız adayların ismi yanındaki kutu işaretlenmek suretiyle kullanılır. Oy verme işlemi, gizli oy açık tasnif esaslarına göre yapılır. Üye listesinde adı yazılı bulunmayan meslek mensubu oy kullanamaz. Oylar, oy verenin kimliğini resmi kuruluşlarca verilen belgeyle ispat etmesinden ve listedeki isminin karşısındaki yeri imzalamasından sonra kullanılır. Oylar, üzerinde ilçe seçim kurulu mührü bulunan ve oy verme

sırasında sandık kurulu başkanı tarafından verilecek zarflara konulmak suretiyle kullanılır. Mühürsüz oy pusulası ve zarfla kullanılan oylar geçersiz sayılır.

Seçime katılan grupların ve bağımsız adayların adları alt alta ve aldıkları geçerli oy hizalarına yazılır. Grupların oy sayıları, önce bire, sonra ikiye, sonra üçe… şeklinde devam edilmek suretiyle, yedekler dahil o kurulun çıkaracağı üye ve Birlik Genel Kurul temsilcisi sayısına ulaşıncaya kadar bölünür. Elde edilen paylar ile bağımsız adayların aldıkları oylar ayrım yapılmaksızın en büyükten en küçüğe doğru sıralanır. Kurul asil ve yedek üyelikleri ile Birlik Genel Kurul asil ve yedek temsilcilikleri, gruplara ve bağımsız adaylara rakamların büyüklük sırasına göre tahsis olunur. Son kalan üye veya temsilcilik için oyların eşit olması halinde, bunlar arasında ad çekilmek suretiyle tahsis yapılır. Kurul üyeliği ve Birlik Genel Kurulu temsilciliklerinin gruplara tahsisi oy pusulasında yer verilen sıralamaya göre yapılır.

Üyeler, oda veya birlik yönetim, denetleme ve disiplin kurullarından sadece birinde görev alabilirler.

Seçim süresinin sonunda seçim sonuçları tutanakla tespit edilip seçim sandık kurulu başkan ve üyeleri tarafından imzalanır. Birden fazla sandık bulunması halinde tutanaklar, hakim tarafından birleştirilir. Tutanakların birer örneği seçim yerinde asılmak suretiyle geçici seçim sonuçları ilan edilir. Kullanılan oylar ve diğer belgeler tutanağın bir örneği ile birlikte üç ay süreyle saklanmak üzere ilçe seçim kurulu başkanlığına tevdi edilir.

Seçimin devamı sırasında yapılan işlemler ile tutunakların düzenlenmesinden itibaren iki gün içinde seçim sonuçlarına yapılacak itirazlar, hakim tarafından aynı gün incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. İtiraz süresinin geçmesi ve itirazların karara bağlanmasından hemen sonra hakim yukarıdaki hükümlere göre kesin sonuçları ilan eder ve ilgili oda ile birliğe bildirir.

Hakim, seçim sonuçlarını etkileyecek ölçüde bir usulsüzlük veya kanuna aykırı uygulama sebebiyle seçimlerin iptaline karar verdiği takdirde, süresi bir aydan az ve iki aydan fazla olmamak üzere seçimin yenileneceği pazar gününü tespit ederek oda ve birliğe bildirir.

Belirlenen günde yalnız seçim yapılır ve seçim işlemleri bu madde ile kanunun öngördüğü diğer hükümlere uygun olarak yürütülür.

İlçe seçim kurulu başkanı hakime ve seçim sandık kurulu başkanı ile üyelerine, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanunda belirtilen esaslara göre ücret ödenir. Bu ücret ve diğer seçim giderleri birlik ve ilgili odaların bütçelerinden karşılanır.

Seçimler sırasında sandık kurulu başkan ve üyelerine karşı işlenen suçlar, kamu görevlilerine karşı işlenmiş gibi cezalandırılır.

Seçimlerin düzen içerisinde ve sağlıklı biçimde yürütülmesi amacıyla hakimin ve sandık kurulunun aldığı tedbirlere uymayanlara eylemin ağırlığına göre bu Kanunda yazılı disiplin cezaları verilir."

7- "Geçici Madde 9

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte;

a) Türkiye genelinde mali denetim yapan kamu bankalarının müfettişleri ile kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış olanlardan, bu yetkilerini aldıkları tarihten itibaren kamu kurum ve kuruluşlarında sekiz yıllık hizmet süresini dolduranlar ile 5 inci maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan konularda en az sekiz yıl öğretim üyesi veya görevlisi olarak çalışmış olanlar için serbest muhasebeci mali müşavirlik,

b) Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen süreyi tamamlamış olanlar ile aynı maddenin ikinci fıkrasında sayılan konularda profesörlük unvanını almış olanlar için yeminli mali müşavirlik,

sınav şartı aranmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlilik sınavını vermiş olanlardan 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen 10 yıllık süreyi tamamlamamış bulunanlar, usul ve esasları Maliye Bakanlığı tarafından belirlenecek ve Bakanlıkça yapılacak özel yeminli mali müşavirlik sınavında başarılı olmaları kaydıyla, yeminli mali müşavir unvanını almaya hak kazanırlar. Ancak, bunların

yeminli mali müşavir ruhsatını alabilmeleri için 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (a) bendindeki süreyi tamamlamaları şarttır."

8- "Geçici Madde 10

1/4/2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren üst üste iki seçim döneminde iki defa oda veya Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyesi olarak seçilemezler.

31/12/2008 tarihine kadar oda ve Birlik organları ile Birlik Genel Kurulu temsilcilikleri için yapılacak seçimlerde; 40 ıncı maddedeki seçim esasları ile 20 nci, 21 inci, 22 nci, 25 inci, 27 nci, 32 nci, 34 üncü, 35 inci, 38 inci ve 39 uncu maddelerde yer alan görev ve seçim süreleri ile yönetim kurulu ve Birlik genel kurulu temsilcisi üye sayılarına ilişkin hükümler yönünden bu Kanunun değişmeden önceki hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İptal davalarında ve itiraz başvurusunda, Anayasa'nın 2., 5., 7., 9., 10., 11., 13., 36., 49., 90. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 11.9.2008, 18.9.2008 ve 7.5.2009 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

18.9.2008 ve 7.5.2009 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, 3568 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen maddelerinin iptali istemiyle açılan Esas 2008/86 ve 2009/26 sayılı davaların, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle, Esas 2008/80 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esaslarının kapatılmasına, esas incelemesinin 2008/80 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçeleri ve ekleri, başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptal ve itiraz konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1.6.1989 günlü, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu, genel olarak işletmelerde faaliyetlerin ve işlemlerin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde işleyişini sağlamak, faaliyet sonuçlarını ilgili mevzuat çerçevesinde denetlemeye, değerlendirmeye tabi tutarak gerçek durumu ilgililerin ve resmi mercilerin istifadesine tarafsız bir şekilde sunmak ve yüksek mesleki standartları gerçekleştirmek amacıyla, "Serbest Muhasebecilik", "Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik" ve "Yeminli Mali Müşavirlik" meslekleri ve hizmetleri ile Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliğinin kurulmasına, teşkilat, faaliyet ve denetimlerine, organlarının seçimlerine dair esasları düzenlemektedir.

10.7.2008 günlü, 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile 3568 sayılı Yasa'da yapılan değişikliklerle "Serbest Muhasebecilik" mesleği kaldırılmış, Serbest Muhasebeci Malî Müşavirlik ve Yeminli Malî Müşavirlik için aranan özel şartlar değiştirilmiş, birlik ve odaların kuruluşu ve organlarına ilişkin hükümlerde değişiklikler yapılmış, 3568 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra diğer yasalarda gerçekleşen değişikliklere uyumun sağlanması amacıyla da diğer bazı hükümler değiştirilmiştir.

A- 3568 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 4. Maddesinin Birinci Fıkrasının (d) Bendinde Yer Alan "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen maddede, milli savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçlarından hapis cezasına mahkûm olanların, Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile, muhasebecilik, mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleğini icra edemeyecekleri, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı

olmak üzere öngörülen asli cezalara ek olarak hak yoksunluğunun getirildiği; söz konusu düzenlemelerin bir bölümünde mesleğiyle hiç ilgisi bulunmayan bir suçtan veya azami haddi bir yıl ya da daha az hapis cezasını gerektiren veya dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak taksirli bir suçtan mahkûm olan bir kişinin mesleğini icra etmekten süresiz yoksun bırakılması sonucunun öngörüldüğü; yasa koyucu, asli cezanın yanında bu cezaya bağlı olarak kimi kısıtlılıklar öngörüp öngörmeme konularında anayasal ilkeler çerçevesinde takdir hakkına sahip olmakla birlikte, söz konusu hak yoksunluklarının Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde ifadesini bulan "Hukuk Devleti" ilkesi ile bağdaşmadığı, bu meslek mensuplarının yürüttüğü hizmet ile iptali istenen kuralların öngördüğü mahkûmiyetten dolayı hak yoksunluğu getirilmesi arasında, günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden-sonuç bağının bulunmadığı, yaptırımların işlenen suçla orantısızlığının adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olduğu, söz konusu meslek veya görev sahiplerinin mesleklerini veya görevlerini icra etme yönünden diğer meslek mensupları ile aynı hukuki durumda bulunmaları nedeniyle iptal istemine konu bölümlerdeki meslek mensupları ile görevliler yönünden getirilen farklı kuralların kanun önünde eşitlik ilkesi, ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkesi, çalışma hakkı, kamu hizmetine alınmada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayrımın gözetilemeyeceği ilkesi ve çalışma hakkının etkin kullanımını sağlama görevini veren Avrupa Sosyal Şartını da ihlâl ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 49. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu ibarelerin yer aldığı kuralla, Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına mahkûm olanların yanı sıra affa uğramış olsa bile "**milli savunmaya karşı suçlar**", "**Devlet sırlarına karşı suçlar**" ve "**casusluk**" suçları gibi sayılan diğer suçlardan herhangi birinden kasıtlı bir eylem nedeniyle olmasa bile bir gün dahi hapis cezası alınması mesleki faaliyetin yürütülmesine engel olacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan,

Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık devlettir.

Kanun koyucu asli cezalara bağlı olarak kimi yoksunluklar öngörüp öngörmeme konularında anayasal ilkeler çerçevesinde takdir hakkına sahiptir. Ceza hukukunda, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezanın yanında, bu cezanın etkisini artırmak, suç işlenmesinde caydırıcılığı sağlamak için, ek olarak kimi hak yoksunlukları da getirilmiştir. Kuralda da serbest muhasebeci mali müşavirlik veya yeminli mali müşavirlik mesleklerinin saygınlığı, bunlara karşı toplumun güven duygusu ve içeriklerinde yer alan etik değerleri göz önüne alarak, bu meslekleri icra edecek olanların belli suçlardan mahkûm olmaları hâlinde, aslî cezanın yanı sıra sürekli olarak hak yoksunlukları öngörülmüştür. Ancak, ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren iptal davasına konu düzenlemedeki kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Kanun koyucunun hak yoksunluklarını belirlerken takdir hakkı çerçevesindeki tercihini de Anayasa'ya uygun olarak kullanması gerektiği açıktır.

Dava konusu kuralda yer alan suçlar, kasıtla işlenen, müebbet ve uzun süreli hapis cezası gerektiren suçlardan, taksirle işlenen veya altı aya kadar hapis cezasını gerektiren suçlara kadar çeşitlilik göstermektedir. Buna göre, mesleklerin özellikleri, suçların niteliği, bu suçlara verilen cezalar ve cezaların süresi, suçların kasıtla veya taksirle işlenip işlenmediği gibi hususlar gözetilmediğinden, bu suçlardan mahkûm olanların söz konusu meslekleri sürekli olarak icra edememeleri sonucu doğmakta, bu durum ise kişilerin işledikleri suçlara göre eylemle orantılı olmayan adaletsiz ve ölçüsüz bir hak yoksunluğuna yol açmaktadır. Bu nedenle kural Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

Bu sonuca Serdar ÖZGÜLDÜR değişik gerekçeyle katılmıştır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

Dava konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 5., 10., 11., 13., 49. ve 90. maddeleri yönünden inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

B- 3568 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 9. Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yeminli mali müşavirlik müessesesinin esas itibariyle vergi denetim elemanları tarafından yürütülmekte olan kamusal görevlerin, fiili imkânsızlıklar ve idareye kolaylıklar sağlama amacıyla yetki almış meslek mensuplarına devredilmesi amacıyla oluşturulduğu, bu kişiler tarafından yapılan tasdik işlemlerinin sadece vergi denetim elemanları tarafından aksine bir durum ortaya konulana kadar geçerli kabul edilmekte olduğu, Devlet tarafından yapılan çok aşamalı sınavlarda başarı göstererek ve uzun süreli pratik ve teorik eğitime tabi tutularak, eğitim dönemi sonunda girilen yazılı ve sözlü bölümlerden oluşan mesleki yeterlilik sınavlarında başarı göstererek kazanan, kamu adına vergi mükelleflerini, meslek mensuplarını, hatta meslek odalarını denetlemek suretiyle mesleki faaliyetlerine bundan sonra da devam eden vergi inceleme elemanlarının, tali nitelikli bir yetki kullanma durumunda olan yeminli mali müşavirlerce yapılan işlemleri de yapabilmeleri için sınava tabi tutulmalarının işin doğasına aykırı olduğu, bu kişilerin ayrıca sınava tabi tutulmasının hiçbir haklı nedeni bulunmadığı, hakkaniyete aykırı ve hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bu kuralın hukuk devleti ilkesi ile çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3568 sayılı Kanun'da yeminli mali müşavir olabilmek için kural olarak en az 10 yıl serbest muhasebeci mali müşavirlik yapma şartı aranmakla birlikte, belli mesleklerde geçen sürenin de serbest muhasebeci mali müşavirlikte geçtiği kabul edilmektedir.

Dava konusu kural, vergi inceleme yetkisine sahip olanlar dâhil olmak üzere yeminli mali müşavir olmak isteyen herkesin Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odasının yapacağı sınava katılmasını ve bu sınavda başarılı olmasını öngörmektedir.

3568 sayılı Kanun'da 5786 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki düzenlemeye göre, kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisi almış ve meslekî yeterlilik sınavını vermiş olanlar ile belirli alanlarda öğretim üyesi veya görevlisi olarak görev yapanlar herhangi bir sınava tabi tutulmadan yeminli mali müşavir olabilirken, getirilen yeni kural, yeminli mali müşavir olabilmek için herhangi bir istisna öngörmeden,

herkesin Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği tarafından yapılacak sınava girmelerini ve bu sınavda başarılı olmalarını şart koşmaktadır.

3568 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde konu ile ilgili olarak "*meslek mensuplarının uluslar arası kabul edilebilirlik konusunda yaşadıkları sorunların aşılması ve meslek mensuplarının kalitesinin ve standartlarının yükseltilmesi amacıyla, "serbest muhasebeci mali müşavir" ve "yeminli mali müşavir" olmak için bazı meslek gruplarına daha önce getirilmiş olan sınav muafiyeti kaldırılarak, prensip olarak bu unvanların sınavla kazanılması esası getirilmektedir*" ifadeleri yer almaktadır.

Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi ve kazanılmış hakları ihlal etmemesi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Kazanılmış haklara saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar ise bu nitelikte değildir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelemediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.

3568 sayılı Kanun'un Geçici 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlik sınavını vermiş ve 10 yıllık süreyi tamamlamış olanlar için yeminli mali müşavirlik sınav şartı aranmamakta ve bu kişilerin kazanılmış hakları korunmaktadır. Vergi inceleme yetkisini almış olmakla birlikte mesleğinde 10 yılını doldurmamış olanlar için ise kazanılmış herhangi bir haktan söz edilemeyeceğinden kural hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptal isteminin reddi gerekir.

C- 3568 sayılı Kanun'un Değiştirilen 10. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sınavın adil ve tarafsız yapılmasını sağlayacak tedbirler konusunda bir belirleme yapılmadığı, Maliye Bakanlığına keyfi uygulamalara yol açabilecek şekilde sınırsız bir yetki verildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB) tarafından yeminli malî müşavirlik sınavının tarafsız ve mevzuatına uygun bir şekilde yapılması için Maliye Bakanlığına gerekli tedbirleri alma konusunda yetki vermektedir.

3568 sayılı Kanun'un 10. maddesinin dördüncü fıkrasına göre ise sınav komisyonunun çalışma usulleri, sınav konuları ve sınava ilişkin diğer usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınmak suretiyle Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelik ile belirlenecektir. Bu durumda, yeminli mali müşavirlik sınavı konusundaki mevzuatın 3568 sayılı Kanun'da yer alan kurallar ile Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikten oluştuğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama yetkisi, Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez. Yasama organı, başka bir organa yasa kurallarını değiştirme ya da kaldırma yetkisi veremez.

Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için, yasada temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi gerekir. Ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesi yürütme organına bırakılabilir. Kuşkusuz yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmez.

İptal davasına konu olan yasa kuralı ile Maliye Bakanlığına aslında herhangi bir konuda düzenleme yapma yetkisi tanınmamakta, sadece yeminli mali müşavirlik sınavının adil, tarafsız ve mevzuata uygun bir biçimde yapılması için gerekli tedbirleri alma yetkisi verilmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

Ç- 3568 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 10. Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde ve başvuru kararında, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik sınav komisyonunun başkan dahil yedi üyesinin dördünün doğrudan, üçünün ise dolaylı olarak Maliye Bakanı tarafından seçileceği, sınavların yargıya götürülmesi halinde, Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanının sınav komisyonunda yer almasa dahi üç kişilik bilirkişi heyetinde bulunmasının öngörülmüş olmasının bilirkişilerin tarafsız olma nitelikleriyle bağdaşmayacağı, bilirkişinin tarafsız bir konumda bulunması ve tarafsız bir tutum içinde görüş bildirmesinin gerektiği, Anayasa Mahkemesi kararlarında hukuk devletinin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerektiğinin belirtildiği, kanunen belirlenmiş kişilerin mevcudiyeti halinde, hakim bilirkişiyi iptali istenen kuralda olduğu üzere kanunun belirlediği kişiler arasından seçmek zorunda olduğu, bu kişilerin verdikleri raporlara itiraz edilmesi halinde de yeni bilirkişi kuruluna gidilmesinde bilirkişi kurulu, yine kanunen belirlenmiş bu kişilerden oluşacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 9., 13., 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda yeminli mali müşavirlik sınavlarına karşı dava açılması ve bilirkişi incelemesi yapılması halinde, oluşturulacak üç kişilik bilirkişi heyetinin hangi kaynaklardan seçileceği düzenlenmiştir. Buna göre bilirkişilerden biri Maliye Bakanlığı merkezi vergi denetim elemanları, biri alanında uzman meslek mensupları, biri ise dava konusu sınav alanında uzman öğretim üyeleri arasından tayin edilecektir.

Bilirkişilik müessesesi için genel kural olan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesine göre, bilirkişi bir, iki veya üç kişiden oluşabilmekte iken, iptal davasına konu olan kurala göre, üç kişiden oluşan bir bilirkişi heyeti oluşturulması zorunlu hale getirilmiştir. Öte yandan, 1086 sayılı Yasa'da kimlerin bilirkişi olarak

seçilebileceği ile ilgili olarak herhangi bir kural bulunmamakta iken, iptal davasına konu olan kuralla yeminli mali müşavir sınavlarının dava konusu edilmesi halinde, kimlerin bilirkişi olarak seçilebileceği sayılmıştır.

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

Anayasa'nın 36. maddesinde herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak adil yargılanma hakkına sahip olduğu, 138. maddesinde de mahkemelerin bağımsızlığı ve hiçbir organ ya da kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere emir ve talimat veremeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı hükme bağlanmıştır.

Dava konusu kuralda, sınavla ilgili dava açılması halinde oluşturulacak bilirkişi heyetinin hangi kaynaklardan ve uzmanlık alanlarından seçileceği düzenlenmiştir. Buna göre, sınav komisyonunda görev almamış olmaları kaydıyla, bilirkişi heyetinde bir merkezi denetim elemanı, bir meslek mensubu ve bir öğretim üyesi yer alacaktır. Davaya bakan mahkemenin bu kaynaklardan olmak koşuluyla uygun gördüğü kişileri bilirkişi atamasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Hangi niteliklere sahip olan kişilerin bilirkişi olarak atanabileceğini düzenlemek yasama organının takdir yetkisi içindedir.

Öte yandan, dava konusu yapılacak yeminli mali müşavirlik sınavının Birlik tarafından düzenlendiği ve sınava giren kişiler göz önünde bulundurulduğunda, Maliye Bakanlığı'nın ihtilaf konusu davanın doğrudan tarafı olması söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 36. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın Anayasa'nın 9. ve 13. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

D- 3568 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 22. Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin ve Değiştirilen 35. Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kurallarda öngörülen Odalarda ve Birlikte üst üste iki seçim döneminde iki defa başkanlığa seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemeyeceklerine ilişkin yasağın geçmiş dönemlerde yapılan görevleri içermediği belirtilmediğinden geçmişe yürürlü olarak çıkarıldığı bu nedenle anılan kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik gözetilmeden kısıtlanmasının hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı belirtilerek, kuralların Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu 22. maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile "Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları"nda, 35. maddenin birinci fıkrasının son cümlesi ile de "Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği"nde üst üste iki seçim döneminde iki defa Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Kanunların, aksine bir düzenleme içermedikleri sürece yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylar bakımından geçerli olacakları hukukun genel ilkelerindendir. Dava konusu kurallar da aksine bir hüküm olmadığı sürece yürürlük tarihinden sonraki olaylar bakımından uygulanacaklardır. İptali istenen kuralların ne zaman uygulanacağına ilişkin olarak 5786 sayılı Kanunla 3568 sayılı Kanuna eklenen Geçici 10. maddede bir düzenleme yer almaktadır. Dava dilekçelerinde ileri sürülen iptal gerekçeleri dava konusu 22. ve 35. maddelerde öngörülen düzenlemelerin içeriğine ilişkin değil, bunların ne zaman yürürlüğe gireceğini düzenleyen Geçici 10. maddeye ilişkindir. Söz konusu Geçici 10. maddenin Anayasa'ya uygunluğu ayrıca incelenecektir.

Anayasa'nın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileri olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları ile

Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği'nin yönetim organlarının seçim usullerinin kanunla belirleneceği açıktır. Demokratik ilkeler çerçevesinde seçimlerde uyulacak kuralların belirlenmesi kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir. Üst üste iki dönem başkanlık yapanların iki dönem yönetim kurulu üyesi seçilmesinin yasaklanmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU ve Mehmet ERTEN katılmamışlardır.

Konunun Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

E- 3568 Sayılı Kanun'un 40. Maddesine Sekizinci Fıkradan Sonra Gelmek Üzere Eklenen Dokuzuncu Fıkrasının İlk Dört Cümlesinin ve Onuncu Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, meslek kuruluşlarının, Türkiye'de sivil toplumun gelişmesinde önemli rol oynayan kuruluşlar olduğu, gerek ülke çıkarları gerek mesleki sorunlara yaklaşım konusunda siyasi erkten bağımsız özerk kararlar alabilen, önermelerde bulunan ve çözümler üreten bir yapıya sahip oldukları, bu yapının korunabilmesi için meslek kuruluşlarının karar ve yönetim organlarının oluşumunda istikrarın sağlanmasının esas olduğu, nispi temsil sistemi ile oluşan organların başarılı çalışmalar yapabilmesi, uyumlu çalışma ortamını oluşturabilmesinin son derece güç olduğu, bu nedenle kamu yararına dayanmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallar hem odaların hem de Birliğin organlarının üyelerinin seçimi ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Kanunda seçimlerle ilgili olarak bu değişiklik yapılmadan önce odaların ve Birlik organlarının seçimlerinde bireysel adaylık ve basit çoğunluk sistemi öngörülmüştür. Adayların aldıkları oy sayısına göre en çok oy alandan başlanmak üzere asıl ve yedek üye olarak seçilmesi, oyların eşitliği halinde kura çekilmesi hükme bağlanmıştır. Dava konusu düzenleme ile oda ve birlik organlarında görev yapacak üyelerin seçim sistemi

tamamen değiştirilerek gruplar halinde seçime katılıma olanak tanınmış ve nispi temsil sistemi getirilmiştir.

Bu değişikliğin gerekçesi "*Oda ve Birlik organlarının seçim esaslarına ilişkin yapılan değişiklikle, demokrasinin gereği olan temsilde adaletin sağlanmasına ve katılımcı yönetimlerin oluşmasına yönelik düzenlemeler yapılmakta, seçime iştirak eden grupların ve bağımsız üyelerin aldıkları oy oranında kurullarda üyelik ve birlik temsilcisi çıkarmalarına imkân sağlanmaktadır. Böylece, demokratik olmayan mevcut çoğunluk sistemi uygulamasının sakıncaları giderilmektedir.*" şeklinde açıklanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan demokratik devlet ilkesinin en önemli unsuru çoğulculuk ve yönetilenlerin yönetime dengeli bir biçimde katılımının sağlanmasıdır. Bu durum ülke düzeyinde yapılan genel ve yerel seçimlerde geçerli olduğu gibi, herhangi bir meslek örgütüne üye olanlarının çıkarlarını sağlamak ve mesleğin gelişmesine katkıda bulunmayı amaçlayan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları için de geçerlidir.

Yasakoyucu, seçimler konusundaki anayasal ilkelere uymak koşuluyla, uygun gördüğü sistemi belirleyebilir. Demokratik seçimin en önemli niteliği, adil bir katılım ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel oy esasını içermesidir. Serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavir odalarının seçiminde getirilen yeni sistem azınlıkta kalanların da yönetim, disiplin ve denetim kurullarında temsil edilebilmelerine olanak sağlama amacıyla getirildiği anlaşıldığından kuralların, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, iptal isteminin reddi gerekir.

F- 3568 Sayılı Kanun'un 35. Maddesinin Değiştirilen Üçüncü Fıkrasındaki "en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Birlik yönetim kurulu üyeliği için üç yıllık mesleki kıdem öngörülürken iptali istenen kural ile Birlik başkanlığı için beş yıllık kıdem koşulu getirildiği, Birlik başkanının Birlik yönetim kurulu üyelerinin kendi arasında yaptığı bir seçim sonucunda belirlendiği, Birlik Yönetim Kuruluna seçilen üyelerin tamamının üç veya dört yıllık bir kıdeme sahip üyeler arasından seçilmiş olduğu bir durumun ortaya çıkması halinde birlik başkanının seçilemeyeceği, Birlik

Başkanının seçilememesi gibi olasılıklara açık bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı, üç yıllık bir kıdeme sahip olan Birlik Yönetim Kurulu üyelerinin aynı statü içinde oldukları halde, Birlik Yönetim Kurulu Başkanlığına seçilememelerinin "Kanun önünde eşitlik" ilkesine de aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Birlik Yönetim Kurulu'nun düzenlendiği 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasında, Birlik Yönetim Kurulu üyelerinin, kayıtlı olduğu meslek odasında en az üç yıl kıdemi bulunan Birlik Genel Kurulu üyeleri arasından seçileceği, iptal konusu kuralın yer aldığı üçüncü fıkrasında ise Yönetim Kurulunun kendi üyeleri arasından bir başkan, bir genel sekreter ile bir muhasip seçeceği, Yönetim Kurulu Başkanının en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar arasından seçileceği kurala bağlanmıştır.

3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinde 5786 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki kuralda yönetim kurulu başkanlığına seçilebilmek için belli bir süre yeminli mali müşavirlik yapma koşulu öngörülmemiştir.

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

Belli görevler için bazı niteliklere sahip olma gerekliliği başta Anayasa olmak üzere birçok düzenlemede yer almaktadır. Çeşitli kamu kurum ve kuruluşlarında veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında belli görevlere atanabilmek için görevin niteliğine göre belli bir kıdem koşulunun aranması yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir.

Öte yandan, meslekte beş yılını doldurmuş olanların seçilebileceği başkanlık görevi ile üç yılını doldurmuş olanların seçilebileceği yönetim kurulu üyeliği görevlerinin özellikleri aynı olmadığından Anayasa'nın 10. maddesine de aykırılıktan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, iptal isteminin reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

G- 3568 Sayılı Kanun'a Geçici 8. Maddeden Sonra Gelmek Üzere Eklenen Geçici 9. Maddenin İncelenmesi

a- Maddenin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin (Kanunları Uyarınca Vergi İnceleme Yetkisini Almış Ve Mesleki Yeterlilik Sınavını Vermiş Ancak Yasada Öngörülen 10 Yıllık Süreyi Doldurmamış Olanlar Yönünden) İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kamu hizmetinde 10 yıllık süreyi doldurmamış olanların kanundan kaynaklanan haklı beklentilerinin ve mevcut statülerinden kaynaklanan kazanımlarının, yapılan kanun değişikliği ile ortadan kaldırıldığı belirtilerek hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural Kanun'un değiştirilen 9. maddesinin son fıkrasına ilişkin belirtilen gerekçelerle Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- Maddenin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kuralın, Maliye Bakanlığınca yapılması öngörülen özel yeminli mali müşavirlik sınavının usul ve esaslarını belirlemeyerek idareye bıraktığı ve bu niteliğiyle hukuki güvenlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Değişik 3568 sayılı Kanun'a göre yeminli mali müşavirlik sınavı kural olarak TÜRMOB tarafından yapılacaktır. Dava konusu kural ise 5786 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce vergi inceleme yetkisini almış, ancak 10 yıllık süreyi doldurmamış olanların yeminli mali müşavir olabilmeleri için Maliye Bakanlığı'nın sınav yapmasını öngörmektedir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle iptali istenen kural Anayasa'nın 135. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 135. maddesinin beşinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Genel olarak kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerindeki Devlet denetiminin bir vesayet yetkisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında uygulanması gereken vesayet, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen vesayet yetkisinden farklıdır. Bu maddede vesayet yetkisinin hangi koşullarda kullanılabileceği açıklanmakta olup, bu koşullar, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması olarak sayılmaktadır. Buna karşın, Anayasa'nın 135. maddesinin beşinci fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları üzerinde Devletin "idari ve mali denetiminden" söz edilmektedir. Bu durumda, merkezi idarenin, kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşu olan TÜRMOB'un yerine geçerek, vergi inceleme yetkisini almış ancak 10 yıllık süreyi tamamlamamış olan kişiler için yeminli mali müşavirlik sınavı yapması, idari ve mali denetim kapsamına girmemektedir. Bu durum, denetimin ötesinde, merkezi idarenin kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun yerine geçerek faaliyet göstermesi anlamına gelmektedir. Bu nedenlerle bazı kişilerin gireceği yeminli mali müşavirlik sınavının idari ve mali denetim yetkisini aşacak biçimde merkezi idare içerisinde yer alan Maliye Bakanlığı'na verilmesi Anayasa'nın 135. maddesine aykırı düşer.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'ya aykırıdır, iptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 135. maddesine aykırı bulunarak iptal edildiğinden Anayasa'nın 2., 7. ve 11. maddeleri yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

H- 3568 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 10. Maddenin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kuralın geçmişe etkili olarak çıkarıldığı bu nedenle bireylerin kazanılmış haklarını ihlal ettiği ve hukuki güvenlik ilkesini ortadan kaldırdığı belirtilerek Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kural ile 3568 sayılı Kanun'un 22. ve 35. maddelerinde 5786 sayılı Kanunla yapılan değişikle getirilen üst üste iki seçim döneminde iki defa oda veya Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyesi olarak seçilemeyeceklerine ilişkin hükümlerin 1.4.2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez unsurlarından birisi kanunların hukuk güvenliğini sağlaması, bu doğrultuda geleceğe yönelik, öngörülebilir kurallar içermesi gerekliliğidir. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gereği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

3568 sayılı Kanun'da değişiklikler öngören 5786 sayılı Kanun 26.7.2008 günü Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Oysa dava konusu Geçici 10. maddede belli koşullarda seçimlerde aday olma yasağı öngören yeni kuralların 1 Nisan 2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla yaklaşık olarak dört aylık geriye doğru uygulanma söz konusudur. Kişilerin seçilerek, koşulları kanunla belirlenmiş bir göreve getirildikten sonra geriye dönük düzenlemelerle haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*" denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

3568 sayılı Yasa'nın değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" bölümünün iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuki boşluk kamu düzenini bozucu nitelikte görüldüğünden Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

10.07.2008 günlü, 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un:

A- 2. maddesiyle, 1.6.1989 günlü, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (d) bendinde yer alan "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" ibaresinin iptaline ilişkin hükmün süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu ibarenin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

B- 20. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'a Geçici 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen;

1- Geçici 9. maddenin son fıkrasına,

2- Geçici 10. maddenin birinci fıkrasına,

ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

C- 1- 5. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 9. maddesinin değiştirilen son fıkrası,

2- 6. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un değiştirilen 10. maddesinin, birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile son fıkrası,

3- 8. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un değiştirilen 22. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi,

4- 12. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının son cümlesi,

5- 15. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen dokuzuncu fıkranın birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri ile onuncu fıkra,

6- 19. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasında yer alan "… en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar …" ibaresi,

7- 20. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'a Geçici 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen Geçici 9. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinin, "Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi doldurmamış olanlar" yönünden,

iptaline yönelik istemler, 18.5.2011 günlü, E. 2008/80, K. 2011/81 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bent, cümle ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

18.5.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VIII- SONUÇ

10.07.2008 günlü, 5786 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un:

A- 1- 2. maddesiyle, 1.6.1989 günlü, 3568 sayılı Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (d) bendinde yer alan "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve

İPTALİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 5. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 9. maddesinin değiştirilen son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 6. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un değiştirilen 10. maddesinin, birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- 8. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un değiştirilen 22. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU ile Mehmet ERTEN'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

5- 12. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU ile Mehmet ERTEN'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

6- 15. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen dokuzuncu fıkranın birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri ile onuncu fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7- 19. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasında yer alan "… en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

8- 20. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'a Geçici 8. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen;

a- Geçici 9. maddenin,

aa- Birinci fıkrasının (b) bendinin, "Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi doldurmamış olanlar" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

bb- Son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- Geçici 10. maddenin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 2. maddesiyle, 3568 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının değiştirilen (d) bendinde yer alan "… milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, …" ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

18.5.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY YAZISI

3568 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine 5786 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" suçlarından mahkumiyetin meslek mensubu olmaya engel teşkil edeceği öngörülmüştür.

Kanunla düzenlenen serbest muhasebecilik, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleklerinin güven, dikkat, dürüstlük ve emniyet gerektiren işlerden olduğu, milli savunmaya karşı suçların, devlet sırlarına karşı suçların ve casusluk suçlarının kasıt veya taksirle işlenmesinin meslekte gerekli vasıfların mevcudiyeti yönünden olumsuz değerlendirilmesinin yasakoyucunun takdir hakkı içinde kaldığı, bu suçlardan dolayı verilecek cezanın az veya çok oluşunun değil suçun niteliğinin esas alındığı, bunun kişilere ek cezalar verilmesi veya feri ceza tertibi anlamına gelmediği, bu suçları işlemiş olanların meslekten yasaklanmasının değil mesleğe ehil olmadıklarının kabul edildiği, kuralın bu mesleklerin kamu düzeni gereklerine uygun olarak ve saygınlık içinde yürütülmesini sağlamaya yönelik olduğu, bu nedenle mesleğe esasen uygun görülmeyen kişilerin mesleği yapmalarına engelin sürekli olduğu, aldıklara cezalara göre süre itibariyle kademeli bir düzenleme öngörülmesinin amaca elverişli olmayacağı açıktır.

Kural bu nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin gereklerine aykırı olmadığı gibi, meslekten yasaklanan kişiler aldıkları eğitim ve becerilerine uygun başka işler de yapabileceklerinden, Anayasa'nın 49. maddesinde yer alan çalışma hakkının ölçüsüz bir kısıtlamasından da söz edilemez.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY

3568 sayılı Yasa'nın değiştirilen 22. maddesinin birinci fıkrası son tümcesi ile 35. maddesinin birinci fıkrası son tümceleri odalarda ve birlik yönetim kurulu başkanlık seçimlerinde iki defa başkanlığa seçilmiş olanların, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe bir daha yönetim kurulu üyeliğine seçilemeyeceğini ifade etmektedir.

İptali istenen kuralın benzeri mahkememizin 2005/78 E., 2005/59 K. sayılı kararı ile denetlenmiş ve Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilirken kuralın getirdiği sınırlamanın ayrıca sosyal eşitliği zedelediği, seçenin kanaatinin serbestçe oluşmasını da engellediği gibi nedenler ile farklı gerekçelerle karara katınılmış idi.

İptali istenen kural, yasalaşmadan önce henüz tasarı halinde iken, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki seçimler için uygulanacak olması düşünülmüş ise de, yasanın TBMM görüşmelerinde verilen bir önerge ile kuralın 01.04.2008 tarihinden sonra yapılan seçimler için uygulanacağının kabul edildiği ve böylece bu tarihten önce bu kuralı bilmeksizin seçilmiş olanlar yönünden yeni seçim dönemleri için bir sınırlama getirdiği görülmektedir.

Seçilmişler yönünden öngörülmemiş gelecek için getirilmiş bu engelleme adil düzen duygusu, hukuk güvenliği, yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapan kurallar içermesi gerekliliği, zorunluluklar hariç yasaların geçmişe yürümemesi gibi temel hukuk devleti ilkelerine aykırılıklar içermektedir.

Ayrıca, sosyal hukuk devletinin bireyin gelişimine katkısının zorunlu olduğu, birey çıkarı ile toplumsal yararı dengeleme adına özgürlüklere müdahil oluna bilinirse de kuralda seçilmişlerin yeniden seçilememesi yönünde inandırıcı kamusal korunan bir değer bulunduğu anlaşılamadığından sınırlamanın ölçülü ve adil olduğu söylenemeyecektir. Kaldı ki Anayasa'nın 135. maddesinde yöneticilere seçilme yönünden getirilmiş bir sınırlama alanı da bulunmamaktadır.

Seçme ve seçilme hakkına getirilen bu sınırlama ile seçilememe yasağı var oldukça seçen yönünden, seçme iradesine kural ile getirilen bu müdahalenin demokratik bir hukuk devletinde anayasal dayanağı bulunmamaktadır. Anılan gerekçeler ile çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

3568 sayılı Yasa'nın 10.7.2008 günlü 5786 sayılı Yasa'nın 8. maddesi ile değiştirilen 22. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinde, "Odalarda üst üste iki seçim döneminde iki defa Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemezler"; aynı Yasa'nın 35. maddesinin 5786 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değiştirilen birinci fıkrasının son tümcesinde de "Üst üste iki seçim döneminde iki defa Birlik Yönetim Kurulu Başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemezler". denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 30.9.2005 günlü, E:2005/78, K:2005/59 sayılı Kararına ilişkin farklı gerekçede de belirtildiği gibi, Anayasa'nın 135. maddesinin birinci fıkrasında, "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişileridir." denilerek, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, kuruluş ve işleyişlerinin demokratik esaslara uygun olması amaçlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Demokratik devlet ilkesinin olmazsa olmaz koşulu hiç kuşkusuz, serbest, eşit, gizli oy

esasına göre katılımı gerçekleştiren ve yargı yönetim ve denetimi altında yapılan seçimlerdir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının kendi üyeleri tarafından seçilmelerinin öngörülmesinin, üyeler yönünden seçme, adaylar yönünden ise seçilme hakkının kullanılması sonucunu doğurduğu açıktır.

Dava konusu kurallarla odalarda, Yönetim Kurulu Başkanlığına ve Birlikte de Birlik Yönetim Kurulu Başkanlığına üst üste iki seçim döneminde iki defa seçilmiş olanların aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilmeleri engellenmektedir. Bu kurallarla seçme ve seçilme hakkı yönünden getirilen sınırlama, Demokrasi anlayışı ile bağdaşmadığı gibi, Anayasal dayanaktan da yoksun bulunmaktadır. Uygulamada görülen bir olumsuzluğun demokratik işleyişe müdahale nedeni sayılmasının, giderek daha büyük sınırlamalara yol açma tehlikesi göz ardı edilemez. Demokratik hukuk devleti esasını benimseyen Anayasa kamu yararı veya benzer bir gerekçe ile de olsa bu tür müdahalelere izin vermemektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 135. maddesinin ilk fıkrasında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının organlarının, kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçileceği öngörülerek, bu konuda yasa koyucuya düzenleme yetkisi verilmiş ise de, bu yetki yalnız seçim usullerinin belirlenmesiyle sınırlıdır. Seçme ve seçilme hakkının kullanılmasına getirilen engellemelerin bu kapsamda olmadığı açıktır. Anayasa'nın 6. maddesine göre, hiç kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağından, yasa koyucunun Anayasa'da sınırlama nedenleri gösterilmemiş demokratik hakların, kullanılmasını engelleyecek düzenlemeler yapması olanaklı değildir.

Açıklanan nedenlerle belirtilen kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY VE EK GEREKÇE

5786 sayılı Kanun'un;

1- 8. maddesiyle değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasının **"Odalarda üst üste iki seçim döneminde iki defa Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyeliğine seçilemezler"** biçimindeki son cümlesinin,

2- 12. maddesiyle değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasının "Üst üste iki seçim döneminde iki defa Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe yönetim Kurulu üyeliğine seçilemezler" biçimindeki son cümlesinin,

3- 20. maddesiyle eklenen 3568 sayılı Kanun'un GEÇİCİ MADDE 10. birinci fıkrasının **"1/4/2008 tarihinden sonra yapılan seçimlerden itibaren üst üste iki seçim döneminde iki defa oda veya Birlik Yönetim Kurulu başkanlığına seçilmiş olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe Yönetim Kurulu üyesi olarak seçilemezler"** hükmünün,

Anayasa Mahkemesi'nin 30.09.2005 günlü, E.2005/78, K.2005/59 sayılı Resmî Gazete'nin 21.07.2006 günlü, 26235 sayılı baskısında yayımlanan Karar'ının "Değişik gerekçe" bölümünde Anayasa'ya aykırılık nedeni olarak belirttiğim gerekçeyle söz konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 67. maddelerine aykırıdır.

Bu nedenle 3568 sayılı Kanun'un 22. ve 35. maddelerinin son cümlelerinin iptallerine,

GEÇİÇİ 10. maddesinin birinci fıkrasının iptal gerekçesine ise bu gerekçenin de eklenerek iptaline,

Karar verilmesi gerektiğinden, çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

DEĞİŞİK EK GEREKÇE

İptal istemine konu 3568 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (d) bendi ile serbest muhasebecilik, serbest muhasebeci mali müşavirlik ve yeminli mali müşavirlik mesleklerini icra etmeye engel birtakım suçlardan dolayı mahkûmiyet halleri sayılırken, **"milli savunmaya karşı suçlar devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk"** suçları da bu cümleden olmak üzere ifade edilmiştir. Anılan meslekleri icra edenlerin oluşturduğu birliğin (TÜRMOB) Anayasa'nın 135. maddesinde ifadesini bulan "kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu" olduğu izahtan varestedir. Dolayısiyle, yasakoyucunun bu mesleği icra edecekler yönünden birtakım kısıtlayıcı hükümler koyması, sahip olduğu takdir yetkisinin doğal sonucudur. Ne var ki yasakoyucunun bu yetkisini kullanırken Anayasa'nın 135. maddesi çerçevesi içinde kalması da zaruridir. Anılan maddede, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşlarının **"…meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere…"** kanunla kurulan kamu tüzelkişilikleri olduğu ifade edilmektedir. İptal istemine konu suçların Anayasa'nın 135. maddesinde işaret edilen kriterlerle uyum sağlamadığı, bir mesleği ifadan men gibi çok ağır bir hak yoksunluğu sonucunu doğuran kuralın ölçüsüz olması itibariyle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, dolayısiyle kuralın bu ek gerekçe ile de iptali gerektiği kanısındayım.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY YAZISI

Yeminli mali müşavirler gerçek ve tüzel kişilerin mali tablolarını ve beyannamelerinin mevzuata uygun olup olmadığını onaylarken, vergi inceleme yetkisi almış olanlar gerçek ve tüzel kişilerin hesaplarını denetleyebilmekte, ödenecek vergi veya benzeri mali yükümlülükler ortaya çıkması durumunda vergi tarh edilmesini veya vergi cezası kesilmesini talep edebilmektedirler. Özetle yeminli mali müşavirlerin görevi "ONAYLAMA", vergi inceleme yetkisi almış olanların görevi ise "DENETİMDİR".

Yeminli mali müşavirler, kamu hizmeti gören, kendi nam ve hesabına çalışan kişiler olup, Anayasa'nın 135. maddesinde ifade olunan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına mensupturlar. Anayasa'nın 135. maddesince kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları; "… meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde DÜRÜSTLÜĞÜ ve GÜVENİ hakim kılmak üzere meslek DİSİPLİNİ ve AHLAKINI korumak maksadı ile kanunla kurulan… tüzelkişilik olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan hareket edildiğinde kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu mensubu Yeminli Mali Müşavirlerin DÜRÜST, GÜVENİLİR ve MESLEK DİSİPLİN ve AHLAKINI korumakla yükümlü kişiler olması gerektiği açıktır. Kanunkoyucu bu yüzden bu meslek mensuplarının milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından mahkum olmamasını şart koşmuştur. Milli Savunmaya, devlet sırlarına karşı suçlar ile casusluk suçları alelade ve basit suçlar olmadığından bu suçları taksirli olarak dahi işlenmiş olanların Yeminli Mali Müşavir olamamaları kuralı Yasakoyucunun bu mesleğe verdiği önemin, duyulması gereken güvenin bir sonucudur. Meslek Mensubu olabilmenin genel şartlarının sayıldığı 5786 sayılı Kanun'un 4. maddesi (d) bendinde yer alan hususlar belirtilen gerekçelerle Yasakoyucunun takdirinde olan kurallar olup, kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmadığı kanaatinde olduğumdan aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2008/88

Karar Sayısı : 2011/85

Karar Günü : 2.6.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekili Hakkı Suha OKAY

İPTAL DAVASININ KONUSU: 17.7.1963 günlü, 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun'un;

1- 31.7.2008 günlü, 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin;

a- (1) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin,

b- (2) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin,

c- (3) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin,

2- 5798 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 11. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 10.9.2008 tarihli dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 31.07.2008 Tarih ve 5798 Sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesiyle Değiştirilen 278 Sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinin; (1) Numaralı Alt Bendindeki "Başbakan tarafından seçilir", (2) Numaralı Alt Bendindeki "Başbakan tarafından seçilir", (3) Numaralı Alt Bendindeki "Başbakan tarafından seçilir" İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı

31.07.2008 tarih ve 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesiyle değiştirilen 278 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesinde, "Oniki üye ile Başkandan oluşan Bilim Kurulu, Kurumun en üst karar organıdır." denilmiştir.

Bu maddenin birinci fıkrasının iptali istenen ibareleri de içeren "Bilim Kurulu üyelerinin seçimi" başlıklı (a) bendi ile oniki üye ile Başkandan oluşan Bilim Kurulu'nun üyelerinin seçilmesi yeniden düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

Üyelerden beşi Bilim Kurulu tarafından belirlenen on aday arasından Başbakan tarafından seçilecektir. Ayrıca biri Yükseköğretim Kurulu Genel Kurulu tarafından belirlenen iki aday arasından da Başbakan seçim yapacaktır Bilim Kurulunun üç üyesi ise Türkiye Bilimler Akademisinin asli üyeleri arasından, biri fen ve teknik bilimler alanından, biri sosyal ve beşeri bilimler alanından ve biri de sağlık bilimleri alanından olmak üzere, Bilim Kurulu tarafından belirlenen altı aday arasından Başbakan tarafından seçilecektir.

Bilim Kurulunun üç üyesinin ise lisans öğreniminden sonra kamu kurum ve kuruluşlarında veya özel sektörde en az on yıl deneyim sahibi olmuş olması gerekiyor. Bu üyelerden bir tanesi Bilim Kurulu tarafından belirlenen iki isim arasından yine Başbakan tarafından diğer ikisi de ikisi TOBB tarafından belirlenen dört aday arasından Başbakan tarafından seçilecektir.

Diğer taraftan yine iptali istenen 5798 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle değiştirilen 278 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre de, Bilim Kurulunun Başkanı da, Bilim Kurulunun belirleyeceği 2 aday arasından Başbakan tarafından seçilecek

ve atanmak üzere Cumhurbaşkanına teklif edilecek ve bu aday Cumhurbaşkanı tarafından Başkan olarak atanacaktır.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, Bilim Kurulu Başkanı ile üyelerinin tamamı diğer bir anlatımla Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'nun (TÜBİTAK'ın) en üst karar organı olan Bilim Kurulu'nun başkanı ile on iki üyesi de dolaylı olarak Başbakan tarafından seçilecektir.

Yapılan bu düzenlemeler; "yerinden yönetim ilkesi" ile bağdaşmayan, Türkiye Bilimsel ve Teknoloji Araştırma Kurumu'nun özerkliğini zedeleyen, bu Kurumun tamamen bilimsel tarafsızlığından koparılıp taraf olması, siyasallaştırılması anlamını taşıyan düzenlemelerdir.

29.06.2005 tarih ve 5376 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile 17.07.1963 tarihli ve 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunun 1 inci maddesi,

"Türkiye'nin rekabet gücünü ve refahını artırmak ve sürekli kılmak için; toplumun her kesimi ve ilgili kurumlarla iş birliği içinde, ulusal öncelikler doğrultusunda bilim ve teknoloji politikaları geliştirmek, bunları gerçekleştirecek alt yapının ve araçların oluşturulmasına katkı sağlamak, araştırma ve geliştirme faaliyetlerini özendirmek, desteklemek, koordine etmek, yürütmek; bilim ve teknoloji kültürünün geliştirilmesinde öncülük yapmak amacıyla, tüzel kişiliğe, idarî ve malî özerkliğe sahip, Başbakanlıkla ilgili "Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu" kurulmuştur. Kurumun kısa adı TÜBİTAK'tır."

şeklinde değiştirilmiştir. Bu düzenleme ile; 278 sayılı Kanunda belirlenen TÜBİTAK'ın faaliyet alanı genişletilmiş, "Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu"nun adı, "Türkiye Bilimsel ve Teknoloji Araştırma Kurumu" olarak değiştirilmiş ve Kurum, Başbakanlığın "bağlı" kuruluşu olmaktan çıkarılıp "ilgili kuruluşu" konumuna getirilmiştir.

Faaliyet alanının ve görevlerinin niteliği, bilimsel etkinliklerinin ağırlık ve önemi nedeniyle tüzelkişilik, idari, mali ve bilimsel özerklik tanınarak kurulan Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu'nun her türlü dış etkilerden ve siyasal karışmalardan uzak tutulması ve bilimsel saygınlığının korunmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.

Kurumu'nun statüsünün "ilgili kuruluş" olması da idari, mali ve bilimsel özerkliği açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Bakanlıkların kuruluş ve görev esaslarını düzenleyen 27.09.1984 günlü, 3046 sayılı Yasa'nın, 10 uncu ve 11 inci maddelerinde yapılan tanımlara göre, "ilgili kuruluşlar", "bağlı kuruluşlara" göre daha özerk statüye sahiptirler. Nitekim 3046 sayılı Yasa'da, bağlı kuruluşların kimi birimleri bakanlıklarla birlikte düzenlenip aynı ilkelere bağlı kılınmışken, ilgili kuruluşlarda bu birimlerin kurulması kendi yasalarına bırakılmıştır.

3046 sayılı Kanunun "Bakanlık İlgili Kuruluşları" başlıklı 11 inci maddesinde *"İlgili kuruluşlar; özel kanun veya statü ile kurulan, iktisadi devlet teşekkülleri ve kamu iktisadi kuruluşları ile bunların müessese ortaklık ve iştirakleri veya özel hukuki, mali ve idari statüye tabi, hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşları şeklinde düzenlenir"* denilmiştir. Bu nedenle TÜBİTAK'ın, tüzelkişiliğe, idari ve mali özerkliğe sahip hizmet bakımından yerinden yönetim kuruluşu olduğu ve Anayasanın 123 üncü maddesinde ifade edilen yerinden yönetim esaslarına dayandığı çok açıktır.

Yerinden yönetim idareleri, kamu tüzel kişiliğine ve yönetsel özerkliğe sahiptirler ve hukuksal varlıkları ya doğrudan Anayasanın bir maddesinden, ya da yine Anayasanın 123 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında ifadesini bulan ilke doğrultusunda, kanundan veya kanunun açıkça verdiği yetkiden kaynaklanır.

Yerinden yönetimler, "hizmet yerinden yönetimi" (işlevsel yerinden yönetimler) ile "mahallî idareler" (yerel yerinden yönetimler) olmak üzere iki grupta toplanmaktadır. Ortak yanları, her ikisinin de "idarî vesayet" denetimine tâbi olmaları ve özerk bir yapıya sahip bulunmalarıdır.

Genel anlamdaki tanımıyla özerklik, sosyal bir topluluğun ya da tüzelkişiliğin kendilerini yöneten kuralların ve yöneticilerin tümünü ya da bir bölümünü bizzat saptayabilmeleri veya Anayasa ve yasaların çizdiği sınırlar içinde hareket edebilmeleri özgürlüğü ve yetkisidir.

Anayasanın 123 üncü maddesinin ikinci fıkrasında sözü edilen "yerinden yönetim esası", aslında özerklik kurumunun Anayasal bir temele oturtulması anlamındadır. Öğretide de işaret olunduğu üzere bu ilke, yerinden yönetimlerin tüzel kişiliğe sahip olmaları, görevli organlarını seçme hakkının verilmesi ve bu organlara karar verme

yetkisinin tanınması gibi üç ana öğeden oluşur. (Bkz. E.1987/18, K.1988/23, KY. 22.06.1988 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı).

İptali istenen kurallar, başbakanın (siyasi iktidarın) yönetimi (Kurumun en üst karar organı olan Bilim Kurulu'nu) şekillendirmesine imkân tanıyarak yerinden yönetim ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 123 üncü maddesine aykırı düşmektedir.

İptali istenen düzenlemelerle Başbakana tanınan Bilim Kurulu üyelerini ve Başkanı seçme yetkileri, Bilim kurulunun Başbakanın tercihleri doğrultusunda oluşmasına; kurum çalışmalarının Başbakanın siyasal tercihleri doğrultusunda gerçekleştirilmesine imkân hazırlayacak; böylece yansız ve özerk yapıdaki Kurum giderek siyasallaşacak, siyasi iktidara bağımlı bir taraf haline girecek; en azından Kurumun üzerine siyasetin gölgesi düşecek ve özerklik sözde kalacaktır.

Başbakanların siyasi partilerden geldikleri, belli siyasi görüşler doğrultusunda yönetimi gerçekleştirdikleri ve bu bakımdan yanlı bir nitelik taşıdıkları gözönünde tutulacak olursa, Başbakana iptali istenen kurallarla tanınan yetkilerin, Başbakanın siyasi tercihlerine uygun kişilerin üye olarak belirlenmesi amacıyla kullanılamayacağına kimse güvence veremez.

Bilimsel araştırmalara çok büyük destek veren, katrilyonluk bütçesi olan bir kurum niteliğini taşıyan TÜBİTAK'ın siyasal iktidarın etkisi altına sokulmasına ve siyasallaştırılmasına imkân tanınması ile Türkiye'nin bilim ortamının büyük yara alacağından kuşku yoktur. Hâlbuki Türkiye'nin geleceğini belirleyecek bilimsel araştırmaların ve bunların yönetiminin nesnelliğini yitirmemesi gerekir. TÜBİTAK, son döneme kadar, tarafsızlığını korumuş; son derece önemli ve nitelikli bilimsel çalışmalar yapmış bir kurumdur.

Eğer bu kurum siyasallaştırılırsa, araştırmalara ayrılan trilyonlarca liralık pay da objektif olmayan kriterlere göre dağıtılabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin "yerinden yönetim ilkesi" ne açıklık getiren 01.06.2005 tarih ve E.2004/60, K.2005/33 sayılı kararında da aynen şöyle denilmiştir:

"…üniversiteler, hizmet yerinden yönetim birimleridir ve Anayasanın 123 üncü maddesinde ifade edilen yerinden yönetim esaslarına dayanırlar. Özerklik ve dolayısı ile kendi yönetim organlarını

kendilerinin belirlemesi, üniversite için, yerinden yönetim ilkesinin getirdiği bir gerekliliktir. İptali istenen düzenleme ise, rektörlerin belirlenmesinde üniversiteyi dışlayıp siyasi iktidarın yönetimi şekillendirmesine imkân tanıyarak yerinden yönetim ilkesine ve dolayısıyla Anayasanın 123 üncü maddesine aykırı düşmektedir. Başbakan ve Milli Eğitim Bakanına rektör önermek konusunda iptali istenen hükümde tanınan yetkiyi, Anayasanın 130 uncu maddesinde belirtilen "devletin denetimi ve gözetimi" kapsamında kabul etmek de olanaksızdır."

Diğer taraftan, özerk olarak kurulması öngörülmüş olan bu Kurumun özerkliğine müdahale niteliğini taşıyan düzenlemelerin gerçek amacı, kamu yararı olmayıp Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'nu siyalaştırmadır. Şöyle ki;

Anayasa Mahkemesinin 28.07.2005 tarih ve E.2005/81, K.2005/12 (Yürürlüğü Durdurma) kararı ile Bilim Kurulu Üyelerinin Başbakan tarafından belirlenmesini öngören 29.06.2005 tarih ve 5376 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesiyle değiştirilen 278 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemelerin Anayasaya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğabileceği gözetilerek yürürlükleri durdurulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ile yürürlükleri durdurulan kurallar Başbakan'a Bilim Kurulu üyelerini doğrudan belirleme yetkisi veren kurallardır. Anayasa Mahkemesinin bu kararından dolayı bu defa Bilim Kurulunun yedi üyesini Başbakan'ın doğrudan belirlemesi yerine Bilim Kurulu'nun oniki üyesinin de dolaylı olarak Başbakan tarafından seçilmesini öngören bir düzenleme getirilmiştir.

Anayasada belirtilen amacı ya da kamu yararını gerçekleştirmek için kanunla yapılacak olan düzenleme, kanun koyucunun yapacağı tercihlere göre şekillenecektir; yani kanun koyucu, Anayasada belirtilen amacı veya kamu yararını gerçekleştirmek için getireceği çözümü seçmekte serbesttir. Burada takdir yetkisi kanun koyucuya aittir ve bu husus, Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girmez.

Fakat kanun koyucunun, Anayasanın gösterdiği amacın veya kamu yararının dışında kişisel, siyasal ya da saklı bir amaç güttüğü; bir başka amaca ulaşmak için bir konuyu kanunla düzenlediği durumlarda, "yetki saptırması" adı verilen durum ortaya çıkar ve bu durum, kuşkusuz, Anayasa Mahkemesi'nin denetim alanına girer. Anayasa Mahkemesi, denetlediği kanunun kamuya yararlı olup olmadığını değil; fakat gerçekten kamu yararını gerçekleştirmek için yapılıp yapılmadığını denetleyebilir.

Anayasa Mahkemesi, "iptali istenen hükümle kapalı olarak bir amaç güdülüp güdülmediğini" araştırabildiğini, çeşitli kararlarında ifade etmiştir; ama kanun koyucunun saklı amacını ortaya koyabilmek, her zaman kolay değildir. (Bkz. E.1978/31, K.1978/50, K.t.02.11.1978; E.1963/124, K.1963/243, K.t.11.10.1963 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararları)

Anayasa Mahkemesinin söz konusu yürürlüğü durdurma kararı karşısında, kanun koyucu bu defa yetki saptırması yoluna başvurmuş, diğer bir anlatımla Başbakan'a Bilim Kurulu üyelerini doğrudan belirleme yetkisi yerine, Bilim Kurulu tarafından belirlenen adaylar arasından seçme yani dolaylı olarak belirleme yetkisi vermiştir.

Anayasa Mahkemesinin değinilen kararı ile yürürlükleri durdurulan kurallar her nekadar Başbakan'a Bilim Kurulu üyelerini doğrudan belirleme yetkisi veren kurallar ise de, iptali istenen kurallar Başbakan'ın siyasi tercihleri doğrultusunda oluşacak Bilim Kurulu'nca belirlenecek adaylar arasından Başbakan tarafından seçim yapılmasını öngördüğünden sonuçta Bilim Kurulu'nun tümüyle Başbakan'ın tercihleri doğrultusunda oluşmasını sağlayacağı yadsınamaz.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kurallar kamu yararı amacına yönelik olmadığından "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmaz ve Anayasanın 2 nci maddesine de aykırı düşer.

Anayasa Mahkemesinin TÜBİTAK gibi "özerk" statüye sahip kamu kuruluşları oluşturulmasındaki amaca açıklık getiren 01.06.2005 tarihli E.2004/60, K.2005/33 sayılı kararında aynen şöyle denilmiştir:

"Kuvvetler ayrılığı ilkesi, sadece yasama, yürütme ve yargı işlevlerinin ayrı organlara verilmesini değil, bazen tek bir kuvvetin çeşitli organlar arasında bölüşülebilmesini de içerebilir. Bu bağlamda, "özerk" statüye sahip kamu kuruluşları oluşturulmasının amacı, kuşkusuz söz

konusu kuruluşları genel idare içinde ayrıcalıklı veya dokunulmaz kılmak değil, onların özellik gösteren işlevlerini çoğulcu demokrasi anlayışı içinde ve daha iyi biçimde yerine getirmelerini sağlamaktır."

İptali istenen kurallar, TÜBİTAK'ın siyasal iktidarın etkisi altına sokulmasına ve siyasallaştırılmasına imkân tanıyacağından bu Kurum'un, özellik gösteren işlevlerini çoğulcu demokrasi anlayışı içinde yerine getirmesinin de önünde bir engel oluşturacağı kuşkusuzdur.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, "demokratik" oluşudur. Bu nedenle de iptali istenen kurallar Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

İptali istenen kurallar "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" ilkesine ters düştüğünden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 31.07.2008 tarih ve 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesiyle değiştirilen 278 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin; (1) numaralı alt bendindeki "Başbakan tarafından seçilir", (2) numaralı alt bendindeki "Başbakan tarafından seçilir", (3) numaralı alt bendindeki "Başbakan tarafından seçilir" ibareleri Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine aykırı olup, iptal edilmeleri gerekmektedir.

2) 31.07.2008 Tarih ve 5798 Sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesiyle Değiştirilen 278 Sayılı Kanunun 5 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

31.07.2008 tarih ve 5798 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle değiştirilen 278 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde "Bilim Kurulu, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler arasından biri Bilim Kurulu dışından olmak üzere iki başkan adayı belirleyerek Başbakana sunar. Başbakan bu adaylardan birini seçerek Başkan olarak atanmak üzere Cumhurbaşkanına teklif eder ve bu aday Cumhurbaşkanı tarafından Başkan olarak atanır." denilmiştir.

Görüldüğü üzere bu kural ile TÜBİTAK'ın en üst karar organı olan Bilim Kurulu'na verilen kendi başkanını doğrudan seçme yetkisi kaldırılmış ve bu yetki dolaylı olarak Başbakan'a verilmiştir.

31.07.2008 tarih ve 5798 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle değiştirilen 278 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen ikinci cümlesi de, "yerinden yönetim ilkesi" ile bağdaşmadığı gibi kamu yararına da dayanmadığından yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen gerektirici nedenlerle Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

TÜBİTAK, ülkemizin önde gelen bir bilim ve araştırma kurumudur.

Bilimsel etkinliklerinin ağırlığı ve önemi nedeniyle tüzel kişilik, bilimsel, idarî ve malî özerklik tanınarak kurulan TÜBİTAK'ın her türlü dış etkenlerden ve siyasal müdahalelerden uzak tutulması; bilimsel saygınlığının korunmasına özen gösterilmesi gerekir. İptali istenen hükümler ile getirilen Anayasaya açıkça aykırı düzenlemeler, TÜBİTAK'ın bilimsel ve idari özerkliğini zedelemektedir.

Anayasaya açık aykırılık taşıyan ve bu Kurumu siyasallaştıracak bir kadrolaşmaya imkân tanıyacak bu düzenlemelerin yürürlüğe girmesi halinde, Kurumun özerk ve yansız yapısı tartışmaya açılacak ve bozulacaktır. Böyle bir ortamda ise, bilimsel çalışmaları amacına ve tanımına uygun biçimde gerçekleştirmek imkânsızlaşacak; bireyler açısından olduğu kadar Kurum açısından da ileride giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğabilecektir.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu kurallar hakkında yürürlüklerinin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 31.07.2008 tarih ve 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 2 nci maddesiyle değiştirilen 278 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin;

a. (1) numaralı alt bendindeki "Başbakan tarafından seçilir" ibaresinin,

b. (2) numaralı alt bendindeki "Başbakan tarafından seçilir" ibaresinin,

c. (3) numaralı alt bendindeki "Başbakan tarafından seçilir" ibaresinin,

Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine aykırı olduklarından,

2) 3 üncü maddesiyle değiştirilen 278 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen ikinci cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 123 üncü maddelerine aykırı olduklarından,

iptallerine ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederim."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1- 17.7.1963 günlü, 278 sayılı Kanun'un 31.7.2008 günlü, 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasının iptali istenilen ibareleri de içeren (a) bendi şöyledir:

"a) Bilim Kurulu üyelerinin seçilmesi:

1) Bilim Kurulunun altı üyesinin, bilimsel ve teknolojik alanlarda eser, araştırma ve buluşlarıyla temayüz etmiş ve/veya araştırma ve teknoloji yönetimi konusunda yetkinliği olan, bilimsel ve teknolojik sistem, kurum ve birimleri

başarı ile kurmuş ve/veya yönetmiş olması gerekir. Bu üyelerden beşi Bilim Kurulu tarafından belirlenen on, biri Yükseköğretim Kurulu Genel Kurulu tarafından belirlenen iki aday arasından ***Başbakan tarafından seçilir****.*

2) Bilim Kurulunun üç üyesi, Türkiye Bilimler Akademisinin asli üyeleri arasından, biri fen ve teknik bilimler alanından, biri sosyal ve beşeri bilimler alanından ve biri de sağlık bilimleri alanından olmak üzere, Bilim Kurulu tarafından belirlenen altı aday arasından ***Başbakan tarafından seçilir****.*

3) Bilim Kurulunun üç üyesinin, lisans öğreniminden sonra kamu kurum ve kuruluşlarında ve/veya özel sektörde en az on yıl deneyim sahibi olmuş, mesleğinde temayüz etmiş ve üstün nitelikli hizmetleriyle tanınmış olması gerekir. Bu üyelerden biri Bilim Kurulu tarafından belirlenen iki ve ikisi Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından belirlenen dört aday arasından ***Başbakan tarafından seçilir****.*

4) Başkanın Bilim Kurulu üyeleri arasından atanması halinde, boşalan Bilim Kurulu üyeliği için aynı kontenjandan yukarıda belirlenen usul ve esaslara göre yeni üye seçilir. İstifa, ölüm veya devamsızlık gibi sebeplerle boşalan üyelikler için yukarıdaki esaslara göre yeni üye seçilir."

2- 17.7.1963 günlü, 278 sayılı Kanun'un 31.7.2008 günlü, 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 5. maddesinin iptali istenilen ilk cümleyi de içeren ikinci fıkrası şöyledir:

*"**Bilim Kurulu, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendinin (1) numaralı alt bendinde belirtilen nitelikleri taşıyan kişiler arasından biri Bilim Kurulu dışından olmak üzere iki başkan adayı belirleyerek Başbakana sunar.** Başbakan bu adaylardan birini seçerek Başkan olarak atanmak üzere Cumhurbaşkanına teklif eder ve bu aday Cumhurbaşkanı tarafından Başkan olarak atanır. Görev süresi dolacak olan Başkanın ikinci bir dönem için daha Bilim Kurulu tarafından aday gösterilmesi durumunda, diğer adayın Bilim Kurulu üyelerinin dışından gösterilmesi gerekir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 11. ve 123. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 18.9.2008 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava dilekçesinde, özetle, dava konusu yasa kurallarının kamu yararı amacı gözetilmeden çıkarılmış olduğu; bu kurallarla TÜBİTAK'ın özerkliğinin zedelendiği, Kurumun bilimsel tarafsızlığının yok edildiği ve taraf haline getirildiği, siyasallaştırıldığı, merkezi idareye (Başbakana) bağımlı kılındığı, siyasal karışmalara ve siyasallaşmaya açık bir hale getirildiği ve bu durumun TÜBİTAK'ın idarî ve bilimsel özerkliğiyle bağdaşmadığı vurgulanarak dava konusu kuralların Anayasa'nın 2., 11. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun'un 5798 sayılı Yasayla değişik 4. maddesinin birinci fıkrasının iptali istenilen ibareleri de içeren (a) bendinde özetle, Tübitak Bilim Kurulu üyelerinin, bu maddede öngörülen koşul ve oranlar çerçevesinde, maddede sayılan ilgili kurum ya da kurullar tarafından her boş üyelik için iki kat tutarında gösterilecek adaylar arasından Başbakan tarafından seçileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

278 sayılı Yasanın 5798 sayılı Yasayla değişik 5. maddesinin iptali istenilen ilk cümleyi de içeren ikinci fıkrasında ise Tübitak Başkanının seçiminde Başbakana, Bilim Kurulu tarafından gösterilen iki adaydan birini seçerek atanması için Cumhurbaşkanına teklif etme yetkisi tanınmıştır.

İptali istenilen kurallarda, Tübitak Bilim Kurulu üyeleri ile Tübitak Başkanının seçimi ve atanması usulü düzenlenmiştir. Dava dilekçesinde birden fazla ibare ya da cümlenin iptali istenilmiş olmakla birlikte iptali istenilen bu kurallar, tek ve ortak bir konuyu ele almaktadırlar. Bu nedenle dava konusu kurallar bir bütün halinde incelenmiştir.

1- Anayasa'nın 123. Maddesi Yönünden

Dava konusu yasa kurallarıyla TÜBİTAK'ın bilimsel ve idari özerkliğinin zedelenmiş olduğu ve bu durumun Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olduğu yönündeki iddia, iptal isteminin başlıca gerekçelerinden birini oluşturmaktadır. Bu nedenle, öncelikle, Tübitak Bilim Kurulu üyelerinin seçiminde ve Tübitak Başkanının atanması sürecinde Başbakana tanınan yetkilerin TÜBİTAK'ın özerk bir bilimsel araştırma kurumu olması ile bağdaşmadığı iddiasının incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesinde *"İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzel kişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur."* hükümleri yer almaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinin ikinci fıkrasında *"İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır."* denilmektedir. Anayasada "*yerinden yönetim esasları"*nın neler olduğu gösterilmemiştir. Buna karşılık, öğretide "özerklik" ve "vesayet ilişkisi" kavramlarının yerinden yönetim esasları arasında merkezi bir rol oynadığı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, özerkliğin sınırları ve vesayet yetkisinin kapsamı yasalarda farklı şekillerde düzenlenebilmektedir. Bu bağlamda özerkliğin derecelerinden söz edilmekte ve kimi kurumların göreceli olarak daha özerk, kimi kurumların ise oldukça sınırlı bir alanda özerk olduklarına vurgu yapılmaktadır.

TÜBİTAK, özel yasayla kurulmuş, tüzel kişiliğe, idari ve mali özerkliğe sahip, Başbakanlığın ilgili kuruluşu durumunda bulunan, hem pozitif bilimler hem de sosyal bilimler alanlarında araştırma ve geliştirme yapmak, bu faaliyetleri desteklemek, özendirmek ve koordine etmek şeklinde görevler verilmiş olan bir "*hizmet yerinden yönetim kuruluşu"*dur. TÜBİTAK'ın statüsü Anayasa'da değil, 17.7.1963 günlü,

278 sayılı Yasa'da düzenlenmiştir. 278 sayılı Yasada TÜBİTAK, Hükümetin ve Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulunun strateji, plan ve hedefleri doğrultusunda görev yapan, hükümete yardımcı bir kurum olarak tanımlanmıştır.

Kurumların özerkliğinin hangi unsurları içermesi gerektiği, hangi hallerde bir kurumun özerk sayılabileceği gibi soruların Anayasa'da herhangi bir cevabı olmadığı gibi, ilgili yasalarda da her duruma uyan genel ve tek bir özerklik tanımlamasının bulunmadığı görülmektedir. Gerçekten de, anılan metinlerde, özerk bir kurumun organlarının nasıl oluşturulması gerektiği ve bu kurumun hangi yetkilere sahip olabileceği sorusuna cevap teşkil edecek şekilde genel, her kurum için uygulanabilecek nitelikte bir özerklik tanımlaması bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde *"yerinden yönetim ilkesi"*, *"idari vesayet"* ve *"özerklik"* kavramlarının açıklanmasında Anayasa'nın 127. maddesine ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadına atıflar yapılmıştır. Oysa, Anayasa'nın 127. maddesi münhasıran "*mahalli idareler*"le ilgilidir. TÜBİTAK ise bir mahalli idare birimi değil, bir hizmet yerinden yönetim kuruluşudur. Bu itibarla, organlarının göreve geliş biçimi, görev süreleri, görevlerinin niteliği, özerklik dereceleri vs. bakımından birbirinden farklı iki kategoriyi oluşturan *mahalli idareler* ile *hizmet yerinden yönetim kuruluşları*nın aynı kapsamda değerlendirilmesi isabetli değildir.

Dava dilekçesinde, TÜBİTAK gibi kurumların, özerk yapıda olmaları nedeniyle kendi yöneticilerini bizzat kendilerinin seçme/belirleme yetkisine sahip olmaları gerektiği iddia edilmiştir. Ancak, Anayasada aksine bir hüküm bulunmadıkça özerk kurumların karar ya da yönetim organlarının kendileri tarafından seçilmesi zorunlu değildir. Bu itibarla, özerk bir kurumun karar organını oluşturan üyelerin tamamının veya bir bölümünün siyasal organlar tarafından seçilmesine bakılarak bunun özerklikle bağdaşmayacağı ileri sürülemez. Aksi halde, bağımsız idari otoriteler dahil hiçbir kamu kurumunun özerk olmadığının kabul edilmesi gerekir. Oysa, bağımsız idari otoritelerin "*kamu tüzel kişiliğine*", "*idari ve mali özerkliğe*" sahip oldukları kuruluş yasalarında açıkça belirtilmekte ve bunların ayırıcı vasfının özerklikleri olduğu öğretide yaygın bir şekilde kabul edilmektedir.

Dava dilekçesinde yapılan açıklamalarda özetle, 2003 yılından önceki dönemde yürürlükte olan kurallar çerçevesinde TÜBİTAK'ın özerk bir

statüye sahip olduğu halde, sonradan çıkarılan 5376 ve 5798 sayılı Yasaların TÜBİTAK'ın özerkliğini ortadan kaldırdığı ileri sürülmekte ve TÜBİTAK'ın özerkliğinin yeniden tesis edilebilmesi için 2003 öncesi yasal durumun ihya edilmesi gerektiği anlamına gelen ifadelere yer verilmektedir.

Özerk kamu kurumlarının statüsü yasalarda gösterilmektedir. Kamu kurumlarının kuruluş ve işleyişlerinin düzenlenmesi ve gerektiğinde bu kurumların varlığına son verilmesi hususunda da yasa koyucunun yetki sahibi olduğu gerçeği yadsınamaz. Bu nedenle TÜBİTAK'ın organlarının nasıl oluşturulacağı, bu kurumun özerkliğinin hangi unsurları içereceği ve vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı hususları da bu çerçevede ele alınmak durumundadır.

TÜBİTAK, hizmet yönünden yerinden yönetim kuruluşudur. Statüsü Anayasa'da değil, 278 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. Kuruluş Kanunu'nda, TÜBİTAK'ın idari ve mali özerkliğe sahip olduğu belirtilmekte, bunun yanı sıra *Başbakanlığın ilgili kuruluşu* olduğu da ifade edilmektedir. 278 sayılı Yasanın TÜBİTAK'ın görevlerine ilişkin 2. maddesinde bu kurumun, Hükümetin ve Bilim ve Teknoloji Yüksek Kurulunun strateji, plan ve hedefleri doğrultusunda görev yapacağı; bilimsel ve teknik konularda Hükümete yardımcı olmakla görevlendirilmiş olduğu belirtilmiştir.

TÜBİTAK'ın statüsünün düzenlenmesi bağlamında ne 123. maddede ne de diğer bir maddede yasa koyucuyu sınırlandıran Anayasal bir kural bulunmamaktadır. Bu itibarla, TÜBİTAK'ın özerkliğinin hangi unsurları içereceği, Tübitak Bilim Kurulu üyelerinin ve Başkanının hangi yöntemle göreve getirileceği ve bu süreçlerde vesayet makamına hangi yetkilerin tanınacağı hususlarında yasa koyucunun takdir yetkisinin bulunduğunun kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu yasa kuralları Anayasa'nın 123. maddesine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

2- Anayasa'nın 2. Maddesi Yönünden

Dava dilekçesinde iptali istenilen kuralları da içeren 5798 sayılı Yasanın kamu yararı amacıyla çıkarılmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ve bu iddia şu gerekçelere dayandırılmıştır:

Anayasa Mahkemesi'nin 28.07.2005 tarih ve E.2005/81, K.2005/12 (Yürürlüğü Durdurma) kararı ile Bilim Kurulu üyelerinin Başbakan tarafından belirlenmesini öngören 278 sayılı Kanunun 29.06.2005 tarih ve 5376 sayılı Yasayla değiştirilen 4 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemelerin yürürlüklerinin durdurulmasına karar verildiği; Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı ile yürürlükleri durdurulan kuralların Başbakan'a Bilim Kurulu üyelerini doğrudan belirleme yetkisi verdiği; Anayasa Mahkemesi'nin bu kararından sonra bu defa Bilim Kurulunun yedi üyesini Başbakan'ın doğrudan belirlemesi yerine Bilim Kurulu'nun oniki üyesinin de dolaylı olarak Başbakan tarafından seçilmesini öngören bir düzenlemenin getirilmiş olduğu; Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yürürlüğü durdurma kararı karşısında, kanun koyucunun bu defa yetki saptırması yoluna başvurduğu, Başbakan'a Bilim Kurulu üyelerini doğrudan belirleme yetkisi yerine, Bilim Kurulu tarafından belirlenen adaylar arasından seçme yani dolaylı olarak belirleme yetkisinin verilmiş olduğu; Anayasa Mahkemesi'nin değinilen kararı ile yürürlükleri durdurulan kurallar her ne kadar Başbakan'a Bilim Kurulu üyelerini doğrudan belirleme yetkisi veren kurallar idiyse de, iptali istenen kuralların da Başbakan'ın siyasi tercihleri doğrultusunda oluşacak Bilim Kurulu'nca belirlenecek adaylar arasından Başbakan tarafından seçim yapılmasını öngördüğünden sonuçta Bilim Kurulu'nun tümüyle Başbakan'ın tercihleri doğrultusunda teşekkül edeceği; Bu nedenlerle, iptali istenen kuralların kamu yararı amacına yönelik olmadığı, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı ve Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği ise, yasaların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç öğesi bakımından anayasaya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu söylenebilir.

Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir. Sonuç olarak, dava konusu kuralların kamu yararı amacı gözetilmeden çıkarılmış olduğu iddiasını ispatlamaya elverişli nitelikteki kanıtların varlığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

17.7.1963 günlü, 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun'un:

1- 31.7.2008 günlü, 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen, 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin;

a- (1) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresine,

b- (2) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresine,

c- (3) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresine,

2- 5798 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen, 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal istemleri, 2.6.2011 günlü, E.2008/88, K. 2011/85 sayılı kararla reddedildiğinden, bu cümle ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 2.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

17.7.1963 günlü, 278 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun'un:

1- 31.7.2008 günlü, 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen, 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin;

a- (1) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin,

b- (2) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin,

c- (3) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin,

2- 5798 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen, 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 2.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2009/50

Karar Sayısı : 2011/89

Karar Günü : 2.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 9. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 10.10.1984 günlü, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un, 18.5.1987 günlü, 281 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesiyle değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "…her seviyedeki işçi…teşekküllerinde…" ibarelerinin Anayasa'nın 6. maddesine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacı sendika ile ilgili olarak basında yer alan yolsuzluk iddialarının 3056 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca, Başbakanlık müfettişlerinin koordinatörlüğünde bir heyet tarafından incelenmesi, gerekirse soruşturulması, sendikanın son beş yıllık iş ve işlemlerinin teftiş edilmesinin uygun görülmesine ilişkin Başbakanlık Makamının 21.10.2008 günlü ve 54 sayılı olur işleminin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu ibarelerin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 6. maddesinde; hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir yetki kullanamayacağı ifade edilmiştir.

Öte yandan, Anayasanın 52. maddesi "Sendikalar, 13 üncü maddede sayılan genel sınırlamalara aykırı hareket edemeyecekleri gibi; siyasi amaç güdemezler, siyasi faaliyette bulunamazlar, siyasi partilerden destek göremezler ve onlara destek olamazlar; derneklerle, kamu

kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçlarla ortak hareket edemezler.

İşyerinde sendikal faaliyette bulunma, o işyerinde çalışmamayı haklı göstermez.

Sendikalar üzerindeki Devletin idari ve mali denetimi ile gelir ve giderleri, üye aidatının sendikaya ödenme şekli kanunla düzenlenir.

Sendikalar gelirlerini amaçları dışında kullanamazlar; tüm gelirlerini Devlet bankalarında muhafaza ederler." şeklinde düzenlenmiş iken, 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı Kanunun 3. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Uyuşmazlığa uygulanacak olan 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun "Teftiş Kurulu Başkanlığı" başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrasında "Vakıflarda, derneklerde, kooperatiflerde, her seviyedeki işçi ve işveren teşekküllerinde teftiş, denetim veya bu maksatla kurulmuş olan birimlerin görev, yetki ve sorumluluklarını haiz olmak, gerektiğinde her türlü inceleme, araştırma, soruşturma ve teftişi yapmak veya yaptırmak" hükmüne yer verilmiştir.

Üyesi bulunduğumuz Uluslararası Çalışma Örgütü (İLO) nün sendika özgürlüğüne ve örgütlenme hakkının korunmasına ilişkin 87 sayılı Sözleşmenin 3. maddesinde; "Çalışanları ve işverenlerin örgütlerinin tüzük ve yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahip oldukları, kamu makamlarının bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmaları gerektiği" hükme bağlanmıştır. Anılan Sözleşme 25.11.1992 tarihli ve 3847 sayılı Kanunla onaylanıp Bakanlar Kurulunun 8.1.1993 tarihli ve 93-3967 sayılı kararı ile onanarak ve 25.2.1993 tarihli ve 21507 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak iç hukuk normu haline dönüşmüştür.

Anılan Sözleşmenin uygulamaya geçirilmesi amacıyla bir dizi anayasal düzenlemeler yapılırken 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 47. maddesi 26.06.1997 tarihli ve 4277 sayılı Kanunun 5. maddesi ile değiştirilerek "Sendika ve konfederasyonlarda denetleme kurulları veya denetçiler tarafından yapılacak idari ve mali denetimde yönetim ve

işleyişin gelir ve giderlerin, bunlarla ilgili işlemlerin kanun, tüzük ve genel kurul kararlarına uygun olup olmadığı incelenir.

Denetim esasları, işçi ve işveren konfederasyonlarının yazılı görüşleri alınarak hazırlanacak bir tüzükte gösterilir." şeklini almıştır.

Yukarıda aktarılan Anayasal ve yasal düzeyde değişiklikleri içeren gelişmeler ışığında Devletin genel anlamda Sendikalar üzerindeki denetiminin yerini, Sendikaların kendi organlarınca gerçekleştirilen bir iç denetim almıştır.

Böylelikle İLO Sözleşmelerine uymak amacıyla yapılan anayasal ve yasal değişiklik ve düzenlemelerle sendikalar üzerindeki idarenin özellikle periyodik denetim ve bu denetin yetkisinden kaynaklanan idari müeyyideler uygulamak yetkisi ortadan kaldırılmıştır.

Bu kapsamda 3056 sayılı Yasanın 20. maddesinin 2. fıkrasının Başbakanlık Teftiş Kuruluna Sendikalarla ilgili denetim yapma olanağı veren "her türlü işçi ... teşekküllerinde" ibaresinin, Devletin Anayasal düzeyde sona erdirilen sendikalar üzerindeki denetim yetkisini devam ettirdiğinden Anayasanın 6. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılarak iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, kararın taraflara tebliğine, 29.04.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

10.10.1984 günlü, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un, 18.5.1987 günlü, 281 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu ibareleri de içeren "Başbakanlık Teftiş Kurulu" başlıklı 20. maddesi şu şekildedir:

"Teftiş Kurulu Başkanlığı Başbakan'ın veya yetkili kılması üzerine Müsteşarın emri veya onayı ile Başbakan adına aşağıdaki görevleri yapar:

a) Bütün kamu kurum ve kuruluşlarıyla, kamu iktisadi teşebbüslerinde teftişin etkin bir şekilde yürütülmesi hususunda genel

prensipleri tesbit etmek ve personelin verimli çalışmasını teşvik edici teftiş sistemini geliştirmek,

b) 1. (a) bendinde sayılan kuruluşlarla bunların iştirak ve ortaklıklarında, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarında, teftiş, denetim veya bu maksatla kurulmuş olan birimlerin görev, yetki ve sorumluluklarını haiz olarak her türlü inceleme, araştırma, soruşturma ve teftiş yapmak veya yaptırmak,

2. Vakıflarda, derneklerde, kooperatiflerde, **her seviyedeki işçi** ve işveren **teşekküllerinde** teftiş, denetim veya bu maksatla kurulmuş olan birimlerin görev, yetki ve sorumluluklarını haiz olarak gerektiğinde her türlü inceleme, araştırma, soruşturma ve teftişi yapmak veya yaptırmak,

3. Gerektiğinde, imtiyazlı şirketlerle, özel kuruluşları da mali yönden teftiş ve denetlemek,

c) Başbakanlık merkez teşkilatında araştırma, inceleme ve soruşturma ile bağlı ve ilgili kuruluşlarında her türlü inceleme, araştırma, teftiş ve soruşturma yapmak.

Teftiş Kurulunun çalışma usul ve esasları, müfettişlerin seçilmesi ve yetiştirilmesi ile diğer hususlar, bir yönetmelikle tesbit edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 6. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımıyla 16.7.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer

yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlıdır.

İtiraz yoluna başvuran Ankara 9. İdare Mahkemesi, 3056 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "…her seviyedeki işçi…teşekküllerinde…" ibarelerinin iptalini istemektedir.

3056 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde Başbakanlık Teftiş Kurulu'nun sayılan diğer tüzel kişilerin yanı sıra "her seviyedeki işçi ve işveren teşekküllerinde" inceleme, araştırma, soruşturma ve teftişi yapmak veya yaptırmak yetkisi düzenlenmiştir.

Başvuran Mahkemenin iptalini istediği ibareler arasında yer alan "her seviyedeki" ve "teşekküllerinde" ibareleri "işçi" sözcüğünün yanı sıra "işveren" sözcüğünü de kapsamaktadır. Oysa başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davanın konusu bir işçi sendikasının denetimine ilişkindir.

Bu nedenle, 3056 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "… her seviyedeki işçi … teşekküllerinde …" ibarelerine ilişkin esas incelemenin "**işçi**" sözcüğüyle sınırlı olarak yapılmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Anayasa'nın 6. maddesi hükmü gereği hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki kullanamayacağı, üyesi bulunduğumuz Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı Sözleşmesinin 3. maddesinde; "kamu makamlarının bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şeklide kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmaları gerektiği"nin hükme bağlandığı, anılan Sözleşmenin uygulamaya geçirilmesi amacıyla bir dizi anayasal ve yasal

düzenlemeler yapıldığı, sendikalar üzerindeki Devletin idari ve mali denetimi ile gelir ve giderlerinin kanunla düzenleneceğini ifade eden Anayasa'nın 52. maddesinin ilga edildiği, 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 47. maddesinin değiştirilerek sendika ve konfederasyonlarda idari ve mali denetimin denetleme kurulları veya denetçiler tarafından yapılacak bir iç denetime dönüştürüldüğü belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 6. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3056 sayılı Yasa'nın itiraz konusu ibareyi içeren 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde, Başbakanlık Teftiş Kurulu'na vakıflar, dernekler ve kooperatiflerin yanı sıra her seviyedeki işçi ve işveren teşekküllerinde teftiş, denetim veya bu maksatla kurulmuş olan birimlerin görev, yetki ve sorumluluklarını haiz olarak gerektiğinde her türlü inceleme, araştırma, soruşturma ve teftişi yapmak veya yaptırmak yetkisi verilmektedir.

Anayasa'nın 51. maddesinde sendika kurma hakkı, çalışanların ve işverenlerin, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkı olarak tanımlanmıştır. Öte yandan, sendikaların varlığını koruması ve amacı çerçevesinde serbestçe faaliyette bulunabilmesi sendika özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır.

Sendikal faaliyetlerle ilgili bazı sınırlamalara yer veren Anayasa'nın 52. maddesi, sendikal hakların ülkemizdeki gelişimi sürecinde, üyesi olduğumuz Uluslararası Çalışma Örgütü(ILO)'nün sendika özgürlüğüne ve örgütlenme hakkının korunmasına ilişkin 87 No'lu sözleşmesi hükümleri de dikkate alınarak 23.7.1995 gün ve 4121 sayılı Yasa ile yürürlülükten kaldırılmıştır.

Anayasa'nın Mülga 52. maddesinde sendikalar üzerindeki Devletin idari ve mali denetimi, gelir ve giderleri ile üye aidatının sendikaya ödenme şeklinin kanunla düzenleneceği hükmü yer almakta idi. Sözkonusu 52. maddenin yürürlülükten kaldırılması ile sendikal faaliyetlere ilişkin maddede yer alan sınırlamaların yanı sıra sendikal faaliyetlere yönelik diğer bir sınırlama olan devletin sendikal faaliyetler üzerinde idari ve mali denetim yetkisi de kaldırılmıştır.

Anayasa'nın "Egemenlik" başlıklı 6. maddesinin üçüncü fıkrasında, hiçbir kimsenin ya da organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 108. maddesindeki istisna saklı kalmak koşuluyla Anayasa'da yapılan değişiklikle devletin sendikalar üzerinde idari ve mali denetim yetkisinin dayanağı ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle Başbakanlık Teftiş Kuruluna işçi sendikaları üzerinde inceleme, araştırma, soruşturma ve teftişi yapmak veya yaptırmak yetkisi veren itiraz konusu kural Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 6. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrasında, yasanın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

3056 sayılı Yasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "…**işçi**…" sözcüğünün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen sözcükten sonra yer alan "…**ve** …" sözcüğünün de iptali gerekir.

VII- SONUÇ

1- 10.10.1984 günlü, 3056 sayılı Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un, 18.5.1987 günlü, 281 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesiyle değiştirilen, 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "…işçi …" sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 3056 sayılı Kanun'un, 18.5.1987 günlü, 281 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesiyle değiştirilen, 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "…işçi …" sözcüğünün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen sözcükten sonra yer alan "… ve …" sözcüğünün de, 6216 sayılı

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE,

2.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2009/94

Karar Sayısı : 2011/90

Karar Günü : 2.6.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY, Kemal KILIÇDAROĞLU ve Kemal ANADOL

İPTAL DAVASININ KONUSU: 19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 1. Maddesi ile değiştirilen 21.2.1967 günlü, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 9. maddesinin;

a- Beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "üç katına kadar aday" ibaresinin,

b- Altıncı fıkrasının "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz." biçimindeki son cümlesinin,

2) 2. Maddesi ile 832 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 11. maddenin;

a- Birinci fıkrasının,

b- İkinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 16.12.2009 tarihli dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 19.11.2009 Tarihli ve 5924 Sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesi ile Değiştirilen 21.02.1967

Tarihli ve 832 Sayılı Sayıştay Kanununun 9 uncu Maddesinin Beşinci Fıkrasında Yer Alan "üç katına kadar aday" İbaresinin ve Altıncı Fıkrasındaki "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz" Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

19.11.2009 tarihli ve 5924 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile 832 sayılı Sayıştay Kanununun 9 uncu maddesi başlığı ile birlikte değiştirilerek, "Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığına Giriş Sınavı ve Denetçi Yardımcısı Adayları ile Denetçi Yardımcılarının Yetiştirilme ve Meslek Sınavı Yönetmeliği" ile düzenlenen denetçi yardımcısı adaylığına giriş sınavı ve diğer hususlarla ilgili hükümlere Kanunda yer verilmiştir.

Bu çerçevede Yasa'nın 9 uncu maddesinin beşinci fıkrasında yapılan düzenlemede yer verilen ve iptali istenen ibare ile yazılı sınav sonucunda, yetmiş puandan az olmamak üzere, en yüksek puandan başlayarak eleme sınavı ilanında belirtilen kadronun üç katına kadar adayın mülakata çağrılması öngörülmüştür.

Mülakata üç kat aday çağrılmakla, mülakata alınacakların sayısı yazılı sınavda en yüksek puan alanların aleyhine olacak biçimde genişletilerek yazılı sınavın etkisini azaltan, bilgiye, ehil olmaya ve liyakate dayalı bir sınav yapma yerine, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olmayan başkaca subjektif değerlendirmelere dayalı olarak bir seçim yapmanın önü açılmıştır.

Halbuki Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun YD. İtiraz No. 2008/774 sayılı kararında da belirtildiği üzere, mülakata çağrılacak aday sayısı saptanırken yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılmaması, mesleğe olabildiğince yazılı sınavda en başarılı olanların alınmasının sağlanması gerekmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun söz konusu kararında (Ek.1) aynen şöyle denilmiştir:

"Sözlü sınavın, yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte, bilgi ve liyakati ölçmek, adayın kaymakamlık mesleğine uygun yeteneğe, kültüre, çağdaş yaşam anlayışına sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılacağı açıktır. Bu çerçevede, sözlü sınavın temel amacı, yazılı sınav yapılmak suretiyle nesnel bir biçimde belirlenen en başarılı aday adayından başlayarak mesleğe en uygun kaymakam adaylarının belirlenmesidir. Bu nedenle, aday adaylarının yarıştırıldığı bir sınavda sözlü sınava çağrılacak aday sayısı saptanırken yazılı sınavın nesnel sonuçlarının

ortadan kaldırılmaması, mesleğe olabildiğince yazılı sınavda en başarılı olanların alınmasının sağlanması gerekmektedir. Böylece, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında öznel nedenlerin etkili olması önlenebilir, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun bir belirleme gerçekleştirilebilir. Örneğin, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 9/A maddesinde, "Yazılı sınavda yüz tam puan üzerinden en az yetmiş puan almak kaydıyla en yüksek puan alandan başlamak üzere, sınav ilanında belirlenen kadro sayısının bir katı fazlası mülakata çağrılır." hükmü yer almaktadır. Bu kuralda, mülakata çağrılacak aday sayısı yazılı sınavda en yüksek puan alanların lehine olacak biçimde daraltılmış, böylece yazılı sınavın nihai başarıdaki payı artırılmıştır. Belirtilen nitelikteki bir düzenlemenin yazılı sınavın nesnel sonucunun ortadan kaldırılmasını önleyici nitelikte olacağı açıktır.

Bu durumda, dava konusu Yönetmeliğin 10 uncu maddesinin V. fıkrasında yer alan sınav ilanında belirtilen kadronun dört katı kadar adayın sözlü sınava çağrılması yolundaki düzenleme, yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında öznel nedenlerin etkili olmasına yol açacak nitelikte olup, bunun ise kamu yararı ve hizmet gerekleriyle bağdaşmayacağı sonucuna varılmaktadır."

Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir. Anayasa Mahkemesi'nin 15.10.2003 tarih ve E.2003/36, K.2003/91 sayılı Kararında da,

"Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. "Yasaların kamu yararına dayanması" gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için yasakoyucunun öngörülebilir düzenlemeler getirmesi de asıldır"

denilmiştir.

İptali istenen ibare, yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılmasına, idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında öznel nedenlerin etkili olmasına yol açacak nitelikte bir düzenleme olduğundan kamu yararına dayanmadığı açıktır. Bu nedenle de Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 10 uncu maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu kural, birbiri ile aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir.

Yazılı sınavın nesnel sonuçlarının ortadan kaldırılması, bu sınavda daha başarılı olanların aleyhine, daha az başarılı olanlar lehine bir durum yarattığından Anayasanın 10 uncu maddesindeki "Kanun önünde eşitlik" ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, 19.11.2009 tarihli ve 5924 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile değiştirilen 832 sayılı Sayıştay Kanununun 9 uncu maddesinin altıncı fıkrasında,

"Mülakat, adayın;

a) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü,

b) Liyakati, temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu,

c) Özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığı,

ç) Genel yetenek ve genel kültürü,

d) Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı,

yönlerinden değerlendirilerek, ayrı ayrı puan verilmek suretiyle gerçekleştirilir.

Adaylar, komisyon tarafından (a) ila (d) bentlerinde yazılı özelliklerin her biri için yirmişer puan üzerinden değerlendirilir ve verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir."

denildikten sonra iptali istenen cümlede de "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz." hükmüne yer verilmiştir.

İptali istenen bu cümle ile adayların mülakatta verdikleri yanıtların teknolojik imkânlardan yararlanarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınması engellenmekte ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvence dışlanmaktadır.

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun yukarıda değinilen kararında da bu konuda;

"Danıştay Onikinci Dairesince; tüm unsurları itibariyle yargısal denetimin yapılabilmesi ve hukuk devleti ilkesinin temini açısından, sözlü sınav komisyon üyelerinin her biri tarafından değerlendirme yapılarak tutanağa bağlanmış soruların ve yanıtlarının neler olduğunun, bu yanıtlara komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmamış olması ve ayrıca sözlü sınavda verilen yanıtların teknolojik imkânlardan yararlanarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmaması nedenleriyle davacının sözlü sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlem hukuka uygun bulunmamıştır.

Anılan Daire kararı incelendiğinde, işlemin hukuka uygun bulunmamasının gerekçelerinden birisini, "sözlü sınavda adayın sorulara verdiği yanıtların teknolojik imkânlardan yararlanarak sesli ve görüntülü kayıt altına alınmamasının" oluşturduğu görülmektedir. Dolayısıyla, sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilecek bir sözlü sınavda, adaylara yöneltilen soruların ve yanıtlarının da kaydedileceği açık olup, bunların ayrıca sözlü sınav komisyon üyeleri tarafından tutanağa bağlanması gerekli bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sözlü sınavda komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulması hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvencenin temini açısından zorunlu ve gereklidir."

görüşüne yer verilmiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Görüldüğü üzere, iptali istenen "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz." cümlesi, yargısal denetim yapılmasını ortadan kaldıracak bir nitelik taşıdığından Anayasanın 2 nci maddesine ve aynı sınava giren adaylardan bazıları lehine idarenin takdir yetkisinin kullanılmasında öznel nedenlerin etkili olmasına yol açacak bir nitelik taşıdığı için de Anayasanın 10 uncu maddesindeki "Kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 19.11.2009 tarihli ve 5924 sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile değiştirilen 21.02.1967 tarihli ve 832 sayılı Sayıştay Kanununun 9 uncu maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "üç katına kadar aday" ibaresi ve altıncı fıkrasındaki "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz" cümlesi Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

2) 19.11.2009 Tarihli ve 5924 Sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesi ile 832 Sayılı Kanuna Eklenen Geçici Madde 11'in Birinci ve İkinci Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

5720 sayılı Yasanın iptali istenen geçici madde 1'i, aynı konuda verilmiş yargı kararını etkileyici ve değiştirici nitelik taşımaktadır. Anayasanın 138 inci maddesinde, sadece yürütmenin değil yasama organının da mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organların mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmeyeceği belirtilmiştir. Madde Anayasanın bu kuralına aykırıdır.

2 – 6 Şubat 2009 tarihlerinde yapılan Sayıştay Denetçi Yardımcılığı sözlü sınavında başarısız olan adaylar, sözlü sınavın iptali ve sınav sonucu yapılan atamaların iptali ile 29.01.1980 tarihli ve 16884 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan, Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığına Giriş Sınavı ve Denetçi Yardımcısı Adayları ile Denetçi Yardımcılarının Yerleştirilme ve Meslek Sınavı Yönetmeliğinin "sözlü sınav" başlıklı 16 ncı maddesinde yer alan "Sözlü sınav değerlendirilmesinde adayların

zekâ, intikal surati, ifade ve temsil yeteneği de dikkate alınır" ifadesinin iptalini istemiştir.

Danıştay Onikinci Dairesi, Sayıştay başkanlığının savunmasının aldıktan sonra, yargısal denetimin nasıl yapılabilirliği üzerinde durmuş ve şu gerekçelere kararda yer vermiştir:

"Sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin, diğer tüm idari işlemlerin yargısal denetimlerinde olduğu gibi yetki, şekil, sebep, konu ve maksat olmak üzere işlemin tüm unsurları yönünden yargısal denetiminin yapılması esas olmalıdır. İdari işlemin yetki, şekil gibi salt usule ilişkin unsurları ile sınırlı olmak üzere yapılan bir yargısal denetimin, hukuk devleti ilkesinin sağladığı güvenceyi temin etmeyeceği açıktır. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2 nci maddesinin (1/a) bendi gereğince iptal davalarında, idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat unsurları yönünden yargısal denetime tabi tutulması zorunlu bulunmaktadır.

Dolayısıyla; sözlü sınavda başarısız sayılma işleminin yargısal denetimini sağlayacak altyapının tüm unsurlarıyla oluşturulmasını sağlamak hukuka bağlı idarenin görevidir."

Danıştay bu değerlendirmeler sonrasında; sözlü sınavda adayın hangi yönlerden görevinin gerektirdiği niteliklere sahip olmadığının Sayıştay tarafından açıklanamaması ve öznel değerlendirmelere açık olan sözlü sınavda takdir edilen puanla, eleme ve yazılı sınavda normal ölçütlerde ortaya konan başarı ve liyakatin geçersiz kılınmasının mümkün olamayacağını belirtmiştir. Bu nedenle de sözlü sınavın hizmet gerekleri ve nesnel ölçüler esas alınarak yapılamadığı sonucuna varmış ve "Bu durumda, tüm unsurları itibariyle yargısal denetim yapılabilmesi ve hukuk devleti ilkesinin temini açısından, komisyon üyelerince takdir edilen notun gerekçeleriyle ortaya konulmaması, sınavın sesli ve görüntülü kayıt yapılmak suretiyle gerçekleştirilmemesi nedeniyle yapılan sözlü sınavda ve davacının bu sınavda başarısız sayılmasına ilişkin işlemde hukuka uyarlık bulunmamaktadır."

denilmiştir. Danıştay bu kararında ayrıca, yapılan atamaların da doğal olarak iptal edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

İptali istenilen Geçici 11 inci madde, Danıştay 12. Dairesinde devam etmekte olan 2009/1045 Esas sayılı dava sırasında verilen yürütmeyi durdurma kararını geçersiz hale getirmektedir. İptali istenen maddedeki;

"02.02.2009 – 06.02.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanlar, bu Kanun hükümlerine göre mülakata alınırlar" ve "02.02.2009 – 06.02.2009 tarihleri arasında yapılan sınav sonucuna göre atananların, sınav sonucuna ilişkin hakları saklıdır. Bu adayların eğitimleri ve stajları kaldığı yerden devam eder." ifadeleri, anılan yargı kararını geçersiz kılma durumunu hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde açıkça ortaya koymaktadır.

Oysa Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında tanımlandığı gibi, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir (Any. Mah. 04.06.2003 tarihli ve E.2002/132, K.2003/46 sayılı kararı). Hukuk devleti niteliğini kazanmanın vazgeçilmez koşullarından birisi mahkeme kararlarına uyulma zorunluluğudur. Anayasanın 138 inci maddesinde; Yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin, mahkeme kararlarını hiç bir surette değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği öngörülmüştür.

Söz konusu hüküm ve kararlar gözetildiğinde, iptali istenen düzenlemeyle Anayasanın 138 inci maddesine aykırı hareket edilmiş olduğu kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesinin 24.12.2003 günlü ve E.2002/43, K.2003/103 sayılı kararına yazılan ek gerekçede de; Bakanlar Kurulu'nun 01.11.1999 günlü kararıyla yürürlüğe giren Türk Hava Kurumu Tüzüğünün Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Tüzük'ün 1 inci maddesinde, Türk Hava Kurumu'nun yürürlükten kaldırılan tüzüğünde belirtilen organların görevlerinin bu Tüzüğün yürürlüğe girmesiyle sona ereceği, bu görevlerin ise, Başbakanlıkça belirlenecek bir başkan ve iki üyeden oluşan üç kişilik kurul tarafından yerine getirileceği, bu kurulun da en geç altı ay içinde Türk Hava Kurumu'nun yeniden yapılandırılmasına ilişkin Tüzüğü hazırlayarak Bakanlar Kuruluna sunacağı belirtilmiş, üç

kişilik kurulun 01.11.1999 günlü Bakanlar Kurulu kararıyla oluşturulduğu, Danıştay 10. Daire tarafından Tüzük'le ilgili olarak 17.02.2000 gün ve E.1999/4871 sayı ile Kurula atama işlemi içinde 09.03.2000 gün ve 1999/5044 sayı ile yürütmenin durdurulması kararı verildiği, üç kişilik kurul tarafından hazırlanan Tüzük ile Bakanlar Kuruluna karşı açılan davada da aynı Daire tarafından 23.03.2000 gün ve E.2000/893 sayı ile yürütmenin durdurulması kararı alındığı, bu davalar devam ederken çıkarılan 28.03.2000 günlü ve 4552 sayılı Yasanın dava konusu geçici 7 nci maddesiyle Türk Hava Kurumu'nun organlarının görevleri Yasa'nın dava konusu geçici 7 nci maddesiyle Türk Hava Kurumu'nun organlarının görevleri Yasa'nın yayımı tarihinde sona erdirilip, bu görevlerin Başbakanlıkça belirlenecek üç kişilik bir Kurul tarafından yerine getirileceği, söz konusu Kurul'un en geç bir ay içinde Türk Hava Kurumu'nun yeniden yapılandırılmasına ilişkin tüzüğü hazırlayarak Bakanlar Kurulu'na sunacağının öngörüldüğü, böylece, Danıştay'da görülmekte olan davanın konusunu oluşturan idari işlemin yasa kuralı haline dönüştürüldüğü, Anayasanın 138 inci maddesinin son fıkrasında, "Yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organlar ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremeyeceği ve bunları geciktiremeyeceği kuralına yer verildiğini, davanın geçirdiği evrelerden de anlaşılacağı gibi, yasama organının itiraz konusu geçici 7 nci madde ile diğer yargı kararlarıyla aynı etki ve değerde olan yürütmenin durdurulması kararını sonuçsuz bırakmak amacıyla yasal düzenleme yaparak Anayasanın 138 inci maddesinin ihlal edildiği, öte yandan, Anayasanın benimsediği kuvvetler ayrılığı ilkesinin Devletin üstlendiği görevlerin niteliklerine göre, yasama, yürütme ve yargı organları tarafından yerine getirilmesini zorunlu kıldığı, bu organlardan birinin, diğerinin görev alanıyla ilgili işlem yapmasının fonksiyon gaspı olarak nitelendirileceğinden hukukun üstünlüğünü egemen kılmakla yükümlü hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, itiraz konusu geçici 7 nci madde ile idari işlem niteliğinde yasama tasarrufunda bulunularak bu ilkenin de ihlal edildiği vurgulanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları da bu doğrultudadır, Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10.11.2004 günlü "Bergama Altın Davası" olarak adlandırılan (Taşkın ve Diğerleri – Türkiye, Dava No: 46117/99) kararında (Ek.3); Danıştay'ın 13.05.1997 tarihinde, "altın madeninin oluşturduğu riske dair konuyla ilgili pek çok incelemeye

dayanarak, söz konusu madene izin verilmesinin kamu yararı ile bağdaşmadığını, Bakanlar Kurulunun 29.03.2002 tarihli gizli kararnamesiyle hâlihazırda Nisan 2001 tarihinde faaliyete başlamış olan altın madeninin faaliyetlerinde devam etme izni verildiğini, Ovacık altın madeni faaliyetlerinin 13.04.2001 tarihinden itibaren deneme düzeyine indirildiğini, bu faaliyetin çeşitli Bakanlık izinlerine dayandığını ve tümüyle Başbakanlık kaynaklı olduğunu, söz konusu izinlerin hiçbir yasal dayanağa sahip olmadığını açıklanmış ve idarenin işlemleri "yargı kararının dolanılması anlamına gelmektedir." denildikten sonra "Böyle bir durum, hukukun üstünlüğü ve hukuk güvenliği ilkelerinin dayandığı hukuk devleti prensibine aykırılık oluşturmaktadır" vurgusu yapılmış ve belirtilen gerekçeler temelinde AİHM'nin ulusal yetkililerin 01.04.1998 tarihinde Danıştay tarafından onanan 15.10.1997 tarihli İzmir İdare Mahkemesi kararını makul bir zaman içersinde ve gerçek anlamda yerine getirmedikleri görüşünde olduğunu, dolayısıyla Sözleşmenin m.6/1 ihlal edildiği belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12.12.2006 günlü (Dildar – Türkiye) kararında da; herhangi bir mahkeme tarafından verilen bir kararın uygulanması, 6 ncı maddenin amaçları bağlamında "yargılama"nın bütünleyici bir parçası olarak görülmesi gerektiğini, yargı kararlarına "uygun hareket etmek amacıyla" gerekli önlemleri almak için önemli bir süre gecikmekle, AİHS'nin 6/1 inci maddesinin ihlal edildiği vurgulanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12.07.2005 günlü (Okyay ve Diğerleri – Türkiye) kararında da; Anayasanın 138/4 üncü maddesi ve İdari Yargılama Usul Yasasının 28 inci maddesine göre, idari makamların mahkeme kararlarına uymak ve kendilerine tebliğ edilmesinden itibaren 30 gün içinde uygulamakla yükümlü olduklarını, Başbakan ve kabinenin diğer bakanlarından oluşan (54. Hükümetin) Bakanlar Kurulu'nun 03.09.1996 tarihinde idare mahkemesi kararlarının aksine, termik santrallerin çalışmasının devamına karar verdiğini, AİHM'nin, bir mahkeme tarafından verilen kararın yerine getirilmesinin, Sözleşmenin 6/1 inci maddesinde amaçlanan "yargılama"nın bütünleyici parçası olarak dikkate alınması gerektiğini yinelediğini, eğer Sözleşmeci Devletin yasal sisteminin, kesin ve bağlayıcı olan bir mahkeme kararının veya bir tarafın maruz kalacağı zararı önleyen bir tedbir kararının uygulanamaz hale gelmesine izin veriyorsa, bu durumda, 6 ncı

maddeyle sağlanmış olan mahkemeye ulaşma hakkının görünürde kalacağını, bu ilkenin, davacının medeni hakları için kesinlik sağlayan idari işlemler bağlamında bir tartışmanın sonucu ile ilgili olduğu takdirde daha da önemli olduğunu, idari makamların üç termik santralin çalışmalarının durdurulması için, 20.07.1996 tarihinde Aydın İdare Mahkemesince verilen yürütmeyi durdurma kararını uygulamadıklarına dikkat çektiğini, İdari makamların, ayrıca Aydın İdare Mahkemesinin 30.12.1996 tarihli kararını onayan Danıştay'ın kararlarını da yasa tarafından emredilen süre içinde yerine getirmediğini, bilakis, Bakanlar Kurulu'nun 03.09.1996 tarihinde idare mahkemelerinin kararlarının aksine, üç termik santralin faaliyetinin sürdürülmesine karar verdiğini, bu son kararın yasal temelden yoksun ve iç hukuka göre açıkça hukuka aykırı olduğunu, bunun yargı kararlarına karşı hile yapmakla aynı şey olduğunu, AİHM'nin, böyle bir durumun yasal kesinlik ilkesi ve hukukun üstünlüğü üzerine kurulmuş Hukuk Devleti ilkesini ters yönde etkilediği görüşünde olduğunu, ulusal makamların, Aydın İdare Mahkemesince verilen 30.12.1996 tarihli kararları ve sonra verilen Danıştay'ın 3 ve 06.07.1998 tarihli kararlarını makul süre içinde ve hukuka uygun şekilde yerine getirmede ihmalleri olduğunu, bu nedenle 6/1 inci maddenin etkin kullanımından yoksun kalındığı düşüncesinde olduğunu ve bu nedenle Sözleşmenin 6/1 inci maddesinin ihlal edildiği belirtilmiştir.

Söz konusu hüküm ve kararlar gözetildiğinde, iptali istenen düzenlemeyle Anayasanın 138 inci maddesine aykırı hareket edilmiş olduğu kuşkusuzdur.

Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin "Genel Gerekçesinde Teklif'in amacı;

"Teklif ile Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 128 inci maddesinin "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" hükmü gereğince; Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığına girişle ilgili genel hususların kanunla düzenlenmesi suretiyle objektiflik, yerindelik, hesap verilebilirlik ve liyakat ilkelerine uygun seçimin yasal güvenceye kavuşturulması ve yukarda bahsi geçen sözlü sınav neticesinde ortaya çıkan mağduriyetin giderilmesi amaçlanmaktadır"

şeklinde açıklanmıştır. Ancak bu "amaç" açıklamasının, doğru olmadığı ve yapılan bu düzenleme ile "saklı bir amaç" güdüldüğü; bu Kanun Teklif'ini veren Bilecik Milletvekili Fahrettin POYRAZ'ın, Teklif'in Yasama Meclisi'ndeki görüşmeleri sırasında yaptığı konuşmadan da açıkça anlaşılmaktadır. Adı geçen bu konuşmasında (Ek.2);

"Değerli arkadaşlar, yapılan sınav 2 ila 6 Şubat 2009 tarihlerinde yapılıyor ve atamalar 23.02.2009 tarihinde yapılıyor. Bu atamalar yapılmadan Danıştay'a 16.02.2009 tarihinde dava açılıyor ve fakat yaklaşık beş ay sonra 07.07.2009 tarihinde de yürütmeyi durdurma kararı veriliyor.

Şimdi, hakikaten ortada telafisi güç bir zarar ortaya çıkacak olsaydı, varsa bu zarar o zaman haklı olarak biz bu beş ay niye bekledik diye sormamız gerekmiyor mu?"

demek suretiyle Danıştay 12. Dairesinde devam etmekte olan 2009/1045 Esas sayılı dava sırasında verilen yürütmeyi durdurma kararını ağır bir şekilde eleştirmiş ve yine bu konuşmasında söz konusu kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesine aykırılığından bahisle idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde verilmiş bir yargı kararı olduğunu vurgulamıştır.

Yine Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkan Vekili Kayseri Milletvekili Sadık Yakut' da yaptığı konuşmada (Ek.3);

"…Türkiye Büyük Millet Meclisi adına mali denetim yapan sayıştayın denetçi yardımcılarının mesleğe alınmasıyla ilgili yönetmeliğe dair mahkeme sebebiyle ortaya çıkan hukuki boşluğun Anayasa'nın 160/son maddesindeki kanunla düzenleme yapma şartına uygun olarak doldurulmak suretiyle ortaya çıkmış olan mağduriyetin giderilmesinde ibarettir"

demek suretiyle getirilen Yasa Teklifinde güdülen amacın, Sayıştay mensuplarının atanmalarının kanunla düzenlenmesi olduğunu belirtmiştir. Ancak, bu amaç açıklamasının da gerçeği yansıtmadığı kuşkusuzdur. Zira, Anayasa Mahkemesi'nin 11.06.2003 tarih ve E.2001/346, K.2003/63 sayılı kararında da belirtildiği üzere Yasayla düzenleme, düzenlenen alanda temel ilkelerin konularak çerçevesinin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak, yasada temel esasların belirlenmiş olması koşuluyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntılar yürütme

organının takdir yetkisine bırakılabilir. Bu nedenle, Sayıştay'ın denetçi yardımcılarının mesleğe alınmasıyla ilgili olarak yasada temel esasların belirlenmiş olması şartıyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların yürütme organının takdir yetkisine bırakılması, diğer bir anlatımla yönetmelik ile düzenlenmesi mümkün olduğundan yapılan bu düzenlemede saklı bir amacın güdüldüğü kuşkusuzdur.

Yapılan bu açıklamalar da, yasama erkinin yukarıda etraflıca belirtilen yargı kararının uygulanmasını engellemek amacına yönelik olarak kullanıldığının açık bir göstergesi olup, iptali istenen söz konusu düzenlemeden anlaşılacağı üzere yürütme, Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanlar ile atama işlemleri yargı kararları ile durdurulanların atamasını "yetki saptırması" yoluyla gerçekleştirmeye çalışmaktadır.

Anayasa da belirtilen amacı ya da bir kamu yararını gerçekleştirmek ereğiyle olsun, yasakoyucu belli bir sonucu elde etmek için değişik yolların seçimini siyasî tercihlerine göre yapmakta serbesttir. Ancak, yasakoyucunun kişisel, siyasî ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani kamu yararına yönelik olmayan başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu yasayla düzenlediği durumlarda bir "yetki saptırması" ve giderek de amaç öğesi bakımından yasanın sakatlığı ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılığı söz konusu olur.

Kaldı ki anılan düzenleme, yasaların genelliği kuralı ile de bağdaşmamaktadır.

Hukuk Devleti olabilmenin bir başka göstergesi de yasalarda "genellik" ilkesine uyulmasıdır. "Yasaların genelliği" ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup özel, aktüel ve geçici bir durumu gözetmeyen, belli bir kişiyi hedef almayan, aynı statüde olan herkesi kapsayan kuralların getirilmesini zorunlu kılar (Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1996 günlü, E.1996/58, K.1996/43 sayılı kararı).

Dava konusu kuralın, esas itibariyle Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanlar ile atama işlemleri yargı kararları ile durdurulanlar için getirildiği kuşkusuzdur. Bu nedenle iptali istenen kural, nesnellik ve genellik niteliklerinden yoksun olup, belirli durumlar için, belirli amaçlara ulaşmak amacıyla getirildiğinden bu nedenle de Anayasanın hukuk Devleti kavramına aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 10 uncu maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu kural, birbiri ile aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. İptali istenen geçici madde 11'in birinci fıkrasında ise, 02.02.2009 – 06.02.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanların, bu Kanun hükümlerine göre mülakata alınacakları öngörülmüştür. Sayıştay denetçi yardımcılığı için aynı eleme ve yazılı sınava giren ve dolayısıyla aynı hukuki durumda olanlardan bazılarının sözlü sınava, bazılarının mülakata tabi olmasının öngörülmesi sonucunu doğuran iptali istenen düzenleme, aynı hukuki durumda olanlar için farklı bir düzenleme getirdiğinden eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Öte yandan iptali istenen düzenlemenin kanun yapma tekniği ile bağdaştırılması da mümkün değildir. 832 sayılı Sayıştay Kanununun "Sayıştaya İlişkin Kanun Tasarı ve Teklifleri" başlıklı 19 uncu maddesinde "Sayıştaya ilişkin olarak yapılan kanun tasarısı ve teklifleri hakkında görüşlerini tesbit etmek, vize ve denetleme işleri için yönetmelikler yapmak, Genel Kurulun görevleri arasındadır." hükmüne yer verilmiştir. Hal böyle iken, Sayıştay'a ilişkin söz konusu Kanun Teklifi ile ilgili olarak Sayıştay Genel Kurulu'nun görüşü de alınmamıştır. Böyle bir durumun, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği çok açıktır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 19.11.2009 tarihli ve 5924 sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesi ile 832 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 11'in birinci ve ikinci fıkraları, Anayasanın hukuk devletine ilişkin 2 nci, eşitlik ilkesine ilişkin 10 uncu, Anayasa normlarının bağlayıcılığı ve üstülüğüne ilişkin 11 inci,

mahkeme kararlarına uyulma zorunluluğuna yönelik Anayasanın 138 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen kurallar, anayasa hükümlerine açıkça aykırı olduğu gibi, yasaların genelliği ilkesiyle bağdaşmayan kişiye özel bir kanun niteliği taşımakta ve özünde de kamu yararı amacına dayanmadığından uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen kuralların, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 19.11.2009 tarihli ve 5924 sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 1 inci maddesi ile değiştirilen 832 sayılı Sayıştay Kanununun 9 uncu maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "üç katına kadar aday" ibaresinin ve altıncı fıkrasındaki "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz" cümlesinin Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 2 nci maddesi ile 832 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 11'in birinci ve ikinci fıkralarının Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 11 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar

yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

1) 21.2.1967 günlü, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun; 19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen ve iptali istenen ibare ile cümleyi de içeren 9. maddesi şöyledir:

"Denetçiler, denetçi yardımcılığından yetişirler.

Denetçi yardımcılığına, hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakültelerinden veya bunlara denkliği Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilen yurt içi veya yurt dışındaki en az dört yıllık fakülte veya yüksek okullardan birini bitirmiş olanlar arasından açılacak giriş sınavını kazananlar Birinci Başkan tarafından aday olarak atanır. Sınava girebilmek için sınavın yapıldığı yılın Ocak ayının ilk günü itibariyle 31 yaşını bitirmemiş olmak ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 48 inci maddesinde belirtilen genel nitelikleri taşımak şarttır.

Giriş sınavı; eleme sınavı, yazılı sınav ve mülakattan oluşur. Eleme ve yazılı sınavları, Sayıştay Başkanlığı ile imzalanacak protokole göre Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından yapılır.

Eleme sınavı; alan bilgisi, genel kültür ve genel yetenek sorularından oluşur ve test usulüne göre yapılır. Eleme sınavı sonucunda, yetmiş puandan az olmamak üzere en yüksek puandan başlayarak sınav ilanında belirtilen kadronun beş katına kadar aday yazılı sınava çağrılır.

Yazılı sınav; zorunlu olan; İktisat, Maliye, Hukuk, Kompozisyon ile seçimlik olan Ticaret Hukuku veya Muhasebe konularından oluşur. Yazılı sınav sonucunda, yetmiş puandan az olmamak üzere, en yüksek puandan başlayarak eleme sınavı ilanında belirtilen kadronun **üç katına kadar aday** mülakata çağrılır.

Mülakat, adayın;

a) Bir konuyu kavrayıp özetleme, ifade yeteneği ve muhakeme gücü,

b) Liyakati, temsil kabiliyeti, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu,

c) Özgüveni, ikna kabiliyeti ve inandırıcılığı,

ç) Genel yetenek ve genel kültürü,

d) Bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı,

yönlerinden değerlendirilerek, ayrı ayrı puan verilmek suretiyle gerçekleştirilir. Adaylar, komisyon tarafından (a) ila (d) bentlerinde yazılı özelliklerin her biri için yirmişer puan üzerinden değerlendirilir ve verilen puanlar ayrı ayrı tutanağa geçirilir. **Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz.**

Mülakat komisyonu; Birinci Başkanın veya görevlendireceği bir daire başkanının başkanlığında, iki üye ve üç uzman denetçi olmak üzere altı kişiden oluşur. Mülakatta başarılı sayılmak için, komisyon başkan ve üyelerinin yüz tam puan üzerinden verdikleri puanların aritmetik ortalamasının en az yetmiş olması şarttır.

Giriş sınav sonuç listesi; eleme sınav puanı ve yazılı sınav puanı ile mülakat puanının aritmetik ortalaması tespit edilerek en yüksek puan alandan başlamak üzere hazırlanır. Giriş sınav sonuç listesindeki sıralama doğrultusunda eleme sınav ilanında belirtilen kadro sayısı kadar adayın atama işlemleri yapılır.

Denetçi yardımcılarının mesleki eğitim ve staj süresi en az iki en çok üç yıldır. Adaylık süresi en az bir en çok iki yıldır. Adaylık süresi sonunda; olumlu sicil alanlar Memurlar Seçim ve Disiplin Kurulunun kararı ve Birinci Başkanın onayıyla denetçi yardımcılığına atanırlar. Olumlu sicil alamayanların görevine Memurlar Seçim ve Disiplin Kurulu kararı ve Birinci Başkanın onayıyla son verilir.

Denetçi yardımcılarının denetçiliğe atanabilmeleri için mesleki eğitim ve staj sonunda yapılacak sınavda başarılı olmaları ve olumlu sicil almaları şarttır. Yeterlik sınavında başarılı olamayanların meslek mensupluğu ile ilişiği kesilir. Bunlardan yazılı olarak talepte bulunanlar, Sayıştay Birinci Başkanının onayıyla yönetim mensubu olarak atanır.

Sayıştay meslek mensupları ile savcı ve yardımcılarının yükselme süreleri iki yıldır.

Denetçi yardımcılığı adaylığına giriş sınavı esas ve usulleri, mesleki eğitimde okutulacak derslerle staj şekli ve şartları ile süresi, eğitim ve

staj sonundaki sınav usulleri ve diğer hususlar yönetmelikle düzenlenir."

2) 21.2.1967 günlü, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun; 19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen ve iptali istenen fıkraları da içeren Geçici 11. maddesi şöyledir:

"2/2/2009 - 6/2/2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanlar, bu Kanun hükümlerine göre mülakata alınırlar. Bu Kanunun 9 uncu maddesinin yedinci fıkrasındaki "yetmiş" ibaresi, bu mülakatta "elli" olarak uygulanır.

2/2/2009 - 6/2/2009 tarihleri arasında yapılan sınav sonucuna göre atananların, sınav sonucuna ilişkin hakları saklıdır. Bu adayların eğitimleri ve stajları kaldığı yerden devam eder.

Bu Kanunun 9 uncu maddesinde öngörülen yönetmelik bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç ay içerisinde çıkarılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince; Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 22.12.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 832 sayılı Kanun'un; 19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen 9. Maddesinin Beşinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan "üç katına kadar aday" ibaresi İle Altıncı Fıkrasının "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz" Biçimindeki Son Cümlesinin İncelenmesi

832 sayılı Kanunu'nun iptali istenen ibare ve cümleyi de içeren 9. maddesi, 3.12.2010 günlü, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 82. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca yürürlükten kaldırıldığından, söz konusu ibare ve cümleye ilişkin konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar vermek gerekmiştir.

B- 832 sayılı Kanun'un; 19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen Geçici 11. Maddesinin Birinci ve İkinci Fıkralarının İncelenmesi

1- Genel Açıklama

İptali istenen kuralların yürürlüğe girdiği tarihten önce Sayıştay Denetçi Yardımcısı adaylığına giriş sınavları, Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığına Giriş Sınavı ve Denetçi Yardımcısı Adayları ile Denetçi Yardımcılarının Yetiştirilme ve Meslek Sınavı Yönetmeliği hükümlerine göre yapılmaktaydı. Anılan Yönetmeliğin 8. maddesine göre adaylar, eleme, yazılı ve sözlü olmak üzere üç aşamalı bir sınava tabi tutulmaktaydılar. Ancak, 2.2.2009 ilâ 6.2.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavının ve sözlü sınavın dayanağını oluşturan söz konusu Yönetmeliğin 16. maddesinde yer alan "Sözlü sınavda adaylara, kurul üyelerince ortaklaşa takdir edilecek tek not verilir." biçimindeki cümlenin Danıştayca yürütmesinin durdurulmasına karar verilmesi üzerine, Yönetmelikle düzenlenen Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sınavına ilişkin bazı kurallar 19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Kanun'la değiştirilen 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 9. maddesiyle yasa hükmü haline getirilmiştir. Yapılan düzenlemeyle denetçi yardımcılığına giriş sınavıyla atama yapılacağı giriş sınavının eleme, yazılı ve mülakat aşamalarından oluşacağı belirtilerek bunlara ilişkin ayrıntılı hükümlere yer verilmiş, mülakatın tutanaklar dışında herhangi bir kayıt sistemiyle kayıt altına

alınamayacağı ifade edilmiş, Yönetmelikte yer alan "sözlü sınav" ibaresi "mülakat" olarak değiştirilerek mülakatta başarılı olmak için aranan en az 50 puan alma koşulu 70 puana yükseltilmiştir.

832 sayılı Kanun'un iptali istenen kuralları içeren Geçici 11. maddesinin, 5924 sayılı Kanun'la değiştirilen 832 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle uyum sağlamak ve 2.2.2009 ilâ 6.2.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavına ilişkin Danıştayca verilen yürütmenin durdurulması kararından sonra ortaya çıkan durumu açıklığa kavuşturma amacıyla yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Kanun'un Geçici 11. maddesinin birinci fıkrasında, 2.2.2009 ilâ 6.2.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanların, bu Kanun hükümlerine göre mülakata alınacağı ve yapılacak mülakatta en az 50 puan alan adayların başarılı sayılacağı; ikinci fıkrasında ise 2.2.2009 ilâ 6.2.2009 tarihleri arasında yapılan sınav sonucuna göre atananların sınav sonucuna ilişkin haklarının saklı olduğu, bu adayların eğitimlerinin ve stajlarının kaldığı yerden devam edeceği kurala bağlanmaktadır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde; yapılan düzenlemelerle kişisel ve saklı bir amacın güdülerek 2 ilâ Şubat 2009 tarihlerinde yapılan sözlü sınava ilişkin olarak Danıştay tarafından verilen yürütmenin durdurulması kararıyla atama işlemi durdurulanlar ile sözlü sınavda başarısız sayılanların atamasının yetki saptırması yoluyla gerçekleştirilmeye çalışılması nedeniyle kamu yararına dayanılmadığı, kuralların esas itibariyle Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanlar ile atama işlemleri yargı kararları ile durdurulanlar için getirilmesi nedeniyle yasaların genelliği ilkesine de uymadığı, 832 sayılı Kanun'un 19. maddesi hükmüne rağmen Sayıştay Genel Kurulundan görüş alınmadan kuralların yasalaştırıldığı, Geçici 11. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemeyle daha önce Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanların mülakata alınmaları suretiyle aynı eleme ve yazılı sınava giren ve dolayısıyla aynı hukuki durumda olanlardan bazılarının sözlü sınava, bazılarının mülakata tabi tutulduğu, iptali istenen kurallarla getirilen düzenlemeyle Danıştay 12. Dairesinin aynı konuda verdiği yürütmenin durdurulması kararının

geçersiz hale getirildiği belirtilerek, kuralların Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde yasaların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Yasa koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak yetkisine sahip olup, düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının belirlenerek takdir edilmesi yasa koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, yasakoyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, incelenen kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek yasalaştırılmış olup olmadığının incelenebileceği açıktır.

Kanun'un Geçici 11. maddesinin birinci fıkrasındaki kuralla, 2 ilâ 6 Şubat 2009 tarihleri arasında yapılan sözlü sınavda başarısız sayılanlar için yapılacak mülakatta adayların başarısız sayıldıkları sınavın yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Yönetmeliğin 16. maddesinde sözlü sınav notunun en az 50 puan olması; buna karşılık Yasa'nın 9. maddesinde mülakat puanının an az 70 puan olarak öngörülmesinden dolayı sınava gireceklerin mağduriyetlerinin önlenmesi amacıyla mülakat puanının 50 olarak belirlendiği anlaşılmaktadır. Yapılan düzenlemeyle, söz konusu sözlü sınavda başarısız olanlara yürütmenin durdurulması kararının ve Yasa'yla yapılan yeni düzenlemenin gereği olarak yeni bir mülakat hakkının verilmesinin ve bu sınavda önceki sınavda geçerli olan başarı puanının esas alınmasının kamu yararı amacı dışında bir yönü bulunmamaktadır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasıyla yapılan düzenlemeyle de 2.2.2009 ilâ 6.2.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarılı kabul edilip ataması yapılan ve yedi ay süreyle görev yaptıktan sonra Danıştayın verdiği yürütmenin durdurulması kararı gereğince adaylıklarına son verilenlerin haklarının korunması ve

mağduriyetlerinin giderilmelerinin amaçlandığı dikkate alındığında, kuralın Anayasa'ya aykırı bir tarafının bulunmadığı açıktır.

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Kanun'un Geçici 11. maddesinin ikinci fıkrasındaki kuralla, 2 ilâ 6 Şubat 2009 tarihleri arasında yapılan sözlü sınavda başarılı olup Sayıştay denetçi yardımcısı adayı olarak atanan ve yaklaşık yedi ay süreyle stajlarını yapanların, sınavın yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan mevzuat hükümleri uyarınca kazandıkları adaylık statüsü korunmuş, adayların denetçi yardımcılığı ve stajları sonunda Sayıştay denetçi yardımcısı olabilmelerine yönelik haklı beklentileri karşılanmak amacıyla, hukuki güvenlik ilkesinin gereği yerine getirilmiştir.

Öte yandan, yasaların ve yasalarla getirilen kuralların genel olması, hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Yasaların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durumu gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir. İptali istenen kurallar, 2 ilâ 6 Şubat 2009 tarihleri arasında yapılan sınavda başarılı olanlar ile başarısız olanlarının tamamını kapsamına almaktadır. Kurallarla yapılan düzenlemeyle, kapsama alınan kişiler arasında bir ayırım yapılmadığı gibi, söz konusu kişilere özel bir imtiyaz da sağlandığı anlaşılmadığından, kuralların yasaların genelliği ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde

eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiğini göstermez. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Kanun'un Geçici 11. maddesinin iptali istenen birinci fıkrasında, 2.2.2009 ilâ 6.2.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanların, bu Kanun hükümlerine göre mülakata alınacakları hükme bağlanmıştır. Sayıştay Denetçi Yardımcısı Adaylığına Giriş Sınavı ve Denetçi Yardımcısı Adayları ile Denetçi Yardımcılarının Yetiştirilme ve Meslek Sınavı Yönetmeliği'nin 8. maddesinde öngörülen sözlü sınav ibaresinin, 19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Kanun'la değiştirilen 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 9. maddesiyle mülakat olarak değiştirilmesi nedeniyle, bu düzenlemeye paralel olarak iptali istenen kuralda da sözlü sınav tabiri yerine mülakat sözcüğü kullanılmıştır. Bir başka ifadeyle iptali istenen kuralda yer alan önceki sözlü sınavda başarısız olanların mülakata alınacağı biçimindeki düzenleme, Yönetmelikte yer alan sözlü sınavın adının mülakat olarak değiştirilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu durumda, kuralda önceki sözlü sınavda başarısız olanların tümünün yeniden mülakata alınacakları hükmüne de yer verildiği dikkate alındığında, söz konusu kişilerin bazılarının mülakata bazılarının ise sözlü sınava tabi tutulmaları söz konusu olmadığından, eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğu, bu organların ve idarenin mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyeceği ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyeceği kurala bağlanmıştır.

İptali istenen kuralların Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sınavına ilişkin bazı hükümlerin yasa ile düzenlenmesi nedeniyle bu yeni yasal duruma bağlı olarak ve geçmişte yapılan sınavın yargı kararıyla yürürlüğünün durdurulmasından sonra ortaya çıkan belirsizliğin giderilmesi amacıyla yasalaştırıldığı dikkate alındığında, yasama organının yargı kararını etkisizleştirmek amacıyla hareket ettiği söylenemez. Yasakoyucu tarafından getirilen ve genel, objektif nitelik

taşıdığı görülen kuralın, Anayasa'nın 138. maddesine aykırılığından söz edilemez.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Zehra Ayla PERKTAŞ, bu sonuca farklı gerekçelerle katılmışlardır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 2., 10. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 1. maddesiyle, 21.2.1967 günlü, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun değiştirilen 9. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "… üç katına kadar aday …" ibaresi ile altıncı fıkrasının "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz." biçimindeki son cümlesi hakkında, 2.6.2011 günlü, E. 2009/94, K. 2011/90 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu cümle ve ibareye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2- 2. maddesiyle, 832 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 11. maddenin birinci ve ikinci fıkralarına yönelik iptal istemleri, 2.6.2011 günlü E. 2009/94, K. 2011/90 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkralara ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

2.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

19.11.2009 günlü, 5924 sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 1. maddesiyle, 21.2.1967 günlü, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun değiştirilen 9. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "… üç katına kadar aday …" ibaresi ile altıncı fıkrasının "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz." biçimindeki son cümlesi, 3.12.2010 günlü, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 82. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi ile yürürlükten

kaldırıldığından, bu cümle ve ibareye ilişkin KONUSU KALMAYAN İPTAL İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2- 2. maddesiyle, 832 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 11. maddenin birinci ve ikinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

2.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

DEĞİŞİK GEREKÇE

19.11.2009 günlü 5924 sayılı Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle 832 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 11. maddenin, iptali istenen birinci ve ikinci fıkralarında, "02.02.2009 - 06.02.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcısı adaylığı sözlü sınavında başarısız sayılanlar, bu Kanun hükümlerine göre mülakata alınırlar. Bu Kanunun 9 uncu maddesinin yedinci fıkrasındaki "yetmiş" ibaresi, bu mülakatta "elli" olarak uygulanır; 02.02.2009 – 06.02.2009 tarihleri arasında yapılan sınav sonucuna göre atananların, sınav sonucuna ilişkin hakları saklıdır. Bu adayların eğitimleri ve stajları kaldığı yerden devam eder"

denilmektedir. Bu kuralın, 02.02.2009 - 06.02.2009 tarihleri arasında yapılan Sayıştay denetçi yardımcılığı sözlü sınavının ve bu sınav sonucu yapılan atama işlemlerinin, yürütülmesinin durdurulmasına ilişkin Danıştay Onikinci Daire kararının geçersiz kılınması amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Yargı kararlarıyla hukuka aykırı olduğu saptanan idari işlemlere yasa ile geçerlik tanınması, fonksiyon gaspına yol açacağından Anayasa'nın kuvvetler ayrılığı ilkesi karşısında kabul edilemez bir durumdur. Bu bağlamda, dava konusu kuralın uygulandığı kişiler yönünden de kazanılmış hak, beklenen hak, hukuk güvenliği gibi ilkelerin geçerli olması düşünülemez. Bu ilkeler, ancak idarenin kendi içinde hukuka uygun usullerle tesis ettiği işlemler için söz konusu olabilir. İdarenin hukuka aykırı işlemlerinin yargı kararlarıyla engellenmesi durumunda, yasama gücünün, hukuka aykırılığı aşmak amacıyla kullanılması, hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmaz. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararları, Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Resmî Gazete'de yayımlandıkları tarihte yürürlüğe girip, geçmişe etkili olmadıklarından, dava konusu kuralın iptalinde hukuksal yarar bulunmadığı gerekçesiyle çoğunluk görüşüne farklı gerekçe ile katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2009/11

Karar Sayısı : 2011/93

Karar Günü : 9.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 14. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.6.2007 günlü, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22. maddesinin (14) numaralı fıkrasının *"Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir."* biçimindeki son cümlesinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bir süre (A) sınıfı sigorta eksperi olarak görev yaptıktan sonra ara verdiği mesleğini yeniden aktif olarak icra etme yönündeki talebi eşinin bir sigorta şirketinde yönetici olduğu gerekçesiyle Hazine Müsteşarlığı tarafından reddedilen davacının, bu işlemin iptali istemiyle açtığı davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı savını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı (…) vekili (…) tarafından (01/11/2004 gün ve 04/142 sayılı belge ile (A) sınıfı Sigorta Eksperi olarak görev yapmakta iken mesleğine bir süre ara veren davacının, yeniden aktif Sigorta Eksperliği görevine dönmek amacıyla yaptığı başvurunun reddine dair davalı idarenin 21/10/2008 gün ve 45949 sayılı işleminin iptali ve yürütmenin durdurulma istemiyle) Hazine Müsteşarlığına karşı açılan davada; davacı tarafından ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık itirazı ciddî bulunarak işin gereği görüşüldü:

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11'inci maddesinin ikinci fıkrasında kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş; 152'nci

maddesinde de "Bir davaya bakmakla olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesi'nin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 152'nci madde hükmüne göre, bir davaya bakmakta olan mahkemenin itiraz yoluyla bir kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, iptali istenen kuralın davada uygulanacak nitelikte bir kural olması gerekir. Davacının faal Sigorta Eksperi olarak çalışmasını engelleyen 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22'nci maddesinin (14) no.lu fıkrasının son tümcesinin ise bakılan davada uygulanacak bir kural niteliğinde olduğu açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; davacının, 01/11/2004 gün ve 04/142 sayılı belge ile (A) sınıfı Sigorta Eksperi olarak görev yapmakta iken mesleğine bir süre ara verdiği sırada 14/06/2007 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 5684 sayılı yeni Sigortacılık Kanunu'nun yürürlüğe girdiği, anılan Kanun'un geçici 6'ncı maddesi uyarınca süresi içerisinde ruhsatını değiştirme şartını yerine getirdiği, ancak aynı Kanun'un 22/(14) maddesinde yer verilen Sigorta şirketlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile mesleki faaliyette bulunan şirket çalışanları sigorta eksperliği yapamaz; tüzel kişi sigorta eksperlerinin yönetim ve denetim kurullarında görev alamaz, imzaya yetkili olarak çalışamaz, bunlara ortak olamaz ve bunlardan ücret karşılığı herhangi bir iş kabul edemez. Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de Sgeçerlidir." hükmü gerekçe gösterilerek, (hâlen eşi … Sigorta A.Ş. Ege Bölge Müdürlüğü'nde

Bölge Müdür Yardımcısı olarak görev yapan) davacının yeniden aktif Sigorta Eksperliği görevine döndürülmesi ve bu doğrultuda Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) bünyesinde tutulan (aktif olarak görev yapan Sigorta Eksperlerini gösteren) Levha'ya kaydolunması isteğiyle yaptığı başvurunun reddi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacı; 5684 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce sigorta eksperliği yapmaya hak kazandığını eski yasal düzenlemede eşinin sigorta şirketinde imza yetkilisi olarak çalışmasının kendisinin sigorta eksperliği yapmasına engel teşkil ettiğine dair bir hüküm bulunmadığı, çıkarılan yeni Yasa'nın kendisinin müktesep hak niteliğindeki mesleğini yapmaya engel teşkil etmesinin kanunların geriye yürümezlik ilkesine ve çalışma hürriyetine aykırı olduğunu ileri sürerek, 5684 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin (14) no.lu fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu itirazında bulunmuştur.

Sigorta eksperlerinin çalışma usûl ve esaslarını düzenleyen mülga 7397 sayılı Sigorta Murakebe Kanunu'nun 38'inci maddesinin birinci fıkrasında "Sigorta hasar eksperi", "Sigorta edilen rizikoların gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini tespit ile mutabakatlı kıymet, ön ekspertiz ve gözetim gibi işlemleri mutad meslek hâlinde yapan kişiler" olarak tanımlanmış, ikinci fıkrasında sigorta hasar eksperliği yapabilecek kişilerin nitelikleri, çalışma usûl ve esasları ile sigorta hasar eksperliği mesleğinin düzenlenmesine ilişkin diğer hususların yönetmelikle tespit edileceği belirtilmiş, dördüncü fıkrasında ise sigorta hasar eksperlerinin, taraflardan birisi ile arasında tarafsızlığını şüpheye düşürecek önemli nedenler veya taraflardan biri ile Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245'inci maddesinin 1, 2 ve 3 numaralı bentlerinde yazılı derecelerde akrabalığı veya bir iş ortaklığı varsa, eksperlik görevini kabul edemeyecekleri hükme bağlanmıştır.

Mülga 7397 sayılı Kanun'a dayanılarak çıkarılan ve Resmî Gazete'nin 11/05/1992 gün ve 21225 sayılı nüshasında yayımlanarak yürürlüğe konulan mülga Sigorta Eksperleri Yönetmeliği ile sigorta eksperlerinin nitelikleri, çalışma şekilleri ve şartları ile tâbi olacakları denetim esasları belirlenmiştir (md. 1). Anılan Yönetmeliğin 2/g maddesinde Hazine Müsteşarlığı nezdinde bir Sigorta Eksperleri Sicili tutulması öngörülmüş; 3'üncü maddesinin birinci fıkrası ile 20'nci maddesinde de ancak bu

sicile kaydolunan gerçek ve tüzel kişilerin sigorta eksperliği yapabilecekleri, Sigorta Eksperleri Siciline kayıtlı olmayan kişilerin sigorta eksperliği yapamayacakları ifade edilmiştir.

Eşleri sigorta şirketlerinin yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanların sigorta eksperliği yapamayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme içermeyen 7397 sayılı Sigorta Murakebe Kanunu, 03/06/2007 tarihinde kabul edilen ve 14/06/2007 gün ve 26552 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış ve bu Kanun'a dayanılarak da yeni bir Sigorta Eksperleri Yönetmeliği (RG., 22/06/2008-26914) yürürlüğe konulmuştur.

5684 sayılı Kanun'un 2/(l)-ğ maddesinde Kanun'da geçen "Levha" deyiminin "Sigorta eksperleri ve sigorta acenteleri için Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği tarafından ayrı ayrı düzenlenecek faal olarak çalışanlara ilişkin kayıtları gösterir levha"yı ifade ettiği belirtilmiş, aynı maddenin (m) bendinde "Sigorta Eksperi", "Sigorta konusu risklerin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan kayıp ve hasarların miktarını, nedenlerini ve niteliklerini belirleyen ve mutabakatlı kıymet tespiti, ön ekspertiz ve hasar gözetimi gibi işleri mutat meslek olarak yapan tarafsız ve bağımsız kişi" olarak tanımlanmış; 22/(2) maddesinde sigorta eksperliği yapmak isteyen kişilerin Müsteşarlıktan sigorta eksperlik ruhsatı alması ve Levha'ya yazılı olması gerektiği hükme bağlanmış, aynı maddenin (4) no.lu fıkrasında "Sigorta eksperi unvanı, sigorta eksperliği ruhsatnamesinin alınmasından sonra kazanılır. Sigorta eksperliği yapacaklar, ruhsatnamelerini aldıktan sonra Levha'ya kayıt olmak için Türkiye Odalar ve Borsalar Birliğine başvurur." hükmüne yer verilmiş, (5) no.lu fıkrasının (ç) bendinde sigorta eksperlerinin kaydının, Sigorta Eksperliğinden ayrılmışsa Levha'dan silineceği kurala bağlanmış, (7) no.lu fıkrasında Levha'dan silinmeyi gerektiren hâllerinin sona erdiğini ispat eden sigorta eksperinin, Levha'ya yeniden yazılma hakkını kazanacağı, ancak hakkında meslekten çıkarma kararı verilmiş olan kişinin bir daha Levha'ya yazılmasının mümkün olmadığı, Levha'ya yeniden yazılan sigorta eksperinden kayıt ücreti alınmayacağı belirtilmiş, (8) no.lu fıkrasında Levha'ya yeniden yazılma talebinde bulunanların, Levha'ya yazılma şartlarının varlığının devam ettiğini ispatla zorunlu tutulabileceği kuralı yer almış, (13) no.lu fıkrasında "Sigorta eksperi tarafsız olmak zorundadır. Sigorta eksperleri

taraflardan birisi ile arasında tarafsızlığını şüpheye düşürecek önemli nedenler veya taraflardan birisi ile 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245 inci maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı derecelerde akrabalığı veya bir iş ortaklığı varsa, sigorta eksperliği görevini kabul edemez. Bu hüküm, tüzel kişi sigorta eksperlerinin yanında çalıştırdıkları sigorta eksperleri için de geçerlidir. Bu hükme aykırı olarak düzenlenen raporlar geçersizdir." hükmüne; Anayasa'ya aykırılık itirazının konusu olan (14) no.lu fıkrasında ise "Sigorta şirketlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile mesleki faaliyette bulunan şirket çalışanları sigorta eksperliği yapamaz; tüzel kişi sigorta eksperlerinin yönetim ve denetim kurullarında görev alamaz, imzaya yetkili olarak çalışamaz, bunlara ortak olamaz ve bunlardan ücret karşılığı herhangi bir iş kabul edemez. Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir." hükmüne yer verildikten sonra geçici 6'ncı maddesinde bu Kanun'un yayımı tarihinden önce düzenlenmiş olan eksperlik ve brokerlik ruhsatlarının, Müsteşarlık tarafından değiştirilinceye kadar geçerli olduğu, söz konusu değiştirme işlemini, bu Kanun'un yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içinde yaptırmayanların meslekî faaliyette bulunamayacağı ve sigorta eksperlerinin eksperlik faaliyetine devam edebilmesi için bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren dört ay içinde Levha'ya kaydını yaptırması gerektiği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere; sigorta eksperlerinin tarafsız ve bağımsızlığını sağlamak amacıyla, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22/(14) maddesi ile eşi veya velayeti altındaki çocuğu sigorta şirketlerinin yönetim ve denetiminde bulunan ve bunlar adına imza atmaya yetkili olan kimselerin Sigorta Eksperliği yapamayacağı yönünde bir düzenleme getirmiştir.

Anılan Kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olup olmadığının saptanması bakımından iki yönlü bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu değerlendirmenin bir yönü, eski yasal düzenlemede bulunmayan bu sınırlandırmanın, yeni Yasa'da herhangi bir geçici düzenlemeye yer verilmeyerek ve hatta "Levhaya yeniden yazılma talebinde bulunanlar, Levhaya yazılma şartlarının varlığının devam ettiğini ispatla zorunlu tutulabilir." denilerek (md. 22/(8) eski Yasa

döneminde faal sigorta eksperi olma hakkını kazanan ve Hazine Müsteşarlığı nezdinde tutulan sicile kaydolarak faal sigorta eksperliği yapmakta iken mesleğe bir süre ara veren kişiler hakkında da uygulanmasına yol açılması ve bu suretle davacının eski Yasa döneminde elde ettiği "faal sigorta eksperliği yapma hakkı" şeklindeki kazanılmış hakkının ortadan kaldırılması iken; Anayasa'ya aykırılık değerlendirmesinin bir diğer yönü ise, eşi veya velâyeti altındaki çocuğu sigorta şirketlerinin yönetim ve denetiminde bulunan ve bunlar adına imza atmaya yetkili olan kimselerin sigorta eksperliği yapamayacağı yönündeki düzenlemenin, Anayasa'nın 48'inci maddesi ile teminat altına alınan çalışma hürriyetini ölçülülük ilkesine aykırı surette sınırladığıdır. Aşağıda sıralanan Anayasa'ya aykırılık gerekçeleri, bu iki yönlü değerlendirme esas alınarak yapılacaktır.

Anayasa'mızın 2'nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, en kısa tanımıyla vatandaşların hukukî güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır. Şüphesiz ki, vatandaşların kendilerini hukukî güvenlik içinde hissetmelerinin birinci koşulu, yürürlükteki mevzuata uygun olarak ve bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş hak ve hürriyetlerin, sonradan çıkarılan yasal ve idarî düzenlemeler ile ortadan kaldırılamaması anlamına gelen kazanılmış haklara saygı ilkesine riayet edilmesidir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi, Anayasa'mızda açıkça belirtilmemiş ve düzenlenmemiş olmakla birlikte, uygar milletlerce kabul edilmiş genel hukuk kaidelerinden biri olan bu ilke, Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında (Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi kapsamında) Anayasa'ya uygunluk denetiminde esas aldığı ölçü normlar (anayasallık bloku) arasında bulunmaktadır. Buna göre; genel hukuk ilkelerinden biri olan kazanılmış haklara saygı ilkesine riayet etmeyen bir devletin hukuk devleti olduğu ileri sürülemeyecek, böyle bir devlet düzeninde vatandaşların hukukî güvenlik içinde bulundukları ya da böyle bir düzenden devletin eylem ve işlemlerinde hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistem olarak bahsedilemeyecektir.

Dava konusu olayda; davacı, 7397 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde aldığı belge ile sigorta eksperi olarak çalışmaya başlamış, mesleğine bir süre ara vermiş olmakla birlikte sigorta eksperi unvanını koruduğundan 5684 sayılı yeni Kanun'un yürürlüğe

girmesinden sonra tekrar sigorta eksperi olarak fiilen çalışmak istediğinde yeni Yasa ile getirilen kural gerekçe gösterilerek, sigorta eksperi olarak çalışması için gerekli olan Levha'ya kaydedilme isteği reddedilmiştir. Yeni Yasa davacının, eski Yasa döneminde aldığı sigorta eksperlik ruhsatının geçersizliği ve bundan böyle hiçbir şekilde bu görevi yapamaması sonucunu doğurmamakla birlikte; eski Yasa döneminde fiilen yapmasına engel bulunmayan faal eksperlik görevinde bulunması, yeni Yasa'da getirilen hükümle önlenmiştir. Davacı, eski Yasa tarafından düzenlenen Sigorta Eksperliği statüsüne bireysel bir işlemle girerek çalışmaya başlamış; ancak yeni Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra faal Sigorta Eksperliği görevine yeniden başlaması engellenmiştir. Her ne kadar davacı, eski Yasa döneminde elde ettiği sigorta eksperi olarak çalışma hakkını kullanmaya yine eski Yasa döneminde ara vermiş ise de, ara verirken de her zaman mevcut koşulları ile faal eksperlik görevine geri dönebileceği inancı ve güveniyle hareket etmiş olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu durumda; davacının, eski Yasa döneminde elde ettiği faal sigorta eksperi olarak çalışma hakkını, eşinin imza atmaya yetkili sigorta şirketi yöneticiliğinden ayrılıncaya kadar askıya alan ve bu süreyle sınırlı olarak da olsa bu hakkını sona erdiren, en azından Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte sigorta eksperi unvanını haiz kişiler bakımından bu sonuçların ortaya çıkmasını engelleyici bir geçiş hükmüne de yer vermeyen 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22'nci maddesinin (14) nolu fıkrasında yer alan "Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir." tümcesi Anayasa'nın 2'nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Diğer yandan; Anayasa'mızın 48'inci maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir." hükmüne yer verilerek, çalışma ve sözleşme hürriyeti temel hak ve özgürlükler arasında sayılmış; anılan maddede söz konusu hürriyetin özel bir sınırlandırılma sebebine yer verilmemiş; yine Anayasa'nın (03/10/2001 gün ve 4709 sayılı Kanun'un 2'nci maddesi ile değişik) 13'üncü maddesinde yer verilen "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." hükmü

ile de temel hak ve hürriyetlerin yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48'inci maddesinde özel bir sınırlandırma sebebi sayılmadığı gibi, 5684 sayılı Kanun'un 22/(14) maddesinde yer verilen hüküm, davacının faal sigorta eksperi olarak çalışma hakkını ölçülülük ilkesine aykırı surette sınırlandırmaktadır. Şöyle ki; bağımsız ve tarafsızlığını korumak amacıyla sigorta eksperlerinin çalışma koşullarına ilişkin bazı yasal sınırlandırmaların yapılması makûl ve ölçülülük ilkesine uygun olsa da, yapılan sınırlandırmanın ilgilinin çalışma hayatını (bir süre) tamamen askıya almasının ölçülülük ilkesi yönünden değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bilindiği üzere; "sınırlamanın sınırları" olarak anılan Anayasal ilkelerden biri olan ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvurulan aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade etmektedir. Buna göre; bir temel hak ve hürriyetin (örneğin çalışma ve sözleşme hürriyetinin) Sınırlandırılması ile ulaşılmak istenen amaca (örneğin sigorta eksperlerinin bağımsız ve tarafsızlığını sağlama amacına), daha makûl ve kabul edilebilir bir sınırlandırma aracı ile ulaşılabiliyor ise, bu makûl ve kabul edilebilir düzeyi aşan sınırlandırmaların ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun muhtelif maddelerinde, sigorta eksperi olarak çalışan kimselerin taraflar (sigortacı ile sigorta ettiren) arasında bağımsız ve yansızlığını sağlama amacına yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlardan en önemlileri, "Gerçek kişi sigorta eksperleri, sigorta eksperliğini mutat meslek hâlinde yapmak zorundadır. Gerçek kişi sigorta eksperleri, bu faaliyetlerine devam ettikleri sürede esnaf veya tacir sıfatıyla mesleğin niteliği ile bağdaşması mümkün olmayan başka bir işle uğraşamaz, sigorta acenteliği ve brokerlik faaliyetinde bulunamaz." hükmünü amir olan 22'nci maddenin (10)'uncu fıkrası; "Sigorta eksperi tarafsız olmak zorundadır. Sigorta eksperleri, taraflardan birisi ile arasında tarafsızlığını şüpheye düşürecek önemli nedenler veya taraflardan birisi ile 18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 245 inci maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı derecelerde akrabalığı veya bir iş ortaklığı

varsa, sigorta eksperliği görevini kabul edemez. Bu hüküm, tüzel kişi sigorta eksperlerinin yanında çalıştırdıkları sigorta eksperleri için de geçerlidir. Bu hükme aykırı olarak düzenlenen raporlar geçersizdir." hükmünü amir olan aynı maddenin (13)'üncü fıkrası ile "Sigorta şirketlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile meselâ faaliyette bulunan şirket çalışanları sigorta eksperliği yapamaz; tüzel kişi sigorta eksperlerinin yönetim ve denetim kurullarında görev alamaz, imzaya yetkili olarak çalışamaz, bunlara ortak olamaz ve bunlardan ücret karşılığı herhangi bir iş kabul edemez." hükmünü amir olan (14) no.lu fıkranın ilk tümcesidir.

Bu durumda; sigorta eksperi olarak çalışan kişilerin bağımsız ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olarak; 5684 sayılı Kanun'un 22'nci maddesinin (10) ve (13) fıkraları ile (14) no.lu fıkrasının ilk tümcesinde bazı sınırlandırmalar getirilmiş iken, bir de (14)'üncü fıkranın son tümcesinde yer verilen hüküm ile aynı fıkranın birinci tümcesinde yer alan sınırlandırmanın bunların eş ve velâyetleri altındaki çocuklarına da teşmil edilmesinin ölçülülük ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmaktadır. Zira; dava konusu somut olay bakımından düşünülecek olursa, … Sigorta A.Ş. Ege Bölge Müdürlüğünde imza yetkisine sahip yönetici olarak çalışan kişinin sigorta eksperi olarak çalışmasının önlenmesi ile bu şahsın eşinin, … Sigorta A.Ş.'nin taraf olduğu bir uyuşmazlıkta eksperlik görevi ifa etmesinin engellenmesinin makûl ve kabul edilebilir bir sınırlama olduğu söylenebilir ise de; … Sigorta A.Ş.'nin taraf olmadığı uyuşmazlıklarda bile davacının sigorta eksperliği yapmasına getirilen itiraz konusu sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine aykırı olduğu açıktır. Başka bir ifadeyle; … Sigorta A.Ş.'de yöneticilik görevinde bulunan şahsın bizatihi kendisinin sigorta eksperliği yapmasına engel olan (14) no.lu fıkranın birinci tümcesi ve davacının, eşinin yöneticilik yaptığı şirketin taraf olduğu uyuşmazlıklarda sigorta eksperliği görevi ifa etmesini engelleyen (13) no.lu fıkra bulunmakta iken, (14) no.lu fıkranın ikinci tümcesi ile bir de davacının tüm sigorta uyuşmazlıklarında eksperlik yapmasına sınırlama getirilmesinde "sınırlamada başvurulan aracın, sınırlama ile elde edilmek istenen amacın gerçekleşmesi için gerekli olması ve araç ile amaç arasında makûl ve kabul edilebilir bir oran bulunması" anlamında ölçülülük ilkesine uygunluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle; Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca bakılmakta olan davada uygulanacak olan 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22'nci maddesinin (14) nolu fıkrasında yer alan "... Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velâyeti altındaki çocukları için de geçerlidir." tümcesinin Anayasa'nın 2, 13 ve 48'inci maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle, anılan tümcenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, Anayasa Mahkemesinin konu hakkında vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, beş ay içinde bir karar verilmezse davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına, kararın birer örneğinin taraflara tebliğine, işbu kararla birlikte dava dosyası ve içeriği evrakın çıkarılacak birer onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, 21/01/2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3.6.2007 günlü, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun "Sigorta eksperleri" başlıklı 22. maddesinin itiraz konusu cümleyi de içeren (14) numaralı fıkrası şöyledir:

"(14) Sigorta şirketlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile meslekî faaliyette bulunan şirket çalışanları sigorta eksperliği yapamaz; tüzel kişi sigorta eksperlerinin yönetim ve denetim kurullarında görev alamaz, imzaya yetkili olarak çalışamaz, bunlara ortak olamaz ve bunlardan ücret karşılığı herhangi bir iş kabul edemez. **Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir.** "

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR,

Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, 26.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- SINIRLAMA SORUNU

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemece, 3.6.2007 günlü, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22. maddesinin (14) numaralı fıkrasının *"Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir."* biçimindeki son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptali istenilmiştir. Somut olayda davanın konusunu davacının aktif olarak sigorta eksperliği mesleğini icra etmek amacıyla TOBB nezdinde tutulan levhaya kayıt talebinin eşinin bir sigorta şirketinde yönetici olması nedeniyle reddedilmesi oluşturmaktadır. İptali istenen cümlede velayet altındaki çocuklar bakımından da aynı sınırlama yer almaktadır. Evlilik ve velayet ilişkilerinin kişilere yüklediği hak ve mükellefiyetler birbirlerinden farklı olduğundan esasa ilişkin incelemenin *"… eş ve…"* sözcükleri ile sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

Bu nedenlerle, 3.6.2007 günlü, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22. maddesinin (14) numaralı fıkrasının *"Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir."* biçimindeki son cümlesine ilişkin esas incelemenin, cümlede yer alan *"… eş ve…"* sözcükleri ile sınırlı olarak yapılmasına, 9.6.2011 gününde OYBİRLİĞİ ile karar verildi.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, eşleri sigorta şirketlerinin yönetim ya da denetiminde bulunan ve bunlar adına imza atmaya yetkili kimselerin sigorta eksperliği yapamayacağı yönündeki kuralın Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetini ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırdığı; ayrıca eşleri bu durumda olup 5684 sayılı Kanun'dan önceki dönemde sigorta eksperi olma hakkını kazanan ve dilediği takdirde faal eksperlik görevine dönebileceği inanç ve güveni ile mesleğine ara vermiş kişilerin bu haklarının Kanun'da korunmamasının Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

İptali istenilen kuralda, sigorta şirketlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerinin ortaklarının, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile bu kuruluşlarda mesleki faaliyette bulunan şirket çalışanlarının eşlerinin sigorta eksperliği yapmaları ya da tüzel kişi sigorta eksperlerinin yönetim ve denetim kurullarında görev almaları, imzaya yetkili olarak çalışmaları, bunlara ortak olmaları ya da bunlardan ücret karşılığında herhangi bir iş kabul etmeleri yasaklanmıştır. Kuralın gerekçesinde ise sigorta eksperliğinin temel ilkesi olan bağımsızlık ve tarafsızlığın sağlanabilmesini teminen sigorta şirketlerinin, acentelerinin ve brokerlerinin ortakları yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile bu şirketlerde doğrudan sigortacılıkla ilgili faaliyette bulunan çalışanların eksperlik yapamayacaklarına ve tüzel kişi eksperlere ortak ya da yönetici olamayacağına ilişkin düzenleme yapıldığı vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.

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

Anayasa'nın "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" kenar başlıklı 48. maddesinde *"Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütülmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." kuralı yer almaktadır. Maddenin gerekçesinde ise, *"Hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garanti altına alınması tabiîdir.*

Ancak, bu hürriyetler, kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlanabilir. (…) Devlet, kamu yararı olan hallerde ve mili ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınırlamalar getirebilir. (…)" denilmektedir.

Sosyal ve ekonomik yaşamda ortaya çıkan çeşitli risklerin teminat altına alınmasını sağlaması ve ekonomik gelişmeye uzun vadeli fon yaratması nedeniyle yaygın bir kitleyi ilgilendiren sigortacılık faaliyetlerine yönelik düzenlemelerin, bu hukuksal kurumun gerektirdiği güveni sağlayacak nitelikte olması zorunludur. Bu nedenle sigortalanan değer ve ortaya çıkan hasarın tespitine yönelik sigorta eksperlerince hazırlanan raporların objektif ve yansız olması gerekir. Eksperlerin uzmanlıklarının gerektirdiği mesleki bilgi ve niteliğe sahip olmalarının yanında bağımsızlıklarının ve tarafsızlıklarının sağlanması, sigorta ettiren ve sigortacı açısından olduğu kadar sigortacılık kurumunun istikrar ve güvenliği bakımından da büyük önem taşımaktadır.

Sigorta eksperliği mesleğinin gerekleri ile tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri göz önünde tutularak, mesleğin icrasında dürüstlüğü ve güveni egemen kılmak için diğer sigorta unsurlarıyla aralarındaki ilişkileri ve faaliyet alanını da değerlendirmek suretiyle, ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarını ya da etik değerleri zedeleyebilecek durumları engellemek amacıyla, yasakoyucunun gerekli önlemleri almasının kamu yararının bir gereği olduğu kuşkusuzdur.

Sigorta eksperlerinin bağımsızlık ve tarafsızlığını sağlamaya yönelik olarak 5684 sayılı Kanun'un 22. maddesinin (10) numaralı fıkrasında sigorta eksperliğinin mutad meslek olarak yapılmasının gerektiği, bu faaliyetlerin devamı süresince esnaf veya tacir sıfatıyla mesleğin niteliği

ile bağdaşması mümkün olmayan başka bir işle uğraşılamayacağı, sigorta acenteliği ve brokerlik faaliyetinde bulunulamayacağı belirtilmektedir. (13) numaralı fıkraya göre ise sigorta eksperi tarafsız olmak zorundadır. Sigorta eksperlerinin, taraflardan birisi ile aralarında tarafsızlığı şüpheye düşürecek önemli nedenler ya da 18.6.1927 günlü, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 245. maddesinin birinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı derecelerde akrabalık veya bir iş ortaklığı varsa, bu görevi kabul edemeyecekleri, bu yasağın, tüzel kişi sigorta eksperlerinin yanında çalıştırdıkları sigorta eksperleri için de geçerli olduğu, buna aykırı olarak düzenlenen raporların hüküm ifade etmeyeceği belirtilmektedir.

Yasakoyucu, çalışma hürriyeti ile ilgili bir konuyu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesi nedeniyle devlet, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. 5684 sayılı Kanun'un 22. maddesinin (10) ve (13) numaralı fıkralarındaki düzenlemeler karşısında sigorta eksperlerinin eş ve yakın akrabalarının ortağı ya da yöneticisi bulunduğu sigorta şirketinin taraf olduğu uyuşmazlıklarda eksperlik görevi icra etmelerine zaten imkân bulunmamakta olup bu kişilerin sigorta eksperliği mesleğini icra etmelerinin tümüyle yasaklanması, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli ve orantılı bir tedbir olarak görülemez. İtiraz konusu kural, kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmadığından ölçülülük ilkesine aykırılık içermektedir.

Açıklanan nedenle kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Alparslan ALTAN bu görüşe katılmamıştır.

VII- SONUÇ

3.6.2007 günlü, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22. maddesinin (14) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan " … eş ve …" sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Alparslan ALTAN'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 9.6.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

3.6.2007 günlü, 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu'nun 22. maddesinin (14) numaralı fıkrasının, *"Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir."* biçimindeki son tümcesinde yer alan "eş ve" sözcükleri Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Sigortacılık Kanunu'nun 22. maddesinin (14) numaralı fıkrasının ilk tümcesinde, sigorta şirketlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza

atmaya yetkili olanlar ile mesleki faaliyette bulunan şirket çalışanlarının sigorta eksperliği yapamayacakları, tüzel kişi sigorta eksperlerinin yönetim ve denetim kurullarında görev alamayacakları, imzaya yetkili olarak çalışamayacakları, bunlara ortak olamayacakları ve bunlardan ücret karşılığı herhangi bir iş kabul edemeyecekleri kuralına yer verilmiştir. İptali istenen son tümcede ise söz konusu sınırlamaların bu kişilerin eş ve velayetleri altındaki çocukları bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir.

Sigortacılık faaliyetlerinde bulunan kişi ve kuruluşların bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması ve korunması, başta sigortalılar ve sigorta şirketleri olmak üzere sigortacılık alanında faaliyette bulunan malî kuruluşlar ve ülke ekonomisi açısından büyük önem taşımaktadır. Bu durum sözkonusu meslek grubunun çalışma ilkelerinin bağımsızlık ve tarafsızlık güvencesini sağlayacak biçimde oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Bağımsızlık ve tarafsızlığın amacı, her türlü etki baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak kalınarak görevin yapılacağı konusundaki güven ve inancı yerleştirmektir.

Sigorta eksperinin eşi ya da velayeti altındaki çocuğunun sigorta şirketleri ya da sigorta acentelerinin ortağı veya idarecisi olması yahut brokerlik yapması sigorta ilişkisinin taraflarında bu görevin ifasında yakınlarının menfaatlerinin gözetilip kollanıldığı konusunda bir kanının oluşmasına neden olabilecektir. Bu durum, yalnızca sigorta sözleşmesinin taraflarına değil, aynı zamanda azami hüsnüniyet ve güven ilkelerine dayalı olan sigortacılık kurumunun tümüne yönelik kuşkular oluşmasına, sektörün zarara uğramasına yol açabilecektir.

Yasa koyucu, hâkimlik, tanıklık, bilirkişilik ve bunlara benzer özellikler taşıyan mesleki faaliyetler açısından bu hususu göz önünde tutarak eşler arasındaki ilişkinin neden olabileceği sakıncaların önüne geçmek ve kişiler üzerindeki olumsuz algıya neden olmamak amacıyla özel düzenlemeler getirmiştir.

Sigortacılık Kanunu ile itiraz konusu kuralda olduğu gibi sigorta faaliyetleri yürüten kişi ve kurumların bu faaliyetlerinin devamı süresince mesleğin temel ilkesi olan bağımsızlık ve tarafsızlıkla bağdaşması mümkün olmayan başka işlerle iştigalini yasaklayan çeşitli düzenlemeler getirilmiştir:

Sigortacılık Kanunu'nun 21. maddesine göre, sigorta şirketlerinin, sigorta acentelerinin ve sigorta eksperlerinin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile meslekî faaliyette bulunan şirket çalışanları; brokerlik yapamaz, tüzel kişi brokerin yönetim ve denetim kurullarında görev alamaz, imzaya yetkili olarak çalışamaz, bunlara ortak olamaz ve bunlardan ücret karşılığı herhangi bir iş kabul edemez. Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir.

Sigortacılık Kanunu'nun 23. maddesine göre, sigorta şirketlerinin, sigorta sözleşmeleri için brokerlik yapanların ve sigorta eksperlerinin yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ile bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar sigorta acentelerinin yönetim ve denetim kurullarında görev alamaz; imzaya yetkili olarak çalışamaz; bu şirketlere ortak olamaz ve bunlardan ücret karşılığı herhangi bir iş kabul edemez. Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir. Ancak, sigorta şirketlerinin yönetiminde, denetiminde bulunan kişiler ile bunlar adına imza atmaya yetkili olanların eş ve velayeti altındaki çocukları için sınırlandırma bu kişilerin faaliyette bulunduğu şirketin sigorta acenteliği içindir.

Sigortacılık Kanunu'nun 30. maddesine göre,sigorta hakemleri ve raportörler tarafsız olmak zorundadır. Sigorta şirketlerinin, reasürans şirketlerinin, sigortacılık yapan diğer kuruluşların, sigorta eksperlerinin, sigorta acentelerinin ve brokerlerin ortakları, yönetim ve denetiminde bulunan kişiler ve bunlar adına imza atmaya yetkili olanlar ile tüm bu kuruluşlarda meslekî faaliyette bulunanlar ve sigorta eksperleri, sigorta acenteleri ve brokerler sigorta hakemliği yapamaz. Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve çocukları için de geçerlidir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nun 28. maddesi sigorta hakemleri hakkında da uygulanır.

Benzer düzenlemeler başka kanunlarda da yeralmaktadır.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 11. maddesinde, ihaleyi yapan idarenin ihale yetkilisi kişileri ile bu yetkiye sahip kurullarda görevli kişiler ile ihaleyi yapan idarenin ihale konusu işle ilgili her türlü ihale işlemlerini hazırlamak, yürütmek, sonuçlandırmak ve onaylamakla görevli olanların eşleri ve üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları ile evlatlıkları ve evlat edinenlerinin doğrudan

veya dolaylı veya alt yüklenici olarak, kendileri veya başkaları adına hiçbir şekilde ihalelere katılamayacakları belirtilmiştir.

Yine 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun;

- 50. maddesinde bankaların, yönetim kurulu üyelerine, genel müdüre, genel müdür yardımcılarına ve kredi açmaya yetkili mensuplarına; bunların eş ve velâyet altındaki çocuklarına; tek başlarına ya da birlikte sermayesinin yüzde yirmibeş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara ve bunlar dışında kalan mensupları ile bunların eş ve velâyeti altındaki çocuklarına her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi veremeyecekleri, tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alamayacakları,

- 51. maddesinde, kredi açma yetkisini haiz olanların, kendileri ile eş ve velâyeti altındaki çocuklarının veya bunlarla risk grubu oluşturan diğer gerçek ve tüzel kişilerin taraf olduğu kredi işlemlerine ilişkin değerlendirme ve karar verme aşamalarında yer alamayacakları ve bu hususu yazılı olarak yetkililere bildirecekleri,

- 86. maddesinde, Kurul Başkan ve üyelerinin; 115. maddesinde ise Fon Kurulu Başkan ve üyelerinin göreve başlamadan önce kendilerinin veya eş ve velâyeti altındaki çocuklarının sahibi bulunduğu menkul kıymetlerden Hazine tarafından çıkarılan borçlanmaya ilişkin olanlar hariç Kurumun düzenlemek ve denetlemekle sorumlu olduğu kuruluşların her türlü sermaye piyasası araçlarını eş, evlatlık, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımları dışındakilere otuz gün içinde satmak suretiyle elden çıkarmak zorunda oldukları, Kurul üyeliklerine atanmalarından itibaren otuz gün içinde bu fıkraya uygun hareket etmeyen üyelerin, üyelikten çekilmiş sayılacakları,

hükme bağlanmıştır.

Anayasa yargısında yasa kuralının diğer yasa kurallarıyla karşılaştırılması ile anayasaya aykırılık değerlendirmesi yapılamamakla birlikte, bu tür düzenlemelerin özellikleri konusunda fikir vermesi açısından belirtilen bu kurallarda ilgili meslek alanının gerektirdiği güven ve tarafsızlığın sağlanması ve korunmasının amaçlandığı görülmektedir.

Çoğunluk kararında itiraz konusu düzenlemenin Anayasa'da düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğünü Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı olarak sınırlandırdığı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu durumda özel maddesinde bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olan temel hak ve özgürlükler yönünden konuya salt pozitivist açıdan yaklaşıldığında, anayasa koyucunun, özel maddesinde sınırlama nedeni öngörmediği temel haklar ve özgürlükleri sınırlayamayacağını kabul etmek gerekecektir. Ancak günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışı terkedilmiştir. Çağdaş gelişmelere uygun olarak, Anayasamızda da sınırsız ve içeriksiz özgürlük anlayışından uzaklaşılarak bir yandan siyasi iktidarı sınırlandıran bir yandan da toplumsal içeriğe ve konuma sahip olan pozitif bir özgürlük anlayışı benimsenmiştir. İlgili maddelerinde hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirilmemiş olsa bile, bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının bünyelerinde mündemiç bulunduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle, yasa koyucunun, hakkında hiçbir sınırlandırma nedenine yer verilmemiş olan temel hak ve özgürlüklerin koruma alanları dışında kalan kullanım alanlarına belli kayıtlar ve sınırlar getirebileceği kabul edilmelidir.

Belirli bir mesleğin icra edilebilmesi bakımından, bu meslek ile çıkar çelişkisi göz önünde tutularak bu meslekleri icra eden kişilerle belirli düzeyde akrabalık ilişkisinin bulunmasının, bu mesleği icra etmeye engel olarak düzenlenmesi, bu mesleği icra için gerekli vasıflardan birisi olarak değerlendirilmelidir. Sözkonusu düzenlemelerle, Anayasa'nın çalışma hak ve özgürlüğü ile ilgili güvence altına aldığı özgürlüğün norm alanı daraltılmamakta, koruma alanının sınırları belirlenmektedir. Zira, Anayasa'da çalışma özgürlüğünün güvence altına alınmış olduğu olgusuna dayalı olarak, itiraz konusu kuralla düzenlenen sigorta eksperliği mesleğinin, her isteyen tarafından icra edilmesine olanak sağlanması gerektiği şeklinde bir sonuca ulaşmak anayasal denetimle bağdaşmaz. Bu nedenle, sigorta eksperliği mesleğinin gerektirdiği nitelik ve yeterlilikleri belirleme konusunda yasakoyucunun takdir yetkisinin bulunduğunun kabulü gerekir. Sigorta eksperliği mesleğinin faaliyet alanı, diğer sigorta unsurlarıyla aralarındaki ilişkiler, meslekî ilkeleri,

hak ve yükümlülükleri değerlendirmek suretiyle, ortaya çıkabilecek çıkar çatışmalarını ya da etik değerleri zedeleyebilecek durumları engellemek amacıyla kişilerin kendileri, eşleri ya da velayetleri altındaki çocuklarının icra ettikleri belirli meslekleri ya da belirli alandaki faaliyetlerin, bu kişilerin aralarındaki hukuki ve sosyal ilişkinin boyutları göz önünde tutularak aktif sigorta eksperliği yapmaya engel olarak düzenlenmesi yasa koyucunun takdirindedir. Bu bağlamda sigorta eksperliği mesleği ya da görevinin gereklerinin göz önünde tutularak bunları icra edenlerin birbirleriyle ve toplumla ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni egemen kılmak için gerekli düzenlemelerin yapılması olağandır.

Hukuk devletinde yasa koyucunun kazanılmış hakları ihlal etmemek koşuluyla geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapmasına ya da yeni kurallar koymasına, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları belirlemesine engel bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı yönünün bulunmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Alparslan ALTAN

Esas Sayısı : 2008/31

Karar Sayısı : 2011/94

Karar Günü : 9.6.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY ile Kemal KILIÇDAROĞLU

İPTAL DAVASININ KONUSU: 12.3.2008 günlü, 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un

1- 1. maddesiyle değiştirilen 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci tümcelerinin,

2- 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü, dördüncü ve beşinci tümcelerinin,

3- Geçici 1. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 7., 8., 11., 128., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmalarına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 6.12.2007 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci Maddesi ile değiştirilen 7.5.1987 Tarihli ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 1

inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Cümlelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

5748 sayılı Yasa'nın ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen üçüncü ve dördüncü fıkralarında, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına atamaların, ilgili dalda uzman olan tabipler arasından Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak yazılı ve sözlü mesleki sınav sonuçlarına göre yapılacağı, bu sınavlara mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dilde yeterliliği bulunanlar katılabileceği belirtildikten sonra iptali istenilen beşinci cümlesinde "Yeterlilik kriterleri ile sınavlara ilişkin usûl ve esaslar yönetmelik ile düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistanların birer kamu görevlisi oldukları kuşkusuzdur.

Anayasa'nın "Egemenlik" başlığını taşıyan 6. maddesinde; "Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz", 7. maddesinde; "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında da, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir denilerek, memuriyete girişten emekliliğe kadar memuriyet statüsünün kanunla düzenlenmesi esası öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 11.6.2003 tarih ve E.2001/346, K.2003/63 sayılı kararında,

"Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan kanunla düzenlemeden neyin anlaşılması gerektiği Anayasa Mahkemesinin birçok kararında açıklanmıştır. Buna göre yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, yasada

temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, "Yürütme yetkisi ve görevi anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmünün anlamı da budur."

denilmiştir. Yine Yüce Mahkemenin bu kararında,

"Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasına göre kamu personeline ilişkin statü esaslarının ve bu bağlamda hizmetten ayrılmaya ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Yasayla düzenleme belirli konulardan kavram, ad ve kurum olarak söz etmek anlamına gelmeyip, düzenlenen alanda temel ilkelerin konularak çerçevesinin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak, yasada temel esasların belirlenmiş olması koşuluyla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntılar yürütme organının takdir yetkisine bırakılabilir."

denilerek kanunla düzenlemeden neyin anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuş ve kamu personelinin statü esaslarının kanunla düzenlenmesi gerektiği de özellikle vurgulanmıştır.

5748 sayılı Yasa'da gerek Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına atanmak için Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak yazılı ve sözlü mesleki sınavlara, gerek bu sınavlara katılmak için mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dilde aranacak kriterlere ilişkin temel ilkeler konularak çerçevesi çizilmemiş, iptali istenilen beşinci cümlede, yeterlilik kriterleri ile sınavlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi tümüyle yönetmeliğe diğer bir anlatımla idareye bırakılmıştır.

Bu durumda, iptali istenen söz konusu kural yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verildiği kuşkusuzdur. Böyle bir yetkilendirmenin; Anayasa'nın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan yürütmenin kanuniliği ilkesi ile bağdaşmayacağı ve Anayasanın 7 nci maddesine aykırı bir yetki devri niteliği taşıyacağı ve Anayasa'nın yasa ile düzenlenmesini öngördüğü kamu personeline ilişkin statü esaslarında ve bu bağlamda atama ve sınava ilişkin hususlarda yürütmeye asli düzenleme yetkisini bıraktığından Anayasa'nın 128 inci maddesi ile de bağdaşmayacağı açıktır.

5748 sayılı Yasa'nın ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenen beşinci cümlesinin iptali hâlinde üçüncü ve dördüncü cümlelerinin de uygulama olanağı kalmayacağından bu cümlelerin de iptali gerekmektedir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun hukuk devleti, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle çelişmesine yol açacak ve dolayısı ile Anayasa'nın 2 nci maddesinin yanı sıra, 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle,12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1 inci maddesi ile değiştirilen 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

2) 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci Maddesi ile 7.5.1987 Tarihli ve 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun Ek 1 inci Maddesine İkinci Fıkradan sonra eklenen Üçüncü Fıkrasının Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Cümlelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesinin söz konusu üçüncü fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinde; Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde, profesör veya doçentlerden klinik şefi veya klinik şef yardımcısı kadrolarına atanmak isteyenler için mevcut toplam kadroların % 35'ini geçmemek üzere ayrılan kadroların Bakanlıkça ilan edileceği, ilgili uzmanlık alanlarında profesör veya doçentlik unvanını almış olanlar ilanda belirtilen kadrolardan sadece birisine müracaat edebilecekleri öngörülmüş, bu fıkranın iptali istenen üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinde de; müracaat eden adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerinin Bakanlık tarafından, ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından değerlendirileceği, bu profesör veya klinik şeflerinin, adaylar hakkında mütalaalarını, öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı Bakanlığa bildirecekleri, bu mütalaalara göre de atamaların Bakanlıkça yapılacağı hükme bağlanmıştır.

İptali istenen kurallar ile, Tababet Uzmanlık Tüzüğü kapsamında uzman olan profesör ve doçentlerin Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi ve şef yardımcılığı kadrolarına sınavsız atanması olanağı tanınmaktadır. Bu atamada belirleyici kriter, Bakanlığın tespit edeceği üç kişilik jürinin (seçici kurulun), adaylar hakkında öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı verecekleri "mütalaa"dır.

Yapılan bu düzenlemede, adayların bilimsel çalışmalarının ve eğitimci niteliklerinin değerlendirilmesinde ne gibi kriterlerin esas alınacağı ve Bakanlığın tespit edeceği seçici kurulun mütalaalarında öncelik kriterlerinin neler olacağı belirtilmemiştir.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Bu durumda, ek 1 inci maddenin üçüncü fıkrasının iptali istenen üçüncü ve dördüncü cümleleri, belirlilik ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımamaları nedeniyle, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan iptali istenen dördüncü cümlede, seçici kurul üyelerinin öncelik sıralamasını hangi esaslara göre yapacaklarının belirlenmeyerek tümüyle bu üyelere bırakılması da, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı düşen asli düzenleme yetkisinin devri niteliği taşımaktadır.

Diğer taraftan, yapılacak atamalarda değerlendirilmesi öngörülen bilimsel çalışmaları ve eğitimci nitelikleri, adayların atanacakları klinik şef ve şef yardımcılığı görevlerinde kamu hizmetini yürütebilecek yeterliğe ve niteliğe sahip olduklarını gösteren Anayasa'nın 128 nci maddesinin aradığı ilkelerle (yetenek ve liyakat ilkeleri) uyumlu olmadığı da kuşkusuzdur. Şöyle ki;

Eğitim ve araştırma hastaneleri ülkemizin uzman hekimlerinin % 50'sini yetiştirmekte ve yoğun bir şekilde sağlık hizmeti sunmaktadır. Bu hastanelerdeki eğitici kadrolarında klinik şefi ve şef yardımcıları yer almaktadır.

Temel işlevi eğitim, öğretim, araştırma yapmak, uzman ve ileri dal uzmanları yetiştirmek olan eğitim ve araştırma hastanelerinin görevlerini en iyi ve etkin biçimde yerine getirebilmelerinin, kliniklere şef ve şef yardımcısı olarak atanacak kişilerin nitelikleriyle doğru orantılı olduğu açıktır. Bu nedenle klinik şef, şef yardımcılığı atamalarının nesnel ölçütlere göre yapılmasında kamu yararı bulunduğu açıktır.

İdarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetleri memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmekte, memurlarla diğer kamu görevlilerinin hizmet koşulları, nitelikleri, atanma ve yetiştirilmeleri, ilerleme ve yükselmeleri, ödev, hak, yükümlülük ve sorumlulukları, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri tümüyle idare hukukunun düzenleme alanına girmektedir. İdare hukukunda memur ve kamu görevlileri yönünden "liyakat ilkesi" ile "kariyer ilkesi" iki temel ilkedir. Liyakat ilkesine göre uzmanlaşma asıldır. Çünkü liyakat, hizmetin en iyi biçimde görülmesini sağlayan niteliklerin tümünü içerir. Bu ilke, kamu hizmetlerinde ve kamu kuruluşlarında göreve alınacak personelin atanmasından, görevden çıkarmaya değin tüm hizmet ve koşullarda ehliyeti esas alır. Ayrıcalığa ve keyfî takdire yer vermeyen bu ilke, hukuk devleti ilkesinin, siyasal ve sosyal haklar düzeninin bir sonucudur. Kariyer ilkesi ise, görevlinin deneyim ve beceri kazanarak ilerlemesi ve yeteneğini arttırması olup, bir anlamda uzmanlaşma, bir anlamda da birbirine bağlı iş ve hizmetler serisidir. Kamu personelinin, belirli statülerde sınıflandırılmış uzmanlık grupları durumunda sürekli çalışarak ve yetişerek, idari hiyerarşide yükselme koşuluyla kamu hizmetlerini görmesidir. Hizmet süresi ve liyakata yer veren kariyer sisteminde, sınıflar içerisinde dereceler, kademeler ve hiyerarşi bağı zorunlu olup ilerleme ve yükselme koşut bir ücret uygulaması yapılır. Anayasa'nın 128 nci maddesinin gerekçesi de bu doğrultudadır. Nitekim madde gerekçesinde *"Getirilen önemli bir ilke de kamu hizmeti görevlilerinin hizmete alınmalarında yetenek ve liyakat ilkelerine uyulması zorunluluğudur"* denilmiştir.

Görülmektedir ki, kamu görevlisinin statüsü, kamu hizmetinin amacına uygun olarak idare hukuku ilkeleri çerçevesinde düzenlenen bir statüdür. Kamu görevlisi, idare hukukunun öngördüğü, idare hukuku ölçütlerine uygun olarak kamu hizmetini yürütebilecek yeterliğe ve niteliğe sahip olmak zorundadır. Yükselmesi de, idare hukukunca geçerli deneyimi kazanmasına bağlıdır.

Açıklanan nedenlerle, klinik şefi ve şef yardımcılığına atanmada adayların sadece bilimsel çalışmaları ile eğitimci niteliklerini gözeten iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 128 nci maddesine açıkça aykırıdır.

Sağlık Bakanlığı, 12.08.2000 gün ve 24138 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Tababet Uzmanlık Yönetmelik değişiklikleri ile; özetle üç aşamalı yapılan ve ilk iki aşaması ÖSYM tarafından merkezi olarak yapılan bilim sınavını ve sınav jürilerinin kur'a ile belirlenme esasını kaldırmış ve eğitim ortamını olumsuz etkileyecek bir çok yeni düzenleme getirmiştir. Bu değişikliklerin iptali için açılan davada Danıştay 5. Dairesi, 16.6.2004 tarih ve E.2003/2399, K. 2004/2914 sayılı kararıyla dava konusu yapılan maddelerin iptaline karar vermiştir. İptal edilen maddeler arasında 5 kişilik jüri üyelerinden tıp fakültesinden seçilen üye hariç olmak üzere dört jüri üyesinin kur'a ile seçilmesi uygulamasını kaldıran ve jüri üyelerinin Sağlık Bakanlığı tarafından belirlenmesine ilişkin düzenleme de bulunmaktadır. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu E.2004/2655, K.2005/2557 sayılı kararı ile Daire kararını onamıştır (Ek.1,2).

Danıştay 5. Dairesi söz konusu kararlarında,

"…eğitim hastanelerinin temel fonksiyonları, "öğretim, eğitim ve araştırma yapmak ve uzman ve ileri dal uzmanları yetiştirmek" olarak belirlenmiş olup; bu hastanelerin, yukarıda sözü edilen mevzuat hükümleriyle ayrıntılı olarak tespit edilmiş olan görevlerini "en iyi ve etkin bir şekilde" yerine getirebilmeleri, eğitim hastanelerindeki ilgili birimlerin başına şef olarak atanacak kişilerle bunlara yardımcı olmak üzere şef yardımcılığına atanacak kişilerin öncelikle çok iyi bir "eğitimci-uygulayıcı" olma niteliğine sahip bulunmalarıyla mümkündür.

Öte yandan, anılan hastanelerde eğitimlerini tamamlayarak görevlerini yapmak üzere yurdun çeşitli yerlerinde görevlendirilecek olan tabiplerin, aldıkları eğitim doğrultusunda mesleklerini icra edecekleri de dikkate alındığında, salt bu durum dahi, asistan ve uzman yetiştirme ile ilgili sağlık kamu hizmetini yürüten şef ve şef yardımcılarının, mesleki bilgi ve mesleki uygulama yönlerinden "yetkin" kişiler olması gerekliliğini ön plana çıkarmaktadır."

denilerek tıpta uzmanlık eğitiminin ve bu eğitimi yürütecek olan personelin niteliği açıklandıktan sonra,

"…tıpta uzmanlık eğitiminin niteliği, bu eğitimi yürütecek personelle ilgili olarak yukarıda belirtilen hususlar ile nesnel değerlendirme ilkesinin uygulamaya geçirilmesinin önemi ve hizmet gerekleri göz önünde tutulduğunda, başasistan seçimini yapacak beş kişilik jüriden dördünün Bakanlıkça kura yöntemi uygulanmaksızın re'sen belirlenmesine ilişkin 15.maddenin 2. fıkrasının, ilk cümlesinde eksik düzenleme nedeniyle hukuka uyarlık görülmemiştir" şeklinde iptal gerekçesi belirtilmiştir.

4 jüri üyesinin kura yöntemiyle objektif ölçütlere göre seçilmesi uygulamasını kaldıran Yönetmelik hükmünün Danıştay 5. Dairesinin yukarıda açıklanan kararıyla iptal edilmesi üzerine bu defa yasal düzenleme yoluna gidilmiş ve 20.10.2005 tarih ve 5413 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklediği *"Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına; ilgili dalda uzman olan profesör veya doçentler ile ilgili dal tabipleri arasından Bakanlık tarafından atama yapılır.* Ancak, profesör veya doçent unvanına sahip olmayan uzman tabiplerin klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına atanmalarında, yapılan sınavlarda başarılı olma şartı aranır. Sınavların usul ve esasları, Bakanlık tarafından hazırlanan ve bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir." tümceleri ile Tababet Uzmanlık Tüzüğü kapsamında uzman olan profesör ve doçentlerin, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi ve şef yardımcılığı kadrolarına doğrudan Bakanlık tarafından atanması olanağı getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 12.12.2005 tarih ve E.2005/145, K. 2005/23 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı kararı ile söz konusu tümcelerin, *"Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğabileceği gözetilerek"* esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmiştir.

Görüldüğü üzere, eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefliği ve şef yardımcılıklarına profesör ya da doçentler arasından atama yapılırken jüri üyelerinin seçilmesini, nesnel değerlendirme ilkesine dayanan kura yöntemi yerine siyasal kimliği önde gelen ve çeşitli baskılar altında bulunan Bakan'ın öznel değerlendirmelerine; atamaların yapılmasını Bakan'ın mutlak takdirine bırakan düzenlemelerin hukuka

ve Anayasa'ya aykırılığı, Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma ve Danıştay 5. Dairesinin kararları ile tescil edilmiştir.

Bu durumda, Anayasa'nın 138 inci maddesinde "mahkeme kararlarına uymak, bunları değiştirmeden ve geciktirmeden yerine getirmek" zorunluluğundan, 153 üncü maddesinde de açıkça "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından" sözedilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararlara aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyle karşılanamaz.

Öte yandan Devlet erklerinin, yürütmenin eyleminin yasa sınırları içinde kalması yerine, yasanın yürütmenin eylemine uydurulması şeklinde kullanılmasının, kuvvetler ayrılığı ve Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilmiş bulunan hukuk devleti ve 8 inci maddesinde ifade edilmiş yürütmenin kanuniliği ilkesi ile bağdaştırılmasının mümkün olamayacağı açıktır.

Açıklanan nedenle iptali istenen kurallar, Anayasa'nın 2 nci, 8 inci, 138 inci ve 153 üncü maddelerine de aykırı düşmektedir.

Klinik şefi ve şef yardımcılığına atanacak adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirerek atamaya esas mütalaa bildirecek olan üç kişilik seçici kurulun tüm üyelerinin belirlenmesini Bakanlığa bırakan ek 1 inci maddenin üçüncü fıkrasının iptali istenen üçüncü cümlesi, nesnel değerlendirme ilkesi ile hizmet gerekleri göz önünde tutulmadan yapılmış bir düzenleme olduğundan kamu yararına da dayanmamaktadır.

Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir. Hiçbir kamu erki, kamu yararının gerçekleşmesini engelleyici biçimde kullanılamaz. Bir kamu hukuku tasarrufu olan kanunların partizan ve özel maksatlarla değil, "kamu yararı" amacı ile çıkarılması gerektiği, Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş kararlarının da bir gereğidir.

Bu nedenle söz konusu kural, Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesi ile 7.5.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesine ikinci fıkradan sonra eklenen üçüncü fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 128 inci, 138 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

3) 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Geçici Madde 1'inin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen geçici madde 1'de, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanun'un yayımını takip eden bir ay içinde bu görevlere atanma talebinde bulunanların, bilimsel çalışmalarının ve eğitimci niteliklerinin Bakanlık tarafından ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından değerlendirileceği, bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunanların fiilen yürüttükleri görevlere ait kadro unvanlarına göre atamalarının yapılacağı öngörülmüştür.

5413 sayılı yasa TBMM'den ilk geçişini takiben Sayın Cumhurbaşkanı tarafından haklı gerekçelerle veto edilerek TBMM'ye iade edilmiş; ancak Hükümet aynı Yasayı TBMM'den değişiklik yapmadan geçirerek yürürlüğe girmesini sağlamıştır.

Yasa çıkar çıkmaz kısa süre içinde 175 klinik şefi ve şef yardımcısı atanmıştır. Atama yapılacak klinik şefi ve şef yardımcılığı kadroları hiçbir şekilde ilan edilmeden ve kimseye başvuru olanağı tanınmadan atamalar keyfi olarak ve çok kısa bir sürede yapılmıştır (Halk Sağlığı Uzmanları Derneği (HASUDER) Yönetim Kurulunun açıklaması).

Yukarıda (2) numaralı başlık altında açıklandığı üzere, söz konusu 175 atamanın yasal dayanağını oluşturan 20.10.2005 tarih ve 5413 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesinin, 07.05.1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının

sonuna eklediği tümcelerinin yürürlükleri, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2005 tarih ve E.2005/145, K.2005/23 (Yürürlüğü Durdurma) sayılı kararı ile durdurulmuştur.

Böylece Sağlık Bakanlığı Eğitim ve Araştırma Hastanelerine Klinik Şefi ve Şef Yardımcılığı kadrolarına yapılan bu atamaların nesnel ve bilimsel ölçütlerle yapılmadığı ve bu atamaların hukuksal temeli olmadığı Anayasa Mahkemesinin kararı ile de tescil edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararı vermesinden sonra hukuka saygılı bir idarenin etik kurallar gereği yürürlüğü durdurulan kural uyarınca yapılan atamaları geri alması ve özellikle yeni atamaları da yapmaması gerektiği çok açıktır. Ancak Sağlık Bakanlığı, atamaları geri almadığı gibi, yürütmeyi durdurma kararının verildiği 12.12.2005'ten, bu kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 17.12.2005'e kadar geçen sürede bile aynı atamaları yapmaya devam etmekte hiçbir tereddüt göstermemiştir (Halk Sağlığı Uzmanları Derneği (HASUDER) Yönetim Kurulunun açıklaması).

Anayasa Mahkemesinin yürürlüğü durdurma kararını verip açıklamasından sonra yapılmış atamaların geri alınmaması ve kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı tarihe kadar yürürlüğü durdurulan hükme dayalı olarak atamaların yapılmasına devam edilmesi bir Hukuk Devletinde kabul edilmesi asla mümkün olmayan bir durumdur. Nitekim Danıştay 6. Dairesinin 24.12.1991 tarih ve E.1991/482, K.1991/3229 sayılı kararında,

"Anayasa Mahkemesince 3194 sayılı Yasa'nın 47. maddesi Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı bulunarak 11.12.1986 günlü, 1986/29 sayılı kararı ile iptal edilmiş, karar aynı gün Anayasa gereği devlet eliyle kurulan ve tarafsız bir kamu tüzel kişisi olan TRT Kurumu ve takip eden günde yazılı basın aracılığıyla tüm kamuoyuna duyurulmuş dolayısıyla Yasa maddesinin Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiği hususu tüm kamuoyunun özellikle konu ile ilgili bulunan idareler ve şahısların bilgisi dâhiline girmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, idarece iptal edilen ruhsatın düzenleniş tarihi itibariyle Anayasa Mahkemesinin iptal kararına kadar yürürlükte olduğu tartışmasız ise de daha sonra sözü edilen ruhsatın dayanağı olan yasa hükmünün Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi sonucu idarece geri alınmasında isabetsizlik bulunmamaktadır" denilmiştir.

Yürürlüğü durdurulan bu hükme göre yapılan atamaların iptali için açılan davalarda da Danıştay 5. Dairesi, 10.04.2007 tarih ve E.2007/773 sayılı ve 19.06.2007 tarih ve E.2007/3505 sayılı kararları ile dava konusu işlemlerin yürütmesi durdurmuştur (Ek 3,4).

Danıştay 5. Dairesinin söz konusu kararlarında,

"…anılan Yasa maddesi hükmü ile davalı idareye klinik şef ve şef yardımcılığı kadrolarına ilgili dalda uzman olan profesör ve doçentler arasından sınavsız atama yapma konusunda takdir yetkisi tanınmış ise de, bu yetkinin mutlak ve sınırsız olmadığı, hukukun genel ilkeleri ile kamu yararı ve hizmet gerekleri ölçütü sınırları içinde kullanılabilecek nitelikte bulunduğu kuşkusuzdur. Bu yetki kullanılırken, hukukun genel ilkelerinden eşitlik ilkesinin göz ardı edilemeyeceği, keza kamu yararı açısından objektiflikten vazgeçilemeyeceği, hizmet gerekleri yönünden de görev için en uygun olanı saptama konusunda gereken davranış biçiminin kullanılmasından geri durulamayacağı tartışmasızdır.

Bu itibarla, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 5413 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile eklenen Ek 1. maddenin ikinci fıkrası ile getirilen ikili atama biçiminin ne şekilde ve hangi esaslara dayalı olarak kullanılacağı hususunun düzenleyici bir işlemle saptanıp yapılacak atamalardan hangilerinin sınavla, hangi kadrolara ise sınavsız gerçekleştirileceğinin kurala bağlanmasından önce ve yalnızca sınav koşuluna tâbi olmayanlar arasından ve herhangi bir ölçüt de gözetilmeden, duyurulmadan atama yapılması, Yasa maddesinde öngörülen yetkinin hiçbir hukuki sınırına tâbi olmaksızın kullanılması anlamına gelmektedir ki, bunun hukuken kabulü mümkün değildir"

denilerek dava konusu atamaların yürütülmesi durdurulmuştur.

İptali istenen geçici madde 1 ile, atama işlemleri gerek yukarıda açıklanan gerek kamu oyuna yansıyan müteaddit yargı kararları durdurulan Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanun'un yayımını takip eden bir ay içinde bu görevlere atanma talebinde bulunanlara söz konusu görevlere yeniden atanmaları yolu açılmakta ve bu suretle yargı kararları işlevsizleştirilmektedir.

Yukarıda (2) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle böyle bir düzenlemenin kuvvetler ayrılığı ve Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade

edilmiş bulunan "hukuk devleti" ve 8 inci maddesinde ifade edilmiş "yürütmenin kanuniliği" ilkeleri ile, 138 inci maddesinde belirtilen "Yasama ve yürütme organları ile idare mahkeme kararlarına uymak zorundadır" ve 153 üncü maddesinin "Anayasa Mahkemesi kararları … yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını bağlar" hükümleriyle bağdaştırılması mümkün değildir.

Hukuk Devleti olabilmenin bir başka göstergesi de yasalarda "genellik" ilkesine uyulmasıdır. "Yasaların genelliği" ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup özel, aktüel ve geçici bir durumu gözetmeyen, belli bir kişiyi hedef almayan, aynı statüde olan herkesi kapsayan kuralların getirilmesini zorunlu kılar (Anayasa Mahkemesi'nin 20.11.1996 günlü, E.1996/58, K.1996/43 sayılı kararı).

Dava konusu kuralın, esas itibariyle atama işlemleri yargı kararları ile durdurulanlar için getirildiği kuşkusuzdur. Bu nedenle iptali istenen kural, nesnellik ve genellik niteliklerinden yoksun olup, belirli durumlar için, belirli amaçlara ulaşmak amacıyla getirildiğinden Anayasa'nın hukuk Devleti kavramına aykırıdır.

Öte yandan geçici madde 1'de yer verilen, madde kapsamında bulunanların bilimsel çalışmaları ve eğitimci niteliklerinin Bakanlık tarafından ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından değerlendirileceği ve bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunanların fiilen yürüttükleri görevlere ait kadro unvanlarına göre atamalarının yapılacağına ilişkin düzenleme; yukarıda (2) numaralı başlık altında iptali istenen kurallarla yapılan düzenlemenin aynı olduğundan bu başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci,128 inci,138 inci ve 153 üncü maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasa'nın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 12.3.2008 tarih ve 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun Geçici Madde 1'i, Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 128 inci, 138 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen kurallar Anayasa hükümlerine açıkça aykırı olduğu gibi, yasaların genelliği ilkesiyle bağdaşmayan kişiye özel bir kanun niteliği taşımakta ve özünde de kamu yararı amacına dayanmadığından uygulanmaları hâlinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasa'ya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır. "

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

İptal istemine konu kuralların da içinde bulunduğu 5710 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile Geçici 1. maddesi şöyledir:

"MADDE 1- 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve bu fıkradan sonra gelmek üzere maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde tıpta uzmanlık eğitimi klinik şefi, klinik şef yardımcısı, ilgili dalda profesör ve doçent unvanına sahip kişiler tarafından verilir ve bu kişiler eğitim sorumlusu olarak nitelendirilir. Klinik şefi, klinik şef yardımcısı, başasistan ve asistan kadrolarına açıktan atama izni alınmaksızın ilgili mevzuatı çerçevesinde atama yapılır. **Klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına atamalar, ilgili dalda uzman olan tabipler arasından Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak yazılı ve sözlü mesleki sınav sonuçlarına göre yapılır. Bu sınavlara mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dilde yeterliliği bulunanlar katılabilir.**

Yeterlilik kriterleri ile sınavlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelik ile düzenlenir.

Profesör veya doçentlerden klinik şefi veya klinik şef yardımcısı kadrolarına atanmak isteyenler için mevcut toplam kadroların % 35'ini geçmemek üzere kadro ayrılabilir. İlgili uzmanlık alanlarında profesör veya doçentlik unvanını almış olanlar Bakanlıkça yapılacak ilanda belirtilen kadrolardan sadece birisine müracaat edebilirler. **Müracaat eden adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirmek üzere Bakanlık tarafından, ilgili uzmanlık alanlarında üç profesör veya klinik şefi tespit edilir. Bu profesör veya klinik şefleri, adaylar hakkında mütalaalarını, öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı Bakanlığa bildirirler. Bakanlık bu mütalaalara göre atamaları yapar.**

Klinik ve laboratuvar şefi veya şef yardımcısı tabipler ile tıp alanında doçent veya profesör unvanlı tabipler eğitim ve araştırma hastanelerine; uzman tabipler veya tıp alanında doktora yapmış tabipler veyahut hukuk, kamu yönetimi, işletme ve sağlık yönetimi alanında lisans, yüksek lisans veya doktora eğitimi almış tabipler diğer hastanelere baştabip olarak atanabilirler. Ancak yüz yatağın altındaki hastanelerin baştabipliklerine atamada tabip olma şartı dışında, diğer şartlar aranmaz."

"GEÇİCİ MADDE 1- **Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanunun yayımını takip eden bir ay içinde bu görevlere atanma talebinde bulunanlar, Bakanlık tarafından ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından, bilimsel çalışmaları ve eğitimci nitelikleri yönünden değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunanların fiilen yürüttükleri görevlere ait kadro unvanlarına göre atamaları yapılır."**

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 8., 11., 128., 138. ve 153. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımları ile 8.4.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- 12.3.2008 günlü, 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un

a) 1. Maddesiyle Değiştirilen 7.5.1987 günlü, 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. Maddesinin İkinci Fıkrasının Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Cümleleri Yönünden

Dava dilekçesinde, kurallarda Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına atanabilmek için Bakanlıkça yapılacak veya yaptırılacak yazılı ve sözlü mesleki sınavlara ve bu sınavlara katılım bakımından gerekli olan mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dil yönünden aranacak kriterlere ilişkin temel ilkelerin konulmadığını; atanacak kişilerin birer kamu görevlisi olmaları nedeniyle statü esasları ile sınav ve atamalarına ilişkin usûl ve esasların belirlenmesi yetkisinin çerçevesi çizilmeden yönetmeliğe ve dolayısıyla da idareye bırakıldığını; bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5748 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenilen cümlelerinde, eğitim ve araştırma hastanelerinde eğitim sorumlularından olan klinik şefliği ve şef yardımcılığıyla başasistan kadrolarına yapılacak atamalara ilişkin temel ilkeler yer almaktadır. Kurala göre, ilgili dalda uzman olan hekimlerin Sağlık Bakanlığı eğitim

ve araştırma hastanelerinde klinik şefi, klinik şef yardımcısı ya da başasistan kadrolarına atama için açılacak olan sınavlara, ilgili dalda uzmanlık eğitimini tamamlamış, mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dilde yeterlilikleri olan uzman hekimler katılabilecektir. Bu kadrolara atamalar, Bakanlığın kendisinin yapacağı ya da başka bir kuruma yaptıracağı yazılı ve sözlü sınavların sonuçlarına göre gerçekleştirilecektir. Ayrıca kural, bu sınavlara ilişkin yeterlilik ölçütleri ile usûl ve esasların çıkarılacak yönetmelik ile belirlenmesini öngörmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır.

Anayasa'nın 7. maddesinde *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Buna göre, yasakoyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasakoyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik veya benzeri alanlarda temel kurallar saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Anayasa'nın 8. maddesinde ise yürütme yetkisi ve görevi düzenlenmiştir. Yasakoyucu belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak Yasa'nın uygulanmasını sağlayacaktır. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı budur. Bu kurallara göre yasakoyucunun genel

kuralları koyup, düzenlenecek olan alanın esaslı konularının kanunda yeterince belli edilmiş, amaç ve hedefin açıklanmış, sınırlarının ve çerçevesinin yeterince belirlenmiş olması, yürütmenin yapacağı düzenlemenin ölçüsünü vermesi, Anayasa'nın öngördüğü yürütmenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlaması gerekmektedir. Böyle bir kanuna dayanarak yürütme organının yapacağı işlemler de, objektif nitelik taşımalı, keyfi uygulamalara sebep olacak çok geniş takdir yetkisi vermemelidir. Bu bağlamda, yürütmenin tüzük ve yönetmelik çıkarmak gibi klasik düzenleme yetkisi, idarenin yasallığı ilkesi içerisinde sınırlı ve tamamlayıcı bir yetki durumundadır. Anayasa'da belirtilen kimi ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yürütmenin öznel hakları etkileyen bir kural koyma yetkisi bulunmamaktadır. Yasa ile yetkili kılınmış olması da yasama organının belirlediği kapsam ve sınırlar içinde türevsel bir yetkinin kullanılması anlamına gelir. Bu çerçevede yönetime bırakılan yetkinin, yasada amacının ve sonuçlarının belirlenmiş, teknik ya da ayrıntıya ilişkin konulara dair olması gerekmekte olup, bu koşulları sağlayan kurallar, yasama yetkisinin devri anlamına gelmemektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."* denilmektedir. Maddenin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenlenmesi gerekir.

Dava konusu kural, Sağlık Bakanlığına bağlı eğitim ve araştırma hastanelerinin klinik şefliği, şef yardımcılığı ve başasistan kadrolarına objektif ve bilimsel kriterlere göre atama yapılması amacıyla yazılı ve sözlü sınav koşulu getirilmiş ve mesleki çalışma, bilimsel yayın ve yabancı dilde yeterlilik sahibi bulunmak ise bu sınava katılabilmek için ön koşul olarak benimsenmiştir. Eğitim ve araştırma hastanelerindeki eğitim sorumlusu kadrolarına atanacakları belirlemek amacıyla yapılacak olan yazılı ve sözlü sınavlara katılmanın koşulları olarak

belirlenen, ilgili dalda uzmanlık, yabancı dilde yeterlilik, bilimsel yayın ve mesleki çalışma kavramlarının açık, objektif ve çerçevesi belirlenmiş kavramlar olduğu görülmektedir. Kuralla, söz konusu kadrolara atanmada belirleyici olan sınavların yazılı ve sözlü olarak Bakanlık tarafından bizzat yapılmasına ya da uzman bir başka kuruma yaptırılabilmesine olanak tanınarak bu hususa ilişkin temel ilkeler konulmuştur. İlgili dalda uzman olan hekimlerin, eğitim ve araştırma hastanelerinde başasistan, klinik şef yardımcısı ya da klinik şefliği kadrolarına atanabilmeleri için getirilen sınavların usulü ile katılma koşulları konusunda açık ve belirgin bir yöntemin getirildiği, atama yetkisinin öznel ve sunulacak hizmetin gerekleri ile bağdaşmayan etkilere açık olarak kullanılmasını engelleyecek biçimde atamalarda belirleyici olan sınavlara ilişkin ölçütlerin konulduğu anlaşılmaktadır. Sınavların usûl ve esaslarına ilişkin Kanun'da temel ilkelere yer verildikten sonra, uzmanlık gerektiren ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin idarece çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Zehra Ayla PERKTAŞ beşinci cümle yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

b) 1. Maddesiyle 3359 Sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın Üçüncü, Dördüncü ve Beşinci Cümleleri Yönünden

Dava dilekçesinde, eğitim ve araştırma hastaneleri klinik şefi veya klinik şef yardımcılığı kadrolarına müracaat eden ilgili dalda profesör veya doçentlerin bilimsel çalışmalarının ve eğitimci niteliklerinin değerlendirilmesi yöntemi ve öncelik sıralamasına ilişkin esasların Kanun'da düzenlenmediği; kuralın, profesör ve doçentlerin eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefliği ve şef yardımcılığı kadrolarına doğrudan Bakanlık tarafından atanmasına olanak tanıyan 5413 sayılı Kanun'un 6. maddesine yönelik Anayasa Mahkemesinin yürürlüğün durdurulması ve ayrıca bu süreçte görev alan jürinin belirlenmesine ilişkin Tababet Uzmanlık Yönetmeliği'ndeki değişikliklerin ve bunlara

dayanılarak yapılan idari işlemlerin Danıştay tarafından hukuka aykırılığının tespit edilerek iptallerine ilişkin kararları etkisiz ve sonuçsuz kılmaya yönelik olduğu bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 7., 8., 128., 138. ve 153. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

İptal başvurusuna konu kurallarda, ilgili dalda profesör ve doçentlerden Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefi veya klinik şef yardımcısı kadrolarına atanmak isteyenler için toplam mevcut kadroların % 35'ini geçmemek üzere ayrılan ve Bakanlıkça ilân edilen kadrolara atanmak için başvuranların bilimsel çalışmalarının ve eğitimci niteliklerinin değerlendirilmesi ve atanmaları yöntemi düzenlenmiştir. Buna göre, söz konusu kadrolara atanmak isteyen ilgili uzmanlık alanındaki profesör ya da doçentlerin bilimsel çalışmaları ve eğitimci nitelikleri, Bakanlığın ilgili uzmanlık alanlarından tespit edeceği üç profesör veya klinik şefi tarafından değerlendirilip öncelik sıralaması yapılarak ayrı ayrı Bakanlığa bildirilecektir. Bu amaçla oluşturulacak jürilerde görev alacakların ilgili uzmanlık alanında profesör ya da klinik şefi olmaları ve Bakanlıkça görevlendirilmeleri esası getirilmiş; jüride görev alan her bir klinik şefi ya da profesörün adaylar hakkındaki değerlendirmelerinin birbirinden bağımsız olması, Bakanlığa sundukları mütalaalarında adaylar arasında öncelik sıralaması yapmaları ve atama işleminin bu mütalaalara uygun olarak Bakanlıkça yapılması öngörülmüştür.

Kurallarda, ilgili uzmanlık alanında profesör veya doçent olan kişilerin, eğitim ve araştırma hastanelerine klinik şefi ya da şef yardımcısı olarak atanabilmelerine ilişkin temel alınacak ölçütler, kadro durumu, ilân, başvurular, değerlendirmeyi yapacak jürinin belirlenmesi, değerlendirme ve atama yöntemleri gösterilmiştir. Bu nedenle anılan hükmün kural koymadan, çerçevesini çizmeden ve yürütmenin takdir yetkisini sınırlandırmadan, sınırsız bir alanda ve sınırsız bir biçimde yürütme organına yetki tanıdığının söylenmesine olanak bulunmamaktadır.

Akademik unvanların en üst düzeyini ifade eden profesörlük ve doçentlik, tıp fakültelerinde aynı zamanda bir kadroyu da temsil etmektedir. Bu akademik unvan ve kadronun ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde, çok sayıda sınavlardan başarıyla geçmek ve uzun yıllar süren bilimsel ve akademik çalışmaları başarıyla tamamlamak suretiyle iktisap edilebildiği dikkate alındığında, bu kişilerin ilgili dalda uzman

hekimlerden farklı olarak yazılı ve sözlü sınava tâbi tutulmamaları doğaldır. Söz konusu kadrolara atanabilmek için gerekli niteliklerin ve atama sürecinin Anayasa'nın 128. maddesinde konulmuş bulunan ilkelere uygun olduğu anlaşılmaktadır.

İlgili dalda profesör veya doçent olan kişilerin aldıkları eğitim ve mesleki deneyim nedeniyle, eğitim ve araştırma hastanelerinde eğitim sorumluluğu görevini ifa konusunda yetkinliklerine ilişkin duraksama bulunmamaktadır. Ancak, açık bulunan bir klinik şefliği ya da klinik şef yardımcılığına atanabilmek için birden çok profesör ya da doçentin başvurması hâlinde, bu göreve atanmak üzere, adaylar arasında mesleki bilgi, beceri, eğitim öğretim yeteneği bakımından en başarılı olanın belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu aynı zamanda kamu yararının da bir gereğidir.

Öte yandan, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince yasakoyucu, yapacağı yeni düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz bırakacak biçimde yeni yasa çıkarmamak ve Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir.

5413 sayılı Yasa'nın 6. maddesiyle, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen cümlelerin yer aldığı fıkraya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin 12.12.2005 gün ve E. 2005/145, K. 2005/23 sayılı kararıyla kuralın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmiş ise de, kural 22.3.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5748 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirildiğinden, 23.7.2010 gün, E.2005/145, K. 2009/112 sayılı kararıyla bu cümlelere ilişkin, konusu kalmayan iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir. 5413 sayılı Kanun'un anılan fıkrasına ilişkin verilen iptal kararı bulunmadığından, kuralın Anayasa Mahkemesinin kararlarını etkisiz bırakmak, onların bağlayıcılığını tanımamak amacıyla yasalaştırıldığı söylenemez.

Bu nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 7., 8., 128. ve 153. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 11. ve 138. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

2- 12.3.2008 günlü, 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. Maddesi Yönünden

Dava dilekçesinde, 20.10.2005 gün, 5413 sayılı Kanun'un 6. maddesinin yürürlüğünün, Anayasa Mahkemesinin 12.12.2005 gün, E.2005/145, K. 2005/23 (Y.D) sayılı kararı ile durdurulduğu, ancak Yasa'nın yayımından yürürlüğünün durdurulması kararının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihe kadar geçen sürede çok sayıda klinik şefi ve şef yardımcısının atamasının yapıldığı, bu atamaların nesnel ve bilimsel ölçütlere dayanmadığı ve hukuksal temelinin olmadığı; kuralın yasaların genelliği ilkesine uymadığı ve bu kişilerin söz konusu görevlere yeniden atanmalarının yolunun açılarak yargı kararlarının işlevsizleştirildiği, ayrıca bu kişilerin atanması yönteminin 5748 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesine eklenen üçüncü fıkra ile aynı olması itibarıyla, bu hükme ilişkin ileri sürülen gerekçelerle Anayasa'nın 2., 7., 8., 11., 128., 138. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'ya aykırılığı savıyla iptali istenen kural ile ilgili dalda profesör veya doçent olup eğitim ve araştırma hastanelerinde en az 6 ay süreyle klinik şefliği veya şef yardımcılığı görevlerini sürdürenlere bu kadro ve görevlere atanabilme imkânı tanınmıştır. Bu durumdaki kişilerden Kanun'un yayımından başlamak üzere bir aylık süre içinde başvuranların durumlarının 3359 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesine eklenen üçüncü fıkra hükmünde gösterilen yönteme göre değerlendirilmesi sonucunda, mesleki çalışma ve eğitimci kişilikleri bakımından bu görevlere atanmada yeterli olduğu tespit olunanların bu kadro ve görevlere atanacakları öngörülmüştür. Anılan fıkrada düzenlenen atama yönteminden farklı olarak maddede, asgari 6 ay süreyle eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefliği veya şef yardımcılığı görevini yapan profesör ve doçentlerden bu kadrolara atanma isteğinde bulunanların, Yasa'da belirlenen yönteme göre bilimsel çalışmaları ve eğitimci kişilikleri açısından değerlendirmeye tâbi tutularak, yeterli bulunmaları durumunda bu görevlere atanabilmelerine olanak tanınmıştır. Bu durumda söz konusu kadrolara ilişkin ayrıca bir

ilân yapılmamakta ve diğer profesör, doçent ya da uzmanların bu kadrolara atanma istemiyle müracaat edebilme olanağı da kalmamaktadır.

İptal istemine konu kuralın yasalaştırılmasındaki amacın, Anayasa Mahkemesinin 5413 sayılı Yasa'ya ilişkin 12.12.2005 günlü yürürlüğü durdurma kararının Resmî Gazete'de yayımından önceki dönemde yapılan atamalarla ilgili olası duraksamaları gidermek ve belirsizlikleri ortadan kaldırmak olduğu yasa gerekçesinde belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasında sayılan Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını yansıtmakta, yasaların kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Hukuk güvenliği ve adalet, çağdaş kamu yönetimi anlayışında, istikrar olgusunun temelini oluşturmaktadır. Hukuk güvenliği, kamu görevlileri yönünden önemli bir güvencedir.

Öte yandan, yasaların ve bu yasalarla getirilen kuralların genel olması hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Kanunların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durum gözetmeyen, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. O hâlde yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayrım gözetmeksizin uygulanabilir olması gerekir. Geçici nitelikteki bu kural, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde Kanun'un yayımı tarihinden önceki mevzuata dayalı olarak klinik şefliği ya da klinik şef yardımcılığı görevlerine atanmış ve en az 6 ay süreyle bu görevleri yürütmüş bulunan profesör veya doçent unvanlı herkesi içine alan genel, objektif durum yaratan ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayrım gözetmeden uygulanabilecek niteliktedir.

Kuralda, ilgili uzmanlık alanında profesör veya doçent olan kişilerin, önceden asgari 6 ay süreyle klinik şefi ya da şef yardımcısı olarak görev yaptıkları eğitim ve araştırma hastanelerine klinik şefi ve şef yardımcısı olarak atanabilmelerine ilişkin temel alınacak ölçütler, kadro durumu, başvurular, değerlendirmeyi yapacak jürinin belirlenmesi, değerlendirme ve atama yöntemleri gösterilmiştir. Bu nedenle anılan

hükmün kural koymadan, çerçevesini çizmeden ve yürütmenin takdir yetkisini sınırlandırmadan, sınırsız bir alanda ve sınırsız bir biçimde yürütme organına yetki tanıdığının söylenmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu durumdaki kişilerin ilgili uzmanlık alanlarında profesör ya da doçent olmaları, bilimsel çalışmaları ve eğitimci kişilikleri ile bu görevi fiili olarak asgari 6 ay yürütmüş bulunmaları sebebiyle sahip bulundukları deneyimleri dikkate alındığında, fiili olarak yürüttükleri görevlere atanmaları yönteminin, kamu düzeni ve yararı, hizmet kalitesi ve verimliliği ile işyeri huzuru, çalışma barışı ve hizmetin gerekleri ilkelerine uygun bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

İdarenin işlemlerinde yasaya uygunluk karinesi geçerli olup, klinik şefliği ve klinik şef yardımcılığı kadrolarına ilgili mevzuat hükümlerine göre yetkili organlarca atanmalarının ardından, belli süreler fiili olarak görev yapmış olan kişilerin sahip bulundukları deneyimlerin yasakoyucu tarafından dikkate alınarak, bilimsel çalışma ve eğitimci kişilik bağlamında gerekli ölçütlere uygun olduklarının belirlenmesi durumunda bu görevleri sürdürmelerine olanak tanınması, Mahkemenin kararını işlevsizleştirmeye yönelik bir düzenleme olarak değerlendirilemez.

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasına göre; *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."*

Kuralla, daha önce idarî davalara konu olan Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerine klinik şefi ve klinik şef yardımcılığı görevlerine atamalarla ilgili husus, yasal düzenleme konusu yapılmıştır. Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasakoyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur. Bu kapsamda yasakoyucu tarafından getirilen ve genel, objektif nitelik taşıdığı görülen kuralın, Anayasa'nın 138. maddesine aykırılığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7., 8., 128. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİ

12.3.2008 günlü, 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un:

1- 1. maddesiyle;

a- 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerine,

b- 3359 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerine,

2- Geçici 1. maddesine,

yönelik iptal istemleri, 9.6.2011 günlü, E. 2008/31, K. 2011/94 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde ve cümlelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 9.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

12.3.2008 günlü, 5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un:

1- 1. maddesiyle;

a- 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının;

aa- Üçüncü ve dördüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

bb- Beşinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- 3359 sayılı Kanun'un Ek 1. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Geçici 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

9.6.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY YAZISI

5748 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü, dördüncü ve beşinci cümleleri klinik şefi veya klinik şef yardımcısı kadrolarına atanmak isteyen profesör veya doçentlerin bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirmek üzere Bakanlık tarafından, ilgili uzmanlık alanlarında üç profesör veya klinik şefi tespit edilmesini, bu profesör veya klinik şeflerinin adaylar hakkında

mütalaalarını, öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı Bakanlığa bildirmelerini, Bakanlığın bu mütalaalara göre atamaları yapmasını öngörmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesi gereğince atanma usulleri kanunla düzenlenmesi gereken klinik şef ve şef yardımcılarının, profesör ve doçentler yönünden bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirmeye ehil kişilerce belirlenmesi gerekirken, sadece uzman tabip olan kinik şefleri tarafından verilecek mütalaaya göre Bakanlıkça atanmaları, basit bir tavsiye yönteminden farklı olmayan, Anayasa'nın öngördüğü anlamda "yasa ile düzenleme" niteliği taşımayan bir uygulamadır.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun Ek 1. maddesinin 12.3.2008 günlü 5748 sayılı Yasa ile değiştirilen ikinci fıkrasında, klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına yapılacak atamalara ilişkin sınavlara katılacaklarda aranacak yeterlik kriterleri ile sınavlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği, Madde'ye aynı Yasa ile eklenen üçüncü fıkranın üç, dört ve beşinci tümcelerinde de müracaat eden adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirmek üzere Bakanlık tarafından, ilgili uzmanlık alanlarında üç profesör veya klinik şefinin tespit edileceği, bu profesör ve klinik şeflerinin, adaylar hakkındaki mütalâalarını, öncelik sıralaması yaparak ayrı, ayrı Bakanlığa bildirecekleri, Bakanlığın bu mütalâalara göre atamaları yapacağı, Yasa'nın Geçici 1. maddesinde de Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanun'un yayımını takip eden bir ay içinde bu görevlere atanma talebinde bulunanların, Bakanlık tarafından ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından, bilimsel çalışmaları ve eğitimci nitelikleri yönünden değerlendirileceği, bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunanların fiilen yürüttükleri

görevlere ait kadro unvanlarına göre atamalarının yapılacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Buna göre, klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına atanacakların, niteliklerinin belirlenmesine ilişkin kriterlerin Yasa ile düzenlenmesi gerekir. Bu hususlara ilişkin esasların yönetmelikle veya idare tarafından seçilen kişilerce belirlenmesi olanaklı değildir. Ayrıca profesör ve doçentlerden Yasada gösterilen görevlere atanacakların nitelikleri ile müracaat eden adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirmek üzere Bakanlık tarafından görevlendirilecek profesör ve klinik şeflerinin, hangi ölçütler esas alınarak belirleneceklerinin de Yasada gösterilmesi gerekir. Sınırları Yasa ile çizilmemiş yetkilerin idareye bırakılmasının, keyfi uygulamalara yol açacağı, bu durumun ise eşitlik ve adaleti temel alan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.

Öte yandan, Geçici 1. madde uyarınca, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde belirli bir süre klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerin talepleri halinde yürüttükleri göreve atanmaları sağlanarak, bunlara ayrıcalık tanınması, aynı niteliklere sahip kişiler arasında eşitlik ve rekabeti bozacağından Anayasa'nın 10. maddesinin ihlâli sonucunu doğuracaktır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun;

Ek 1. maddesinin,

İkinci fıkrasının iptali istenen beşinci tümcesinde *"Yeterlilik kriterleri ile sınavlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelik ile düzenlenir",*

Üçüncü fıkrasının iptali istenen üçüncü, dördüncü ve beşinci tümcelerinde *"Müracaat eden adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirmek üzere Bakanlık tarafından, ilgili uzmanlık alanlarında üç profesör veya klinik şefi tespit edilir. Bu profesör veya klinik şefleri, adaylar hakkında mütalaalarını, öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı Bakanlığa bildirirler. Bakanlık bu mütalaalara göre atamaları yapar"*

denilmiş,

İptali istenen geçici 1. maddesinde de *"Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanunun yayımını takip eden bir ay içinde bu görevlere atanma talebinde bulunanlar, Bakanlık tarafından ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından, bilimsel çalışmaları ve eğitimci nitelikleri yönünden değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunanların fiilen yürüttükleri görevlere ait kadro unvanlarına göre atamaları yapılır"* kuralına yer verilmiştir.

Anayasa'ya aykırı oldukları ileri sürülen kuralların Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerine atanmak isteyen klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistanları kapsayan düzenlemeler olduğu, klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistanların da Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kamu görevlileri oldukları konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında *"Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir"* denilerek, kamu personeline ilişkin statü esaslarının kanunla düzenlenmesi gereğine işaret edilmiştir. Buna göre, hizmete atanmaya ilişkin kuralların kanunla düzenlenmesi Anayasal zorunluluk halini almıştır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında, kanunla düzenlemenin belirli konulardan kavram, ad ve kurum olarak söz etmek olmayıp, düzenlenen alanda temel ilkelerin konularak çerçevesinin çizilmiş olması gerektiğine, kanunda temel esaslara yer verilip çerçevesinin çizilmiş olması koşuluyla uzmanlık ve teknik gerektiren konulara ilişkin ayrıntıların yürütme organın yetkisine bırakılabileceğine işaret etmiştir.

Anayasa'nın 7. maddesinde *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez"* kuralına yer verilerek kanun yapma yetkisinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir"* denilerek, hukuk devletinin tanımı yapılmıştır. Bu maddede yer verilen hukuk devletinin unsurlarından biri de vatandaşların hukuk güvenliğini sağlamaktır. Hukuk güvenliği ise kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Bu durum, yargı denetiminin sağlanması için de zorunludur.

İptali istenilen;

Beşinci tümcedeki kuralda, yeterlilik kriterlerinin ve sınavlara ilişkin usul ve esasların yönetmelik ile düzenleneceği öngörülerek, hizmete atanmalarında esas alınacak yeterlilik kriterleri ile sınavlara ilişkin usul ve esasların temel ilkeleri saptanıp çerçevesi çizilmeden tümünün yönetmelikle düzenlenebilmesine imkân verilmek suretiyle idarenin yetkisine terk edilmiştir. Bu durum, Anayasa'da öngörülün kamu görevlileriyle ilgili statüye ilişkin esasların kanunla düzenlenmesi gereğine ve kanun yapma yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırıdır.

Üçüncü, dördüncü ve beşinci tümcelerdeki kurallarda, hekim olan profesör ve doçentlerin Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerindeki klinik şefi ve şef yardımcılığı kadrolarına Bakanlığın tespit edeceği üç kişiden oluşan kurulun, adaylar için öncelik sıralaması yaparak bildirecekleri görüş doğrultusunda, sınavsız olarak atanabilmelerine imkân tanınarak, müracaat eden adayların kamu görevlisi olarak atanmalarında dikkate alınacak olan bilimsel çalışmalarının ve eğitimci niteliklerinin değerlendirilmesindeki usul ve esaslar ile Bakanlıkça seçilen kurulun bildireceği görüşlerle ilgili öncelik sıralamasındaki usul ve esaslara yer verilmemek suretiyle belirsiz ve

öngörülemeyen bir alan bırakılmıştır. Kural bu haliyle hukuk devletinin unsurlarından olan hukuk güvenliğini sağlayan öngörülebilirlik ve belirlilik koşullarını taşımadığı gibi yargısal denetimin etkisiz kalmasına da neden olacak niteliktedir. Bu nedenlerle Anayasa'da öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Geçici 1. maddedeki kuralda, Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanunun yayımını takip eden bir ay içinde başvuranların bu görevlere sınavsız olarak atanmaları düzenlenmiştir.

Bu kural da, yukarda üçüncü, dördüncü ve beşinci tümceler için belirtilen gerekçeler uyarınca Anayasa'da öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2., 7. ve 128. maddelerine aykırı olan kuralların iptalleri gerektiğinden çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

12.03.2008 günlü 5748 sayılı Kanunla değiştirilen 07.05.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin;

1) İkinci fıkrasının beşinci cümlesinde; "yeterlilik kriterleri ile sınavlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelik ile düzenlenir." denilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında; "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." hükmü yer almıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk devleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmektedir. Buna göre, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirlenmemiş bir düzenleme yetkisi verilemez. Ayrıca Anayasa'nın 8. maddesi uyarınca yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'ya

ve kanunlara uygun olarak kullanılıp yerine getirileceğinden, idarenin kaynağını yasadan almayan yetki kullanamayacağı açıktır.

Bu durumda Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefi, klinik şef yardımcısı ve başasistan kadrolarına atamalarda yeterlilik kriterleri ve sınavlara ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği yolundaki düzenleme, Anayasa'nın 128. maddesine göre bu hususların yasa ile belirlenmesi ilkesine aykırıdır.

2) Üçüncü fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinde; "Müracaat eden adayların bilimsel çalışmalarını ve eğitimci niteliklerini değerlendirmek üzere Bakanlık tarafından, ilgili uzmanlık alanlarında üç profesör veya klinik şefi tesbit edilir. Bu profesör veya klinik şefleri adaylar hakkında mütalalarını, öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı Bakanlığa bildirirler. Bakanlık bu mütalalara göre atamaları yapar." denilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Kuralda ise Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerine profesör veya doçentlerden klinik şefi veya klinik şef yardımcısı kadrosuna atanmak için müracaat eden adayların niteliklerini değerlendirmek üzere Bakanlıkça bir komisyon oluşturulacağı, bu komisyonda bulunan kişilerin adaylar hakkında öncelik sıralaması yaparak ayrı ayrı bildirdikleri mütalalara göre atama yapılacağı belirtilmektedir.

Bu durumda kural Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kamu görevlilerinin atanma esaslarının kanunla düzenleneceği ve atamaya esas olacak koşulların önceden nesnel biçimde yasa ile belirlenmesi esaslarına aykırıdır.

3) Geçici madde 1- "Sağlık Bakanlığı eğitim ve araştırma hastanelerinde en az altı ay klinik şefliği veya klinik şef yardımcılığı görevini yürütmüş profesör ve doçentlerden, bu Kanunun yayımını takip eden bir ay içinde bu görevlere atanma talebinde bulunanlar Bakanlık tarafından ilgili uzmanlık alanlarında tespit edilecek üç profesör veya klinik şefi tarafından, bilimsel çalışmaları ve eğitimci nitelikleri yönünden değerlendirilir. Bu değerlendirme sonucunda yeterli bulunanların fiilen yürüttükleri görevlere ait kadro unvanlarına göre atama yapılır." hükmü yer almıştır.

Madde hükmü ile eğitim ve araştırma hastanelerinde klinik şefliği ya da şef yardımcılığı görevlerini en az altı ay süre ile yürütmüş profesör ve doçentlerin bu görevlere atanmalarında Kanun'un 1. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şekilde Bakanlıkça oluşturulan komisyonlar tarafından yapılan değerlendirmelerin esas alındığı atama yöntemi öngörülmektedir.

Bu durumda kural Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen kamu görevlilerinin atanma esaslarının kanunla düzenleneceği ve atamaya esas alınacak koşulların önceden nesnel biçimde yasa ile belirlenmesi esaslarına aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 07.05.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun ek 1. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının beşinci cümlesi ile eklenen üçüncü fıkranın üçüncü, dördüncü ve beşinci cümlelerinin ve geçici 1. maddesinin Anayasa'nın 7., 8. ve 128. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2008/87

Karar Sayısı : 2011/35 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 9.6.2011

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu Adına Grup Başkanvekili Hakkı Suha OKAY

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 24.7.2008 günlü, 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un: 3. maddesiyle değiştirilen 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin dördüncü fıkrasının, 7. maddesiyle değiştirilen 2.3.1984 günlü, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerinin, 15. maddesiyle değiştirilen 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun Ek Madde 3'ün; birinci tümcesinde yer alan "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresinin, "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci tümcesinin, yedinci tümcesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." ibaresinin, 42. maddesiyle değiştirilen 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasının, 43. maddesiyle değiştirilen 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin son fıkrasının ilk iki tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 36., 63., 123., 125., 127. ve 153. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu ile ekleri, iptali istenilen kurallar, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

24.7.2008 günlü, 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 15. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilen Ek 3. maddesinin;

1- Birinci cümlesinde yer alan "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresi,

2- Yedinci cümlesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." ibaresi,

9.6.2011 günlü, E. 2008/87, K. 2011/95 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarelerin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

B- 1- 3. maddesiyle, 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasına,

2- 7. maddesiyle, 2.3.1984 günlü, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun4. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerine,

3- 15. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilen Ek 3. maddesinin "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci cümlesine,

4- 42. maddesiyle, 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun6. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasına,

5- 43. maddesiyle, 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin onikinci fıkrasının değiştirilen "Satışı ve değerlendirilmesi yapılacak taşınmazlar, TCDD Genel Müdürlüğü tarafından çevre imar bütünlüğünü bozmamak kaydıyla yapılan veya yaptırılan her ölçekteki imar ve parselasyon planları, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il, ilçe ve belde belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanması suretiyle yürürlüğe girer. Üç ay içerisinde onaylanmayan planlar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından re'sen yürürlüğe konulur." biçimindeki birinci ve ikinci cümlelerine,

yönelik iptal istemleri, 9.6.2011 günlü, E. 2008/87, K. 2011/95 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve cümlelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

9.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2008/87

Karar Sayısı : 2011/95

Karar Günü : 9.6.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekili Hakkı Suha OKAY

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay 6. Dairesi

İPTAL ve İTİRAZIN KONUSU: 24.7.2008 günlü ve 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 3. maddesi ile değiştirilen 14.6.1973 günlü ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin dördüncü fıkrasının,

2) 7. maddesi ile değiştirilen 2.3.1984 günlü ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerinin,

3) 15. maddesi ile değiştirilen 3.5.1985 günlü ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ek 3. maddesinin;

a) Birinci tümcesindeki "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresinin,

b) "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plân ve imar plânlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci tümcesinin,

c) Yedinci tümcesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer. …" ibaresinin,

4) 42. maddesiyle değiştirilen 22.2.2005 günlü ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasının,

5) 43. maddesiyle değiştirilen 21.4.2005 günlü ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin son fıkrasının ilk iki tümcesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 10., 36., 63., 123., 125., 127. ve 153. maddelerine aykırılığının ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmalarına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL DAVASI VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İLE İTİRAZ BAŞVURUSUNUN GEREKÇELERİ

A- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 24.07.2008 Tarih ve 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3 üncü Maddesi ile Değiştirilen 14.06.1973 Tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51 inci Maddesinin Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kural ile Milli Eğitim Bakanlığı'na (MEB) milli eğitim amacıyla tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazların 5018 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesine tâbi olmadan satışı ya da özelleştirme idaresi aracılığı ile satışının yapılabileceği öngörülmüştür. Söz konusu taşınmazların satışı konusunda Maliye Bakanına sınırsız yetki verilmiştir. Çünkü hangi nitelikleri taşıyan taşınmazların hangi hâllerde satılabileceği konusunda bir belirleme yapılmadığı gibi, ölçüt de konulmamış ve tüm kamu taşınmazları bakımından gerekli olan 5018 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesi dahi bu kural yönünden dikkate alınmayacağı hükme bağlanmıştır.

İptali istenen fıkra metninde yer verilen "…mutabık kalınarak …" gibi soyut ve her anlama çekilebilecek ölçütler yerine daha somut ve objektif kriterlere yer verilmesi hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir.

Böyle bir düzenlemenin anlamı, değinilen konularda aslî düzenleme yetkisinin Maliye Bakanına bırakıldığı ve keyfi yetki kullanımına kapının açıldığıdır. Hâlbuki Anayasa'nın 7 nci maddesine göre; yürütme yetkisi ve görevi, kanunlar çerçevesinde kullanılır ve yerine getirilir. Anayasa'da gösterilen istisnaî haller dışında, yürütmeye, kanunla

düzenlenmemiş bir alanda aslî düzenleme yetkisi verilemez. Böyle bir yetkinin yürütmeye verilmesi, Anayasa'nın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı bir biçimde, yasama yetkisinin devri anlamına gelir ve kökenini Anayasa'dan almayan böyle bir yetki, Anayasa'nın 6 ncı maddesiyle de çelişir.

Diğer taraftan, bir kısım okul taşınmazlarının satışının önünü açan böyle bir düzenleme kamu yararına da dayanmamaktadır. Şöyle ki;

a) İptali istenen kural ile; mülkiyeti Hazine'ye ait, Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli, kent merkezlerinde kalan değerli okul alanları ederinin çok altında fiyatlarla satılabilecektir.

Kentlerdeki birçok Hazine arazisinin Milli Emlak Müdürlükleri tarafından ilanen açık artırma usulü ile satışı yapılırken, mülkiyeti Hazine'ye ait söz konusu taşınmazların Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından "özelleştirme" adı altında satışı hükme bağlanmıştır. Böyle bir düzenlemenin taşıyacağı anlam; okul alanlarının, ticari işletme ve kuruluşlar statüsüne sokularak bu statü içinde özelleştirme adı altında satılmasıdır. Bu yolla okul ve alanlarının satışının; 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 12 nci maddesi uyarınca 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamı dışında ve Sayıştay vize ve tescili uygulamasına tabi olmadan, kolayca gerçekleştirilmesinin amaçlandığı yadsınamaz. Okul ve alanlarının, tapuya şerh konulmamış olsa bile, ticari bir mal gibi amacı dışında kullanılmak üzere satışının kamu yararına yönelik olmadığı açıktır. Birçok ildeki derslik açığı halen hayırsever vatandaşların bağışları ile karşılanmaktadır. Bu tür satışlar devlete olan güveni sarsacak ve bağışlar azalacaktır.

b) Satıştan elde edilecek gelirin de, yeni okulların yapımı veya mevcut okulların bakım ve onarımı için İl Özel İdarelerine değil Hazine'ye aktarılması öngörülmüştür. Böyle bir durum, yapılan düzenlemenin eğitime katkı amacıyla değil, rant amaçlı yapıldığının diğer bir anlatımla kamu yararına dayanmadığının açık bir göstergesidir.

c) İptali istenen kural ile yapılan düzenlemenin gerçek amacı, şehir içinde arsası değerlenmiş okul ve alanlarının satılarak gelir sağlanmasıdır. Ancak bu uygulamanın toplumsal maliyeti getireceği kısa dönemli yararın çok üzerindedir.

- Bu tür uygulama topluma sosyal maliyet getirmektedir. Zira okulun satılması nedeniyle, daha uzağa taşınacak okullara gitmek için öğrenciler daha çok zaman, daha çok yol maliyetine katlanacaklardır.

- Şehir trafiği artacak ve bundan diğer insanlarda zarar görecektir.

- Şehir merkezlerinde yapılaşmanın yoğunluğunun artmasına paralel olarak çevre ve trafik sorunu artacak, mevcut alt yapı yetersiz kalacaktır.

- Eğitim sistemi aksayacak ve özellikle geçiş dönemlerinde eğitimde etkinlik azalacaktır.

- Ülkenin eğitime verdiği değere ilişkin imaj zarar görecektir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, iptali istenen kural kamu yararı amacına yönelik olmadığından "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmaz ve Anayasa'nın 2 nci maddesine de aykırı düşer.

Açıklanan nedenlerle 24.07.2008 tarih ve 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3 üncü maddesi ile değiştirilen 14.06.1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51 inci maddesinin dördüncü fıkrasının, yasalarda olması gereken açıklık ve belirlilikten yoksunluk ve kamu yararı amacına yönelik olmaması nedenleriyle Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve Maliye Bakanına yasama organınca verilen yetkinin çerçevesi ve sınırlarının çizilmemesi nedeniyle de Anayasa'nın 7 nci ve maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine ve böyle bir yetki devri kökenini Anayasa'dan almadığı için de Anayasa'nın 6 ncı maddesine aykırı olup, iptal edilmesi gerekir.

2) 24.07.2008 Tarih ve 5793 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci Maddesi ile Değiştirilen 2.3.1984 Tarihli ve 2985 Sayılı Toplu Konut Kanununun 4 üncü Maddesinin Birici Fıkrasının İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Cümlelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen bu kural ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığınca yapılan veya yaptırılan her ölçekteki imar ve parselasyon plânlarının, plân konusu alanın konumuna göre, ya büyükşehir belediye meclisi tarafından: ya ilgili belediye meclisleri tarafından ya da ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanacağı, üç ay içerisinde onaylanmayan planların ise Başkanlık tarafından resen

onaylanacağı, belediyeler, valilik veya Başkanlık tarafından onaylanan bu plânların; askı, ilan ve itiraza dair kararlar da dâhil olmak üzere 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerine göre belediyeler ve ilgili kamu kurumları tarafından yapılacak tüm işlemlerin Başkanlık tarafından re'sen yapılmak suretiyle yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm ile onama makamına verilen yetki, kendilerine intikal ettirilen her ölçekteki imar ve parselasyon planlarını üç ay içinde aynen veya değiştirerek onaylama yetkisidir. Onama makamı olan belediyelin veya valiliğin planı geri çevirme yetkisi yoktur. Üç ay içinde onaylanmayan plânlar Başkanlık tarafından re'sen onaylanarak yürürlüğe konulacaktır.

3194 sayılı İmar Kanunu, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların plân, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenmiş olup, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak plânlar ile inşa edilecek resmi ve özel bütün yapıları kapsamaktadır.

Yasa'nın 8 inci maddesinde, imar plânlarının belediye meclisince, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak plânların ise valilikçe onaylanacağı, her iki planın 1 ay süre ile ilan edileceği, bir aylık ilan süresi içerisinde yapılacak itirazlarında 15 gün içinde kesin karara bağlanacağı öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde de *"İmar planlarının, 5 yıllık kalkınma planı ilkeleri doğrultusunda gerçekleştirilmesi ve fiziki planların bütününde sosyo – ekonomik esasa dayalı düzenlemenin getirilmesi, bu suretle şehirlerin gelişmesinin Bölge Planları ile yönlendirilmesi ile imar planlamalarında sürenin asgariye indirilmesi ve aynı zamanda mahalli koşulların plana sağlıklı olarak yansıması için Valilik ve Belediyelere plan yapma yetkisini tanıyan hükmün getirildiği…"* vurgulanmıştır.

Bu durumda İmar Yasası'nda Valilik ve Belediyelere plân yapma yetkisinin tanınmasının nedeni, mahalli koşulların plana sağlıklı olarak yansımasıdır.

Toplu Konut İdaresi Başkanlığınca yapılan veya yaptırılan her ölçekteki imar ve parselasyon planlarındaki mahalli koşullara aykırılığının, plânda yapılacak değişiklik ile giderilmesinin her zaman mümkün olmayabileceğinin ihmal edilemeyecek bir olasılık olduğu yadsınamaz.

Valilik ve belediyelere, mahalli koşulları sağlıklı olarak yansıtması mümkün görülmeyen bir planı geri çevirme yetkisinin tanınmayan ve üç ay içerisinde onaylanmayan bir plânı Başkanlık tarafından onaylanmama nedenleri dahi araştırılmaksızın re'sen yürürlüğe konulmasını öngören bir düzenlemenin "yerinden yönetim ilkesi" ile bağdaştırılamaz.

Anayasa'nın 123 üncü maddesinde "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*

İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır" denilmiş ve yine Anayasanın 127 nci maddesinin ikinci fıkrasında "*Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir"* kuralına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 14.06.1988 tarihli ve E.1988/14, K.1988/18 sayılı kararında yerel yönetim anlayışı ve yerinden yönetimin özellikleri şu şekilde açıklanmıştır;

"Yerel yönetim anlayışında her şey, o yer, o yöre ile sınırlıdır. Yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleriyle yetkileri "yerinden yönetim" ilkesine uygun olarak yasayla düzenlenir. Yerinden yönetimin en belirgin özelliği, yöneticilerin o yerdeki seçmenlerin oylarıyla seçilmesidir. Yerel yönetimlerin özerk kamu tüzelkişisi olarak örgütlenmeleri de bu yönetimlerin karar alma ve aldıkları kararları uygulama hakkına sahip bulunmalarına dayanmaktadır."

İptali istenen kural, yerel yönetimlerin kendi yöreleri ile ilgili imar ve parselasyon planları konusunda karar alma ve uygulama hakkını sınırlayıp ortadan kaldırdığından yerinden yönetim ilkesine ve dolayısıyla Anayasa'nın 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan iptali istenen kural, mahalli koşulların plâna daha sıhhatli yansımasının önünde bir engel oluşturduğundan plân konusu alan halkının çıkarlarına ters düşeceğinden kamu yararına da dayanmamaktadır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasaların kamu yararına

dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır.

Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

İptali istenen kural kamu yararı amacına yönelik olmadığından, Anayasa'nın 2 nci maddesine de aykırıdır.

İkinci ve üçüncü cümlelerin iptali hâlinde dördüncü cümlenin de uygulanma olanağı kalmayacağından bu cümlenin de iptal edilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 24.07.2008 tarih ve 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7 nci maddesi ile Değiştirilen 2.3.1984 tarihli ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri Anayasa'nın 2 nci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 24.07.2008 Tarih ve 5793 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 15 inci Maddesi ile Değiştirilen 3.5.1985 Tarihli ve 3194 Sayılı Kanunun Ek Madde 3'deki "ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak"; "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz"; "ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı

a. "ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kural ile Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılarak veya yaptırılarak Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanan imar plan ve değişikliklerinin ve bunlara ilişkin onama işlemlerinin ilan ve askıya dair hükümlerden muaf tutulması öngörülmüştür.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8 inci maddesinde, onaylanarak yürürlüğe giren imar planlarının, ilan yerinde bir ay süre ile ilan edileceği, bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebileceği hükme bağlanmıştır. İptali istenen ibare ile imar plânı ve parselasyon planı yapımı ve bunlara ilişkin onama işlemlerinin ilan ve askı sürelerine tâbi olmaksızın yapılması veya yaptırılması konusunda Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yetki verilmekte ve dolayısıyla bu idarece yapılacak veya yaptırılacak plânlara ilgililerin bir aylık ilan süresi içinde itiraz etme hak ve imkânları fiilen ortadan kaldırılmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu ile bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebileceğinin hükme bağlanmasının nedeni; İmar planı değişikliklerinde, şehircilik ilkelerine, planlama tekniklerine ve kamu yararına aykırılıklar bulunuyor ise bu konudaki yanlışlıkların giderilebilmesi için ilgililere, yapılan planlara itiraz edebilme hak ve imkânının tanınmasıdır.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında da vurgulandığı üzere, Anayasa'nın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk Devleti olduğunu vurgulanırken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Çünkü yargı denetimi demokrasinin "olmazsa olmaz" koşuludur.

Anayasa'nın 36 ncı maddesinde hak arama hürriyeti düzenlenmiş, 125 inci maddesinde de "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm uyarınca idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemleri yargı denetimi kapsamına girmektedir. Kural olarak bunlardan kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler idari yargının, özel hukuk alanındakiler de adli yargının görevi içine girmektedir.

İptali istenen kural, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılarak veya yaptırılarak Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanan imar plan ve değişikliklerini ve bunlara ilişkin onama işlemlerini ilan ve askıya dair hükümlerden muaf tutmakla, yargı yolunu ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştırdığı açıktır. Bu nedenle söz konusu kural, Anayasa'nın 2 nci, 36 ncı ve 125 inci maddelerine aykırıdır.

Nitekim, 21.04.2005 tarih ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

32 nci maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin, "…askı sürelerine tabi olmaksızın…" ibaresi Anayasa Mahkemesinin 03.04.2007 tarih ve E.2005/52, K.2007/35 sayılı kararı ile Anayasa'nın 2 nci, 36 ncı ve 125 inci maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Anayasa'nın 153 maddesinin son fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar" denilmektedir. Buna göre, Anayasa Mahkemesi kararları yayımlanmakla bağlayıcılık özelliği kazandığından, yasama organı aynı konuda düzenleme yaparken bu kararları etkisiz veya sonuçsuz bırakacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve iptal edilen kuralları yeniden yasalaştırmamak zorundadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçları kadar gerekçelerinin de bağlayıcılığı tartışılamaz. Çünkü kararlar gerekçeleri ile bir bütünlük oluştururlar ve bu doğrultuda yasamanın da içinde yer aldığı devletin ve kişilerin etkinliklerinde yönlendirici ve belirleyici olurlar. Bu nedenle yasama organı iptal edilen yasaların yerine yeni düzenleme yaparken kararların gerekçelerini de göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

Bu nedenle iptali istenen kural, Anayasa Mahkemesinin 03.04.2007 tarihli ve E.2005/52, K.2007/35 sayılı kararındaki gerekçe gözetilmediği için Anayasa'nın 153 üncü maddesine de aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle söz konusu kural, Anayasa'nın 2 nci, 36 ncı, 125 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

b. "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plân ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kural ile 24.07.2008 tarih ve 5793 sayılı Kanun'un 15 inci maddesi ile değiştirilen 3194 sayılı Kanun'un Ek 3 üncü maddesi kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümlerin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun "Sit alanlarında geçiş döneminde koruma esasları ve kullanma şartları ile

koruma amaçlı imar plânı" başlıklı 17 nci maddesinin iptali istenen kural ile uygulanmayacağı belirtilen hükümleri şöyledir:

"Koruma amaçlı imar planı yapılıncaya kadar, koruma bölge kurulu tarafından üç ay içinde geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları belirlenir. Belediyeler, valilikler ve ilgili kurumlar söz konusu alanda ilgili meslek odaları, sivil toplum kuruluşları ve plandan etkilenen hemşerilerin katılımı ile toplantılar düzenleyerek koruma amaçlı imar planını hazırlatıp, incelenmek ve sonuçlandırılmak üzere koruma bölge kuruluna vermek zorundadır. İki yıl içinde koruma amaçlı imar planı yapılmadığı takdirde, geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının uygulanması, koruma amaçlı imar planı yapılıncaya kadar durdurulur."

"Koruma amaçlı imar planları; müellifi şehir plancısı olmak üzere; alanın konumu, sit statüsü ve özellikleri göz önünde bulundurularak mimar, restoratör mimar, sanat tarihçisi, arkeolog, sosyolog, mühendis, peyzaj mimarı gibi meslek gruplarından Bakanlıkça belirlenecek uzmanlar tarafından hazırlanır."

Bu hükümlerin birlikte değerlendirilmesinden de anlaşılacağı üzere, Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılacak veya yaptırılacak her ölçekteki plân ve imar plânlarının yapılması sürecinde Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulları ve koruma amaçlı imar planları devre dışı bırakılmaktadır.

Anayasa'nın 63 üncü maddesinde tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunması, desteklenmesi; bu yolda gereken tedbirlerin alınması Devlete bir görev olarak verilmiştir.

Tarih, kültür ve tabiat varlıkları, özellik taşıyan, bir uygarlığın, belirli bir gelişmenin veya tarifi bir olayın tanıklığını yapan ve böylece kültürel ve tarihsel, anlam taşıyan varlıklardır. Bu varlıkları tespit edip, orijinal değerlerini bozmadan bakım ve restorasyonlarını bilim ve sanat kaidesine uygun bir şekilde yaparak bunları gelecek nesillere ulaştırmak, Devletin koruma görevi içerisindedir.

Ülkemiz tüm dünya ülkelerinin hayranlığını çeken çok zengin tarihi ve kültürel değerlere sahiptir. Ancak, bu varlıklar tehdit altında olup, yok olma tehlikesiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Bunlar; doğal yıpranmalar ve felaketler dışında, kentleşmenin ve turizmin tecavüzüne, arsa spekülasyonlarına veya yağmacılığa maruzdur. Devlet, bu durum karşısında, bu değerleri koruma konusunda etkili; objektif ve ciddi önlemler almak zorundadır.

İptali istenen kural ile 24.07.2008 tarih ve 5793 sayılı Kanun'un 15 inci maddesi ile değiştirilen 3194 sayılı Kanun'un Ek 3 üncü maddesi kapsamında yapılan her ölçekteki plân ve imar plânlarında Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulları ve koruma amaçlı imar planlarının devre dışı bırakılması tarih ve kültür varlıklarının tehlikeye terkedilmesi anlamını taşımaktadır. Bu nedenle iptali istenen kural, Anayasa'nın 63 üncü maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, İptali istenen kural ile *"…söz konusu alanda ilgili meslek odaları, sivil toplum kuruluşları ve plandan etkilenen hemşerilerin katılımı ile toplantılar düzenleme…"* zorunluluğu kaldırılarak Özelleştirme İdaresi Başkanlığının plânları, belli toplumsal mutabakatlar sağlanmadan kamuoyunun bilgisi dışında yapabilmesinin önü açılmakta, diğer bir anlatımla Özelleştirme İdaresi Başkanlığına, yurttaşların, meslek örgütlerinin ve sivil toplum örgütlerinin bilgi, deneyim ve ihtiyaçlarını gözetmeden sit alanlarında plan kararları üretebilme imkanı getirilmektedir. Böyle bir düzenlemenin ise, kamu yararı amacına yönelik olmadığı ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırı olduğu kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural Anayasa'nın 2 nci ve 63 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

c. "ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 19 uncu maddesinde, parselasyon planlarının bir ay müddetle ilgili idarede asılacağı ve ayrıca mutat vasıtalarla duyurulacağı hükme bağlanmıştır.

İptali istenen kural ile Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılacak parselasyon planlarının 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşeceği ve yürürlüğe gireceği öngörülmüştür.

Bu kural da, yukarıda "2-a" başlığı altında belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2 nci, 36 ncı, 125 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 24.07.2008 Tarih ve 5793 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 42 nci

Maddesiyle Değiştirilen 22.2.2005 Tarihli ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen ikinci fıkranın birinci cümlesinde, bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskan, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımları, kendi bütçelerinde bu hizmetler için ayrılan ödenekleri il özel idarelerine aktarmak suretiyle gerçekleştirebilecekleri öngörülmüştür.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları; kendilerinin görev alanına girdiği için yapmak durumunda oldukları yatırımları İl Özel İdarelerine devretmekte, diğer bir anlatımla mahalli idareler olan İl Özel İdarelerini kendi görev alanlarına giren yatırımlar için görevlendirmektedirler.

Anayasa'nın 123 üncü maddesinde, *"İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır"* denilmiş ve yine Anayasa'nın 127 nci maddesinin ikinci fıkrasında *"Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir"* kuralına yer verilmiştir.

İptali istenen kural ile yapılan görevlendirme, yerinden yönetim ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 123 üncü maddesinin ikinci fıkrasında sözü edilen "yerinden yönetim esası", aslında özerklik kurumunun Anayasal bir temele oturtulması anlamındadır. Öğretide de işaret olunduğu üzere bu ilke, yerinden yönetimlerin tüzel kişiliğe sahip olmaları, görevli organlarını seçme hakkının verilmesi ve bu organlara karar verme yetkisinin tanınması gibi üç ana öğeden oluşur. (Bkz. E.1987/18, K. 1988/23, KY. 22.06.1988 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı).

Merkezi yönetimin, yukarıda değinilen özellikleri taşıyan yerinden yönetim idareleri üzerindeki vesayet yetkisi, Anayasa ve kanunla belirtilen hallerde ve yine Anayasa ve kanunda gösterilen yöntemlere göre kullanılabilecek bir yetki olup; sınırsız ve takdire bağlı değildir.

Vesayet denetimi, genellikle hukuka uygunluk ve bazen de yerindelik bakımından yapılan bir denetim niteliğindedir. Kural olarak

vesayet makamı, doğrudan doğruya yerinden yönetim idaresinin yerine geçecek bir işlem yapamaz. (Bkz. E.1984/12, K.1985/6, K.T. 01.03.1985 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı).

İdarî vesayet, merkezi idareye, tüzel kişiliğe sahip bir yerinden yönetim idaresinin özerkliğini zedeleyecek yetkiler kapsayamaz. (Bkz. E.1987/22, K. 1988/19, K.T. 13.06.1988 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı) ve merkezi idarenin yerinden yönetim idaresinin yönetim işlerine ve işlemlerine karışmasını haklı göstermez.

Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarına tanınan kendilerinin görev alanına giren yatırımları İl Özel İdarelerine devretme yetkisi; İl Özel İdare organlarının karar verme yetkisini ortadan kaldırdığından yerinden yönetim idaresinin özerkliğini zedeleyecek bir yetkidir.

Bu da, hem Anayasa'nın 123 üncü maddesinde ifade edilen idarenin bütünlüğü ilkesinin içeriğindeki idari vesayet yetkisinin, hem de Anayasa'nın yine 123. ve 127. maddelerinin ikinci fıkralarında belirtilen "yerinden yönetim esası"nın gereklerine aykırıdır.

Diğer taraftan, iptali istenen ikinci fıkranın birinci cümlesi ile yapılan düzenlemede; İl Özel İdarelerine aktarılan yatırımların yürütülmesi için bu idarelerin araç, gereç, personel olanakları ile yapmış oldukları yatırım ve çalışma programlarının ve raporların dikkate alınarak yeterlikleri konusunda bir değerlendirme imkânı tanınmamış olması da, bu düzenlemede kamu yararının gözetilmediğinin açık bir göstergesidir.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde tanımlandığı üzere Devletimiz bir hukuk devletidir. Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında <<yasaların kamu yararına dayanması>> ilkesi vardır. Bu ilkenin anlamı, kamu yararı düşüncesi alınmaksızın herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre kamu yararını içermeyen bir yasa kuralı, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer.

Dava konusu 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin iptali halinde, bu fıkranın diğer cümlelerinin de uygulanma olanağı kalmayacağından, bunların da iptal edilmeleri gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 24.07.2008 tarih ve 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 42 nci maddesiyle değiştirilen 5302 sayılı İl Özel İdaresi

Kanunu'nun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa'nın 2 nci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 24.07.2008 Tarih ve 5793 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 43 üncü Maddesiyle Değiştirilen 21.4.2005 tarihli ve 5335 Sayılı Kanun'un 32 nci Maddesinin Son Fıkrasının İlk İki Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kural ile TCDD Genel Müdürlüğünce yapılan veya yaptırılan her ölçekteki imar ve parselasyon plânlarının, plân konusu alanın konumuna göre, ya büyükşehir belediye meclisi tarafından: ya ilgili belediye meclisleri tarafından ya da ilgili valilik tarafından, plânların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanması suretiyle yürürlüğe gireceği, üç ay içerisinde onaylanmayan plânların ise Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından re'sen yürürlüğe konulacağı hükme bağlanmıştır.

Bu hüküm ile onama makamına verilen yetki, kendilerine intikal ettirilen her ölçekteki imar ve parselasyon plânlarını üç ay içinde aynen veya değiştirerek onaylama yetkisidir. Onama makamı olan belediyelin veya valiliğin plânı geri çevirme yetkisi yoktur. Üç ay içinde onaylanmayan plânlar Bayındırlık ve İskân Bakanlığı tarafından re'sen yürürlüğe konulacaktır.

Yukarıda (2) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle, 24.07.2008 tarih ve 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 43 üncü maddesiyle değiştirilen 5335 sayılı Kanun'un 32 nci maddesinin son fıkrasının ilk iki cümlesi Anayasa'nın 2 nci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen kurallar, Anayasa hükümlerine açıkça aykırı olduğundan ve kamu yararına da dayanmadığından kamu yararı düşüncesi olmaksızın getirilen bir yasa kuralının bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceğinden sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara neden olacağı tartışmasızdır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu hüküm hakkında yürürlüğünün durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 24.07.2008 tarih ve 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 3 üncü maddesi ile değiştirilen 14.06.1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51 inci maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'nın 2 nci, 6 ncı ve 7 nci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 7 nci maddesi ile değiştirilen 2.3.1984 tarihli ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4 üncü maddesinin birici fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin Anayasa'nın 2 nci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 15 inci maddesi ile değiştirilen 3.5.1985 tarihli ve 3194 sayılı Kanun'un ek madde 3'deki;

a. "ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak" ibaresinin, Anayasa'nın 2 nci, 36 ncı, 125 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

b. "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz" ibaresinin Anayasa'nın 2 nci ve 63 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

c. "ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." ibaresinin Anayasa'nın 2 nci, 36 ncı, 125 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

4) 42 nci maddesiyle değiştirilen 22.2.2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2 nci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 43 üncü maddesiyle değiştirilen 21.4.2005 tarihli ve 5335 sayılı Kanunun 32 nci maddesinin son fıkrasının ilk iki cümlesinin Anayasa'nın 2 nci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları hâlinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederim."

B- Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"(…) Büyükşehir Belediye Başkanlığı vekili (…) tarafından, mülkiyeti (…) A.Ş.'ye ait İstanbul İli, Bakırköy ilçesi, Kartaltepe Mahallesi, 1091 ada, 12 parsel sayılı taşınmaza ilişkin olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9. maddesi ile 5793 sayılı Yasa'nın 15. maddesiyle değişik Ek 3. maddesi uyarınca Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 14.01.2009 günlü, 2009/3 sayılı kararı ile onaylanan 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar plânı değişikliklerinin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığına karşı açılan dava dosyası incelendi.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 'Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi' başlıklı 152 nci maddesinin birinci fıkrasında: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmü yer almaktadır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un İtiraz Yoluyla Mahkemelerden gönderilecek İşler Başlıklı 28. maddesinde; "Bir davaya bakmakta olan mahkeme: (1) O dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse, bu yoldaki gerekçeli kararı; veya, (2) Taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını ve kendisini bu kanıya götüren görüşünü açıklayan kararı; dosya muhtevasını mahkemece bu konu ile ilgili görülen belgelerin tasdikli örnekleri ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderir." kuralına yer verilmiştir.

Uygulanacak Yasa kuralı, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kuraldır.

Uyuşmazlık konusu olayda, mülkiyeti (…) A.Ş.'ye ait İstanbul İli, Bakırköy İlçesi, Kartaltepe Mahallesi, 1091 ada, 12 parsel sayılı taşınmaza ilişkin olarak 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9. maddesi ile 5793 sayılı Yasa'nın 15. maddesiyle değişik Ek 3. maddesi uyarınca Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile onaylanan 1/5000 ölçekli nazım ve 1/1000 ölçekli uygulama imar planı değişikliklerinin 16.01.2009 günlü, 27112 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak kesinleşmesi suretiyle 3194 sayılı Yasa'nın 8. maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 8 nci maddesinin (b) bendinde "İmar plânları; nazım imar plânı ve uygulama imar plânından meydana gelir. Mevcut ise bölge plânı ve çevre düzeni plan kararlarına uygunluğu sağlanarak, belediye sınırları içinde kalan yerlerin nazım ve uygulama imar planları ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Belediye Meclisince onaylanarak yürürlüğe girer. Bu plânlar onay tarihinden itibaren belediye başkanlığınca tespit edilen ilan yerlerinde bir ay süre ile ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde plânlara itiraz edilebilir. Belediye başkanlığınca belediye meclisine gönderilen itirazlar ve planları belediye meclisi onbeş gün içinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak plânlar valilik veya ilgilisince yapılır veya yaptırılır. Valilikçe uygun görüldüğü takdirde onaylanarak yürürlüğe girer. Onay tarihinden itibaren valilikçe tespit edilen ilan yerinde bir ay süre ile ilan edilir. Bir aylık ilan süresi içinde planlara itiraz edilebilir. İtirazlar valiliğe yapılır, valilik itirazları ve planları onbeş gün içerisinde inceleyerek kesin karara bağlar.

Onaylanmış planlarda yapılacak değişiklikler de yukarıdaki usullere tabidir." kuralı yer almış, ilan konusunda benzer düzenleme mülga 6785 sayılı İmar Kanunu'nun 29. maddesinde de bulunmaktadır.

Genel kanun niteliği taşıyan İmar Kanunu ile imar plânlarının onayı, yürürlüğü, ilanı ve itirazına ilişkin konular düzenlenmiş, özel kanunlarla (775 sayılı Gecekondu Kanunu, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu, 2872 sayılı Çevre Kanunu, 2960 sayılı Boğaziçi Kanunu, 2981 sayılı Yasa, 3621 sayılı Kıyı Kanunu, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, 383 sayılı Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı Kurulmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 388 sayılı Güneydoğu Anadolu Projesi Bölge Kalkınma İdaresi Teşkilatının

Kurulması ve Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararname vb.) plân onaylama yetkisi farklı idarelere verilmekle birlikte, bu plânların ilanına ilişkin ayrık kurallar getirilmediği gibi 3194 sayılı Yasa'nın 9. maddesi uyarınca Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'nca onaylanan plânlarda bu ilandan muaf tutulmamıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında: "İlanı gereken düzenleyici işlemlerde dava süresi, ilan tarihini izleyen günden itibaren başlar. Ancak bu işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler." kuralı yer almaktadır.

Düzenleyici işlem kimliği taşıyan plânların ilan edilmesi dava açma sürelerinin belirlenmesi açısından da önem taşımaktadır.

5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15 nci maddesiyle 3194 sayılı İmar Kanununun değiştirilen Ek 3 üncü Maddesinde: "Özelleştirme programındaki kuruluşlara ait veya kuruluş lehine irtifak ve/veya kullanım hakkı alınmış arsa ve araziler ile özel kanunları uyarınca özelleştirilmek üzere özelleştirme programına alınan arsa ve arazilerin, 3621 sayılı Kıyı Kanunu veya 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında kalan yerler dahil olmak üzere genel ve özel kanun hükümleri kapsamında yer alan tüm alanlarda imar planlarını yapmaya ve onaylamaya yetkili olan kurum veya kuruluşlardan görüş alınarak çevre imar bütünlüğünü bozmayacak her tür ve ölçekte plan, imar planı ile değişiklik ve revizyonları müellifi şehir plancısı olmak üzere Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılarak veya yaptırılarak Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanmak ve Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle kesinleşir ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak yürürlüğe girer. İlgili kuruluşlar bu madde kapsamında yapılanları devir tarihinden itibaren beş yıl süreyle değiştiremezler. Bu süre içerisinde imar planlarına ilişkin olarak, verilecek mahkeme kararlarının gereklerinin yerine getirilmesini teminen yapılacak imar planı değişikliğine ilişkin iş ve işlemler Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca bu maddede belirtilen usul ve esaslara göre gerçekleştirilir. İlgili kuruluşlar görüşlerini onbeş gün içinde bildirirler. Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci

ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz. Özelleştirme sürecinde ihtiyaç duyulması halinde, bu planlara göre yapılacak imar uygulamasına ilişkin parselasyon planları Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılır veya yaptırılır. Bu parselasyon planları Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca onaylanır ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer. Bu planlara göre yapılacak yapılarda her türlü ruhsat ve diğer belgeler ile izinler, ilgili mevzuat çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca verilir." kuralı getirilmiştir.

Anayasa'nın Devletin temel amaç ve görevleri başlıklı 5. maddesinde: "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." kuralı bulunmaktadır.

Anayasa'nın 10 uncu maddesinde ise: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu yasak, insan hakları belgelerinde olduğu gibi, birbirinin aynı durumunda olanlara aynı kuralların uygulanmasını, ayrıca ve açıkça ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. (Anayasa Mahkemesi'nin 17.03.2004 günlü, E.2001/282, K.2004/34 sayılı Kararı).

Özel yasalarla belediye ve valilikler (il özel idareleri) dışındaki idarelere planlama yetkisi tanınmasına karşın, bu idareler tarafından onaylanan planların ilan edilmesi konusunda farklı bir düzenleme öngörülmemiş ve planlarla ilgili olanlar yönünden dava açma haklarının kullanılması bakımından bir ayrımda ortaya çıkmamıştır.

İptali istenilen 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15 nci maddesiyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilen Ek 3 üncü Maddesine getirilen "bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak" şeklindeki ibare ile, plan onaylama yetkisi tanının Özelleştirme Yüksek Kurulu'nca onaylanan planlara ilan ve askıdan muafiyet tanınarak ayrıcalıklı bir durumun oluşturulmasının yanısıra taşınmazı bu plan kapsamında olan kişiler ile bu kapsamda bulunmayan kişiler yönünden dava açma hakkı gibi hakların kullanılmasında farklılık meydana getirilmesi nedenleriyle Anayasa'nın 5 nci ve 10 uncu maddelerinde açıklanan hukuk devleti ilkesi ile eşitlik ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir yasanın Anayasaya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi gereğince, 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 15 nci maddesiyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilen Ek 3 üncü maddesine getirilen "bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak" şeklindeki ibarenin Anayasa'nın 5 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, Anayasa Mahkemesince verilecek olan kararın gecikmesi hâlinde hem yargısal hem de kişisel bazda giderilmesi güç veya olanaksız zararlar doğabileceği göz önünde bulundurularak esas hakkında karar verilinceye kadar itiraz konusu kuralın yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesinin istenilmesine, dosyada bulunan konuyla ilgili belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, uyuşmazlığın esasının Anayasa Mahkemesince bu konuda verilecek karardan sonra incelenmesine 26.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi."

II- YASA METİNLERİ

A- Dava ve İtiraz Konusu Yasa Kuralları

24.7.2008 günlü, 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenilen kuralları da içeren maddeleri şöyledir:

"MADDE 3- 14/6/1973 tarihli ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 51 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"**Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazların Milli Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırmaya ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun 46 ncı maddesine bağlı olmaksızın satışına Maliye Bakanı yetkilidir. Ayrıca bu taşınmazlardan Milli Eğitim Bakanlığınca uygun görülenler, Maliye Bakanlığı tarafından, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde özelleştirilmek üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirilir. Bunun üzerine söz konusu taşınmazlar Özelleştirme Yüksek Kurulunca özelleştirme kapsam ve programına alınır. Özelleştirme uygulamasına ilişkin iş ve işlemler 4046 sayılı Kanuna göre Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülür.**

4046 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde taşınmazların özelleştirilmesi sonucu elde edilecek gelirler, özelleştirme giderleri düşüldükten sonra Hazineye aktarılır. Bu taşınmazların satışından elde edilen gelirleri, bir yandan genel bütçenin (B) işaretli cetveline gelir, diğer yandan ihtiyaç duyulan yerlerde okul yapımı ve onarımı amacıyla kullanılmak üzere Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine ödenek kaydetmeye Maliye Bakanı yetkilidir. Sermaye ödenekleri yılı yatırım programıyla ilişkilendirilir."

MADDE 7- 2/3/1984 tarihli ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Başkanlık, gecekondu dönüşüm projesi uygulayacağı alanlarda veya mülkiyeti kendisine ait arsa ve arazilerde veya valiliklerce toplu konut iskan sahası olarak belirlenen alanlarda çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde her tür ve ölçekteki planlar ile imar planlarını yapmaya, yaptırmaya ve tadil etmeye yetkilidir. **Bu planlar;**

büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il ve ilçe belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, beldelerde ve diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanır. Belediyeler ve valilik tarafından üç ay içerisinde onaylanmayan planlar Başkanlık tarafından re'sen onaylanır. Belediyeler, valilik veya Başkanlık tarafından onaylanan bu planlar; askı, ilan ve itiraza dair kararlar da dahil olmak üzere 3194 sayılı İmar Kanunu hükümlerine göre belediyeler ve ilgili kamu kurumları tarafından yapılacak tüm işlemler Başkanlık tarafından re'sen yapılmak suretiyle yürürlüğe konur."

MADDE 15- 3194 sayılı Kanunun ek 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"EK MADDE 3- Özelleştirme programındaki kuruluşlara ait veya kuruluş lehine irtifak ve/veya kullanım hakkı alınmış arsa ve araziler ile özel kanunları uyarınca özelleştirilmek üzere özelleştirme programına alınan arsa ve arazilerin, 3621 sayılı Kıyı Kanunu veya 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanunu kapsamında kalan yerler dahil olmak üzere genel ve özel kanun hükümleri kapsamında yer alan tüm alanlarda imar planlarını yapmaya ve onaylamaya yetkili olan kurum veya kuruluşlardan görüş alınarak çevre imar bütünlüğünü bozmayacak her tür ve ölçekte plan, imar planı ile değişiklik ve revizyonları müellifi şehir plancısı olmak üzere Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılarak veya yaptırılarak Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanmak ve Resmi Gazetede yayımlanmak suretiyle kesinleşir **ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak yürürlüğe girer.** İlgili kuruluşlar bu madde kapsamında yapılan planları devir tarihinden itibaren beş yıl süreyle değiştiremezler. Bu süre içerisinde imar planlarına ilişkin olarak, verilecek mahkeme kararlarının gereklerinin yerine getirilmesini teminen yapılacak imar planı değişikliğine ilişkin iş ve işlemler Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca bu maddede belirtilen usul ve esaslara göre gerçekleştirilir. İlgili kuruluşlar görüşlerini onbeş gün içinde bildirirler. **Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin**

ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz. Özelleştirme sürecinde ihtiyaç duyulması halinde, bu planlara göre yapılacak imar uygulamasına ilişkin parselasyon planları Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından yapılır veya yaptırılır. Bu parselasyon planları Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca onaylanır **ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer**. Bu planlara göre yapılacak yapılarda her türlü ruhsat ve diğer belgeler ile izinler, ilgili mevzuat çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca verilir."

MADDE 42- 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskân, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımları, kendi bütçelerinde bu hizmetler için ayrılan ödenekleri il özel idarelerine aktarmak suretiyle gerçekleştirebilir. Aktarma işlemi ilgili bakanın onayıyla yapılır ve bu ödenekler tahsis amacı dışında kullanılamaz. İş, il özel idaresinin tabi olduğu usul ve esaslara göre sonuçlandırılır. İl özel idareleri de bütçe imkanları ölçüsünde bu yatırımlara kendi bütçesinden ödenek aktarabilir. Bu fıkraya göre, bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları tarafından aktarılacak ödenekler ile gerçekleştirilecek yatırımlar, birinci fıkrada öngörülen görev alanı sınırlamasına tabi olmaksızın bütün il sınırları içinde yapılabilir."

MADDE 43- 21/4/2005 tarihli ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 32 nci maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddeye bu fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiş, son fıkrasının ilk iki cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddenin sonuna aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi (TCDD) Genel Müdürlüğünün mülkiyetindeki taşınmazlardan yatırım planları, işletmecilik esasları ve bu konuda oluşturulacak komisyonun teknik

değerlendirmesi dikkate alınarak işletmecilik fazlası taşınmazların belirlenmesine ve bu taşınmazların satışına karar verilmesine TCDD Yönetim Kurulu yetkilidir.

İmar planında TCDD alanı veya TCDD hizmet alanı olarak ayrılan taşınmazlar ancak imar planı değişikliği yapılarak satışa konu edilebilir.

Satış bedelleri TCDD tarafından yeni demiryolu inşaatı ve mevcut demiryollarının bakımı, onarımı ve iyileştirilmesi ile demiryolu araçlarının temininde kullanılır.

Bu taşınmazların satışına ilişkin iş ve işlemler TCDD Genel Müdürlüğü tarafından gerçekleştirilir. Bu satışlarda 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin (c) alt bendinde sayılan ihale usullerinden biri uygulanır. Bu ihalelerde hangi usulün uygulanacağına, taşınmazın niteliği ve değer tespit sonuçları dikkate alınarak TCDD Yönetim Kurulunca karar verilir.

TCDD Yönetim Kurulu, Genel Müdürlükte taşınmazların idaresinden sorumlu genel müdür yardımcısı ve daire başkanı, mali işler daire başkanı, yatırım ve planlamadan sorumlu daire başkanı ve emlak şube müdüründen; bölge müdürlüklerinde taşınmazlardan sorumlu bölge müdür yardımcısı, taşınmaz idaresinden sorumlu müdür, yol müdürü, mali işler müdürü ve emlak şefinden oluşan değer tespit komisyonunu, yedek üyeler de dâhil olmak üzere görevlendirir. TCDD Yönetim Kurulu, Genel Müdürlükte mali işlerden sorumlu genel müdür yardımcısı, taşınmaz idaresinden sorumlu daire başkanı, hukuk müşaviri, mali işler daire başkanı ve taşınmaz dairesi ihale şube müdüründen; bölge müdürlüklerinde mali işlerden sorumlu bölge müdür yardımcısı, hukuk müşaviri, taşınmaz idaresinden sorumlu müdür, mali işler müdürü ve taşınmaz ihale birim şefinden oluşan ihale komisyonunu, yedek üyeler de dâhil olmak üzere görevlendirir.

Değer tespit komisyonu, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (B) bendinin (b) alt bendinde belirtilen usul ve esaslara göre çalışır. Komisyon, aynı maddenin birinci fıkrasının (B) bendinin (c) alt bendinde belirtilen değer tespit yöntemlerinden en az birini uygulamak suretiyle değer tespiti yapar. Değer tespiti TCDD Yönetim Kurulu onayı ile kesinlik kazanır. İhale komisyonu, 4046 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinin (b) alt bendinde

belirtilen usul ve esaslara göre çalışır. İhale komisyonu, belirlenen ve ilan edilen ihale usulü çerçevesinde ihaleyi gerçekleştirir. İhale komisyonunca alınan ihale kararı, TCDD Yönetim Kurulunun onayı ile kesinlik kazanır. Kesinleşen ihale kararı kamuoyuna duyurulur.

İşletmecilik fazlası taşınmazların kamu kurum ve kuruluşlarına ihale yöntemine tabi olmaksızın satışına ve satış bedelinin dörtte birini peşin, kalan bedele kanuni faiz uygulanmak suretiyle iki yılı geçmemek üzere taksitlendirilmesine ve uygulamaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye TCDD Yönetim Kurulu yetkilidir. Toplu Konut İdaresi Başkanlığına yapılan satışlarda mülkiyetin devri TCDD tarafından takyidat konulmaksızın ve teminat alınmaksızın peşinatın ödenmesinden sonra gerçekleştirilir."

"Satışı ve değerlendirilmesi yapılacak taşınmazlar, TCDD Genel Müdürlüğü tarafından çevre imar bütünlüğünü bozmamak kaydıyla yapılan veya yaptırılan her ölçekteki imar ve parselasyon planları, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il, ilçe ve belde belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanması suretiyle yürürlüğe girer. Üç ay içerisinde onaylanmayan planlar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından re'sen yürürlüğe konulur."

"Ayrıca, TCDD'ye ait işletmecilik fazlası taşınmazlardan TCDD Yönetim Kurulunca uygun görülenler 4046 sayılı Kanun çerçevesinde özelleştirilmek üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirilir. Bunun üzerine söz konusu taşınmazlar Özelleştirme Yüksek Kurulunca özelleştirme kapsam ve programına alınır. Özelleştirme uygulamasına ilişkin iş ve işlemler 4046 sayılı Kanuna göre Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yürütülür. Özelleştirme uygulamaları sonucunda elde edilecek gelirler, özelleştirme giderleri düşüldükten sonra tahsilini izleyen onbeş gün içerisinde Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca TCDD Genel Müdürlüğüne aktarılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde ve başvuru kararında Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 10., 36., 63., 123., 125., 127. ve 153. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E.2008/87 sayılı dosyanın 18.9.2008 günü ve E.2010/13 sayılı dosyanın 25.2.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında başvurularda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma istemlerinin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

E.2010/13 sayılı itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2008/87 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2008/87 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 25.2.2010 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin raporlar, dava konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 14.6.1973 Günlü, 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. Maddesinin Dördüncü Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazların satılması konusunda somut ve objektif kriterler konulmadan, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 46. maddesinden muaf olacak şekilde Maliye Bakanına yetki tanımasının keyfi uygulamalara yol açabileceği ve yasama organına ait aslî düzenleme yetkisinin yürütmeye devredilmesi niteliğinde bulunduğu; ayrıca bu taşınmazların millî emlak müdürlükleri tarafından ilânen açık artırma usulü ile değil Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca özelleştirme adı altında satılmasının ve bunlardan elde edilecek gelirin il özel idareleri yerine Hazineye verilmesinin kamu yararı ile bağdaşmadığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, Milli Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazların Milli Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak tahsislerini kaldırmaya ve 5018 sayılı Kanun'un 46. maddesine bağlı olmaksızın satışına Maliye Bakanının yetkili olduğu; bunlardan Millî Eğitim Bakanlığınca uygun görülenlerin özelleştirilmek üzere Özelleştirme İdaresi Başkanlığına bildirileceği ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde özelleştirme kapsam ve programına alınıp özelleştirilecekleri düzenlenmektedir. Ayrıca bu taşınmazların malî ve hukukî yönden özelleştirmeye hazırlanması ve özelleştirme uygulamasına ilişkin işlemlerin anılan Kanun çerçevesinde görevli kuruluşlar tarafından yürütülmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 6. maddesinde *"Egemenlik kayıtsız şartsız Milletindir. Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organların eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz"*; 7. maddesinde *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."*; 8. maddesinde *"Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."* denilmiştir.

Anayasa'nın anılan maddeleri uyarınca yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'ya uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural

koyma yetkisi verilemez. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer.

Millî Eğitim Bakanlığına tahsisli Hazine mülkiyetindeki taşınmazlardan gerekli görülenlerin bu Bakanlıkla mutabık kalınarak tahsislerini kaldırma ve satma konusunda Maliye Bakanına verilen yetki genel bütçe kapsamındaki idarelerin sahip oldukları taşınmazlara ilişkindir. Bu taşınmazların 1739 sayılı Kanun'un 51. maddesinin beşinci fıkrası gereğince 4046 sayılı Kanun hükümlerine göre özelleştirilmeleri sonucunda elde edilecek gelirler özelleştirme giderleri düşüldükten sonra Hazineye aktarılmakta olup ihtiyaç duyulan yerlerde okul yapımı ve onarımı amacıyla kullanılmak üzere Milli Eğitim Bakanlığı bütçesine ödenek kaydedilmesi konusunda Maliye Bakanına yetki verilmektedir. Satılacak taşınmazların tespitinin ise kuraldaki *"Millî Eğitim Bakanlığı ile mutabık kalınarak"* ibaresinden Millî Eğitim Bakanlığı yetkilileri ile Maliye Bakanı tarafından birlikte yapılacağı anlaşılmaktadır. Anayasa, 430 sayılı Tevhid-i Tedrisat Kanunu ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'na göre kalkınma plân ve programları doğrultusunda millî eğitim hizmetlerini yürütmek Milli Eğitim Bakanlığının görevi olup, tahsisinin kaldırılması ya da satışına karar verilmesi gerekli olan taşınmazların belirlenmesinde Millî Eğitim Bakanlığının mutabakatının aranması belirtilen görev kapsamındadır. Bu nedenle kuralın temel ilkeleri koymadığından ya da sınırlarının belirsizliğinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

B- Kanun'un 7. Maddesiyle Değiştirilen 2.3.1984 Günlü, 2985 Sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci, Üçüncü ve Dördüncü Cümlelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığınca belirli alanlara ilişkin olarak yapılan ya da yaptırılan her ölçekteki plâna ilişkin olarak valilikler ya da belediyelere yalnızca onaylama ya da değiştirilerek onaylama seçeneklerinin sunulduğu, buna karşılık plânların geri çevrilmesi imkânının tanınmamasının yerinden yönetim ilkesi ile bağdaşmadığı, bu durumun yerel

yönetimlerin kendi yöreleri ile ilgili imar ve parselasyon plânları konularında karar alma ve uygulama haklarını sınırlayıp ortadan kaldırması ve ayrıca düzenlemenin kamu yararı amacını da taşımaması nedeniyle kuralın Anayasa'nın 2., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, Toplu Konut İdaresi Başkanlığının çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde her tür ve ölçekteki plânlar ile imar plânlarını yapma, yaptırma ve tadil etme yetkisi bulunduğu gecekondu dönüşüm projesi uygulayacağı alanlar veya mülkiyeti kendisine ait arsa ve araziler ya da valiliklerce toplu konut iskân sahası olarak belirlenen yerlere ilişkin hazırladığı ya da hazırlattığı plân ve imar plânlarının Büyükşehir belediye sınırları ya da mücavir alanları içerisinde kalanların Büyükşehir belediye meclisleri; il ve ilçe sınırları içerisindekilerin ilgili belediye meclisleri; beldelerde ve diğer yerlerde ise valilikler tarafından, bunların kendilerine intikal ettirilmesinden itibaren en geç üç aylık süre içinde aynen veya değiştirilerek onaylanması öngörülmekte yerinden yönetim organlarınca kendilerine intikal ettirilen bu plân ve imar plânlarının üç aylık süre içinde onaylanmaması hâlinde Başkanlığa bunları resen onaylama ve yürürlüğe koyma yetkisi tanınmakta, bu plân ve imar plânlarına ilişkin İmar Kanunu çerçevesinde yapılması gereken her türlü askı, ilân, itiraz işleminin Başkanlıkça resen yapılması hüküm altına alınmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmıştır. İdarenin bütünlüğü, merkezi devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesi olup, bu ilkeyle, idarenin yerine getirdiği çeşitli görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında birlik sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür.

Mahalli idarelere ilişkin Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında, bunların il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları gene kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları, ikinci fıkrasında yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Maddenin

beşinci fıkrasında ise merkezi idarenin, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'da imar planlarına ilişkin yetkinin merkezi idare ya da yerel yönetimlere ait olduğu konusunda bir kural yer almamakta olup ihtiyaçlara göre bu hususun belirlenmesi Yasakoyucuya aittir.

Mahalli müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir. Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, bunun saptanması kanuna bırakılmıştır. Bu durumda kanun, kamu yararını gözeterek, Anayasa sınırları içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. İdarenin bütünlüğü ilkesinden hareketle düzenlemenin yerel yönetimleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmaması, belirli alanlar bakımından belirli koşullara bağlı ve yerel yönetimlere bir yük ya da borç getirmeden kimi görev ve yetkilerin merkezi yönetim birimine bırakılması mümkündür.

Nazım plânlar, imar plânları ve uygulama plânlarının yapımı ve değiştirilmesi, temelde belediyelerden başlayıp merkezi yönetime kadar çeşitli düzeylerdeki karar verme süreci sonunda tamamlanır. Yerel ölçekteki gereksinimlere getirilen çözümlerin aynı zamanda ülkenin genel ihtiyaçlarıyla da uyumlu olması gerekmektedir. Bu yüzden söz konusu plânlar, merkezi yönetimin vesayet yetkilerini kullanarak yerel yönetimlerle birlikte gerçekleştirdiği siyasal, hukukî ve teknik belgelerdir. Bu plânların yapımı, merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında anayasal, yasal ve teknik düzeyde işbirliği ve uyumu gerektirebilir.

Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun Ek 1. maddesi gereğince kurulmuş Başbakanlığa bağlı ve tüzel kişiliğe sahip bir kamu kuruluşudur. Yasa'da sayılan görev ve yetkileri incelendiğinde Başkanlığın ülkemizdeki konut üretim sektörünün teşvik edilerek hızla artan konut talebinin plânlı bir şekilde karşılanmasında önemli işlevler üstlendiği görülmektedir.

Ülkenin konut sorununu çözmek üzere kurulan Toplu Konut İdaresi Başkanlığına, gecekondu dönüşüm projesi uygulanacak alanlarla, toplu konut alanlarıyla sınırlı olarak çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde imar plânı yapma yetkisinin verilmesi sosyal devlet ilkesi kapsamındadır. Toplu Konut İdaresi Başkanlığına verilen imar plânı yapma yetkisi yerel yönetimleri dışlamamakta; Kanun, belediye meclislerine veya valiliklere Toplu Konut İdaresi Başkanlığınca yapılan ya da yaptırılan imar plânlarını üç ay içerisinde aynen ya da değiştirerek onaylama yetkisini vermektedir. Üç aylık sürenin ise yerel yönetimlerin plânı incelemeleri ve ilgili kuruluş ve tarafların görüşlerinin de alınmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Kural ile ilgili belediye ya da valiliklerin onaylama işlemini süresi içinde yapmayarak bu görevlerini ifadan kaçınmaları ya da çeşitli nedenlerle bu işlemlerin gecikmesi durumunda Başkanlığa resen onay yetkisi tanınması ve bu bağlamda söz konusu plânlara ilişkin İmar Kanunu çerçevesinde yapılması gereken her türlü askı, ilan, itiraz işleminin Başkanlıkça resen yapılmasına olanak tanınması, yerel yönetimlerin bu husustaki yetkilerinin takdire bağlı olarak kaldırılması olarak nitelendirilemez. Buna göre, gecekondulaşmanın önlenmesi ve toplu konut ihtiyacının karşılanması gibi kamu yararının gerekli kıldığı hallerde belirli nitelikteki taşınmazlara ya da bölgeye ilişkin olarak imar konusunda merkezi idare kuruluşlarına imar plânları yapma yetkisi verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle kural, Anayasa'nın 2., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

C- Kanun'un 15. Maddesiyle Değiştirilen 3.5.1985 Günlü, 3194 Sayılı İmar Kanunu'nun Ek 3. Maddesinin Bölümlerinin İncelenmesi

1- Birinci Cümlenin *"ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak"* İbaresi

Dava dilekçesinde, Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılan ya da yaptırılan ve Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanan imar plânı ve parselasyon plânlarına ilişkin işlemlerin İmar Kanunu'nun 9. maddesinde belirtilen askı sürelerine tâbi olmaktan çıkarılmasının ilgililerin bu işlemlere süresinde itiraz imkânlarını fiilen ortadan kaldırarak yargı yolunu ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştırması ve ayrıca benzeri nitelikteki yasal düzenlemelere yönelik Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçelerinin gözetilmemesi nedeniyle Anayasa'nın 2., 36., 125. ve 153. maddelerine aykırı olduğu; itiraz başvurusunda ise Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanan plânların ilan ve askıdan muaf olarak yürürlüğe girmesinin bu plânlar bakımından ayrıcalıklı statü oluşturduğunu ve bunlardan etkilenenlerin dava haklarını kullanmaları bakımından ortaya çıkan farklı durum nedeniyle kuralın Anayasa'nın 5. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, özelleştirme programındaki kuruluşlara ait ya da onlar lehine irtifak veya kullanım hakkı tesis edilmiş arsa ve araziler ile özel kanunları uyarınca özelleştirilmek üzere özelleştirme programına alınan arsa ve arazilere ilişkin Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılan ya da yaptırılan imar plânları ile bunlara bağlı parselasyon plânlarının Yasa'nın 8. maddesinde belirtilen ilan ve askı yükümlülüklerinden muaf olarak Özelleştirme Yüksek Kurulunun onayı ve Resmî Gazete'de yayımlanmasıyla birlikte yürürlüğe girmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti, 36. maddesinde hak arama özgürlüğü, 125. maddesinde de idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmektedir.

3194 sayılı İmar Kanunu, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların plân, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla çıkarılmış olup, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak plânlar ile inşa edilecek resmî

ve özel bütün yapıları kapsamaktadır. Kanun'un 8. maddesinde, imar plânlarının belediye meclisince, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak plânların ise valilikçe onaylanacağı, her iki plânın 1 ay süre ile ilan edileceği, bir aylık ilan süresi içinde yapılacak itirazların da 15 gün içinde kesin karara bağlanacağı öngörülmüştür. Maddenin gerekçesinde de imar planlarının, 5 yıllık kalkınma planı ilkeleri doğrultusunda gerçekleştirilmesi ve fiziki planların bütününde sosyo-ekonomik esasa dayalı düzenlemenin getirilmesi, bu suretle şehirlerin gelişmesinin Bölge Planları ile yönlendirilmesi ile imar planlamalarında sürenin asgariye indirilmesi ve aynı zamanda mahalli koşulların plana sağlıklı olarak yansıması için Valilik ve Belediyelere plan yapma yetkisini tanıyan hükmün getirildiği; ayrıca, halkın kendisi için yapılan imar planlarının aleniyetinin sağlanmasının amaçlandığı vurgulanmıştır.

Bu durumda İmar Kanunu'nda ilanlar için öngörülen askı süresinin imar plânlarının ve değişikliklerinin alenî olmasına dayandığı ve ilgililerin idareye yapacakları itirazlar için getirildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu kuralla sözü edilen taşınmazlara ilişkin olarak İmar Kanunu'nun 8. maddesindeki imar plânlarının onaylanmasının ardından kamuoyuna mahalli araçlarla duyuru yapılarak aleniyetin sağlanması ve bu süre içinde yapılan itirazlar sonucunda kesinleşmesi yönteminden vazgeçilmekte, imar plânları ile bunlara bağlı parselasyon plânlarının Özelleştirme Yüksek Kurulunca onaylanması ve Resmî Gazete'de yayımlanmalarının ardından idari açıdan kesin ve uygulanması gereken bir işlem hâlini alması öngörülmekte, sözü edilen plânlardaki yanlışlık ve eksikliklerin giderilmesi amacıyla ilgililerce idareye başvurulması ve idarenin de itiraza konu işlemi kaldırarak ya da değiştirerek plânlardaki hukuka aykırılıkları giderebilmesinin yolu kapatılmaktadır. Bu durumda, ilgililerin bu taşınmazlara ilişkin imar plânları ile bunlara bağlı parselasyon plânlarındaki hukuka aykırılıkların giderilmesi için yetkili ve görevli idari yargı mercilerine dava açmak dışında, bir başvuru imkânı kalmamaktadır. Kuralın imar plân ve değişikliklerini veya bunlara ilişkin onama işlemlerini askı sürelerine tâbi kılmamakla, yargı yolunu ve hak arama özgürlüğünün kullanılmasını zorlaştırdığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, ayrıca 5., 10. ve 153. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- Beşinci Cümle

Dava dilekçesinde, kuralın Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılacak veya yaptırılacak her ölçekteki plân ve imar plânlarının yapımı sürecinde Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulları ve koruma amaçlı imar plânlarını devre dışı bıraktığını, bu durumun kültür ve tabiat varlıklarını tehlikeye düşüreceğini, ayrıca plânların hazırlanmasında meslek odaları, sivil toplum kuruluşları ve plândan etkilenenlerin katılımıyla toplantılar düzenlenmesi zorunluluğunun kaldırılmasının bu kişi ve kuruluşların bilgi birikimleri ve deneyimleri ile gereksinimler gözetilmeden plânların hazırlanmasına yol açacağı, düzenlemenin kamu yararına da dayanmaması nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 63. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kuralda, özelleştirme programındaki kuruluşlara ait arsa ve arazilerle bu kapsamdaki alanlarda yetkili kurum ve kuruluşlardan görüş alarak müellifi şehir plâncısı olmak üzere imar plânları yapmaya ya da yaptırmaya yetkili olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığının, bu süreçte 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 17. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümleri ile bağlı olmadığı esası getirilmiştir. Düzenleme karşısında, sit alanı olarak ilan edilmiş olup olmadığına bakılmaksızın, özelleştirme programındaki kuruluşlara ait ya da onların lehine irtifak ya da kullanım hakkı alınmış taşınmazlara ilişkin yapılacak her ölçekteki plân ve imar plânları, 2863 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin anılan paragraflarındaki kısıtlamalara tâbi olmaksızın Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılacak ya da yaptırılabilecektir.

Anayasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevi Devlete verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği esası getirilmiştir. Maddenin gerekçesinin ilgili bölümünde ise *"Devlet, tarih ve*

kültür varlıklarının korunmasını temin etmelidir. Devlet, bu varlıkların toplanmasını, bulunmasını, restorasyonunu, müzelerde teşhirini sağlamalı; tahriplerini, yurt dışına kaçırılmalarını önlemeli; yurtdışına taşınmış olanların yurda iadesini mümkün kılacak girişimlerde bulunmalıdır. Kanun koyucu, tarih ve kültür varlıklarını koruyucu tedbirleri ihtiva eden mevzuatı geliştirmelidir. (…)" ifadeleri yer almaktadır.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılacak olan taşınmazın özelleştirilmesinde başarılı ve etkin olunabilmesi, her şeyden önce özelleştirmeye konu varlıkların hukuksal durumlarının bütün yönleriyle açıklığa kavuşturulması, bu varlıkların özelleştirilmesini engelleyebilecek ve erteletebilecek yapısal, hukuksal, malî, teknik vb. sorunların belirlenmesi ve bunların süratle çözümlenmesine bağlıdır. Bu nedenle özelleştirme altyapısının titizlikle oluşturulması, daha sonraki aşamalarda karşılaşılabilecek sorunların önceden tespiti ve o konuda gerekli önlemlerin alınması, uygulamada hız ve verimliliğin artırılmasına katkı sağlamanın yanı sıra kamu aleyhine sorumluluk doğurabilecek durumları önemli ölçüde ortadan kaldıracaktır. Dolayısıyla koruma bölge kurulunca sit ilan edilen özelleştirme programına dâhil taşınmazlar yönünden her türlü plânların kısa sürede tamamlanması, özelleştirmenin etkinliği açısından gereklidir.

Koruma amaçlı imar plânlarının hazırlanması sürecinde ilgili meslek odaları plândan etkilenen hemşehriler ve sivil toplum örgütleriyle toplantılar düzenlenmesi; alanın konumu ve sit statüsü ve özellikleri göz önünde tutularak Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek mimar, restoratör mimar, sanat tarihçisi, arkeolog, sosyolog, mühendis, peyzaj mimarı gibi meslek gruplarından belirlenecek uzmanlar tarafından hazırlanması yükümlülüğü Anayasal bir zorunluluk olmayıp 2863 sayılı Kanun ile getirilmiş düzenlemelerdir. Yasama yetkisinin aslî bir yetki olması ve Türk hukukunda yasayla düzenleme alanının konu itibariyle sınırlandırılmaması nedeniyle yasama organı dilediği alanı kuşkusuz Anayasa ilkelerine uygun olmak koşuluyla düzenleme yetkisini haizdir.

Özelleştirme programına dâhil taşınmazlarla ilgili (sit alanı ilan edilmiş olanlar da dâhil) her tür ve ölçekte plân, imar plânı ve değişiklik ile revizyonlarını yapma konusunda görevli ve yetkili olan Özelleştirme İdaresi Başkanlığı, 4046 sayılı Yasa ile kurulmuş Başbakana bağlı, kamu tüzel kişiliğine sahip, özel bütçeli bir kurumdur. Özelleştirme Yüksek Kurulu da aynı Yasa gereğince kurulmuş olup Başbakanın

başkanlığında, Başbakanın belirleyeceği dört bakandan oluşmakta ve üyelerinin tamamının katılımı ile toplanıp oybirliği ile karar almaktadır. İptali istenilen kurala göre özelleştirme programındaki taşınmazlara ilişkin plânların onaylanması bu Kurulun görev ve yetkisindedir. Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılacak plânların müellifinin yani plânlamadan sorumlu kişinin her durumda şehir plâncısı olması zorunluluğu getirilmiş, ayrıca ilgili kuruluşlardan görüş alınması öngörülmüştür. Başkanlığın, sit alanlarına yönelik her ölçekteki plânları yaparken iptali istenilen cümledeki kural uyarınca bu alanlarda plânlar yapmaya ve onaylamaya yetkili kurum ve kuruluşlar olan koruma bölge kurullarından görüş alma, tarih, kültür ve tabiat varlıklarını ve değerlerini koruma ve çevre imar bütünlüğünü bozmama, istisna tutulan 2863 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin iki paragrafı dışındaki düzenlemelere uygun olarak anılan Yasa'daki ilke ve yükümlülüklere uymak zorunda olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla Anayasa'nın 63. maddesinde Devlete verilen tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevinin plânlama sürecinde yer alan organlar aracılığıyla yerine getirilmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 63. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

3- Yedinci Cümlenin "… ***ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer."*** **İbaresi**

Dava konusu kuralla, özelleştirme programındaki kuruluşlara ait ya da onlar lehine irtifak veya kullanım hakkı tesis edilmiş arsa ve araziler ile özel kanunları uyarınca özelleştirilmek üzere özelleştirme programına alınan arsa ve arazilere ilişkin Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılan ya da yaptırılan imar plânlarına göre yapılacak imar uygulamalarına ilişkin Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca onaylanan parselasyon plânlarının Kanun'un 19. maddesinde belirtilen ilan ve askı yükümlülüklerinden muaf olarak yürürlüğe girmesi öngörülmektedir.

Birinci cümlenin yukarıda belirtilen*"ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer."* ibaresinin iptaline ilişkin gerekçelerle incelenen ibare Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

D- Kanun'un 42. Maddesiyle Değiştirilen 22.2.2005 Günlü, 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. Maddesinin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen fıkranın birinci cümlesindeki kuralla bakanlık ve diğer merkezi idare kuruluşlarının, kendilerinin görev alanına girdiği için yapmak durumunda oldukları yatırımları il özel idarelerine devretmelerine ve bu konularda il özel idarelerini görevlendirmelerine olanak tanınmasının yerinden yönetim ilkesi ile bağdaşmadığı, bu yolla il özel idarelerinin karar verme yetkilerinin ortadan kaldırıldığı, özerkliklerinin zedelendiği ve kuralın kamu yararına da dayanmadığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşlarının; yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskân, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımlar ile bakanlıkların ve diğer merkezi idare kuruluşlarının görev alanına giren diğer yatırımların, kendi bütçelerinde bu hizmetler için ayrılan ödenekleri il özel idarelerine aktarmak suretiyle gerçekleştirebilecekleri esası getirilmektedir. Bu kapsamdaki yatırımlara ilişkin aktarma işleminin ilgili bakanın onayıyla yapılacağı ve bu ödeneklerin tahsis amacı dışında kullanılamayacağı; işlerin, il özel idaresinin tâbi olduğu usûl ve esaslara göre sonuçlandırılacağı, il özel idarelerinin bütçe imkânları ölçüsünde bu yatırımlara kendi bütçesinden ödenek aktarabilecekleri öngörülmekte; ayrıca bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları tarafından aktarılacak ödenekler ile gerçekleştirilecek bu kapsamdaki yatırımların, görev alanı sınırlamasına tâbi olmaksızın bütün il sınırları içinde yapılabileceği ifade edilmektedir.

İptale konu fıkranın gerekçesi incelendiğinde yapılan değişiklikle bakanlıklar ve diğer merkezi idare kuruluşları tarafından yürütülen görev ve hizmetlere ait yatırımlar ile Devlet ve il yollarının yapımı, iyileştirilmesi ve diğer işlerin, il genelinde mahalli katkılar da sağlanmak

suretiyle il özel idareleri eliyle gerçekleştirilmesi ve sonuçlandırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 127. maddesine paralel olarak 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, il özel idareleri, il halkının mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve malî özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak tanımlanmıştır. Anayasa'da merkezi yönetim - yerel yönetim ayrımının yapılması, yerel yönetimlerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulatması, kendilerine özgü bütçelerinin bulunması gibi yetki ve ayrıcalıkların tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin göstergeleridir. İdari özerklik, icrai karar alma yetkisini de içermektedir. Merkezi idarenin bu kuruluşlar üzerindeki vesayet yetkisi yerindelik ve hukukilik denetimleriyle sınırlı olup, ona yerinden yönetim kuruluşları yerine geçerek icrai karar alma yetkisi vermez.

Buna karşılık, egemenliğin tekliği ve üniter devlet yapısının da bir gereği olan "idarenin bütünlüğü" ilkesi, merkezi idare kuruluşları ile yerinden yönetim kuruluşlarının ve dolayısıyla da il özel idarelerinin birbirinden bağımsız parçalı yapılar olmasını değil, toplumsal ve kamusal yararı sağlayacak bir etkinliğe dönük işbirliği içinde bulunmalarını gerekli kılabilir. İncelenen fıkrada sayılan il sınırları içindeki yapım, bakım ve onarım işleri, devlet ve il yolları, içme suyu, sulama suyu, kanalizasyon, enerji nakil hattı, sağlık, eğitim, kültür, turizm, çevre, imar, bayındırlık, iskân, gençlik ve spor gibi hizmetlere ilişkin yatırımların mahalli niteliğinin de bulunduğu görülmektedir. Bu da il sınırları içinde merkezi kuruluşlar ya da il özel idareleri tarafından yürütülen hizmetlerin bütünlük ve uyum içinde gerçekleştirilmesi için zorunlu olabilir.

Merkezi idare tarafından ödeneği karşılanan, kanun gereği merkezi yönetimin görev alanına giren, fakat mahalli niteliği de bulunan il sınırları içindeki yapım, bakım, onarım gibi kamusal ihtiyaçların karşılanmasına yönelik birçok iş ve yatırımın, uygun şartlarda ve zamanında yapılmasını sağlamaya, kamu kaynaklarının yerinde kullanılmasının teminine yönelik düzenlemenin, il özel idaresinin karar organlarının o yörede oturanlar tarafından seçimle işbaşına getirilmiş olmaları nedeniyle demokratik ilkelere aykırı olmadığı sonucuna

varılmıştır. Bakanlıklar ya da merkezi idare kuruluşları tarafından kararlaştırılmış ve merkezi yönetimin görev alanına giren bu yatırımlara ilişkin ödeneklerin, ilgili il özel idarelerine aktarılması ve bu yatırımın il özel idarelerinin tâbi olduğu hükümlere göre yerine getirilmesi esası benimsendiğinden kuralın yerinden yönetim ilkesine aykırılığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun'un 43. Maddesiyle Değiştirilen 21.4.2005 Günlü, 5335 Sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. Maddesinin Onikinci Fıkrasının Değiştirilen Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

Dava konusu kuralla, TCDD Genel Müdürlüğünün mülkiyetinde olup işletmecilik fazlası taşınmazlarından satışına karar verilenlere ilişkin her ölçekteki imar ve parselasyon plânlarının çevre imar bütünlüğünü bozmamak kaydıyla, bu Kurum tarafından yapılacağı ya da yaptırılacağı, bu plânların Kanun'a göre yetkili Büyükşehir belediye meclisleri, belediye meclisleri ya da ilgili valilikler tarafından üç ay içinde aynen ya da değiştirilerek onaylanacağı, bu plânları aynen ya da değiştirerek onaylamaya yetkili yerinden yönetim organının üç ay içinde bu görevini yapmaması hâlinde onay işlemlerinin Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından re'sen yürürlüğe konulacağı öngörülmektedir.

Bazı imar ve parselasyon plânlarının yapılması ya da değiştirilmesi, merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında anayasal, yasal ve teknik düzeyde işbirliğini ve uyumu gerekli kılabilir. İmar Kanunu'nun 8. maddesinde belediye ve mücavir alanlardaki imar plânlarının (nazım ve uygulama imar plânları) belediye meclisince, belediye ve mücavir alan dışında kalan yerlerde yapılacak plânların ise valilikçe onaylanması öngörülmüştür. Bunlar için bir ay süre ile ilan ve bu süre içinde yapılacak itirazların ise *"15 gün içinde kesin karara bağlanması"* prensip olarak kabul edilmiştir. Anılan maddede, onaylanmış plânlarda sonradan yapılacak değişiklikler de aynı usûle tâbi kılınmıştır.

Öte yandan, İmar Kanunu'nun 9. maddesinde, Bayındırlık ve İskan Bakanlığının re'sen onama yetkisi düzenlenmiş ve bu kapsamda *"Bir*

kamu hizmetinin görülmesi maksadı ile resmi bina ve tesisler için imar plânlarında yer ayrılması veya bu amaçla değişiklik yapılması gerektiği takdirde, Bakanlık, valilik kanalı ile ilgili belediyeye talimat verebilir veya gerekirse imar plânının resmi bina ve tesislerle ilgili kısmını re'sen yapar ve onaylar" kuralına yer verilmiş, madde gerekçesinde de *"ülke çapında önem taşıyan tesislerin yapımına imkan vermek, birden fazla belediyeyi ilgilendiren imar plânlarının yapımında ve tasdik aşamasında doğabilecek ihtilafları çözüme bağlamak ve teşkilat kanununda öngörülen hizmetleri vermesi amacı ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı'na resen plân yapmak ve yaptırmak yetkisi tanınmasının gerekli görüldüğü"* belirtilmiştir.

Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, bunun saptanması yasaya bırakılmıştır. Bu durumda yasakoyucu kamu yararını gözeterek, Anayasal çerçevede merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir. Yerel yönetimleri ortadan kaldırma ya da etkisiz kılma amacına yönelik olmaması ve belirli alanlar bakımından geçici bir süre için kimi görev ve yetkilerin merkezi yönetim birimine bırakılması, yerinden yönetim ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü, 8.6.1984 tarih ve 233 sayılı KHK'ya tâbi olan ve bu KHK çerçevesinde faaliyette bulunan bir kamu iktisadi kuruluşudur. Bu itibarla diğer kamu iktisadi kuruluşları gibi sermayesinin tamamı Devlete ait olup kamu hizmeti niteliği ağır basmaktadır. Kuruluşun faaliyet alanını ise tekel niteliğindeki mal ve hizmet üretimi ve pazarlaması oluşturmaktadır. TCDD tarafından yapılan hizmetler, bütün yurtta demiryolu ve ulaşım alt yapısını gerçekleştirilmesini sağlayacak olan faaliyetleri kapsamaktadır. Bu Kurum tarafından satış ve değerlendirmesi yapılacak taşınmazlara ilişkin plân ve parselasyon işlemlerinin yerel yönetimlere bir yük ve borç getirmeden yapılmasının kamu yararına aykırılık oluşturmadığı, imar plânları ve bu plânları tamamlayacak parselasyon plânları yapılmadan inşaatlara başlanamayacağı, değerlendirme ve satış konusunda hedeflenen amaçların gerçekleştirilemeyeceği açıktır.

Kaldı ki, TCDD Genel Müdürlüğüne tanınan imar ve parselasyon plânı yapma yetkisi yerel yönetimleri tamamen devreden çıkarıp dışlamamaktadır. Yasa, belediye meclislerine veya valiliklere; çevre imar bütünlüğünü bozmamak kaydıyla TCDD Genel Müdürlüğünce yapılan ya da yaptırılan imar plânlarını üç ay içerisinde aynen ya da değiştirerek

onaylama yetkisini vermektedir. Üç aylık sürenin ise yerel yönetimlerin plânı incelemeleri ve ilgili kuruluş ve tarafların görüşlerinin de alınmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Yine TCDD Genel Müdürlüğü ile Bayındırlık ve İskan Bakanlığı plânların yapımında ve yürürlüğe konulmasında İmar Kanunu'nda öngörülen diğer usûle dair işlemlerden muaf tutulmadıklarından belediye ya da valiliklerce yapılması gereken askı, ilan ve itiraza ilişkin tüm işlemlerin bu kurumlarca yapılacağı kuşkusuzdur.

Anayasa'da imar plânlarının yapımı ve onaylanmasında, hangi idarenin yetkili olduğuna ilişkin bir kural bulunmadığından, kamu yararının gerekli kıldığı hallerde belirli bir alan ya da bölge ile ilgili olarak imar plânları yapılması konusunda merkezi idare kuruluşlarına ve Bayındırlık ve İskan Bakanlığına yetki verilmesinde de Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Ayrıca, kuralda TCDD Genel Müdürlüğünce imar ve parselasyon plânları hazırlanırken imar bütünlüğünün bozulmaması koşulunun getirildiği, İmar Kanunu hükümleri çerçevesinde bu plânlara dair ilgili kuruluşların görüşlerinin alınacağı ve ilgili belediye organı ya da valiliğe bu plânların onay için sunulacağı dikkate alındığında, bu konuda mahalli özerkliğin de gözetildiği sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

24.7.2008 günlü, 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 15. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilen Ek 3. maddesinin;

1- Birinci cümlesinde yer alan "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresi,

2- Yedinci cümlesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." ibaresi,

9.6.2011 günlü, E. 2008/87, K. 2011/95 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarelerin, uygulanmasından doğacak sonradan

giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

B- 1- 3. maddesiyle, 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasına,

2- 7. maddesiyle, 2.3.1984 günlü, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerine,

3- 15. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilen Ek 3. maddesinin "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci cümlesine,

4- 42. maddesiyle, 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasına,

5- 43. maddesiyle, 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin onikinci fıkrasının değiştirilen "Satışı ve değerlendirilmesi yapılacak taşınmazlar, TCDD Genel Müdürlüğü tarafından çevre imar bütünlüğünü bozmamak kaydıyla yapılan veya yaptırılan her ölçekteki imar ve parselasyon planları, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il, ilçe ve belde belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanması suretiyle yürürlüğe girer. Üç ay içerisinde onaylanmayan planlar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından re'sen yürürlüğe konulur." biçimindeki birinci ve ikinci cümlelerine,

yönelik iptal istemleri, 9.6.2011 günlü, E. 2008/87, K. 2011/95 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve cümlelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

9.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

24.7.2008 günlü, 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 3. maddesiyle, 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin değiştirilen dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 7. maddesiyle, 2.3.1984 günlü, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 15. maddesiyle, 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilenEk 3. maddesinin;

a- Birinci cümlesinde yer alan "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- Yedinci cümlesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- 42. maddesiyle, 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun6. maddesinin değiştirilen ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- 43. maddesiyle, 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin onikinci fıkrasının değiştirilen "Satışı ve değerlendirilmesi yapılacak taşınmazlar, TCDD Genel Müdürlüğü tarafından çevre imar bütünlüğünü bozmamak kaydıyla yapılan veya yaptırılan her ölçekteki

imar ve parselasyon planları, büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il, ilçe ve belde belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanması suretiyle yürürlüğe girer. Üç ay içerisinde onaylanmayan planlar Bayındırlık ve İskan Bakanlığı tarafından re'sen yürürlüğe konulur." biçimindeki birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

9.6.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

3194 sayılı Kanun'un, 24.7.2008 günlü, 5793 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen Ek 3. maddesinde, özelleştirme programındaki kuruluşlara ait veya kuruluş lehine irtifak ve/veya kullanım hakkı alınmış arsa ve araziler ile özel kanunları uyarınca özelleştirilmek üzere özelleştirme programına alınan arsa ve arazilerin her tür ve ölçekte plân, imar plânı ile değişiklik ve revizyonlarının Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yapılması veya yaptırılması öngörülmüş, aynı Madde'nin beşinci tümcesinde de bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plân ve imar plânlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 17 inci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmiştir. 2863 sayılı Yasa'nın 17 inci maddesinin (a) bendinin ilk paragrafında, bir alanın koruma bölge kurulunca sit olarak ilânının, bu alanda her ölçekteki plân uygulamasını durduracağı belirtilmekte, ikinci ve sekizinci paragraflarında ise "Koruma amaçlı imar plânı yapılıncaya kadar, koruma bölge kurulu tarafından üç ay içinde geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları belirlenir. Belediyeler, valilikler ve ilgili kurumlar söz konusu alanda ilgili meslek odaları, sivil toplum kuruluşları ve plândan etkilenen hemşerilerin katılımı ile toplantılar düzenleyerek koruma amaçlı imar plânını hazırlatıp, incelenmek ve sonuçlandırılmak üzere koruma bölge kuruluna vermek zorundadır. İki yıl içinde koruma amaçlı imar plânı yapılmadığı takdirde, geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının uygulanması, koruma amaçlı imar plânı yapılıncaya kadar durdurulur."; "Koruma amaçlı imar plânları; müellifi şehir plâncısı olmak üzere; alanın konumu, sit statüsü ve özellikleri göz önünde bulundurularak mimar, restoratör mimar, sanat tarihçisi, arkeolog, sosyolog, mühendis, peyzaj mimarı gibi meslek gruplarından Bakanlıkça belirlenecek uzmanlar tarafından hazırlanır." denilmektedir. Buna göre, özelleştirme programına alınan yerler bakımından, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulları devre dışı bırakılmakta, koruma amaçlı imar plânı yapılmasına kadar azami iki yıl süreyle geçerli olacak geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının belirlenmesi yükümlülüğü kaldırılmaktadır. Ayrıca, sit alanı olarak ilân edilmiş yerlere ilişkin koruma bölge kurulunun, koruma amaçlı imar plânı hazırlanıncaya kadar geçerli olmak üzere geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarını belirleme yetkisi bulunmadığından bu konuda hukuksal bir boşluk da doğmaktadır. 2863

sayılı Yasa'nın 17. maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümlerin uygulanmaması sonucunda, Başkanlıkça yapılacak veya yaptırılacak plânların hazırlanmasında, bazı kurum ve kuruluşların katılımıyla toplantılar düzenlenerek görüş oluşturulması ve sit alanının konumu, statüsü ve özellikleri gözetilerek mimar, restoratör mimar, sanat tarihçisi, arkeolog, sosyolog, mühendis, peyzaj mimarı gibi meslek gruplarından Bakanlıkça belirlenecek uzmanların görev alması zorunluluğu da ortadan kaldırılmaktadır.

Anayasa'nın 63. maddesinin ilk fıkrasında, "Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır" ikinci fıkrasında da bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunlar düzenlenir." denilmektedir. Bu kuralı uygulamaya geçiren 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 1. maddesinde, bu Kanun'un amacının, korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili tanımları belirlemek, yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenlemek, bu konuda gerekli ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilâtın kuruluş ve görevlerini tespit etmek olduğu, 2. maddesinde de bu Kanun'un, korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili hususları ve bunlarla ilgili gerçek ve tüzelkişilerin görev ve sorumluluklarını kapsadığı belirtilmektedir. 2863 sayılı Yasa'nın diğer maddelerinin de bu amaç ve kapsam doğrultusunda düzenlendiği kuşkusuzdur. Yasa'nın ortaya çıkan yeni durum ve koşullara göre yasa koyucunun tercihleri doğrultusunda değiştirilebilmesi olanaklı ise de bu düzenlemeler yapılırken özelleştirmeyi kolaylaştırmak ve hızlandırmak amacıyla aynı konumda olan diğer kişilerin elinde bulunan taşınmazlara tanınmayan ayrıcalıkların özelleştirme kapsamındaki taşınmazlara tanınması, bunların bazı koruma tedbirlerinin dışında tutularak imtiyazlı hale getirilmesi, eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı gibi, adil bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz.

Öte yandan, Anayasa, tahrip edildiklerinde geri dönüşü olmayan veya çok zor olan tarih, kültür ve tabiat varlıklarını özel bir düzenlemeyle koruma altına almıştır. Bu bağlamda, ekonomik nedenlerle yapılan özelleştirme uygulamalarının, söz konusu varlıkların

korunmasındaki kamu yararı ve Anayasal güvencelerin göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaması gerekir. Oysa dava konusu kuralla ekonomik tercihlere öncelik verildiği, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin Anayasa kuralının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu beşinci tümcenin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

24.07.2008 günlü, 5793 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik yapılmasına Dair Kanunun 15. maddesi ile 03.05.1985 günlü 3194 sayılı İmar Kanunu'nun değiştirilen ek 3. maddesinin beşinci cümlesinde; "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 17. maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz" denilmektedir.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 17. maddesinin (a) bendinin ikinci paragrafında; koruma amaçlı imar planı yapılıncaya kadar, koruma bölge kurulu tarafından üç ay içinde geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının belirleneceği; belediyeler, valilikler ve ilgili kurumların söz konusu alanda ilgili meslek odaları, sivil toplum kuruluşları ve plandan etkilenen hemşerilerin katılımı ile toplantılar düzenleyerek koruma amaçlı imar planını hazırlatıp, incelemek ve sonuçlandırmak üzere koruma bölge kuruluna vermek zorunda olduğu; iki yıl içinde koruma amaçlı imar planı yapılmadığı takdirde, geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının uygulanmasının, koruma amaçlı imar planı yapılıncaya kadar durdurulacağı hükme bağlanmıştır. Sekizinci paragrafında ise koruma amaçlı imar planlarının; müellifi şehir plancısı olmak üzere; alanın konumu, sit statüsü ve özellikleri göz önünde bulundurularak mimar, restoratör mimar, sanat tarihçisi, arkeolog, sosyolog, mühendis, peyzaj

mimarı gibi meslek gruplarından Bakanlıkça belirlenecek uzmanlar tarafından hazırlanacağı ifade edilmektedir.

Anayasa'nın "Tarih, Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması" başlıklı 63. maddesinin birinci fıkrasında; "Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirler alır." hükmü yer almıştır. Maddenin gerekçesinde ise; Devlet, tarih ve kültür varlıklarının korunmasını temin etmeli, bu varlıkları koruyucu tedbirleri ihtiva eden mevzuatı geliştirmeli denilmek suretiyle devlete tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve desteklenmesi konusunda gerekli tedbirleri alma görevi verilmiştir.

Dava konusu kuralda ise özelleştirme programına dahil edilmiş taşınmazlarla ilgili (sit alanı ilan edilmiş olanlar da dahil) olarak 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17. maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafında belirtilen ilke ve yükümlülüklere uyma zorunluluğu kaldırılmak suretiyle her ölçekteki plan ve imar planlarının yapılması sürecinde kültür ve tabiat varlıklarını Koruma Kurulları ve koruma amaçlı imar planlarının devre dışı bırakıldığı gözetildiğinde bu alanların amacı dışında kullanımının kolaylaştırıldığı açıktır.

Açıklanan nedenle kural, Anayasa'nın 63. maddesine aykırı olup, iptali gerektiği düşüncesi ile verilen karara karşıyım.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2009/62

Karar Sayısı : 2011/96

Karar Günü : 9.6.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL, Hakkı Süha OKAY ve Kemal KILIÇDAROĞLU

DAVANIN KONUSU: 16.6.2009 günlü, 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 12. maddesiyle, 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendinin,

2- 18. maddesiyle, 6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendinin,

3- 35. maddesiyle, 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin,

Anayasa'nın 2., 73., 135. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

"III. GEREKÇE

1) 16.06.2009 tarihli ve 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; 12 nci maddesi ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendinin Anayasaya Aykırılığı

5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; 12 nci maddesi ile 3065 sayılı Katma

Değer Vergisi Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendi ile 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (II) sayılı listede yer alan malların, (yani otobüs, minibüs, binek otomobilleri, arazi taşıtları, uçak, yat gibi malların) Başbakanlık merkez teşkilatına teslimi işlemi Katma Değer Vergisinden istisna edilmiştir.

Anayasanın "Vergi ödevi" başlıklı 73 üncü maddesinde, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin temel ilkeleri düzenlenmiştir. Maddede;

"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük kanunla konulur, kaldırılır, değiştirilir veya kaldırılır" denilmiştir.

Vergilendirmede genel kural, yasayla belirlenmiş konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Yasakoyucu, kimi durumlarda vergi kapsamına alınan konuyu, kimi durumlarda da kişileri vergi dışında tutabileceği gibi, verginin tümünden ya da bir bölümünden vazgeçebilir. Vergi, resim ve harç yasalarında sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, yasakoyucunun takdirine bağlı bir konudur.

Muaflık, istisna ve indirimler, yasakoyucu tarafından "mali güce göre vergilendirme"nin ve "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı"nın sağlanmasının araçlarıdır. Anayasa Mahkemesi vergilemede aranan temel ilkelerin muafiyet, istisna ve indirim için de aranması gerektiğini kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, "yatırım indirimi", "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'ne tanınan yargı harcı muafiyeti", "serbest bölgelerde faaliyet gösteren müteşebbisin vergi ve benzeri mali yükümlülüklerden muaf tutulması", "devir işlemlerinde münfesih kurumun devir öncesi son bilançosunda görülen zararların devralan kurumca beyan edilen kurum kazancından indirilebilmesi" konularını incelerken, kimi özel durumlarda muaflık, istisna ya da indirim getirilmesinin Yasakoyucunun takdirine bağlı olarak yasa ile düzenlenmesi zorunluluğunu belirtirken; kamu yararı, sosyal ve ekonomik amaç,

kamu hizmetinin en iyi biçimde görülmesi gibi" haklı nedenlerin" de gözetilmesi gerektiğini aramıştır.

Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörür. Başka bir deyişle kişiler, genel vergi yüküne kendi ödeme güçlerine göre katılmalıdırlar. Ancak bu durumda Anayasada öngörülen vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesi sağlanabilir.

Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın malî gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Malî güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik sağlanmasının uygulama aracı olup, malî gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise malî gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır.

Devlet tüzel kişiliği içinde sadece Başbakanlık merkez teşkilatına tanınan bu istisnanın hiçbir ekonomik veya sosyal gerekçesi gösterilmemiştir. İstisnanın hangi amaçla, niçin yapıldığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu düzenleme aynı zamanda kamu hizmetinin daha iyi bir şekilde yerine getirilmesine yönelik bir düzenleme de değildir.

Bu düzenlemenin Anayasanın 73 üncü maddesinde belirtilen mali güce göre vergilendirmenin ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının sağlanmasının aracı olarak getirilmediği de açıktır.

Yasaların kamu yararına dayanması gereği, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlem almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve ödevidir. Yeter ki vergide muafiyet ve istisnalar getirilirken, bunlarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden – sonuç bağı kurulmuş olabilsin.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; 12 nci maddesi ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13 üncü

maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendi ile; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (II) sayılı listede yer alan malların, Başbakanlık merkez teşkilatına tesliminin Katma Değer Vergisinden istisna edilmesi Anayasanın 2 nci ve 73 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

2) 16.06.2009 tarihli ve 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; 18 inci maddesi ile değiştirilen 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinin Anayasaya Aykırılığı

5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; 12 nci maddesi ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 18 inci maddesi ile değiştirilen 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde yapılan değişiklik ile 4760 sayılı Kanuna ekli (II) sayılı listede yer alan malların, (yani otobüs, minibüs, binek otomobilleri, arazi taşıtları, uçak, yat gibi malların) Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ilk iktisabı, Özel Tüketim Vergisinden istisna edilmiştir.

Anayasanın "Vergi ödevi" başlıklı 73 üncü maddesinde, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin temel ilkeleri düzenlenmiştir. Maddede;

"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük kanunla konulur, kaldırılır, değiştirilir veya kaldırılır" denilmiştir.

Vergilendirmede genel kural, yasayla belirlenmiş konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Yasakoyucu, kimi durumlarda vergi kapsamına alınan konuyu, kimi durumlarda da kişileri vergi dışında tutabileceği gibi, verginin tümünden ya da bir bölümünden vazgeçebilir. Vergi, resim ve harç yasalarında sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, yasakoyucunun takdirine bağlı bir konudur.

Muaflık, istisna ve indirimler, yasakoyucu tarafından "mali güce göre vergilendirme"nin ve "vergi yükünün adaletli ve dengeli

dağılımı"nın sağlanmasının araçlarıdır. Anayasa Mahkemesi vergilemede aranan temel ilkelerin muafiyet, istisna ve indirim için de aranması gerektiğini kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, "yatırım indirimi", "Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'ne tanınan yargı harcı muafiyeti", "serbest bölgelerde faaliyet gösteren müteşebbisin vergi ve benzeri mali yükümlülüklerden muaf tutulması", "devir işlemlerinde münfesih kurumun devir öncesi son bilançosunda görülen zararların devralan kurumca beyan edilen kurum kazancından indirilebilmesi" konularını incelerken, kimi özel durumlarda muaflık, istisna ya da indirim getirilmesinin Yasakoyucunun takdirine bağlı olarak yasa ile düzenlenmesi zorunluluğunu belirtirken; kamu yararı, sosyal ve ekonomik amaç, kamu hizmetinin en iyi biçimde görülmesi gibi" haklı nedenlerin" de gözetilmesi gerektiğini aramıştır.

Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınmak suretiyle vergilendirmenin yapılmasını öngörür. Başka bir deyişle kişiler, genel vergi yüküne kendi ödeme güçlerine göre katılmalıdırlar. Ancak bu durumda Anayasada öngörülen vergilendirmede adalet ve eşitlik ilkesi sağlanabilir.

Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın malî gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Malî güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik sağlanmasının uygulama aracı olup, malî gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise malî gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır.

Devlet tüzel kişiliği içinde sadece Başbakanlık merkez teşkilatına tanınan bu istisnanın hiçbir ekonomik veya sosyal gerekçesi gösterilmemiştir. İstisnanın hangi amaçla, niçin yapıldığına ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Bu düzenleme aynı zamanda kamu hizmetinin daha iyi bir şekilde yerine getirilmesine yönelik bir düzenleme de değildir.

Bu düzenlemenin Anayasanın 73 üncü maddesinde belirtilen mali güce göre vergilendirmenin ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının sağlanmasının aracı olarak getirilmediği de açıktır.

Yasaların kamu yararına dayanması gereği, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Kamu yararının gerektirdiği düzenlemeleri yapmak, çareleri düşünüp önlem almak, yasa koyucunun en doğal hakkı ve ödevidir. Yeter ki vergide muafiyet ve istisnalar getirilirken, bunlarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden – sonuç bağı kurulmuş olabilsin.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun; 18 inci maddesi ile değiştirilen 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde yapılan değişiklik ile 4760 sayılı Kanuna ekli (II) sayılı listede yer alan malların, (yani otobüs, minibüs, binek otomobilleri, arazi taşıtları, uçak, yat gibi malların) Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ilk iktisabının, Özel Tüketim Vergisinden istisna edilmesi Anayasanın 2 nci ve 73 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 16.06.2009 tarihli ve 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 35 inci maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlesinin Anayasaya aykırılığı

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 168 inci maddesi gereği yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren tarife Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle hazırlanmakta idi.

5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 35 inci maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168 inci maddesinin ikinci fıkrasına bir cümle eklenerek Barolar Birliği Yönetim Kurulunun vergi mahkemelerinde tarife belirleme yetkisine son verilmiş vergi mahkemelerinde avukat ücretinin maktu olarak belirlenmesini sağlayacak yasal bir düzenleme yapılmıştır.

1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 168 inci maddesi gereği Türkiye Barolar Birliği Adalet Bakanlığı ile birlikte her yıl için yeniden

düzenlediği Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin vergi mahkemelerindeki vekalet ücretinin asıl olarak maktu, sınırlı olarak da nispi belirlenmesine ilişkin hükmünü Danıştay Sekizinci Dairesi 23.01.2008 tarih 2007/1110 Esas 2008/332 sayılı kararı ile iptal etmiştir.

Bunun üzerine İdari Yargılama Usulü Yasası'nın 28 inci maddesinin idari yargı kararlarının gereğinin 30 gün içinde yerine getirilmesine ilişkin emri uyarınca Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde vergi davalarında nispi vekalet ücreti düzenlemesi yapılmıştır. Söz konusu iptal kararı temyiz edilmesi nedeni ile halen Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu incelemesinde olup yargılama sürmektedir.

Yasakoyucu, yargılama sürecinin sonucunu beklemeden ve Anayasamızın 138 inci maddesini dikkate almadan 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 35 inci maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle ile; vergi mahkemelerinde avukat ücretinin maktu olarak belirlenmesini sağlayacak yasal bir düzenleme yapmıştır.

Yasakoyucu, bu düzenleme ile yargıda temyiz incelemesi devam eden ve çözüm bekleyen söz konusu avukatlık ücreti tarifesinin belirlenmesine yasal düzenleme yaparak müdahale etmektedir. Bu müdahale öncelikle Anayasamızın 138 inci maddesinin dördüncü fıkrasına aykırıdır.

Anayasanın 135 inci maddesinde: "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlâkını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri" olarak tanımlanmıştır.

Anayasanın 135 inci maddesi gereği kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşunun üst birliği olan Baro'ya 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168 inci maddesi ile verilen düzenleme yetkisi bu Yasa ile elinden alınmaktadır.

Hukuk devletinin temel öğelerinden biri de güvenilirliliktir. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması hukuk devleti ilkesinin yerine getirilmesinin zorunlu koşullardandır.

Yasal düzenlemelerde istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik göz önünde bulundurularak hukuki güvenlik sağlanır. Yasalarda yapılan değişikliklerin toplumsal gerçeklerle uyumlu olması ve adaletli kurallar içermesi gerekir.

Hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir.

Anayasa Mahkemesinin E.1985/1, K.1986/4 sayılı Kararında "Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz" denilmektedir.

Adil ve makul olmayan bir şekilde Barolar Birliğinin düzenleme yapma yetkisini elinden alan, kamu yararına sonuç doğurmayan, yasal düzenlemelerin istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine aykırı olan bu düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılamayacağı açıktır. Çünkü bir hukuk devletinde tüm kamu işlemlerinin nihai amacı, kamu yararıdır. Bir hukuk devleti, adil ve makul olmak durumundadır. Kamu hizmetinin gerekleriyle bağdaşmayan, adil ve makul olmayan bir düzenlemenin, kamu yararına olduğu ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez.

Yukarıda açıklanan nedenlerle; Anayasanın 2 nci ve 138 inci maddelerine aykırı olan 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 35 inci maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin iptali gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen düzenlemelerin uygulanması halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 16.06.2009 tarihli ve 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun;

1) 12 nci maddesi ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendi Anayasanın 2 nci ve 73 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

2) 18 inci maddesi ile değiştirilen 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununun 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendi Anayasanın 2 nci ve 73 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

3) 35 inci maddesi ile 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 168 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle Anayasanın 2 nci, 135 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1) 16.6.2009 günlü, 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile değiştirilen 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun iptali istenilen kuralın yer aldığı 13. maddesi şöyledir:

Madde 13- Aşağıdaki teslim ve hizmetler vergiden müstesnadır.

a) Faaliyetleri kısmen veya tamamen deniz, hava ve demiryolu taşıma araçlarının, yüzer tesis ve araçların kiralanması veya çeşitli şekillerde işletilmesi olan mükelleflere bu amaçla yapılan deniz, hava ve demiryolu taşıma araçlarının, yüzer tesis ve araçlarının teslimleri, bu araçların imal ve inşaası ile ilgili olarak yapılan teslim ve hizmetler ile bunların tadili, onarım ve bakımı şeklinde ortaya çıkan hizmetler,

b) Deniz ve hava taşıma araçları için liman ve hava meydanlarında yapılan hizmetler,

c) Altın, gümüş, platin arama, işletme, zenginleştirme, rafinaj ve Türk Petrol Kanunu hükümlerine göre petrol arama faaliyetlerine ilişkin olmak üzere, bu faaliyetleri yürütenlere yapılan teslim ve hizmetler ile aynı Kanun hükümlerine göre boru hattıyla taşımacılık yapanlara bu hatların inşa ve modernizasyonuna ilişkin yapılan teslim ve hizmetler,

d) Yatırım Teşvik Belgesi sahibi mükelleflere belge kapsamındaki makina ve teçhizat teslimleri (Şu kadar ki, yatırım teşvik belgesinde öngörüldüğü şekilde gerçekleşmemesi halinde, zamanında alınmayan vergi alıcıdan, vergi ziyaı cezası uygulanarak gecikme faizi ile birlikte tahsil edilir. Zamanında alınmayan vergiler ile vergi cezalarında zamanaşımı, verginin tarihini veya cezanın kesilmesini gerektiren durumun meydana geldiği tarihi takip eden takvim yılının başından itibaren başlar).

e) Limanlara bağlantı sağlayan demiryolu hatları, limanlar ve hava meydanlarının inşası, yenilenmesi ve genişletilmesi işlerini fiilen kendisi yapan veya yaptıran mükellefler ile genel bütçeli idarelere bu işlere ilişkin olarak yapılan mal teslimleri ve inşaat taahhüt işleri,

f) Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Savunma Sanayii Müsteşarlığı, Milli İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Gümrük Muhafaza Genel Müdürlüğüne milli savunma ve iç güvenlik ihtiyaçları için uçak, helikopter, gemi, denizaltı, tank, panzer, zırhlı personel taşıyıcı, roket, füze ve benzeri araçlar, silah, mühimmat, silah malzeme, teçhizat ve sistemleri ile bunların araştırma-geliştirme, yazılım, üretim, montaj, yedek parça, bakım-onarım ve modernizasyonuna ilişkin olarak yapılan teslim ve hizmetler ve bu teslim ve hizmetleri gerçekleştirenlere bu kapsamda yapılacak olan, miktarı ve nitelikleri yukarıda sayılan kuruluşlarca onaylanan teslim ve hizmetler.

g) 6/6/2002 tarihli ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (II) sayılı listede yer alan malların, Başbakanlık merkez teşkilatına teslimi,

ğ) 5300 sayılı Tarım Ürünleri Lisanslı Depoculuk Kanununa göre düzenlenen ürün senetlerinin, ürün ihtisas borsaları ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığından ürün senedi alım-satımı konusunda izin alan ticaret borsaları aracılığıyla ilk teslimi.

Bakanlar Kurulu, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 232 nci maddesinde yer alan ve ilgili yılda uygulanmakta olan haddi, istisna uygulamasında asgari tutar olarak belirlemeye ve belirlenen bu tutarı iki katına kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye yetkilidir. Maliye Bakanlığı, istisna kapsamına girecek teslim ve hizmetleri tanımlamaya, istisnaya ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.

2) 16.6.2009 günlü, 5904 sayılı Kanun ile değiştirilen 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun iptali istenilen kuralın yer aldığı 7. maddesi şöyledir:

Madde 7- Bu Kanuna ekli;

1. (I) sayılı listede yer alan malların;

a) Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı ve Milli İstihbarat Teşkilâtının ihtiyacı için bu kuruluşlara veya bunların gerek göstermeleri üzerine ve işlemlerin bu kuruluşlar adına yapılması koşuluyla akaryakıt ikmalini yapanlara teslimi,

b) 6326 sayılı Petrol Kanunu hükümlerine göre petrol arama ve istihsal faaliyetlerinde kullanılmak üzere bu faaliyetleri yapanlara teslimi,

c) 4458 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca tasfiyelik hale gelenlerinin tabiî afetler, bulaşıcı hastalıklar ve benzeri olağanüstü durumlarda genel ve katma bütçeli dairelere, il özel idarelerine, belediyelere, köylere ve bunların teşkil ettikleri birliklere bedelsiz teslimi,

2. (II) sayılı listede yer alan kayıt ve tescile tâbi mallardan;

a) 87.03 (motor silindir hacmi 1.600 cm^3'ü aşanlar hariç), 87.04 (motor silindir hacmi 2.800 cm^3'ü aşanlar hariç) ve 87.11 G.T.İ.P. numaralarında

yer alanların, sakatlık derecesi % 90 veya daha fazla olan malûl ve engelliler tarafından,

b) 87.03 (motor silindir hacmi 1.600 cm³'ü aşanlar hariç), 87.04 (motor silindir hacmi 2.800 cm³'ü aşanlar hariç) ve 87.11 G.T.İ.P. numaralarında yer alanların, bizzat kullanma amacıyla sakatlığına uygun hareket ettirici özel tertibat yaptıran malûl ve engelliler tarafından,

c) 87.03 (motor silindir hacmi 1.600 cm³'ü aşanlar hariç), 87.04 (motor silindir hacmi 2.800 cm³'ü aşanlar hariç) ve 87.11 G.T.İ.P. numaralarında yer alanların, bu bendin (a) ve (b) alt bentlerinde belirtilen malûl ve engelliler tarafından ilk iktisabından sonra deprem, heyelan, sel, yangın veya kaza sonucu kullanılamaz hale gelmesi nedeniyle hurdaya çıkarılmasında, bu G.T.İ.P. numaralarında yer alan malları hurdaya çıkaran malûl ve engelliler tarafından,

Beş yılda bir defaya mahsus olmak üzere ilk iktisabı,

3. a) (II) sayılı listede yer alan mallardan; uçak ve helikopterlerin Türk Hava Kurumu tarafından ilk iktisabı,

b) (II) sayılı listede yer alan malların, Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ilk iktisabı,

4. (IV) sayılı listedeki 9302.00 ve 93.03 tarife pozisyonunda yer alan malların Milli Savunma Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Milli İstihbarat Teşkilâtı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğüne teslimi veya bunlar tarafından ithali,

5. (IV) sayılı listede yer alan malların genel ve katma bütçeli dairelere, il özel idarelerine, belediyelere, köylere ve bunların teşkil ettikleri birliklere bedelsiz teslimi veya bunlar tarafından bedelsiz olarak ithali,

6. Kanuna ekli listelerdeki mallardan 4458 sayılı Gümrük Kanununun 167 nci Maddesi [(5) numaralı fıkrasının (a) bendi ile (7) numaralı fıkrası hariç], geçici ithalat ve hariçte işleme rejimleri ile geri gelen eşyaya ilişkin hükümleri kapsamında gümrük vergisinden muaf veya müstesna olan eşyanın ithali (Bu Kanunun 5 inci Maddesinde düzenlenen ihracat istisnası ile 8 inci Maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen ihraç kaydıyla teslimlerde verginin tecil ve terkin edilmesi uygulamasından yararlanılarak ihraç edilen, ancak 4458 sayılı Gümrük

Kanununun 168, 169 ve 170 inci Maddelerinde belirtildiği şekilde geri gelen eşyanın ithalat istisnasından faydalanabilmesi için, bu eşya ile ilgili olarak ihracat istisnasından veya tecil-terkin uygulamasından faydalanılan miktarın gümrük idaresine ödenmesi veya bu miktar kadar teminat gösterilmesi şarttır.),

7. 4458 sayılı Gümrük Kanununun transit, gümrük antrepo, dahilde işleme, gümrük kontrolü altında işleme rejimlerine tâbi tutulanlar ile serbest bölgeler ve geçici depolama yerleri hükümlerinin uygulandığı mallar,

Vergiden müstesnadır.

3- 16.6.2009 günlü, 5904 sayılı Kanun ile değiştirilen 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun iptali istenilen kuralın yer aldığı 168. maddesi şöyledir:

Madde 168- Baronun yönetim kurulları, her yıl Eylül ayı içerisinde, yargı yerlerindeki işlemler ile diğer işlemlerden alınacak avukatlık ücretinin asgarî hadlerini gösteren birer tarife hazırlayarak Türkiye Barolar Birliğine gönderirler.

Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca, baro yönetim kurullarının teklifleri de göz önüne alınmak suretiyle uygulanacak tarife o yılın Ekim ayı sonuna kadar hazırlanarak Adalet Bakanlığına gönderilir. **Şu kadar ki hazırlanan tarifede; genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarı maktu olarak belirlenir.** Bu tarife Adalet Bakanlığına ulaştığı tarihten itibaren bir ay içinde Bakanlıkça karar verilmediği veya tarife onaylandığı takdirde kesinleşir. Ancak Adalet Bakanlığı uygun bulmadığı tarifeyi bir daha görüşülmek üzere, gösterdiği gerekçesiyle birlikte Türkiye Barolar Birliğine geri gönderir. Geri gönderilen bu tarife, Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca üçte iki çoğunlukla aynen kabul edildiği takdirde onaylanmış, aksi halde onaylanmamış sayılır; sonuç Türkiye Barolar Birliği tarafından Adalet Bakanlığına bildirilir. 8 inci maddenin altıncı fıkrası hükümleri kıyasen uygulanır.

Avukatlık ücretinin takdirinde, hukukî yardımın tamamlandığı veya dava sonunda hüküm verildiği tarihte yürürlükte olan tarife esas alınır.

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 73., 135. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 9.9.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, dava konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A) 5904 sayılı Kanun'la Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendi ile Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendinin incelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kurallar ile Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (II) sayılı listede yer alan malların Başbakanlık merkez teşkilatına teslimi işleminin Katma Değer Vergisinden ve bu malların Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ilk iktisabının Özel Tüketim Vergisinden istisna edildiği, vergilendirmede genel kuralın yasayla belirlenmiş konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınması olduğu, yasakoyucunun kimi durumlarda vergi kapsamına alınan konuyu, kimi durumlarda da kişileri vergi dışında tutabileceği gibi verginin tümünden ya da bir bölümünden vazgeçebileceği, sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesinin yasakoyucunun takdirine bağlı bir konu olduğu, muaflık, istisna ve indirimlerin "mali güce göre vergilendirme" ile "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı"nın sağlanmasının araçları olduğu, Anayasa

Mahkemesince vergilemede aranan temel ilkelerin muafiyet, istisna ve indirim için de geçerli kabul edildiği ve bu düzenlemelerde kamu yararı, sosyal ve ekonomik amaç, kamu hizmetinin en iyi biçimde görülmesi gibi "haklı nedenlerin" de arandığı, dava konusu kurallarla Devlet tüzel kişiliği içinde sadece Başbakanlık merkez teşkilatına tanınan bu istisnaların hiçbir ekonomik ve sosyal gerekçesinin gösterilmediği, hangi amaçla ve niçin yapıldığına dair bir açıklığın da bulunmadığı, bu düzenlemelerin kamu hizmetinin daha iyi bir şekilde yerine getirilmesine yönelik düzenlemeler olmadığı ve Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen "mali güce göre vergilendirme" ve "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının sağlanmasının" aracı olarak da getirilmediği, vergide muafiyet ve istisnalar getirilirken bunlarla hizmet arasında gerçeklere uygun nesnel ve zorunlu bir neden sonuç bağının bulunması gerekirken dava konusu kurallarda bu bağın bulunmadığı, belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülmüştür.

Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (II) sayılı listede, çeşitli hava, kara ve deniz taşıtlarına yer verilmiş, dava konusu kurallar ile de söz konusu listede yer alan malların Başbakanlık merkez teşkilatına teslimi işlemi katma değer vergisinden ve bu malların Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ilk iktisabı ise özel tüketim vergisinden istisna edilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, bütün faaliyetlerini hukuk kurallarına uygun yürüten ve kendini hukuk kurallarıyla bağlı sayan devlettir.

Anayasa'nın 73. maddesinde, *"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır..."* denilmiştir.

Vergilendirmede genel kural, yasayla belirlenmiş konu ve kişilerden vergi, resim ve harç alınmasıdır. Yasakoyucu, kimi durumlarda vergi kapsamına alınan konuyu, kimi durumlarda kişileri vergi dışında tutabileceği gibi, verginin tümünden ya da bir bölümünden de vazgeçebilir. Vergi, resim ve harç yasalarında sosyal, ekonomik, mali ve

kültürel amaçlı birtakım muaflık, istisna ve indirimler getirilmesi, yasakoyucunun takdirine bağlı bir konudur.

Verginin, devletin egemenlik gücüne dayanarak ve kamu giderlerini karşılamak amacıyla kişi ve kurumlara yüklenen bir kamu alacağı olduğu gözetildiğinde, iptali istenen kurallarla, Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (II) sayılı listede yer alan malların devlet tüzel kişiliği içinde yer alan Başbakanlığın merkez teşkilatına teslimi işleminin katma değer vergisinden ve bu malların Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ilk iktisabının özel tüketim vergisinden istisna edilmesi yolunda getirilen düzenleme, yasa koyucunun vergilendirme alanındaki takdir yetkisine dayanmakta ve Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İptal istemin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

B) 5904 sayılı Kanun'la, Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin incelenmesi

Dava dilekçesinde, Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi gereğince avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren tarifenin Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlandığı, iptal istenilen kuralla Barolar Birliği Yönetim Kurulunun vergi mahkemelerinde görülen davalarda tarife belirleme yetkisine son verilerek bu uyuşmazlıklarda avukat ücretinin maktu olarak belirlenmesini sağlayacak yasal bir düzenleme yapıldığı, dava konusu kural öncesinde vergi mahkemelerindeki vekalet ücretinin asıl olarak maktu, sınırlı olarak da nispi belirlenmesine ilişkin Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükmünün Danıştay Sekizinci Dairesince iptal edildiği ve iptal kararı uyarınca tarifede vergi davalarında nispi vekalet ücreti düzenlemesi yapıldığı, iptal kararının temyiz edildiği ve yasa koyucu tarafından yargılama sürecinin sonucu beklenilmeden vergi mahkemelerinde avukat ücretinin maktu olarak belirlenmesini sağlayacak yasal düzenleme yapıldığı, bu düzenlemenin öncelikle Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırı olduğu, Anayasa'nın 135 inci maddesi gereği kamu kurumu niteliğinde

bir meslek kuruluşunun üst birliği olan Türkiye Barolar Birliği'ne Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesi ile verilen düzenleme yetkisinin dava konusu kural ile adil ve makul olmayan bir şekilde elinden alındığı, kamu hizmetinin gerekleriyle de bağdaşmayan bu düzenlemenin kamu yararına aykırı olduğu ve istikrar, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ile bağdaşmadığı, belirtilen nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 135. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinde Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanacak avukatlık ücretinin asgari hadlerini gösteren tarifenin her yıl Ekim ayı sonuna kadar Adalet Bakanlığına gönderileceği belirtildikten sonra iptali istenilen kuralda, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar için avukatlık ücreti tutarının bu tarifede maktu olarak belirleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 135. maddesinde de kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleri olarak tanımlanmıştır.

Türkiye Barolar Birliği, kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşudur. Avukatlık asgari ücret tarifesi, avukat ile iş sahipleri arasında geçerli ücret sözleşmesi yapılmamış olan veya avukatlık ücretinin kanun gereği karşı tarafa yükletilmesi gereken durumlarda uygulanmakta ve Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanmaktadır.

Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasa koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapmak yetkisine sahiptir. Türkiye Barolar Birliğinin kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olması ve Avukatlık Kanunu ile

genel olarak avukatlık asgari ücret tarifesini belirleme yetkisinin Türkiye Barolar Birliğine verilmiş olması, belirli uyuşmazlıkların niteliklerinin yasa koyucu tarafından gözetilerek bunlara ilişkin davalarda avukatlık asgari ücretinin maktu olarak belirleneceği yolunda yasal bir düzenleme yapılmasına engel oluşturmamaktadır.

Müddeabihin değerinin yüksek olması ve davayı kaybetmeleri halinde yargılama gideri olarak ödemekle yükümlü olacakları avukatlık ücretini gözeterek kişilerin dava açma yoluna başvurmaktan kaçınabilecekleri dikkate alınarak, genel bütçeye, il özel idareleri, belediye ve köylere ait vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davalar ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun uygulanmasından doğan her türlü davalar yönünden avukatların emeklerinin karşılığı olarak alacakları ücret ile kişilerin hak arama özgürlükleri arasında bir denge gözetilerek bu davalarda avukatlık asgari ücretinin maktu olarak belirlenmesinin öngörülmesinde hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Kaldı ki bu davalarda uygulanacak maktu avukatlık ücretinin miktarı yine Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanan tarifede belirlenmeye devam etmektedir. Öte yandan, söz konusu davalar yönünden avukat ile iş sahipleri arasında yapılacak avukatlık sözleşmelerinde nispi ücret belirlenmesine de yasal bir engel bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 138. maddesinde de *"…Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez"* denilmiştir.

Kuralla, daha önce idari davalara da konu olan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile ilgili bir husus, yasal düzenleme konusu yapılmıştır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasa koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur. Bu kapsamda yasa koyucu tarafından getirilen ve genel, objektif nitelik taşıdığı görülen kuralın, Anayasa'nın 138. maddesine aykırılığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 135. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal istemin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

16.6.2009 günlü, 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 12. maddesiyle, 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendine,

2- 18. maddesiyle, 6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendine,

3- 35. maddesiyle, 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümleye,

yönelik iptal istemleri, 9.6.2011 günlü, E. 2009/62, K. 2011/96 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bentlere ve cümleye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 9.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

16.6.2009 günlü, 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

1- 12. maddesiyle, 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendinin,

2- 18. maddesiyle, 6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- 35. maddesiyle, 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal

isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

9.6.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY YAZISI

5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendine ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendine ilişkin karşıoy gerekçelerimiz:

Her iki kuralla, Başbakanlık merkez teşkilatı için alınacak binek aracı, uçak ve yat gibi lüks ve pahalı birtakım taşıtların ilk iktisabında ve teslimde vergi muafiyeti getirilmiştir. Buna göre, Başbakanlık merkez teşkilatı diğer kamu kurumlarına ve gerçek kişilerin yanı sıra özel hukuk tüzel kişilerine kıyasla aynı değerdeki araçları çok daha ucuza edinme olanağına kavuşturulmuştur.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti bütün faaliyetlerini hukuk kurallarına uygun yürüten ve kendisini hukuk

kurallarıyla bağlı sayan devlettir. Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan vergi ödevi, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemesini gerektirir.

Her ne kadar yasakoyucu kamu yararını gözeterek bazı durumlarda belli konu veya kişilerden vergi alınmamasını öngörebilir, muafiyet ve istisnalar tanıyabilir ise de iptali istenen kuralların sağladığı şekilde Başbakanlık merkez teşkilatına diğer kamu kurumlarına ve kişilere oranla ayrıcalık tanımanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Başbakanlık merkez teşkilatının sağlık, eğitim, adalet gibi alanlarda kamu hizmetini yaparken aynı tür araçları vergili olarak almak durumunda bulunan diğer devlet birimlerine göre neden böyle bir avantaja sahip olması gerektiğine dair haklı bir neden olmaksızın getirilen kural, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırıdır.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İptal davasına konu kuralla, yasakoyucu Türkiye Barolar Birliği'nin Avukatlık Ücret Tarifesinin hazırlanması konusundaki yetkisine bir istisna getirmiş ve hazırlanacak tarifede genel bütçeye, il özel idarelerine, belediye ve köylere ait **vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler ve bunların zam ve cezaları ile tarifelere ilişkin davaların** ve **6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun Uygulanmasından doğan her türlü davalar için** avukatlık ücret tutarının "**maktu**" olarak belirleneceğini hükme bağlamıştır.

2- Kural olarak yasakoyucunun avukatlık ücret tarifesinin belirlenmesi konusunda bir takdir hakkının bulunduğu açıktır. Ne var ki, bu konudaki yetki kullanılırken Anayasa'nın öngördüğü kimi ilkelere de uygun davranılması şarttır. Genel bütçeye, il özel idarelerine, belediye ve köylere ait (bunların taraf olduğu) tüm davaların avukatlık ücreti yönünden "maktu harca" tâbi tutulması istenirse, bunun yasaya konulmasında Anayasa'ya aykırı bir yönden söz edilemez. Ancak, salt "bu tür davalarda hükmedilen nispi vekâlet ücretleri maddi olarak Devleti sıkıntıya sokuyor" şeklindeki bir düşünce ve değerlendirmeden hareket edilerek, "kamunun" taraf olduğu davalardan bir bölümü

bakımından farklı, diğerleri bakımından da değişik düzenleme yapılması sonucunu doğuran kural, bu mahiyeti itibariyle Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

3- "Savunma", yargı ve davacı/sanıklarla birlikte adalet sisteminin üç ayağından biridir. Adil yargılanma hakkının açılımında da, savunmanın bu özelliği her zaman dikkate alınmak durumundadır. Avukatlık (savunma) hizmetinin önemli unsurlarından biri de vekâlet ücretidir. Müvekkil ile avukat arasında serbestçe belirlenen avukatlık ücretinin yanı sıra, yargılamada sarfedilen savunma mesaisi ve haklılık unsurları gözetilerek, ayrıca mahkemece hükmedilen "ücreti vekâlet"in, adil yargılanmaya doğrudan etkisi yadsınamaz. Davanın taraflarından birisinin genel olarak "kamu" olması halinde ve iptal konusu dava türleri sözkonusu ise avukatın haklı çıktığı davada sarfettiği yoğun mesainin karşılığı olması gereken "nispi vekâlet ücreti"nden mahrum bırakılması; bu tür davalar yönünden savunmanın zayıflatılması onun bir haktan mahrum bırakılmasına yol açan sonucu itibariyle adil yargılanma hakkının da ihlâli demektir. Burada, "kamu" bakımından da maktu ücrete hükmedilecek olması itibariyle, taraflar arasında bir eşitsizlik yokmuş gibi bir düşünce söz konusu olabilirse de; dava açılması sırasında müvekkil ve vekilin bu konuyu (davanın kaybedilmesi halinde aleyhe nispi ücreti vekâlete hükmedileceğini) bilerek, düşünerek ve öngörerek talepte bulundukları gerçeği karşısında, davanın her iki tarafının bu yönden eşit muameleye tâbi tutulduğu savına hukuken geçerlilik atfedilemez. Bu bakımdan, kural aynı zamanda Anayasa'nın 36. maddesine de aykırıdır.

4- Evvelce Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi ile belirlenmesi ve bir idari işlem olan mahiyeti itibariyle idari yargı denetimine tâbi olan "maktu-nispi" avukatlık asgari ücretinin saptanması imkânı; dava konusu bakımından yasayla tahdid sistemine geçilmesi nedeniyle artık ortadan kalkmış olduğundan, kuralın hukuk devleti bakımından da Anayasa'ya uygun düştüğünden sözedilemez.

5- Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerektiği kanısında olduğumuzdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Serdar ÖZGÜLDÜR	Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına 16.6.2009 günlü, 5904 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile eklenen (g) bendi ile Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (II) sayılı listede yer alan malların, Başbakanlık merkez teşkilâtına teslimi katma değer vergisinden; 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin 5904 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendiyle de Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (II) sayılı listede yer alan malların, Başbakanlık Merkez Teşkilâtı tarafından ilk iktisabı, özel tüketim vergisinden istisna tutulmuştur. Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli II sayılı listede ise çeşitli motorlu taşıtlara yer verilmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinde vergide genellik ve eşitlik ilkeleri vurgulanarak herkesin mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü olduğu belirtilmesine karşın, Başbakanlık merkez teşkilâtına söz konusu vergiler için istisna getirilerek yaratılan ayrıcalığın Anayasal dayanağı ve gerekçesi, yasama belgelerinde açıklanmamıştır. Bu durumda Başbakanlığı diğer kamu kurum ve kuruluşları ile öteki mükelleflerden farklı kılan özelliğin ne olduğu anlaşılamamıştır.

Anayasa'yı etkili ve egemen kılmakla yükümlü olan hukuk devletinde Anayasal dayanaktan yoksun kurallara yer verilemeyeceğinden, dava konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

Dava dilekçesinde, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendiyle Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan kuralların iptali istenilmektedir.

Söz konusu kurallar ile Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (II) sayılı listede yer alan malların Başbakanlık merkez teşkilatına teslimi işlemi katma değer vergisinden (KDV) ve bu malların Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ilk iktisabı özel tüketim vergisinden (ÖTV) muaf tutulmuştur.

Anayasa'nın "vergi ödevi" başlıklı 73. maddesindeki genel kural, kanun ile belirlenen konu ve kişilerden vergi alınmasıdır. Kanun koyucu vergiyi belirlerken sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı ya da benzer nedenlerle konu ve kişileri vergiden muaf veya müstesna kılabilir. Bu onun Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen kurallara bağlı kalması koşulu ile takdir yetkisi içindedir.

Vergilendirmede adalet ve eşitlik, yükümlülerin vergi ödeme güçleri dikkate alınarak vergilendirmenin yapılması ile vergide genellik ise ayırım yapılmaksızın herkesin mali gücüne göre vergi yüküne katılması ile sağlanabilir.

Kanun koyucu vergi koyma, kaldırma, istisna tutma ve muafiyetten yararlandırma gibi düzenlemeler sırasında takdir yetkisini kullanırken, kamu yararı, mali güç, sosyal ve ekonomik amaç, kamu hizmetinin en iyi biçimde görülmesi gibi haklı nedenlere dayanması gerektiğini ve ancak bu suretle vergide adalet ve eşitlik ile genellik ilkesinin korunabileceğini gözetmesi gerekir.

İptali istenilen kurallarla Devlet tüzel kişiliği içinde yer alan kamu kurumlarından sadece Başbakanlık merkez teşkilatı tarafından ithal edilen motorlu taşıtlar için getirilen bu KDV ve ÖTV ye ilişkin muafiyetlerin, getiriliş gerekçesi gösterilmediği gibi hangi amaçla ve niçin yapıldığı da anlaşılamamıştır. Kural bu haliyle Anayasa'nın 73. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletini; bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir

hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, devlet olarak tanımlamıştır.

Devlet tüzel kişiliği içindeki diğer kamu kurumlarını dışlayan, sadece Başbakanlık merkez teşkilatını muafiyet kapsamına alan ve hangi amaçla niçin yapıldığı da anlaşılamayan kurallar, hukuk devletine uygun adil bir düzenleme olmadığı gibi yine hukuk devletinde, hukukun tüm devlet organlarına hâkim kılınması gereğine de uymamaktadır.

Belirtilen nedenlerle kurallar, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırıdır.

İptalleri gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

16.06.2009 gün ve 5904 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendi; 18. maddesi ile değiştirilen 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin 3 numaralı fıkrasının (b) bendi ile 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (II) sayılı listede yer alan (otobüs, minibüs, binek otomobilleri, arazi taşıtları, uçak, yat gibi malların) Başbakanlık Merkez Teşkilatına teslimi işlemi katma değer vergisinden ve özel tüketim vergisinden istisna edilmiştir.

Anayasa'nın "vergi ödevi" başlıklı 73. maddesinde "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır. Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." denilmektedir. Madde hükmü ile vergilendirmede vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı öngörülmekte olup, vergide genellik ve eşitlik ilkesi uyarınca herkesin herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücüne göre vergi ödemesi gerektiği belirtilmektedir.

İptali istenilen kurallarda ise, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nda ve 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nda yapılan değişikliklerle Başbakanlık Merkez Teşkilatına ait motorlu taşıtlar için katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi istisnası getirilmiş olup, bu istisnanın Devlet tüzel kişiliği içinde sadece Başbakanlık Merkez Teşkilatına tanınmasının sosyal veya ekonomik gerekçeleri gösterilmemiştir.

Bu durumda düzenlemenin Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen verginin genelliği ilkesine göre vergi yükünün adaletli dağılımının sağlanması esaslarına uygun olmadığı açık olup iptali gerektiği düşüncesiyle bu konudaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2010/91

Karar Sayısı : 2011/98

Karar Günü : 9.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Ankara 4. İdare Mahkemesi (Esas: 2010/91)

2- Ankara 1. İdare Mahkemesi (Esas: 2010/22)

İTİRAZLARIN KONUSU: 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 15.5.2002 günlü, 4576 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"…iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir…"* ibaresinin Anayasa'nın 26. maddesine aykırılığı savı ile iptali istemidir.

I- OLAY

Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından yapılan uyarıya rağmen reklam geliri üst kurul payını süresinde ödemeyen yayın kuruluşlarının yayın izinlerinin iptali yolunda tesis edilen işlemlere karşı açılan davalarda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A) E.2010/91 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Davacı NEŞE RADYO VE TV YAYINCILIK SANAYİİ A.Ş. tarafından 2009 yılı Ekim ayına ait reklam gelirleri Üst Kurul Payı Beyannamesini göndermediği ve 3984 sayılı Kanunun 4756 sayılı Kanunla değişik 13. maddesi uyarınca ödemesi gereken Reklam Gelirleri Üst Kurul Payı ve 4306 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin (A) fıkrasına istinaden ödenmesi gereken Eğitime Katkı Payının ödenmediğinden

bahisle yayın kuruluşunun lisansının iptaline ilişkin 27.01.2010 tarih ve 2 sayılı Radyo ve Televizyon Üst Kurulu kararının iptali istemiyle T.C. RADYO VE TELEVİZYON ÜST KURULU'na karşı açılan davada; 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan 4756 sayılı Yasa ile değişik 13. maddesinin 3. fıkrasının Mahkememizce Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesine geçildi.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz", Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti başlıklı 26. maddesinde ise; "Herkes düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirlenmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılamaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir" hükümleri yer almaktadır.

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un Mali Kaynakları ve Bütçe başlıklı 12. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendinde; "Özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yıllık brüt reklam gelirlerinden %5 oranında ayrılacak paylar Üst Kurulun gelirleri arasında sayılmış, 21.05.2002 tarih ve 24761 sayılı Resmi Gazetede

yayımlanarak yürürlüğe giren 4756 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değişik Gelir ve Cezaların Tahsili başlıklı 13. maddesinde ise; 12. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen reklam gelirlerinden ayrılacak paylar elde edildikleri ayı takip eden ayın en geç 20'sinde; (a) bendine göre ödenecek TV kanal ve radyo frekansı yıllık kira bedeli her yılın Ocak ayının en geç 20'sinde; 33. maddede belirtilen idari para cezaları da cezaların tahakkukunu müteakip ilgili yayın kuruluşları tarafından ödenir. Ödemede gecikilmesi halinde, ilgili yayın kuruluşu uyarılarak yedi gün içinde ödeme yapması istenir. Yukarıda fıkrada belirtilen tarihlerden itibaren iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir ve ödenmeyen kurum geliri icra yoluyla tahsil olunur. Gecikilen ödemeler için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır" hükümlerine yer verilmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde; temel hak ve hürriyetlerin, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği belirtilmiş, 26. maddesinde ise; düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin hangi sebeplerle sınırlanabileceği tahdidi olarak sayılmıştır. Ancak 3984 sayılı Yasanın 13. maddesinin 3. fıkrasında; reklam gelirlerinden ayrılacak payların ödeme tarihlerinden itibaren iki ay içinde ödenmemesi halinde, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 26. maddesinde "mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi" gibi bir sınırlama sebebi sayılmadığı halde, 3984 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile mali yükümlülüğünü yerine getirmeyen yayın kuruluşunun yayının iptal edileceği düzenlenmiştir. Bu kural uyarınca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilmesi, Anayasa'nın 26. maddesinin güvence altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine yapılmış bir müdahale niteliğinde olacaktır.

Bu nedenle, yayın izninin ve lisansın iptal edilmesi hususunun, Anayasa'nın 26. maddesindeki "haber ve düşünceleri yayma araçlarının yayımını engellemek" ilkesine aykırı olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanacak olan 3984 sayılı Yasanın 13. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "... iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve

lisansın iptaline karar verilir" hükmünün Anayasa'nın 26. maddesine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddeleri uyarınca söz konusu ibarenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, 08.07.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

B) E.2010/22 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Davacı B.A.S Basın İletişim San. Tic. A.Ş tarafından, şirket bünyesinde 'Radyo Jet FM' logosuyla yayın yapan radyo kanalının; 3984 Sayılı Yasa'nın 13. maddesinde belirtilen Reklam Gelirleri Üst Kurul Payı Beyannamesi gönderilmediğinden dolayı 7.7.2008 tarihinde uyarılmasına rağmen 2 ay içerisinde eksikliklerin giderilmediği nedeniyle 3984 Sayılı Yasa'nın Geçici 6. maddesi uyarınca kullandırılan yayın izninin iptal edilmesine ilişkin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun 19.9.2008 tarih ve K:2008/8 sayılı kararın ve bu karara dayanan 27.10.2008 tarih ve 16010/13772 sayılı işlemin iptali istemiyle Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na karşı açılan davada, 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 13. maddesinin son fıkrasında yer alan "Yukarıdaki fıkrada belirtilen tarihlerden itibaren iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir ve ödenmeyen kurum geliri icra yoluyla tahsil olunur." cümlesinin Anayasaya aykırı olduğu öne sürüldüğünden işin gereği görüşüldü;

Anayasa'nın 152., 2949 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddeleri uyarınca bir davaya bakmakta olan mahkemenin bir kanun veya kanun hükmünde kararname kuralını Anayasa'ya aykırı görmesi ya da davanın taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda itiraz yoluna başvurabilmesi için o kuralın bakılmakta olan davada uygulanacak kural olması zorunludur. Uygulanacak yasa kuralından amaç, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan yahut tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde bir karar vermek için gözönünde bulundurulması gereken kurallardır.

Davacı tarafından, 3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 13. maddesinin son fıkrasında yer alan "Yukarıdaki fıkrada belirtilen tarihlerden itibaren iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir ve ödenmeyen kurum geliri icra yoluyla tahsil olunur." Cümlesinin Anayasaya aykırı olduğu öne sürüldüğünden iptali istenilmekte ise de, dava konusu işlemin, yayın izninin iptaline ilişkin olduğu, dolayısıyla itiraz konusu kuralın "…Yayın izninin…" tümcesinin uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan kural olduğu sonucuna varıldığından, bu hükmün gerek Mahkememizce gerekse davacının öne sürdüğü savlar yönünden, Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesine geçildi;

2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 13. maddesinde; temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 'Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti' başlıklı 26. maddesinde; "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir." hükmüne yer verilmiştir.

3984 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 13. maddesinin 1. fıkrasında, reklam gelirlerinden ayrılacak payların, elde edildikleri ayı takip eden ayın en geç 20'sinde ilgili yayın kuruluşları tarafından ödeneceği; 2. fıkrasında, ödemede gecikilmesi halinde, ilgili yayın kuruluşunun uyarılarak yedi gün içinde ödeme

yapmasının isteneceği kuralı getirilmiş, itiraza konu 3. fıkrasında ise belirtilen tarihlerden itibaren iki ay içinde ödeme yapılmazsa Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verileceği hüküm altına alınmıştır.

Olayda, davacı şirketin yıllık brüt reklam gelirlerinden Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na ödemek için ayırdığı %5 oranındaki paya ilişkin yükümlülüklerini 3984 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen tarihlerde yerine getirmemesi nedeniyle aynı maddenin itiraz konusu 3. fıkrası uyarınca yayın izninin iptal edilmesi Anayasa'nın 26. maddesinin güvence altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine yapılmış bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir sınırlamanın her şeyden önce Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa, itiraz konusu kural Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmadığından, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 13. maddesinin son fıkrasında yer alan "…yayın izninin…" tümcesine yönelik Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmuştur.

Açıklanan nedenlerle, Mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanması gereken 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 13.maddesinin son fıkrasında yer alan "…yayın izninin…" tümcesinin Anayasanın 26. maddesine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından, Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddeleri uyarınca sözkonusu ibarenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına 15.12.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Başvuru tarihinde yürürlükte bulunan 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4576 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu ibarenin yer aldığı 13. maddesi şöyledir:

"12 nci maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde öngörülen reklam gelirlerinden ayrılacak paylar, elde edildikleri ayı takip eden ayın en geç

20'sinde; (a) bendine göre ödenecek TV kanal ve radyo frekansı yıllık kira bedeli her yılın Ocak ayının en geç 20'sinde; 33 üncü maddede belirtilen idarî para cezaları da cezaların tahakkukunu müteakip ilgili yayın kuruluşları tarafından ödenir.

Ödemede gecikilmesi halinde, ilgili yayın kuruluşu uyarılarak yedi gün içinde ödeme yapması istenir. Yukarıdaki fıkrada belirtilen tarihlerden itibaren ***iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir*** *ve ödenmeyen kurum geliri icra yoluyla tahsil olunur. Gecikilen ödemeler için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır."*

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

3984 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Üst Kurulun gelirleri şunlardır:

a) Özel radyo ve televizyon kuruluşlarından alınacak TV kanal ve radyo frekansı yıllık tahsis bedelleri.

b) Özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yıllık brüt reklam gelirlerinden %5 oranında ayrılacak paylar.

c) Gerektiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı bütçesinin transfer tertibinde yer alacak ödenek.

d) Radyo ve televizyon kuruluşlarına 33 üncü madde uyarınca verilecek idari para cezaları."

C- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 26. maddesine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 8. maddesi gereğince yapılan ilk inceleme toplantılarında;

1) E:2010/22 sayılı dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine 24.3.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

2) E:2010/91 sayılı dosyada;

a. 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b. Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE,

7.12.2010 gününde karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 15.5.2002 günlü, 4576 sayılı Yasanın 8. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, ***"…yayın izninin…"*** ibaresinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2010/22 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2010/91 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, birleştirilen davanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2010/91 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 9.6.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin raporlar, itiraz konusu ve ilgili görülen yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğinin belirtildiği, 26. maddesinde ise herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ifade edildikten sonra bu hürriyetlerin kullanılmasının millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği,

Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceğinin belirtildiği, itiraz konusu kuralla Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından yapılan uyarıya rağmen reklam geliri üst kurul payını süresinde ödemeyen yayın kuruluşlarının yayın izinlerinin iptal edilmesinin öngörüldüğü, Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanma sebepleri arasında mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebinin yer almadığı, belirtilen nedenle mali bir yükümlülüğünü yerine getirmeyen özel radyo veya televizyonun yayın izni ve lisansının iptaline karar verilmesini öngören düzenlemenin Anayasa'nın 26. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3984 sayılı Kanun'un 12. maddesinde özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yıllık brüt reklâm gelirlerinden %5 oranında ayrılacak paylar, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun gelirleri arasında sayılmış ve itiraz konusu kuralla bu payların Üst Kurulca yapılan uyarıya rağmen, elde edildikleri ayı takip eden ayın 20'sinden itibaren iki ay içinde ödenmemesi halinde, ödemeyen yayıncı kuruluşun lisansının ve yayın izninin iptal edilmesi öngörülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle iptali istenen kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

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

Üst Kurul tarafından yapılan uyarıya rağmen Kanunda öngörülen iki aylık süre içinde reklam geliri üst kurul payının ödenmemesi nedeniyle yayıncı kuruluşun lisansının ve yayın izninin iptal edilmesi, idari yaptırım niteliği taşımaktadır.

Yasa koyucunun idari yaptırıma konu eylemleri (kabahatleri) ve bu eylemler karşılığında uygulanacak yaptırımları belirleme konusunda anayasal sınırlar içerisinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin bulunması, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir.

Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, "ölçülülük ilkesi" olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. "Elverişlilik ilkesi", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "zorunluluk ilkesi" öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve "orantılılık ilkesi" ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir.

İtiraz konusu kuralla öngörülen yayın izni ve lisansın iptali yaptırımı ile reklam geliri üst kurul payının zamanında ödenmesinin amaçlandığı kuşkusuzdur. Bu çerçevede, söz konusu yaptırımın hedeflenen amaca ulaşma bakımından elverişli olduğu söylenebilir ise de itiraz konusu kuralın yer aldığı maddede, geciken ödemeler için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağının özel olarak düzenlendiği de gözetildiğinde, bu yolla tahsili mümkün olan bir alacak nedeniyle özel radyo veya televizyonun yayın izni ve lisansının iptal edilmesinin Üst Kurul alacağının tahsili bakımından zorunlu olduğundan söz edilmesi olanaklı olmadığı gibi, bu yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantı da bulunmamaktadır. Bu durum ise yaptırıma konu eylem ile yaptırım ilişkisinde ölçülülük ilkesinin ihlali sonucunu doğurmakta ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 26. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Ahmet AKYALÇIN, Alparslan ALTAN ve Nuri NECİPOĞLU karara değişik gerekçeyle katılmışlardır.

VII- SONUÇ

13.4.1994 günlü, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 15.5.2002 günlü, 4756 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen, 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "… iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 9.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

DEĞİŞİK GEREKÇE

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4576 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"… iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir …"* ibaresi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

İtiraz konusu kural, doğrudan radyo ve televizyon kuruluşlarının yayın yapabilmeleri ile ilgili olduğundan, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya

uygunluk denetiminde Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen 26. maddesinin öncelikle esas alınması gerekir.

Anayasa'nın 26. maddesinin ilk fıkrasında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kapsamı, ikinci fıkrasında da sınırlama sebepleri düzenlenmiştir. Buna göre, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılması, ancak *"milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla"* sınırlanabilecektir.

Anayasa'nın 13. maddesinde de, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Belirtilen durum karşısında itiraz konusu kuralın Anayasal denetiminde, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin Anayasa'nın 13. maddesine uygun olarak sınırlandırılmış olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Bu açıdan bakıldığında reklam gelirlerinden alınacak üst kurul payının Üst Kurul tarafından yapılacak uyarıya rağmen iki aylık süre içinde ödenmemesi Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birisine dahil bulunmamaktadır. Buna göre, itiraz konusu kuralla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülmeyen bir nedenle, Üst kurul reklam payının yatırılmaması halinde ilgili radyo ve televizyonun lisansının ve yayın izninin iptalinin öngörülmesi suretiyle sınırlandırılması Anayasa'nın 26. ve 13. maddelerine aykırılık oluşturur. Bu nedenle kuralın, genel nitelikteki Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırılık yerine, Anayasa'nın 26. ve 13. maddelerine aykırılıktan dolayı iptali gerekir.

Başkan	Üye
Haşim KILIÇ	Alparslan ALTAN

DEĞİŞİK GEREKÇE

3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 4576 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"… iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir …"* ibaresi Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı bulunarak iptal edilmiş ise de:

Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti düzenlenmiş olup, maddenin ikinci fıkrasında bu hürriyetin kullanılmasının sınırlanabileceği haller sayılmıştır. Buna göre, "*Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla*" sınırlanabilir.

Televizyonlardan alınacak reklam geliri üst kurul payının Üst Kurul tarafından yapılacak uyarıya rağmen iki aylık süre içinde ödenmemesi nedeniyle yayın kuruluşunun yayın izninin ve lisansının iptal edilmesi, üstün tutulması gereken düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanabileceği halleri belirten Anayasa hükmü ile bağdaşmayan, bu hürriyetin özüne dokunan aşırı bir müdahaledir.

Bu nedenle kuralın, Anayasa'nın 26. maddesine aykırılıktan dolayı iptali gerekir.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

DEĞİŞİK GEREKÇE

3984 sayılı Yasa'nın 12. maddesinde özel radyo ve televizyon kuruluşlarının yıllık brüt reklam gelirlerinden %5 oranında ayrılacak pay "Radyo ve Televizyon Üst Kurulu"nun gelirleri arasında gösterilmiştir.

Anılan Yasa'nın "Gelirler ve Cezaların Tahsili" başlıklı 13. maddesinde reklam gelirlerinden ayrılacak payların, elde edildikleri ayı takip eden ayın en geç 20'sinde ödeneceği, gecikilmesi halinde, ilgili yayın kuruluşunun uyarılarak yedi gün içinde ödeme yapılmasının istenileceği, maddenin iptali istenilen tümcede de iki ay içinde ödemenin yapılmaması halinde üst kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verileceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 12.12.2007 günlü, 2003/40 esas sayılı kararında da belirtildiği gibi;

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamanın Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve Laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların yasa koyucu tarafından daraltılmasıdır. Başka bir anlatımla, sınırlamada belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanma veya kullanılmalarının olanaksızlığını anlatır.

Anayasa'nın "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti" başlıklı 26. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir." denilerek düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kapsamı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen "Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti"nin sınırları ise maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, bu özgürlüklerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel veya aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

İtiraz konusu kural uyarınca iki ay içinde ödeme yapılmaması halinde, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansının iptaline karar verilmesi, Anayasa'nın 26. maddesinin güvence altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir sınırlamanın her şeyden önce Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa, itiraz konusu kural Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesine aykırılığı yanında Anayasa'nın 26. maddesine de aykırıdır. Bu nedenle çoğunluğun iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 26. maddesiyle ilgisinin bulunmadığı gerekçesine katılmıyorum. 09.06.2011

Üye
Ahmet AKYALÇIN

DEĞİŞİK GEREKÇE

İtiraz konusu kural, Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun gelirleri arasında sayılan, özel radyo ve televizyon kuruluşlarının reklam gelirlerinden ayrılacak payların süresinde ve Üst Kurulca yapılan uyarıya rağmen ödenmemesi halinde, ödemeyen yayıncı kuruluşun lisansının veya yayın izninin iptal edilmesini öngörmektedir.

Anayasa'nın Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti başlıklı 26. maddesinde "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına

sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema ve benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir." hükmüne yer verilmiştir. 13. maddesinde de; temel hak ve hürriyetlerin, yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği belirtilmiştir.

İtiraz konusu kural, radyo ve televizyon kuruluşlarının yayın yapabilmeleriyle doğrudan ilgili olduğundan, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin Anayasa'nın 26. maddesi hükmünün itiraz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluk denetiminde esas alınması gerekmektedir.

Bu nedenle itiraz konusu fıkra uyarınca yayın izninin iptal edilmesi Anayasa'nın 26. maddesinin güvence altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine yapılmış bir müdahale niteliğinde görülmesi gerekir. Madde de belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine de dayanmamaktadır. Bu kural uyarınca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilmesi Anayasa'nın 26. maddesini güvence altına aldığı düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine yapılmış bir müdahale niteliğinde olup, kural Anayasa'ya bu yönden aykırı bulunmaktadır.

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Esas Sayısı : 2010/23

Karar Sayısı : 2011/101

Karar Günü : 16.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay 12. Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin ikinci fıkrasının "*Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır*." biçimindeki birinci cümlesinin "uyarma ve kınama cezaları yönünden" Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, hakkında öngörülen aylıktan kesme cezasının iptali için açtığı davada itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Yenice Adliyesinde yazı işleri müdürü olarak görev yapan davacının, 11.3.2002 günlü işlem ile, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/B-a maddesi kapsamında kalan eyleminden kınama cezası ile cezalandırıldığı gözetilerek, 2005 yılında aynı hüküm kapsamında kalan eyleminden dolayı tekerrür hükmü uygulanmak suretiyle aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 21.7.2005 günlü işlemin iptali istemiyle açılan davada;işlemin iptali yolunda Bursa 3. İdare Mahkemesince verilen 29.12.2005günlü, E:2005/1170,K:2005/2506 sayılı kararın onanmasına dair Danıştay 12. Dairesinin 29.12.2008 günlü, E:2006/2618, K:2008/7324 sayılı kararının davalı Adalet Bakanlığı tarafından düzeltilmesinin istenilmesi üzerine açılan dosya incelendi:

Davacıya verilen aylıktan kesme cezasının dayanağı, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-k maddesinden sonra gelen, disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin sicilden silinmesine ilişkin sürede yeniden işlenmesine dair tekerrür hükmüdür.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-k maddesinden sonra gelen fıkrada: "Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır." hükmü yer almıştır.

Bakılan davada; davacıya tekerrür hükmü uygulanarak verilen aylıktan kesme cezası, yukarıda aktarılan Yasa hükmüne göre verildiğinden, bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğu kanaati ile incelenmesi ve iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması Dairemizce gerekli görülmüştür.

Dayanılan Anayasa Kuralları:

Madde 2- "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

Madde 10- Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Madde 36- Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 124. maddesinde; disiplin cezalarının, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak

amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve derecesine göre 125. maddede sıralanan disiplin cezalarından birisinin verileceği belirtilmiştir. Kanunun 125. maddesinde de, Devlet memurlarına verilen disiplin cezaları sayılmıştır. Bunlar sırasıyla, uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarıdır.

Aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı idari yargı yerlerinde açılan davalarda, işin esasına girilmek suretiyle dava konusu disiplin cezalarının hukuka uygunluğu ile ilgili bir karar verildiği halde, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135. ve 136/4. maddelerinde, uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz usulünün öngörülmesi ve idari yargı yoluna başvurulamayacağının belirtilmiş olması nedeniyle, uyarma ve kınama cezalarına karşı açılan davalarda uyuşmazlığın esasına girilmeden incelenmeksizin ret kararları verilmektedir.

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kısıtlayan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 135. maddesinin ikinci fıkrası ile 136. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Konya ve Malatya İdare Mahkemelerince yapılan itiraz başvurularını görüşen Anayasa Mahkemesi 27.11.2007 günlü, E:2002/169, K:2007/88 sayılı kararıyla; itiraz konusu yasa kuralları ile Devlet memurlarına verilen uyarma ve kınama cezalarının, Anayasa'da yer alan hükme ve Anayasa koyucunun bu yöndeki iradesine uygun olarak yargı denetimi dışında tutulduğundan kuralların Anayasa'ya aykırılığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle itirazın reddine karar vermiştir.

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olması nedeniyle; bu cezaların verilmesini gerektiren disiplin kuralının birinci kez ihlalinde verilen cezaya karşı dava yoluna gidilemeyecek ve bu cezalar istisnasız kesinleşecek; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda sayılan diğer disiplin cezalarının ilk kez işlenmesi halinde ise açılacak davalarda verilebilecek iptal kararları nedeniyle tekerrür hali bu cezalar yönünden gerçekleşmeyecek,cezaların tekerrüründe farklılık ortaya çıkacaktır. Bu farklılığın Anayasanın 2.,10.ve36. maddeleri yönünden irdelenmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesinin 6.7.1995 günlü ve E:1994/80, K:1995/27 sayılı kararında hukuk devleti; "...tüm işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu bilen, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilincinden ayrılmayan devlet..." olarak tanımlanmıştır.

Hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında, yasa hükümlerinin adaletli bir hukuk düzenini yaratması da vardır. Yasa kuralı görev itibariyle aynı konumda bulunan kamu görevlilerinin cezalandırılmasında ayırım yaratıyorsa, bu kuralın hukuk devleti ilkesine uygun bir kural olduğundan söz edilemez. Disiplin suçlarının tekerrürü halinde verilen cezalara karşı açılan davaların incelenebilirliğine göre, tekerrür halinin varlığı yönünden farklılık yaratan yasa kuralı hukuka uygun değildir.

Bir defa suç işlendikten ve bu suçtan dolayı cezası kesinleştikten sonra, kanunun belirttiği sürelerde tekrar suç işlenmesi durumu olan tekerrürün, verilen cezaya ve bu cezanın dava konusu edilip edilemeyeceğine göre değişkenlik göstermesi hukukun üstünlüğünü esas alan hukuk devleti ilkesine aykırı olacaktır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "kanun önünde eşitlik" ilkesi ile de, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır.

Anayasanın bu hükmü ile aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulacağı, değişik hukuksal durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir

nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta bunların durumu ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmakta, özelliklere ve aykırılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılarsa da, aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasa ile eylemli değil hukuki eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Ancak, durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunlulukların kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz.

Memurlara, 657 sayılı Kanunda sayılan disiplin cezaları verilmektedir. Kanunun 4. maddesinde; mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenlerin, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılacağı belirtilmiştir.

Memurların görev yeri ve unvanları ne olursa olsun disiplin cezalarının sicilden silinme süresi içinde ikinci kez aynı fiili işlemeleri durumunda tekerrür hükmünün eşit bir şekilde uygulanması, eşitlik ilkesi gereğidir. Uyarma ve kınama cezaları ile diğer cezalar arasında tekerrürün, ilk cezalara karşı yargı yoluna başvurma hakkı bulunup bulunmaması durumuna göre aynı hukuki durumda bulunan memurlar yönünden farklı uygulanması, Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen "eşitlik" ilkesine aykırıdır.

Hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun tabii sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma, adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmış ve özel sınırlama nedenleri öngörülmemiştir.

Kişinin karşılaştığı bir suçlamaya karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir eylem veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin en etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmek ve bu davada haklılığını ortaya koyabilmektir.

Aylıktan kesme ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren kimi kuralların ikinci kez ihlali üzerine verilen cezalara karşı açılan kimi davalarda, davacıların,birinci disiplin cezasının idare mahkemelerince iptaline karar verildiğini, kararın da temyiz edilmeksizin veya temyiz isteminin reddedilerek kesinleştiğini belirterek tekerrürün söz konusu olmadığı iddiasını kanıtlayan mahkeme kararlarını sunmaları durumunda, yargı yerleri tekerrürün bulunmadığı gerekçesiyle ikinci cezanın iptaline karar verebilmektedir. Kınama cezasını gerektiren kimi fiillerin ikinci kez işlenmesi durumunda verilen aylıktan kesme cezasının iptali istemiyle açılan davada ise, birinci cezaya karşı açılan bir dava veya açılmasına rağmen işin esasına girilerek verilen bir iptal kararı bulunmadığından, davacının fiilin ikinci kez işlenmediğine yönelik bir iddiası ise söz konusu bile olamayacaktır. Bu iddiada bulunulsa bile, salt bu nedenle cezanın iptaline karar verilemeyecektir.

Buna göre, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda sıralanan disiplin cezalarını gerektiren fiillerin ikinci kez işlenmesi durumunda, açılan davalarda ileri sürülebilecek iddialar yönünden davacılar arasında yaratılan bu eşitsizlik, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen "hak arama özgürlüğüne" aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. ve bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak olan bir kanun hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrası gereğince 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125/E-k maddesinden sonra gelen "Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır." hükmünün uyarma ve kınama cezaları yönünden bir ayırım getirmemesi yönüyle Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu kanaati ile iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dosyadaki belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 20.1.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun itiraz konusu kuralı içeren 125. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir:

"**Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır.**"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Recep KÖMÜRCÜ'nün katılımlarıyla 24.3.2010 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında; aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yerlerinde açılan davalarda işin esasına girilmek suretiyle dava konusu disiplin cezalarının hukuka uygunluğu konusunda karar verildiği, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135. maddesi ile 136. maddesinin dördüncü fıkrasında uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz usulünün öngörüldüğü ve idari yargı yoluna başvurulamayacağının belirtildiği, uyarma ve kınama cezalarına karşı

yargı yolunun kapalı olması nedeniyle bu cezaların uygulanmasını gerektiren disiplin kuralının birinci kez ihlâlinde verilen cezaya karşı dava yoluna gidilemeyeceği ve bu cezaların kesinleşeceği, diğer disiplin cezalarının ilk kez işlenmesi halinde ise açılacak davalarda verilebilecek iptal kararları nedeniyle tekerrür halinin bu cezalar yönünden gerçekleşmeyeceği ve cezaların tekerrüründe farklılık ortaya çıkacağından Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerinin ihlâl edileceği ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu kuralı yer almaktadır.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde ise, herkesin meşru vasıta ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav, savunma ve adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İtiraz başvurusunda bulunulduğu tarihte Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 129. maddesinin üçüncü fıkrası *"Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz."* şeklindeyken 12.9.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 13. maddesiyle *"Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz"* biçiminde değiştirilmiştir.

Kanunların zaman içinde uygulanmasında, başkaca bir hüküm konulmuş olmadıkça, yürürlüğe girmesiyle birlikte derhal etkisini göstermesi kuraldır. Üstün bir hukuk normu olan ve uyulması zorunlu bulunan Anayasa hükümlerinin de yürürlüğü bakımından bu kurala bağlı olduğu açıktır.

Anayasa'nın 129. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan bu değişiklik sonucunda uyarma ve kınama cezaları da dahil bütün disiplin cezaları için yargı yoluna başvurulabileceğinden 657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır"* biçimindeki hükmünde yargı denetimine tâbi olma açısından uyarma ve kınama cezalarının diğer disiplin cezalarıyla bir farkı kalmamıştır.

Uyarma ve kınama cezalarının diğer disiplin cezaları gibi dava konusu edilebilmeleri nedeniyle, bu cezalara konu eylemlerin tekerrürü gözetilerek bir derece ağır ceza uygulanmasında hukuk devleti ilkesi, eşitlik ilkesi ve hak arama hürriyeti ihlâl edilmediğinden kural Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin ikinci fıkrasının "Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır." biçimindeki birinci cümlesinin, "uyarma ve kınama cezaları" yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 16.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE, karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2008/12

Karar Sayısı : 2011/104

Karar Günü : 16.6.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri Hakkı Suha OKAY, K. Kemal ANADOL ile Kemal KILIÇDAROĞLU

İPTAL DAVASININ KONUSU: 27.12.2007 günlü, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun;

1- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin,

2- 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "… ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" ibaresinin,

3- 9. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının,

b- (5) numaralı fıkrasının,

c- (7) numaralı fıkrasının,

4- 11. maddesinin (3) numaralı fıkrasının,

5- 13. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının,

Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 6., 7., 8., 11., 13., 36., 87., 90., 138. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 27.12.2007 Tarihli ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 3 üncü Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

5726 sayılı Kanunun iptali istenen 3 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, koruma tedbirlerinin ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı 10 yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanması öngörülmüştür.

5726 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin gerekçesinde; Amerikan Ceza Usul Kanuna göre tanık koruma programı organize veya ciddi suçlarda uygulanmakta olduğu, 11/12/2001 tarihli Alman Tanık Koruma Uyum Kanununda da tanık koruma hükümlerinin organize veya ciddi suçlarda uygulanmasının hüküm altına alındığı belirtildikten sonra "Uygulamada, tanık koruma tedbiri alınmasını gerektiren suçlar bakımından genellikle örgütlü suçlar bu uygulama kapsamına alındığı hâlde, Tasarının 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi hükmü ile kapsam sadece örgütlü suçlara münhasır kılınmayarak daha da genişletilmiştir." denilmiştir.

5726 sayılı Kanunun 5 inci maddesinde tanık koruma tedbirleri kapsamında, tanığın kimlik ve adres bilgileri kayda alınarak gizli tutulacağı ve kendisine yapılacak tebligatlara ilişkin ayrı bir adres tespit edileceği, tanık koruma programı kapsamında olan kişilerin, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan ya da ses veya görüntüsü değiştirilerek özel ortamda dinlenileceği öngörülmüş, 9 uncu maddesinde de bu Kanun hükümlerine göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanacağı; üçüncü fıkranın uygulanmasına mahkemece karar verilmesi halinde, dinlenme sırasında tanığın görüntü ve sesi değiştirilerek tanınması engellenebileceği belirtilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise şu hükümlere yer verilmiştir:

"(2) Tanık olarak dinlenecek kişilerin kimliklerinin ortaya çıkması kendileri veya yakınları açısından ağır bir tehlike oluşturacaksa; kimliklerinin saklı tutulması için gerekli önlemler alınır. Kimliği saklı tutulan tanık, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlüdür. Kimliğinin saklı tutulması için, tanığa ait kişisel bilgiler, Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından muhafaza edilir.

(3) Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır."

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere, tanığın gerektiğinde maske ile duruşmaya çıkması, ses ve görüntülerinin değiştirilerek dinlenmesi, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar (sanık, sanığın kanuni temsilcisi) olmadan da dinlenmesi ceza hukukunun doğrudan doğruyalık ve vasıtasızlık ilkelerini zedeler niteliktedir. Hakim maddi gerçeği araya hiç bir vasıta girmeksizin, tanıkların söz, hareket ve mimiklerinden, belge ve bilgileri doğrudan okuyarak ortaya çıkarmalıdır. Böyle bir durumun savunma hakkını zedeleyeceği açıktır. Sanık aleyhine tanıklık yapacağı kişiyi görmeyecek, onun gerçekte olayla ilgisi olup olmadığını bilemeyecektir. Savunmasını dayandırdığı olgular kim olduğu bilinmeyen, görülmeyen bir kişi tarafından yıkılabilecektir. Hakim dahi tanığın yalan söyleyip söylemediğini test edebilecek (mimik, hareket, ses tonu vb) araçlardan mahrum olacaktır.

Şüphesiz suç ve suçlulukla mücadelenin etkin yöntemlerinden birisi de yargılamanın her hangi bir aşamasında mutlak maddi hakikatin gerçekleştirilmesine yardımcı bir suje olarak tanıkların ve dolayısıyla bunların yakınlarının korunmasıdır. Klasik ceza yargılamasında olduğu gibi günümüz çağdaş ceza muhakemesi hukukunda da, tanıklık ve dolayısıyla tanık beyanı, ceza adalet sisteminde vazgeçilmez bir delil olma özelliğini halen korumaktadır. Bu nedenle bazı davalarda tanıkların korunması gerekebilir. Nitekim 30.07.1999 tarih ve 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanununda ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Yönetmelikte (R.G, T. 26/01/2001 – Sa. 24299) bu çerçevede bir düzenleme yapılmıştır.

Yine yukarıda da değinildiği üzere 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinde de tanığın korunması öngörülmüştür. Ancak, bu maddenin (5) numaralı fıkrasında "İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri, ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabilir." denilmek suretiyle söz konusu fıkradaki koruma tanık koruma tedbirlerini, 5726 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemenin aksine örgütlü suçlarla sınırlandırmıştır. Bu

düzenleme ile ceza hukukunun temel ilkelerine ve uluslararası sözleşmelere sağlanmış olan uyum, iptali istenen düzenleme ile tanık koruma tedbirleri örgütlü, ciddi suçlar dışındaki her türlü adi suçlara da teşmil edilerek bozulmuş, savunma ve adil yargılama hakkı büyük ölçüde sınırlandırılmıştır.

Anayasamızın 36 ncı maddesine göre herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10 uncu maddesine göre "Herkes, haklarının veya yükümlülüklerinin veya kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın saptanmasında tam bir eşitlikle davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından adil bir şekilde ve açık olarak görülmesi hakkına sahiptir..." İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11 inci maddesine göre "Bir suç işlemekten sanık herkes, savunması için kendisine gerekli bütün güvencelerin sağlanmış olduğu açık bir yargılama ile yasaya göre suçluluğu kanıtlanmadıkça suçsuz sayılır."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Türkiye Cumhuriyeti 10.03.1954 tarih ve 6366 Sayılı Kanunla Sözleşmeyi onaylamıştır), 6/1 inci maddesinde "herkes ... kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içerisinde ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir..." denilmiştir. Bu genel kuralın istisnaları genel ahlak, kamu düzeni, milli güvenlik, küçüklerin korunmasına dair kurallar tarafların özel hayatlarının gizliliğinin korunması veya adaletin selametinin zarar görebileceği hallerde mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde kısmen veya tamamen yargılamanın basına ve dinleyicilere kapatılması olarak belirtilmiştir. Yargılamanın aleniyeti ilkesi yargılamanın taraflarına yönelik bir güvence olduğu kadar kamuoyunun yargıya olan güven ve saygısını da arttıran bir durumdur.

Aynı Sözleşme'nin 6/3 üncü maddesine göre; her sanık "adil yargılanma hakkı" kapsamında en azından şu haklara sahiptir:

a) Kendisine yöneltilen suçlamanın niteliği ve nedeninden en kısa zamanda, anladığı bir dille ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek;

b) Savunmasını hazırlamak için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak;

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir avukatın yardımından yararlanmak...

d) İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında çağırılmasının ve dinlenmesinin sağlanmasını istemek;

Sözleşmenin yukarıda değinilen 6/3-d bendine göre sanık iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıkları ile aynı şartlar altında çağrılmasını ve dinlenmesini istemek hakkına sahiptir. Tanıkların aynı şartlar altında davet edilmesini talep etme hakkı adil yargılama hakkı çerçevesinde öngörülen "silahların eşitliği ilkesi" nin bir sonucudur. Böylece iddia makamı ile savunmanın eşit koşullar altında karşı karşıya gelmeleri amaçlanmıştır.

Yine bu hüküm sanığa, tanıklarını davet ettirip dinletmenin yanında iddia makamının tanıklarına da duruşmada soru sorma hakkını vermektedir. Sorulan sorunun savunmanın amacına elverişli olup olmadığını hakim tayin eder. Bununla birlikte savunma için önemli olduğu açıkça belli olan bir sorunun sorulmaması "İnsan hakkı ihlali" olarak ileri sürülebilir. (SCHROEDER. Ceza Muhakemesinde "Fair Trial" İlkesi. İstanbul Barosu yayını. 1999. s. 74).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesinde tanımı yapılan, yukarıda ana hatları değinilen ve Anayasamızın 36 ncı maddesine 4709 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle eklenen Adil Yargılanma Hakkı, hukuk devletinin temel güvencelerinden biridir. Devletin vatandaşı olsun olmasın ülkesinde yaşayan bireyleri korumak ve kollamak görevi vardır. Bu sebepten Adil Yargılanma Hakkı ceza yargılaması hukukunun en önemli ilkesidir. İHAS'nin 6 ncı maddesi ile ön görülen bu ilkenin iç hukukumuzda tam olarak hayata geçirilmesi ve gerekli yasal düzenlemelerin de buna uygun yapılması devlet organlarına düşen bir görevdir.

Bu nedenle, uygar uluslar tarafından tanınan ve gerek Anayasamız ile teminat altına alınan, gerekse yukarıya belirtilen Uluslararası Sözleşmeler tarafından kabul edilip tüm hukuk sistemlerine yerleştirilmeye çalışılan genel hukuk ilkelerine göre; bir suç ile itham

edilen kişiye tanınması gereken en temel hak "ne ile suçlandığını" ve "suçlayanı bilmesi" ve buna göre "savunma hakkını kullanması"dır.

Tanık koruma tedbiri alınmasının temel nedeni; bir tanığın, tanıklık görevini serbest ve özgür şekilde getirmesinin önündeki engelleri kaldırarak örgütlü suçlarla ve özellikle terör amaçlı örgütlü suçlarla daha iyi mücadele etmektir. Ancak, bu kapsamı genişleterek yerinde olmayan bir takım mülahazalarla örgütlü olmayan ve uluslararası sözleşmelerde yer verilmeyen suçların da tanık koruma kapsamına alınması, Ceza Muhakemesi Hukukumuzu önemli ölçüde otoriter hale getirdiği gibi, adil yargılanma ilkesini zedelemekte bu şekilde tanığın dinlenmesindeki "açıklık", "silahların eşitliği" ve "yüz yüzelik" ilkelerinin önemli ölçüde bertaraf edilmesi, sanığın savunma hakkını da, Anayasanın 13 üncü maddesindeki "ölçülülük ilkesi" ile bağdaşmayacak şekilde sınırlandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında, "Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur" denilmiştir.

Sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturduğundan bunlar arasındaki uyum ancak "ölçülülük ilkesi" gözetilerek sağlanabilir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle iptali istenen kural ile tanık koruma tedbiri alınması gereken suçlar, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla belirlendiğinden ve ulaşılmak istenilen amacı aştığından başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığından Anayasanın 13 üncü ve 36 ncı maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasanın 90 ıncı maddesinde, "... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir"

denildikten sonra, bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği bildirilmiştir.

Anayasadaki bu düzenleme, kurallar hiyerarşisinde andlaşmaların ulusal yasalardan daha üstün olduğu görüşüne dayanak oluşturmuştur.

Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği için, uluslararası andlaşmalar ulusal yasaların üstünde ve Anayasal normlara yakın konumda görülmüştür. Bu düşünce, uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklere de Anayasal bir üstünlük tanındığının öne sürülmesine yol açmış ve bu üstünlük, "ahde vefa" ilkesinin bir gereği olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan Anayasanın 90 ıncı maddesinde yapılan son değişiklikte, insan haklarına ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda yaptığı düzenlemelerde çatışma olması halinde andlaşma hükümlerinin uygulanacağı yolundadır.

Ancak, 5726 sayılı Kanunun yaptığı iptali istenen düzenlemede yukarıya belirtilen Uluslararası Sözleşmeler tarafından kabul edilip tüm hukuk sistemlerine yerleştirilmeye çalışılan genel hukuk ilkeleri gözetilmemiş; uluslararası andlaşmalara uyulmamıştır. Bu nedenle de iptali istenen kural, milletlerarası andlaşmalara dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı düşmektedir.

Anayasaya aykırı bir hükmün hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 3 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 36 ncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

2) 27.12.2007 Tarihli ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 4 üncü Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendindeki "ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kurala ile, Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 04/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurlarının "…yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler." tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler kapsamına alınmaktadır.

Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurlarının yakın ilişki içerisinde olukları kişilerin kimler olduğu hususunda Yasa'da hiçbir belirleme yapılmamıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğü sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir.

Hukuk güvenliği ilkesi ise, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesidir. Zira, toplumsal kurallara göre yaşam belirlilik ve kararlılık ister. Hukuki güvenlik, ceza yaptırım ve ceza yargılaması kurallarının belirliliğini içerir.

Yetkilerle güçlendirilmiş olan hukuk devletinin ceza yargılaması konusunda gerekli düzenlemeleri gerçekleştirirken hak ve özgürlükleri (sav ve savunma hakkını) koruması, bunlara duyarsız kalmaması ve hukuk devleti niteliklerinden vazgeçmemesi gerekir.

Bu durumda, dava konusu kural belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi, hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 4 üncü Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) bendindeki "ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 87 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 27.12.2007 Tarihli ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kurala göre, tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilecektir. Bu hüküm ile gayet keyfî uygulanacak tarzda yasada tanımı yapılmayan dinleme usulü tayin

etmek yetkisi yargıca verilmektedir. Diğer bir anlatımla, bu kural uyarınca savunmaya rağmen yargıç istediği şekilde tanığı dinleyebilecektir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda "belirlilik" ve "öngörülebilirlik" gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Bu durumda, dava konusu kural belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti, onun kendiliğinden Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini ifade eden 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesinin (3) numaralı fıkrası Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

4) 27.12.2007 Tarihli ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen bu kuralda "Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, Ceza Muhakemesi Kanununun 201 inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez." denilmiştir.

Görüldüğü üzere bu kural ile, Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, tanığa sorulacak sorularla ilgili düzenleme yapılmıştır.

Bu durumda yukarıda (3) numaralı başlık altında üçüncü fıkra için belirttiğimiz iptal gerekçeleri aynen bu fıkra içinde geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle, 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrası Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

5) 27.12.2007 Tarihli ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesinin iptali istenen (7) numaralı fıkrasında "Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir." denilmiştir.

Bu hükme göre, Yasa'nın 9 uncu maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarına göre, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan alınan tanık ifadelerinin duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hüküm ve geçerliğinin tanınması Anayasanın 36 ncı maddesinde ifade edilen adil yargılanma ve savunma haklarını özünden zedeleyen bir düzenlemedir. Çünkü, yargılamanın doğrudan doğruyalık ve vasıtasızlık ilkeleri yargılamanın taraflarına yönelik çok önemli bir güvencedir.

İptali istenen kural uyarınca, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar söz konusu güvenceden yoksun bırakıldıkları halde, bu güvence kendilerine sağlanmış gibi kabul edilecekler, diğer bir anlatımla duruşmada hazır bulunmanın sağladığı imkanlardan (iddia tanıklarını sorguya çekmek ve çektirmek, aleyhine tanıklık yapacak kişiyi görmek, onun gerçekte olayla ilgisi olup olmadığını bilmek) yararlanamadıkları halde, bu imkanlar sanki kendilerine tanınmış gibi tanık ifadeleri itibar görecektir.

Böyle bir düzenleme, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirttiğimiz nedenlerle Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü ve 90 ıncı maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 9 uncu maddesinin (7) numaralı Fıkrası, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 36 ncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

6) 27.12.2007 Tarihli ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 11 inci Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 5726 sayılı Kanununun 11 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasında "Bu Kanun hükümlerine göre, kolluk makamlarınca alınacak tedbirler ile yapılacak işlemlerin ve tanık koruma birimlerinin çalışma esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir." denilmiştir.

"Tanık koruma birimleri ve kolluk makamlarınca yapılacak işlemler" başlıklı 11 inci maddede kolluk makamlarınca alınacak tedbirler ile yapılacak işlemlere ve tanık koruma birimlerinin çalışma esas ve usullerine ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme yer almadığından, bu konudaki usul ve esasları belirleyen bir yönetmelik, asli düzenleme yapmış olacaktır. Halbuki Anayasaya göre, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında, yürütmenin asli düzenleme yetkisi yoktur; yürütme Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacak ve yerine getirilecek bir yetki ve görevdir. Anayasanın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan bu ilke, yürütmenin ancak kanun ile asli olarak düzenlenmiş bir alanda düzenleme yetkisi kullanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Anayasanın 7 nci maddesine göre ise, asli düzenleme yetkisi, TBMM'nindir ve devredilemez."

Kanunda bir hususun yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi, o hususun kanunla düzenlenmiş olduğu anlamına gelmez. Kanunla yapılmış bir düzenlemeden söz edilebilmesi için, o hususun en azından temel ilkelerinin kanunda gösterilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi, 18.06.1985 günlü, E.1985/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

"Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır.".

Esasen Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur. (Anayasa Mahkemesinin 22.06.1988 tarih E.1987/18, K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa. 2001)

İptali istenen 11 inci maddenin (3) numaralı fıkrası, yukarıda belirtildiği üzere, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak, yürütmeye asli düzenleme yapmak imkanı tanıdığı için Anayasanın 8 inci maddesine; yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye

devrettiği için Anayasanın 7 nci maddesine; böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için Anayasanın 6 ncı maddesine aykırıdır.

Anayasaya aykırı bir hükmün hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 11 inci maddesinin (3) numaralı fıkrası Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 27.12.2007 Tarihli ve 5726 Sayılı Tanık Koruma Kanununun 13 üncü Maddesinin (1) ve (2) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 13 üncü maddesinin iptali istenen (1) numaralı fıkrasında, bu Yasa'da belirtilen görevleri yapmak üzere, İçişleri Bakanlığında Tanık Koruma Kurulu kurulması öngörülmüş, maddenin iptali istenen (2) numaralı fıkrasında da, bu Kurulun oluşumu, görev süresi ve sekretarya hizmetlerinin İçişleri Bakanlığınca yerine getirileceği hükme bağlanmıştır.

5226 sayılı Kanunun Tanık Koruma Kurulunun yapısına ilişkin (2) numaralı fıkranın birinci cümlesinin incelenmesinden de anlaşılacağı üzere, Kurulun onbir üyesinden;

- Adalet Bakanlığında idari görevde çalışan birinci sınıf hakimlerden bir,

- Ankara'da görev yapan birinci sınıf adlî yargı hâkim veya Cumhuriyet savcıları arasından Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca seçilecek bir,

- Milli Savunma Bakanlığından idarî görevde çalışan birinci sınıfa geçirilmiş askeri hâkimler arasından bir,

olmak üzere toplam dört üyesi hakim ve savcıdır. Diğer yedi üye ise esas itibariyle kolluk güçleri arasından seçilecektir. Bu düzenlemeye göre, İçişleri Bakanlığında kurulması öngörülen bu Kurul'un yürütme ağırlıklı bir kurul olduğu açıktır.

Kurula, 5726 sayılı Kanun'un 14 üncü maddesine göre, 5 inci maddenin (a) ve (c) bentleri dışında kalan bütün tanık koruma tedbirleri almak, kaldırmak ve değiştirmek görev ve yetkileri yanında, anılan

maddenin (ç) bendi hükmü ile de, "Bu Kanun hükümlerine göre alınan tedbirlerin uygulanmasını ve yerine getirilmesini denetlemek." görev ve yetkisi tanınmıştır. Diğer bir anlatımla Tanık Koruma Kuruluna, 5726 sayılı Kanun hükümlerine göre mahkemenin veya Cumhuriyet Savcısının vermiş olduğu tanık koruma tedbirinin de uygulanmasını ve yerine getirilmesini denetleme görev ve yetkisi verilmiştir.

Anayasanın benimsediği Başlangıcın 4 üncü paragrafındaki "kuvvetler ayrılığı ilkesi", devletin üstlendiği görevlerin niteliklerine göre, yasama, yürütme ve yargı organları tarafından yerine getirilmesini zorunlu kılar. Bu organlardan birinin, diğerinin görev alanıyla ilgili işlem yapması, fonksiyon gasbı olarak nitelendirileceğinden hukukun üstünlüğünü egemen kılmakla yükümlü hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Bu nedenle iptali istenen kurallar, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2 nci maddesine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin müteaddit kararlarında belirttiği gibi, hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini zorunlu sayan ve bütün faaliyetlerinde hukuka ve Anayasaya uyan bir devlettir. Adil bir hukuk düzeninin kurulması ise, yargının bağımsızlığı hakim bağımsızlığı ve teminatının sağlanması ile mümkündür.

O halde, mahkemenin veya Cumhuriyet Savcısının vermiş olduğu tanık koruma tedbirinin de uygulanmasını ve yerine getirilmesini denetleme görev ve yetkisine sahip olan Tanık Koruma Kurulu'nun yapısını yargısal değil, idare organı bünyesinde ve idari ağırlıkta oluşturan iptali istenen fıkralar, Anayasanın 138 inci ve 140 ıncı maddeleriyle de bağdaşmayan bir düzenleme getirmiştir.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa'nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün

uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

5726 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasının Kurul'un oluşumuyla ilgili birinci cümlesinin iptal edilmesi halinde, iptal edilen birinci cümle dışında kalan ve uygulanma olanağı kalmayan diğer cümleleri ile anılan maddenin (1) numaralı fıkrasının da iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununun 13 üncü maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları, Anayasanın Başlangıç bölümüne, 2 nci, 11 inci, 138 inci ve 140 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Ceza hukuku ilkelerinin ve Anayasanın ihlal edildiği bir yargılama sonunda, savunma hakkını yeterince kullanamadan mahkum olan bir sanığın uğrayacağı zararın hiçbir şekilde giderilmesi mümkün değildir. Çünkü yaşamın ve zamanın akışı tersine çevrilemez.

Anayasaya açıkça aykırı oldukları gerekçemizde gösterilen söz konusu hükümlerin uygulanması halinde, ortaya çıkacak ve giderilmesi olanaksız durum ve zararların önlenebilmesi, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi için ve Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereği olduğundan, bu hükümlerin yürürlüklerinin iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması da istenerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun;

1) 3 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 36 ncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

2) 4 üncü Maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki "ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 87 nci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 9 uncu maddesinin (3) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 9 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 9 uncu maddesinin (7) numaralı fıkrası, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 36 ncı ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

6) 11 inci maddesinin (3) numaralı fıkrası Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

7) 13 üncü maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları, Anayasanın Başlangıç bölümüne, 2 nci, 11 inci, 138 inci ve 140 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1- Kanun'un dava konusu fıkranın da yer aldığı 3. maddesi şöyledir:

"Tanık koruma tedbiri alınması gereken suçlar

MADDE 3 – (1) Bu Kanun hükümleri, aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar.

b) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla kurulan bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen alt sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlar ile terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar."

2- Kanun'un dava konusu ibarenin de yer aldığı 4. maddesi şöyledir:

"**Tanık koruma tedbiri kapsamına alınacak kişiler**

MADDE 4 – (1) Bu Kanun hükümlerine göre haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler şunlardır:

a) Ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 236 ncı maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları.

b) (a) bendi hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar **ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler.**

(2) Tanık koruma tedbirleri, birinci fıkrada sayılanların kendilerinin veya bu Kanunda belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması halinde uygulanabilir."

3- Kanun'un dava konusu fıkraların da yer aldığı 9. maddesi şöyledir:

"**Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller**

MADDE 9 – (1) Bu Kanun hükümlerine göre, haklarında tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanır.

(2) Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasına mahkemece karar verilmesi hâlinde, dinleme sırasında tanığın görüntü veya sesi değiştirilerek tanınması engellenebilir.

(3) Tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir.

(4) Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlar bulunmadan tanığın dinlenmesi hâlinde, tanık tarafından verilen beyanlar, hâkim tarafından Ceza Muhakemesi Kanununun 58 inci maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanır.

(5) Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, Ceza Muhakemesi Kanununun 201 inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez.

(6) Bu madde hükümlerinin naip olunan hâkim veya istinabe suretiyle uygulanmasına görevli ve yetkili mahkemece karar verilebilir.

(7) Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir.

(8) Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez.

(9) Haklarında tedbir kararı alınan tanıkların, keşifte dinlenmeleri sırasında da bu madde hükümleri uygulanır.

(10) Bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz."

4- Kanun'un dava konusu fıkranın da yer aldığı 11. maddesi şöyledir:

"**Tanık koruma birimleri ve kolluk makamlarınca yapılacak işlemler**

MADDE 11 – (1) Bu Kanun kapsamında alınacak tanık koruma tedbirlerini uygulamak üzere, Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünce tanık koruma birimleri kurulur. Bu birimlerde yeteri kadar hukukçu, idarî ve teknik uzman personel bulundurulur.

(2) Tanık koruma biriminde çalışan personel için, tanık koruma birimi tarafından verilen bilgilere göre geçici kimlik düzenlenebilir veya bunu sürdürebilmesi için belge verilebilir. Bu belgeler, tanığın korunması ile gözetilen kamu yararı veya somut diğer olgular da dikkate alınarak, soruşturma konusuyla orantılı ve amaca uygun olarak kullanılabilir.

(3) Bu Kanun hükümlerine göre, kolluk makamlarınca alınacak tedbirler ile yapılacak işlemlerin ve tanık koruma birimlerinin çalışma esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir."

5- Kanun'un dava konusu fıkraların da yer aldığı 13. maddesi şöyledir:

"**Tanık Koruma Kurulu**

MADDE 13 – (1) Bu Kanunda belirtilen görevleri yapmak üzere, İçişleri Bakanlığında Tanık Koruma Kurulu kurulur.

(2) Kurul; mesleklerinde fiilen en az on beş yıl görev yapmış olmak koşulu ile; Adalet Bakanlığından idarî görevde çalışan birinci sınıf hâkimler arasından iki, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca Ankara'da görev yapan birinci sınıf adlî yargı hâkim veya Cumhuriyet savcıları arasından seçilecek bir, Milli Savunma Bakanlığından idarî görevde çalışan birinci sınıfa geçirilmiş askeri hâkimler arasından bir, İçişleri Bakanlığı merkez teşkilâtından bir, Jandarma Genel Komutanlığından bir, Sahil Güvenlik Komutanlığından bir, Emniyet Genel Müdürlüğünden üç ve Gümrük Müsteşarlığı Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğünden bir üye olmak üzere toplam onbir üyeden oluşur. Kurul Başkanı, Kurul üyelerince kendi aralarından oyçokluğuyla seçilir. Kurul kararlarını oy çokluğuyla alır. Kurul, en az ayda bir defa veya ihtiyaç duyulduğunda her zaman Başkanın çağrısı üzerine toplanır. Kurul üyelerinin görev süreleri dört yıldır. Görev süresi sona erenler yeniden seçilebilirler. Kurulun sekretarya hizmetleri İçişleri Bakanlığı tarafından yerine getirilir.

(3) Kurul, koruma kararını verirken, bu kararı uygulayacak koruma birimince düzenlenecek olan korumanın şekli, süresi ve diğer özelliklerine ilişkin ön değerlendirme raporunu dikkate alır.

(4) Kurul üyelerine, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla fiilen görev yaptıkları her gün için (1000) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarda huzur hakkı ödenir. Bu ödemelerde damga vergisi hariç herhangi bir kesinti yapılmaz. Bir ayda fiilen görev yapılan gün sayısının dördü aşması halinde, aşan günler için huzur hakkı ödenmez.

(5) Kurulun çalışma esas ve usulleri yönetmelikte düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 6., 7., 8., 11., 13., 36., 87., 90., 138. ve 140. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 28.2.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 3. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kural nedeniyle tanıkların, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenilmeleri durumunda doğrudanlık veya vasıtasızlık ilkelerinin zedeleneceği, hakimin maddi gerçeği araya hiçbir vasıta girmeksizin tanıkların söz, hareket ve mimiklerinden okuyarak ortaya çıkarması gerektiği, açıklık, silahların eşitliği ve yüz yüzelik ilkelerinin bertaraf edildiği, savunma hakkının kısıtlanarak ölçülülük ilkesinin aşıldığı, hukuk devleti ilkesinin zedelendiği ve genel hukuk ilkelerinin gözetilmemesi nedeniyle uluslararası sözleşmelere uyulmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, 5726 sayılı Kanun hükümlerinin, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer alan ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve alt sınırı on yıl veya

daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili olması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza, ceza muhakemesi ve ceza infaz hukuku alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği ve cezaların ne şekilde bireyselleştirilerek hangi yükümlülüklerin yükleneceğinin belirlenmesi gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Bu nedenle yasakoyucunun, tanık koruma tedbirlerinin hangi suçlar bakımından uygulanacağına yönelik düzenleme yaparak takdir yetkisini bu yönde kullanmasında Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Dava konusu kuralın Anayasa'nın 11., 13., 36. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 4. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "…ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, tanık olarak dinlenen suç mağdurlarının yakın ilişki içerisinde oldukları kişilerin kimler olduğu hususunda Kanun'da

hiçbir belirleme yapılmadığı, kuralın belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 87. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun hükümlerine göre haklarında tanık koruma tedbiri uygulanabilecek kişiler Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, ceza muhakemesinde tanık olarak dinlenenler ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236. maddesine göre tanık olarak dinlenen suç mağdurları; iptale konu ibarenin de bulunduğu (b) bendinde, anılan (a) bendi hükümlerine göre dinlenenlerin nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile eşi, kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu, ikinci derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları ve evlatlık bağı bulunanlar ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler olarak sayılmıştır. Kanun'un 4. maddenin (2) numaralı fıkrasında ise tanık koruma tedbirlerinin maddenin (1) numaralı fıkrasında sayılanların kendilerinin veya Kanun'da belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi bir tehlike içinde bulunması ve korunmalarının zorunlu olması halinde uygulanabileceği belirtilmiştir.

Kanun'un madde gerekçesinde konuyla ilgili olarak, " …"*yakın ilişki içerisinde bulunulan kişi" teriminin kapsam ve tanımı yapılmamıştır. Esasen, bu kişi, maddenin (b) bendinde sayılan kişilerin dışında ve tanığın, tanıklığını etkileyecek derecede yakın ilişki içinde bulunduğu bir kişi olacaktır. Örneğin, resmi olmayan birliktelikler, aynı evi paylaşma durumları, kişinin iş ortağı, yaşlı ve bakıma muhtaç bir kişinin yardımcısı veya uzun yıllar bir kişinin bakım ve gözetimini üstlenen bakıcısı yakın ilişki içerisinde bulunulan kişi terimi içerisinde değerlendirilebilecek hallerdir."* denilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda

kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Kanun'da veya dava konusu ibarenin yer aldığı maddede "*yakın ilişki içerisinde bulunulan kişi*" ibaresinin kimleri kapsadığı hususunda herhangi bir tanıma yer verilmemiş ise de, Yasakoyucu, göreceli bir nitelik taşıdığından dolayı bu ibarenin her somut olayda kimleri kapsayacağının saptanması hususunu uygulamaya bırakmıştır. Buna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında tanık koruma tedbiri kararı verebilecek makam veya merci tarafından her somut olayda kişinin, tanığın tanıklığını etkileyebilecek derecede tanık ile yakın ilişki içinde olup olmadığı ve bu kişinin hayatının, beden bütünlüğünün veya mal varlığının ağır ve ciddi bir tehlike içinde olup olmadığı her olayın kendine özgü şartlarına göre değerlendirilerek 5726 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verileceği açıktır. Bu nedenle iptale konu ibarenin belirsizliğinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu ibare, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Dava konusu kuralın Anayasa'nın 87. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 9. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünün engellenecek tarzda dinlenilmesi usulünün mahkeme hakiminin takdirine göre tayin ve tespit edilebilmesi yetkisinin verilmesinin keyfi uygulamalara neden olacağı, bu durumda kuralın belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik ilkeleri ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un "*Haklarında Koruma Tedbiri Kararı Alınan Tanıkların Dinlenmelerinde Uygulanacak Usuller*" başlıklı 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü

engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre dinlenmesine de karar verilebileceği kurala bağlanmıştır.

Kanun'un madde gerekçesinde konuyla ilgili olarak, kimliği gizlenen tanığın duruşma salonunda fakat fiziksel görünümü engellenecek tarzda mahkemece belirlenecek bir usule göre dinlenilebileceği, tanığa makyaj yapılması veya maske takılması gibi yöntemlerle fiziksel görünümünün değiştirilebileceği ya da tanığın duruşma salonuna konulacak kabin içerisine, perde arkasına veya bu iş için hazırlanmış bir yere yerleştirilebileceği belirtilmiştir.

Dava konusu kuralla, haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların duruşmada fiziksel görünümünü engellenecek tarzda dinlenmelerinde uygulanacak usulü belirleme ya da hangi usulün uygun olacağına karar verme yetkisi davanın görüldüğü mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Başka bir ifade ile bu hususta davanın görüldüğü mahkeme hakiminin takdir yetkisi söz konusudur. Hakimin, takdir yetkisini kullanırken, tanığın ne şekilde dinleneceğine her somut durumda Kanun'un amacı ve kapsamı doğrultusunda değerlendirme yapacağı ve en uygun yönteme yerel ve teknik imkanları da gözeterek karar vereceği, verilen kararın ise esas hükümle birlikte temyiz denetimine tabi olacağı açıktır. Bu nedenle kuralın belirsizliğe ve keyfiliğe neden olacağından söz edilemez.

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

Dava konusu kuralın Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

D- Kanun'un 9. Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasına ilişkin başvuruda belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Doğrudan Soru Yöneltme*" başlıklı 201. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Cumhuriyet savcısının,

müdafiinin veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukatın, sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan, sanık ve katılanın da mahkeme başkanı veya hâkim aracılığı ile soru yöneltebilecekleri; (2) numaralı fıkrasında ise heyet halinde görev yapan mahkemelerde, heyeti oluşturan hâkimlerin (1) numaralı fıkrada belirtilen kişilere soru sorabilecekleri öngörülmüştür.

5726 sayılı Kanun'un "*Haklarında Koruma Tedbiri Kararı Alınan Tanıkların Dinlenmelerinde Uygulanacak Usuller*" başlıklı 9. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, tanığın, maddenin (3) numaralı fıkrası hükmüne göre dinlenmesi hâlinde, 5271 sayılı Kanun'un 201. maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların 5726 sayılı Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerektiği, bu amaçla hâkimin, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebileceği veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermeyeceği kurala bağlanmıştır.

Kanun'un madde gerekçesinde konuyla ilgili olarak, tanık koruma tedbirlerinin bir ceza muhakemesi tedbiri olduğu ve sanığın savunma hakkının engellenmemesi gerektiği, bu nedenle dinlenme sırasında tarafların alınan koruma tedbirleriyle orantılı olarak tanığa soru sorabilecekleri, tanığın kimliğinin gizlendiği durumlarda tarafların veya hakimin dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruları sormaması gerektiği belirtilmiştir.

Kuralla, soru sorma hakkı bulunan kişilerin tanığa soru sormaları engellenmemekte ancak, tanıkların kendilerinin veya yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunması amacıyla alınan tedbirlerin sorulan sorularla etkililiğinin sona ermemesi ya da zedelenmemesi amaçlanmaktadır. Aksi davranışların Kanun'un amacıyla bağdaşmayacağı açıktır. Buna göre her sorulan soruda hakimin, durumu takdir ederek Kanun'un amacı ve kapsamı doğrultusunda değerlendirme yapacağı ve verilen kararın esas hükümle birlikte temyiz denetimine tabi olacağı açıktır. Bu nedenle kuralın belirsizliğe ve keyfiliğe neden olacağından söz edilemez.

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

Dava konusu kuralın Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

E- Kanun'un 9. Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine ilişkin başvuruda belirtilen gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5271 sayılı Kanun'un "*Duruşmada Hazır Bulunacaklar*" başlıklı 188. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, duruşmada, hükme katılacak hâkimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt kâtibinin ve Kanun'un zorunlu müdafiliği kabul ettiği hâllerde müdafiin hazır bulunmasının şart olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu kuralda ise Kanun'un 9. maddesine göre alınmış tanık ifadelerinin 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olduğu öngörülmüştür.

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

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeye 2001 değişiklikleriyle eklenen "*adil yargılanma*" ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dahil edildiği vurgulanmıştır. Bu

sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasındaki adil yargılama ölçütleri içerisinde çekişmeli yargılama, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı ve diğer sanık hakları yanında *"silahların eşitliği"*, "*yüzyüzelik*" ve "*doğrudan doğruyalık*" ilkeleri de bulunmaktadır.

"*Adil yargılanma hakkı*"nın ulusalüstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan "*silahların eşitliği*" ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını içermekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.

"*Silahların eşitliği"* ilkesinin bir gereği olan "*yüzyüzelik*" ilkesi, özellikle tanıkların dinlenmesinde çapraz sorgulama ile önem kazanmaktadır. Böylece hakim tanıkların güvenilirliğini test edebilecektir.

"*Doğrudan doğruyalık*" ilkesi ise mahkemenin delillerle doğrudan temasa geçerek kararını vermesi, bu konuda herhangi bir aracı kullanmayarak doğrudan kanaat edinmesi ve bu suretle mahkemenin tanıkları dinleyerek güvenilir delil elde etmesi gerektiğini ifade eder. Bu ilke gereği hakim, tanıkları dinleyecek, yazılı belgeleri bizzat okuyacak, keşif ve benzeri olay yeri incelemesini bizzat yapacaktır. Diğer bir ifade ile hakim, tüm delilleri bizzat görüp inceledikten sonra kararını verecektir. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 217. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, hakimin, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabileceği belirtilerek bu ilkeye vurgu yapılmıştır.

Ceza muhakemesinde amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olup bunda toplumsal yarar bulunmaktadır. Genellikle soruşturma ve kovuşturmada maddi gerçeğe ulaşabilme tanık beyanları ile mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde tanık beyanları büyük önemi haizdir. Bu nedenle kişilerin herhangi bir suça tanıklık yapmaları durumunda, tanıklığın bir kamu görevi olması nedeniyle duruşmada hazır bulunarak ifade verme ve gerçeği söyleme yükümlülükleri bulunmaktadır. Nitekim yalan tanıklıkta bulunanların 5237 sayılı Kanun'un 272. maddesine göre cezalandırılacakları öngörülmüştür.

Ancak kamu görevini yerine getirerek verdiği bilgilerden dolayı tanığın, kendisinin veya tanıklığı nedeniyle yakınlarının ya da mallarının korunmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Zira korunamayan ve kendisinin veya yakınlarının hayatından endişe duyan bir tanığın, ceza alacak bile olsa bildiklerini anlatması mümkün olamayabilecektir. Buna göre, kamu görevini yerine getiren tanığın verdiği bilgilerden dolayı zarara uğramaması için gerekli tedbirleri almak da Devlet'in sorumluluğundadır. Öte yandan, sanığın da adil yargılanma ölçütleri içerisinde yer alan ve anayasal açıdan güvence altına alınmış hakları bulunmaktadır.

Davaya konu kuralın işlevsel olabilmesi için sanık lehine kabul edilmiş bir takım teminatlar bulunmaktadır. Nitekim Kanun'un 9. maddesinin (4) numaralı fıkrasında kimliği gizli tutulan tanık tarafından verilen beyanların, hakim tarafından 5271 sayılı Kanun'un 58. maddesinde belirtilen sınırlamalara uymak koşuluyla, duruşmada hazır bulunma hakkına sahip olanlara açıklanacağı, (8) numaralı fıkrasında Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanının tek başına hükme esas teşkil edemeyeceği, (10) numaralı fıkrasında madde hükümlerinin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı; Kanun'un 58. maddesinin (2) numaralı fıkrasında kimliği gizli tutulan tanığın, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklamakla yükümlü olduğu, (3) numaralı fıkrasında ise sanık ve müdafiinin soru sorma hakkının saklı olduğu kural altına alınmıştır. Buna göre belirtilen kurallara uygun olarak alınmış tanık ifadeleri 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olacaktır. Dolayısıyla sanık lehine kabul edilmiş anılan teminatlar gözetildiğinde, tanığın kendisinin veya tanıklığı nedeniyle yakınlarının ya da mallarının korunmasını isteme hakkı ile sanığın adil yargılanma ölçütleri içerisinde yer alan haklarının adil bir şekilde dengelendiği ve Kanun'un 9. maddesine göre alınmış tanık ifadelerinin 5271 sayılı Kanun hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde sayılmasında adil yargılanma hakkı ile çelişen bir yön bulunmadığı görülmektedir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de hakkında koruma tedbiri uygulanmış tanık beyanları ile ilgili başvuruları incelediği

kararlarında, tüm delillerin tartışma ortamını hazırlayacak şekilde sanığın mevcut bulunduğu aleni bir duruşmada ileri sürülmesi gerektiği ancak, tanık beyanının delil sayılabilmesi için tanığın mutlaka mahkemede aleni duruşmada dinlenilmesi zorunluluğunun bulunmadığı, muhakemenin bir bütün olarak adil olması şartıyla sanıktan gelecek haksız müdahalelerden korunması için yeterli sebep mevcutsa tanığın kimliğinin gizli tutulmasının mümkün olabileceği, mahkumiyet kararının yalnızca kimliği açıklanmayan tanığın ifadesine dayandırılamayacağı gibi bu ifadenin ağırlıklı rol oynayan delil konumunda da olamayacağı, açık celse dışında verilen bu tarz ifadelerin ancak savunma için, tanığın ve ifadesinin inanırlığını ve güvenilirliğini sorgulama fırsatını teminat altına alan telafi edici önlemlerin sağlanması gerektiği, savunma hakkı üzerindeki kısıtlamaların asgaride tutulmuş olması ve bu kısıtlamaların tanığın korunmasını sağlamak için gerekli olması gerektiği, sanığın çıkarlarının ona karşı ifade veren tanığın çıkarlarıyla dengelenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Dava konusu kuralın Anayasa'nın 11. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

F- Kanun'un 11. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, maddede kolluk makamlarınca alınacak tedbirler ile yapılacak işlemlere ve tanık koruma birimlerinin çalışma esas ve usullerine ilişkin ilkelerle ilgili düzenleme bulunmadığı halde kuralla yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yetkisi verildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un "*Tanık Koruma Birimleri ve Kolluk Makamlarınca Yapılacak İşlemler*" başlıklı 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Kanun kapsamında alınacak tanık koruma tedbirlerini uygulamak üzere Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğünce tanık koruma birimlerinin kurulacağı ve bu birimlerde yeteri kadar hukukçu,

idari ve teknik personelin bulunacağı; davaya konu olan (3) numaralı fıkrasında ise Kanun hükümlerine göre, kolluk makamlarınca alınacak tedbirler ile yapılacak işlemlerin ve tanık koruma birimlerinin çalışma esas ve usullerinin yönetmelikte gösterileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer.

Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde, Kanun kapsamında bulunanlar hakkında uygulanabilecek tanık koruma tedbirleri arasında fizikî koruma sağlanması tedbiri yer almaktadır. Kanun'un 6. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, tanığın isteminin bulunması koşuluyla Cumhuriyet savcısından karar alınıncaya kadar, kolluk amirinin yazılı emriyle, geçici olarak 5. maddenin (1) numaralı fıkrasının (ç) bendinde belirtilen tedbirin alınabileceği ve bu tedbirin geciktirilmeksizin Cumhuriyet savcısının bilgisine sunulacağı öngörülmüştür. Buna göre, kolluk makamlarınca alınacak tedbir sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve tanığın da isteminin bulunması durumunda fiziki koruma sağlanması ile ilgili tedbirdir. Dolayısıyla sadece fiziki koruma sağlanması durumunda alınacak tedbirler ve bu tedbirlerle ilgili yapılacak işlemlerin çıkarılacak yönetmelikte gösterilmesi söz konusudur.

Kanun'un 1. maddesinde Kanun'un amaç ve kapsamı, ceza muhakemesinde tanıklık görevi sebebiyle, kendilerinin veya Kanun'da belirtilen yakınlarının hayatı, beden bütünlüğü veya mal varlığı ağır ve ciddi tehlike içinde bulunan ve korunmaları zorunlu olan kişilerin korunmasın için alınacak tedbirlere ilişkin esas ve usulleri düzenlemek

olduğu kurala bağlanmıştır. Buna göre, Kanun'da amaç ve kapsam belirlendikten sonra kolluk makamlarının özel ihtisas ve teknik bilgi gerektiren fizikî koruma sağlanması tedbirini ne şekilde uygulayacaklarına ilişkin ayrıntıların yönetmelikle düzenlenmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Öte yandan, kuralla tanık koruma birimlerinin çalışma esas ve usullerinin yönetmelikte gösterileceği belirtilmiştir. Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı (2) numaralı fıkrasında kolluk birimi, idarî yapısı, çalışma esas ve usulleri ilgili kolluk teşkilâtının bağlı olduğu bakanlıkça belirlenen ve Kanun kapsamında haklarında koruma tedbiri uygulanmasına karar verilecek kişilerle ilgili olarak, gerekli koruma tedbirlerini uygulayacak olan kolluk birimlerini ifade ettiği açıklanmıştır. Emniyet ve asayişi sağlamakla görevli olan Jandarma Genel Komutanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatı içinde bu görevleri yerine getirmek üzere oluşturulmuş ana hizmet birimlerinin zaten mevcut olduğu, tanık koruma tedbirlerinin bir kısmının da emniyet ve asayişi sağlama görevi kapsamında olduğu, tanık koruma birimlerinin ana hizmet birimleri çatısı altında yer aldığı dikkate alındığında tanık koruma birimlerinin çalışma esas ve usullerinin yönetmelikte gösterilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Dava konusu kuralın Anayasa'nın 6., 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 13. Maddesinin (1) ve (2) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Tanık Koruma Kurulu'na, Kanun hükümlerine göre mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasını ve yerine getirilmesini denetleme görev ve yetkisinin verildiği, bu durumun yetki gaspı olarak nitelendirilebileceği ve yargı bağımsızlığına aykırı olduğu belirtilerek kuralların, Anayasa'nın başlangıç bölümü ile 2., 11., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un "*Tanık Koruma Kurulu*" başlıklı (1) numaralı fıkrasında, Kanun'da belirtilen görevleri yapmak üzere, İçişleri Bakanlığında Tanık Koruma Kurulu'nun kurulacağı; (2) numaralı fıkrasında ise Kurul'un, mesleklerinde fiilen en az on beş yıl görev yapmış olmak koşulu ile Adalet Bakanlığı'ndan idarî görevde çalışan birinci sınıf hâkimler arasından iki, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca Ankara'da görev yapan birinci sınıf adlî yargı hâkim veya Cumhuriyet savcıları arasından seçilecek bir, Milli Savunma Bakanlığı'ndan idarî görevde çalışan birinci sınıfa geçirilmiş askeri hâkimler arasından bir, İçişleri Bakanlığı merkez teşkilâtından bir, Jandarma Genel Komutanlığı'ndan bir, Sahil Güvenlik Komutanlığı'ndan bir, Emniyet Genel Müdürlüğü'nden üç ve Gümrük Müsteşarlığı Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğü'nden bir üye olmak üzere toplam onbir üyeden oluşacağı, Kurul Başkanının, Kurul üyelerince kendi aralarından oyçokluğuyla seçileceği, Kurul kararlarının oy çokluğuyla alınacağı, Kurul'un, en az ayda bir defa veya ihtiyaç duyulduğunda her zaman Başkan'ın çağrısı üzerine toplanacağı, Kurul üyelerinin görev sürelerinin dört yıl olduğu, görev süresi sona erenlerin yeniden seçilebileceği ve Kurul'un sekretarya hizmetlerinin İçişleri Bakanlığı tarafından yerine getirileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın "*Mahkemelerin Bağımsızlığı*" başlıklı 138. maddesinde hâkimlerin görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiç bir organ, makam, merci veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin mahkeme kararlarına uymak zorunda bulundukları; 140. maddenin ikinci fıkrasında ise hâkimlerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre görev ifâ edecekleri belirtilmiştir.

Kanun'un 14. maddesinde Tanık Koruma Kurulu'nun görevlerinin, Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) ilâ (c) bentleri dışında kalan tedbirlere, bunların süresine, değiştirilmesine ve kaldırılmasına karar vermek, Kurul'un almış olduğu koruma kararlarının yerine getirilmesi için ilgili koruma birimine göndermek, tanık koruma tedbirlerinin yerine getirilmesini denetlemek, Kanun kapsamında yapılacak başvuru ve şikayetleri incelemek ve bunları sonuçlandırmak olduğu belirtilmiştir. Buna göre Tanık Koruma Kurulu,

tanığın istemde bulunması halinde Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan (d), (e), (f), (g), (ğ) ve (h) bentlerinde sayılan tanık koruma tedbirlerine karar verebilecektir. Anılan fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan tanık koruma tedbirlerine karar verebilecek makam ve merci ise Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilmiştir. Bu durumda, söz konusu tedbirlere soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısı veya tanığın istemi üzerine veya re'sen mahkemece karar verilecektir. Bunlarla ilgili Tanık Koruma Kurulu'nun, mahkemenin veya Cumhuriyet savcısının vermiş olduğu tanık koruma tedbirlerinin uygulanmasını, yerine getirilmesini denetleme görev ve yetkisi bulunmadığı gibi, bu tedbirlerin süresine, değiştirilmesine ve kaldırılmasına karar verme görev ve yetkisi de bulunmamaktadır. Bu nedenle kuralın, hukuk devleti ilkesi ile yargı bağımsızlığı ilkesini zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 138. ve 140. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Dava konusu kuralın Anayasa'nın başlangıç bölümü ve 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

27.12.2007 günlü, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun:

1- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine,

2- 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "… ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" ibaresine,

3- 9. maddesinin (3), (5) ve (7) numaralı fıkralarına,

4- 11. maddesinin (3) numaralı fıkrasına,

5- 13. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarına,

yönelik iptal istemleri, 16.6.2011 günlü, E. 2008/12, K. 2011/104 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bent ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 16.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

27.12.2007 günlü, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun:

1- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "… ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 9. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- (7) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4- 11. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- 13. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

16.6.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY YAZISI

5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasında tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre dinlenmesine karar verilebileceği; (5) numaralı fıkrasında tanığın üçüncü fıkra hükümlerine göre dinlenmesi halinde tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerektiği, bu amaçla hakimin, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebileceği veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermeyeceği belirtilmiştir. Kanun'un 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasında ise bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadelerinin, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmünde olduğu öngörülmüştür.

Yasa'nın 9. maddesinin (8) numaralı fıkrasında "Bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine göre, hakkında tedbir uygulanan tanığın beyanı tek başına hükme esas teşkil etmez" denilmiş,

(10) numaralı fıkrasında ise "Bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz" kuralına yer verilmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinin (2) numaralı fıkrasında kimliği gizli tutulan tanığın, tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrendiğini açıklamakla yükümlü olduğu, (3) numaralı fıkrasında ise sanık ve müdafiinin soru sorma hakkının saklı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi heyeti çoğunluğunun, iptal istemlerini reddederken yukarıdaki kısmi güvenceleri de gözettiği anlaşılmaktadır.

Çoğunluk kararına aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım:

Tanık, ceza yargısının temel kurumlarındandır. Yazılı belge veya teknik olanakların bulunmadığı eski çağlarda yargılama hemen her zaman tanık ifadesine dayanmakta ve bir-iki kişinin aleyhte ifadesi üzerine idam cezaları kolayca verilebilmekte idi. Sanığın tek şansı, tanıkların yalan söylediğini kanıtlamaktı ve bu da ancak tanığın etraflı bir şekilde sorgulanarak, ifadesindeki çelişkilerin ortaya konması ile mümkündü. Sanığa böyle bir imkanın tanınmadığı Engizisyon mahkemelerinde, bir kişi "cadılıkla" veya "büyücülükle" suçlandığında yakılarak idamdan kurtulma şansı yok mesabesindeydi. Uygarlıkla paralel gelişme gösteren ceza yargılaması hukukunda iddia-savunma-yargılama üçlüsünden oluşan süreçte, iddia ve savunma arasında "silahların eşitliği" ilkesi, yargılanan sanığın haklarının korunması noktasında varılabilen en ileri aşamayı temsil etmektedir. Bu nedenle **çağdaş ve insan haklarına saygılı ceza yargılamasının ana ilkesi, iddianın ortaya koyduğu tüm ispat vasıtalarının, savunma tarafınca eksiksiz ve bütün unsurlarıyla tartışılıp çürütülebilmesi yolunu açık tutan yargılama kurallarının yaşama geçirilebilmesidir.** Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiş olup, bu Anayasa kuralının "silahların eşitliği"ni de içerdiğinde kuşku yoktur.

Gizli tanık, özellikle ürkütücü olan ve insanların tanıklık yapmaya çekindikleri örgütlü suçların kovuşturulması ve suçların cezasız kalmaması düşüncesine dayanmakta ise de, ceza hukukunun temel ilkelerinden olan "silahların eşitliği"ne bir istisna niteliğindedir. Çağdaş bazı hukuk sistemlerinde de yer almakla beraber, iptali istenen kurallarla oluşturulan düzenlemeler adil yargılanma hakkını zedeler boyuttadır.

5726 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrası tek başına ele alındığında savunma hakkını kısıtlar nitelikte görünmese de (5)

numaralı fıkrada tanığa sorulabilecek sorulara getirilen kısıtlama ve üstelik hakime, tanığın kimliğini ortaya çıkarabilecek sorulara izin vermeme konusunda verilen görev, her ne kadar Kanunun aynı maddesinin (8) ve (10) numaralı fıkraları ile dengelenmiş izlenimi yaratmakta ise de gerçekte bir dengeleme yapılmamış, sadece yasa metninde çelişki yaratılmıştır. Açıkça belirtmek gerekirse, **(10) numaralı fıkrada yer alan "bu madde hükümleri savunma hakkını kısıtlayacak şekilde kullanılamaz" kuralı tam anlamıyla abesle iştigal ve sanığa somut güvence vermeyen bir retorikten ibarettir.** Esasen, böyle bir hükmün yasada yer almasına gerek de yoktur zira Anayasa'nın 36. maddesi ve hukukun evrensel ilkeleri buna engeldir.

Ceza yargılamasının ana ilkesi, hakimin maddi gerçeği ortaya çıkarmak için her türlü araştırmayı yapması ve delilleri serbestçe takdir etmesidir. Hakimin sonuca varmasında kendisine yardımcı olacak tanık ifadesine itibar etmesi veya etmemesi için, öncelikle bu ifadenin doğruluğunun saptanması gerekir ki, bu amaçla savunmanın, tanık ifadesinin doğruluğu konusunda duruşmaya gelen ve ortaya konan her şeyde olduğu gibi mutlak tartışma hakkı vardır. Esasen tanığın güvenilirliği, kimliğinden ayrı mütalaa edilemez. Nitekim **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 58. maddesinin (1) numaralı fıkrasında** tanığa ilk önce sorulacak hususlar belirtilerek "**gerekirse tanıklığına ne dereceye kadar güvenilebileceği hakkında hakimi aydınlatacak durumlara, özellikle şüpheli, sanık veya mağdurlar ile ilişkilerine dair sorular yöneltilir"** denilmiştir. Ancak iptali istenen kurallar bu soruları sınırlamaktadır.

Tanık çeşitli neden ve saiklerle yalan söyleyebilir. Kişisel bir çıkar, sanığa karşı husumet, başkaları tarafından işlendiğini bildiği halde sanığın işlemediği suçların da kendisine yüklenmesi suretiyle başkalarının kovuşturma ve cezadan kurtarılması, yargılama ile ilgisiz başka suçlu veya sanıklara zaman kazandırılması, bunlardan ilk akla gelen bazıları olabilir. Bu gibi durumlarda tanığın yalanının ortaya çıkartılması ve Türk Ceza Kanunu'nun 272. maddesinde düzenlenen "Yalan tanıklık" suçunun gerektirdiği cezalara çarptırılabilmesi için her şeyden önce tanığa ilişkin gerçeklerin bilinmesi, özellikle de adil yargılamanın vazgeçilmez unsuru olan savunmanın bu gerçeklerden haberdar olması lazımdır. İptali istenen düzenlemeler bu olanağı büyük

ölçüde kısıtlamaktadır. Kurallar bu yönüyle kamu menfaatine de aykırıdır.

Kanun'un 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasında gizli tanık ifadelerinin, duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilen ifade hükmünde olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesinde duruşmaların herkese açık olduğu belirtilmiş; duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebileceği hükme bağlanmıştır. **Ceza hukukunun genel ilkeleri bağlamında tanığın kimliği ve ifadeleri, güvenilirliği bakımından bir bütünlük** teşkil ettiğinden, kimliği bilinmeyen kişinin ifadelerinin Anayasa'nın öngördüğü anlamda açık duruşmada verilmiş ifade sayılamayacağı, iptali istenen kural aksini söylese de, insaf ve mantık icabıdır. Gizli tanığın ifadeleri, kimliği açık fakat ifadeleri gizli (mesela sadece hakimin kulağına fısıldayarak, savunmanın duymayacağı şekilde söylenen ifadeler) ile eş anlamlıdır. Adil yargılama ilkesinin ve silahların eşitliği kuralının böyle bir şeye cevaz vermediği açıktır. Gizli tanık, duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli yapılabilmesine olanak veren Anayasa'nın 141. maddesinin öngördüğü kısıtlama sebeplerine de (genel ahlak, kamu güvenliği ve kesin gereklilik) uymamaktadır. Bu hal, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen, "temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabileceği; bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı" kuralına da açıkça aykırıdır.

Tanığın kimliğinin ortaya çıkmasının kendisi veya yakınları için ağır bir tehlike oluşturacağı hallerde alınacak önlemler esasen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunun'un 58. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarında yeterli ve sistematik biçimde düzenlenmiştir. Orada dahi, kimliği saklı tutulan tanığın, **tanıklık ettiği olayları hangi sebep ve vesile ile öğrenmiş olduğunu açıklamakla yükümlü bulunduğu** hükme bağlanmıştır. Bu kere iptali istenen 5726 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (5) numaralı fıkrasında tanığa sorulabilecek sorulara getirilen kısıtlamalar, tanığın kimliğini ortaya çıkarabileceği gerekçesiyle daha da kısıtlanabilecek, en azından, sorulacak sorular yüzeysel ve genel cevaplarla geçiştirilebilecektir. Tüm bunlar maddi

gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ve adil yargılanma hakkı ile bağdaşmayan, yargılama usulü düzenini bozan bir durum yaratmıştır. Bu nedenle, iptali istenen kuralların sakıncalarını dengeler gibi gözüken, **gizli tanık ifadelerinin tek başına hükme esas teşkil etmeyeceği yolunda aynı maddenin (8) numaralı fıkrasında yer alan kural gerçek anlamda bir güvence olmaktan uzaktır.** Gizli tanık ifadelerinin **diğer kanıtlarla çelişmesi, sırf hakimi tereddüde sevketmesi, yargılamanın uzamasına neden olması dahi başlıbaşına adil yargılanmanın ihlalidir.** Öte yandan, şayet tanığın anlatımları doğru ise, başka delillerin yokluğunda, sırf kimliğin gizli olması nedeniyle hükme esas alınmaması ve bu yüzden suçun cezasız kalması, adaletin yerini bulmasına getirilmiş anlamsız bir engeldir. Bu yönüyle kuralın Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devletinin gereklerine de uymadığı açıktır.

Demokratik bir toplumda mutlak surette korunması gereken adil yargılanma hakkını **zorunlu olmayan şekilde ve ölçüsüzce** zedeleyen 5726 sayılı Kanun'un 9. maddesinin (3), (5) ve (7) numaralı fıkralarının Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olmaları nedeniyle **iptalleri** gerektiği düşüncesiyle çoğunluğa katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

Tanık Koruma Kanunu'nun *"Haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller"* başlıklı 9. maddesinin iptali istenilen (3), (5) ve (7) numaralı fıkralarında;

"(3) Tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir.

(5) Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi halinde, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 201 inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması gerekir. Bu amaçla, hâkim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez.

(7) Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir." denilmektedir.

1- Tanık Koruma Kanunu'nun amacının, ceza muhakemesinde yaptığı tanıklık görevi sebebiyle kendilerinin veya kanunda belirtilen yakınlarının korunmasına ilişkin tedbirlerin saptanmasından ibaret olduğu, Kanun'un 1. maddesinde belirtilmiştir.

İptali istenilen fıkraların da yer aldığı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesi, haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların ceza yargılamasındaki dinlenmeleri sırasında mahkemelerce uygulanacak tedbirlere ilişkin usullerin yanı sıra, bu usuller uygulanarak saptanan tanık beyanlarının delil gücü, tek başına delil sayılmaması ve savunma hakkının kısıtlanmaması gibi konuları da içermektedir. Bunlardan iptali istenilen (7) numaralı fıkrada tedbir uygulanarak saptanan tanık beyanlarının delil gücüne ilişkin düzenleme, yargılama hukukunu ilgilendiren yargı organlarınca uygulanıp denetlenmesi gereken kural olduğu ve Tanık Koruma Kanunu'nun amacıyla da bağdaşmadığı açıktır.

Öte yandan, Tanık Koruma Kanunu'nun 14. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ç) bendinde bu Kanun hükümlerine göre alınan tedbirlerin uygulanmasının ve yerine getirilmesinin denetlenme yetkisi, yürütme organı bünyesinde kurulan Tanık Koruma Kurulu'na verilmiştir. İptali istenilen (3) ve (5) numaralı fıkralardaki düzenlemelerin, haklarında koruma tedbiri kararı alınan tanıkların, ceza yargılaması sırasında korunmalarına ilişkin tedbirler olduğu gözetildiğinde, diğerleriyle birlikte bu tedbirlerin uygulanmasının ve yerine getirilmesinin denetiminin de yürütme organına bağlı olan Kurul'ca yapılabileceği gibi bir sonuç çıkarmak mümkün olabilecektir.

Bu belirsizlik ise yargılama usullerine ilişkin kuralların uygulanmasının ve denetiminin yargı mercilerince yapılmasını öngören kuvvetler ayrılığı ilkesini ve yargı bağımsızlığını zedeleyeceğinden, yargılama kurallarına ilişkin düzenlemelerin uygulanmasının duraksamaya neden olmayacak açıklıkla yapılması hukuk devletinde öngörülen belirlilik ilkesinin bir gereğidir.

Belirsizlik içeren kurallar, bu nedenle hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

2- İptali istenilen kurallar, haklarında korunmaları yönünde tedbir kararı alınan tanıkların duruşmada dinlenmesi sırasında görüntü veya ses değişikliği yapılarak tanınmasının önlenebileceğini, kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulamayacağını, bu suretle saptanan tanık ifadelerinin huzurda verilmiş ifade hükmünde olacağını öngörmektedir.

Ceza muhakemesi hukukunun temel amacı gerçeğin meydana çıkmasını sağlamaktır. Bunun ise bireylerin temel hak ve özgürlüklerine uygun bir dengenin kurulması ve adil yargılanma ilkesine uyulması suretiyle sağlanması gerekir. Adil yargılanma süreci suç işlendiği zaman başlar, gözaltı, tutukluluk, duruşma, temyiz ve cezanın infazına kadar devam eder.

Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler arasında iddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek hakkı da bu hak kapsamında kabul edilmektedir.

Söz konusu kuralların uygulanması halinde, sanık ve müdafii tarafından tanığın kimliği sorgulanamayacağı gibi sorguya çekilmesi veya çektirilmesi de mümkün olmayacağından ceza yargılamasının yüze karşı olma ilkesini ve sonuçta adil yargılanma hakkını zedeleyecektir. Sanık ve müdafii bu kurallar uyarınca, tanıklık yapan kişinin olayla ilgili görgü ve bilgisinin hangi nedenle olduğunu, aralarında husumet ya da tanıklığa engel halinin bulunup bulunmadığını bilemeyecek, yargılamayı yürüten hâkim bile tanığın gerçek sesini ve hareket tarzını izleyemeyeceği için olayla ilgili bilgi ve görgüsünün doğruluk derecesini saptayamayacaktır. Bu durum sanığın savunma hakkını kısıtlayacağı ve gerçeğin meydana çıkmasını güçleştireceği için adil yargılanmadan söz edilemeyecektir.

Ceza muhakemesinde yaptığı tanıklık görevi sebebiyle korunan ve ceza tehdidi altında savunma yapan bireylerin temel hak ve özgürlüklere uygun bir dengenin kurulması suretiyle korunmalarının ve savunmada bulunmalarının sağlanması gerekir.

Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin iptali istenilen (3), (5) ve (7) numaralı fıkralarındaki düzenlemeler, temel hak ve özgürlüklere uygun bir dengenin sağlanması için yeterli olmadıkları gibi savunma hakkını da ölçüsüz biçimde sınırlandırmaktadır.

Ayrıca, söz konusu Kanun'un 9. maddesinin (8) ve (10) numaralı fıkralarında, tedbir uygulanarak saptanan tanık beyanlarının tek başına hükme esas teşkil etmeyeceği ve bu tedbirlerin savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamayacağı öngörülmekte ise de adil yargılanma süreci, suçun işlenmesi ile başlayıp gözaltı, tutukluluk ve duruşma aşamalarını kapsadığından, bu düzenlemelerin de yargılamanın sürdüğü zaman dilimi içinde adil yargılanma hakkını sağlamak için yeterli olmayacakları açıktır.

Bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 13. ve 36. maddelerine aykırı olan kuralların iptali gerekir.

Yukarda belirttiğim gerekçe sebebiyle redde ilişkin çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 27.12.2007 tarih ve 5726 sayılı Kanun'un 9. maddesinin iptali istenen üçüncü fıkrasında, tanığın duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tesbit edilecek bir usule göre dinlenmesine karar verilebileceği hüküm altına alınmış; ancak savunmanın bu dinlemeye fiilen iştirak edip etmeyeceği hususu meskût geçilmiştir. Sanığın gizli tanığın kimliğini ve eşkalini bilmesi, tanığın yaşam hakkı yönünden mahsurlu görülüyorsa, yasakoyucunun sanık yerine müdafiinin bu ifade verme esnasında bizzat hazır bulunmasını sağlaması, böylelikle adil bir yargılamanın ayrılmaz parçası olan savunmanın zayıflatılmamasını hedeflemesi gerekir. Oysa kuralda bu yönde bir düzenleme yapılmamış ve savunma unsuru dikkate alınmamıştır. 9. maddenin onuncu fıkrasındaki "Bu madde hükümleri, savunma hakkını kısıtlayacak şekilde uygulanamaz." biçimindeki kural da, bu boşluğu ortadan kaldırıcı mahiyette değildir. Çünkü, mahkemelerdeki uygulama birliğini sağlayacak açıklıktan uzak olup, belirli değildir. Dolayısıyle kural Anayasa'nın hem hukuk devleti ilkesine hem de adil yargılanma hakkına aykırı düşmektedir.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararları incelendiğinde de, savunma hakkının ihlâl edildiği her durumda ihlâl kararı verildiği açıkça görülmektedir. Yasakoyucunun gizli tanığın uğraması muhtemel tehlikeler nedeniyle korunması gereken yaşam hakkı ile savunma hakkı arasında bir denge gözetmesi ve buna göre adil bir düzenleme yapması gerekir. Bu dengenin savunma aleyhine bozulduğu bir yargılamanın adil yargılanma olarak kabulü sözkonusu olamaz.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 2. ve 136. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerekir.

2- 9. maddenin yedinci fıkrası da üçüncü fıkra ile birlikte değerlendirildiğinde, üçüncü fıkra için belirtilen gerekçeler bu fıkra yönünden de aynen geçerli olup, savunma hakkı bakımından aynı sonuçları doğurmaktadır. Bu nedenle, kuralın Anayasa'nın 136. maddesine aykırı düşmesi karşısında iptali gerekir.

3- Yukarıda izah edilen nedenlerle, üçüncü ve yedinci fıkraların iptali gerektiği kanısında olduğumdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

27.12.2007 günlü, 5276 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun "Haklarında koruma tedbiri alınan tanıkların dinlenmelerinde uygulanacak usuller" başlıklı 9. maddesinin,

(3) numaralı fıkrasında; "Tanığın, duruşma salonunda fiziksel görünümünü engelleyecek tarzda mahkemece tayin ve tespit edilecek bir usule göre, dinlenmesine de karar verilebilir."

(5) numaralı fıkrasında; "Tanığın üçüncü fıkra hükmüne göre dinlenmesi halinde, Ceza Muhakemesi Kanununun 201 inci maddesinin uygulanmasında, tanığa sorulacak soruların ve bu Kanun kapsamında tanık hakkında uygulanan tedbirlerle orantılı ve amaca uygun olması

gerekir. Bu amaçla, hakim, sorulan soruların tanığa sorulmamasına karar verebilir veya tanığı dinlerken dolaylı dahi olsa tanığın kimliğini ortaya çıkaracak soruların sorulmasına izin vermez."

(7) numaralı fıkrasında;" Bu madde hükmüne göre alınan tanık ifadeleri, Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş ifade hükmündedir." denilmektedir.

Yasanın gerekçesinde, suç ve suçlulukla mücadelenin etkin yöntemlerinden biri olan tanıkların ve yakınlarının korunması için gerekli tedbirleri almanın devletin sorumluluğunda olduğu belirtilmektedir.

Tanığın korunmak zorunda olması nedeniyle, ispat hukuku ile ilgili bazı ceza muhakemesi ilkelerinin sınırlandırılması, sanığın haklarının kısıtlanması, mahkemelerin gerçeğe ulaşmasından kısmen feragat edilip edilmediği hususları tartışmalıdır. Bu nedenle karşılaştırılmalı hukukta ve uluslararası sözleşmelerde tanık koruma programının organize ve ciddi suçlarda uygulanması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 36. maddesinde; "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilmektedir. Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına ilişkin güvenceler olarak silahların eşitliği, duruşmada hazır bulunma hakkı, iddia tanıklarına soru sorma hakkı bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim, Ceza muhakemesi hukukunda adil yargılamayı sağlamak amacıyla "masumluk karinesi", "vicahilik" ve "alenilik" ilkeleri kabul edilmiştir. Bu meyanda dava sujelerinin duruşmada hazır bulunmaları, iddia ve savunmalardan haberdar olmaları ve onların hakim huzurunda birbirlerini dinlemesi, iddia ve kanıtlara karşı tarafların diyeceklerinin

sorulması, karşı kanıtlarını getirme olanağının tanınması adil yargılanma için bir teminattır.

Dava konusu düzenleme ile aleyhinde tanıklık yapan kişiyi görmeyen tanığın kimliği hakkında bilgisi olmayan sanığın savunma hakkı kısıtlanmış olup, her ne sebeple olursa olsun savunma hakkı kısıtlanan kişi hakkında verilen hüküm her zaman adil yargılanma konusunda bir şüpheyi içinde taşıyacaktır. Kimliği gizli tutulan ya da duruşmada hazır bulunması gerekenler olmadan dinlenmiş bir tanığın beyanını, duruşma sırasında hazır bulunanlar huzurunda verilmiş bir ifade hükmünde olduğunun kabul edilmesi ve sonuçta bu beyanların mahkumiyet hükmüne esas alınması Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ve 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırıdır.

Açıklanan nedenle 27.12.2007 günlü 5276 sayılı Tanık Koruma Kanunu'nun 9. maddesinin **(3), (5), (7)** numaralı fıkraları Anayasa'nın 2. ve 36. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2010/32

Karar Sayısı : 2011/105

Karar Günü : 16.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Hava Kuvvetleri Komutanlığı Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Mahkemesi **(E.2010/32)**

2- Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi **(E.2010/110)**

İTİRAZLARIN KONUSU: 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 25. ve 26. maddelerinin, Anayasa'nın 2., 10., 36., 138., 139., 140. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Görevi ihmal, resmi belgede sahtecilik, resmi belgede sahtecilik suçuna iştirak suçlarından birinci sınıf askeri hâkimler hakkında açılan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

1- E.2010/32 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"III- İNCELEME VE DEĞERLENDİRME:

Sanık Hak. Bnb. … 19.12.2006 tarihinde 1'inci sınıf Askeri Hâkimliğe ayrıldığı dosya kapsamından anlaşılmıştır. Sanık …'ın görevi ihmal suçunu işlediği iddiasıyla Mahkememizde yargılanmasına başlanmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yargı başlıklı 3'üncü bölümündeki; 138'inci maddesinde mahkemelerin bağımsızlığı, 139'uncu maddesinde Hâkimlik ve Savcılık teminatı, 140'ıncı maddesinde Hâkimlik ve Savcılık mesleği ve 145'inci maddesinde Askeri Yargı düzenlenmiştir. Türkiye

Cumhuriyeti Anayasası'na göre adli yargı hâkimleri ile askeri hâkimler arasında bir ayrım yapılmamıştır. Bir başka deyişle adli yargı hâkimleri ile askeri yargı hâkimleri arasında statü bakımından farklılık bulunmamaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2'nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olup 10'uncu maddesine göre ise herkes kanun önünde eşittir. Kanun koyucu 2802 sayılı Kanunda 1'inci sınıf hâkimler için özel bir yargılama usulü belirlemiştir. Buna göre 1'inci sınıf hâkimlik statüsünü kazanan adli yargı hâkim ve savcıların yargılanmalarının 1'inci sınıf hâkimlerden oluşan Yargıtay'ın ceza dairesinde yapılacağı hüküm altına alınmıştır. 357 sayılı Kanunda ise bütün Askeri Hâkim ve Savcıların statü ayrımı yapılmaksızın en yakın Askeri Mahkemede yargılanacağı belirtilmiştir. Bilindiği gibi bütün Askeri Mahkemeler eşit derecede mahkemeler olup birbirlerine herhangi bir üstlük durumu bulunmamaktadır. Yargılanması gereken 1'inci sınıf bir Askeri Hâkimin en yakın Askeri Mahkemede 1'inci sınıf olmayan hâkimler tarafından yargılanması mümkündür. Bunun ise yukarıda belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır.

Tüm bu sebepler dikkate alınarak 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununun 25 ve 26'ncı maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu değerlendirilmiş ve Anayasa Mahkemesine bu maddelerin iptali için başvurulmasına karar verilmiştir."

2- E.2010/110 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"3- Anayasaya Aykırılık Gerekçesi:

Sanıklar hakkında Genelkurmay Askeri Savcılığının 4.6.2010 gün ve 2010/276-180 esas ve karar sayılı iddianamesi ile 5237 sayılı TCK.'nun 204/(2) nci maddesinde düzenlenen görevi gereği düzenlemeye yetkili olduğu resmi bir belgeyi gerçeğe aykırı olarak düzenlemek suçundan kamu davası açılmış olup bu suçtan mahkememizde yargılamaları devam etmektedir. Sanıklara isnat edilen suç görev suçudur.

Sanık Hv. Hâk. Alb. …'un 21 Ekim 1999 tarihinde birinci sınıf hâkimliğe geçirilmiş olduğu, Hava Kuvvetleri Komutanlığının 25 Haziran 2010 tarihli yazısı ile 30 Haziran 2010 tarihinden itibaren birinci sınıf askeri hâkim statüsünden çıkarılmış olduğu, sanık Hv. Hâk. Bnb. …'in ise 30 Ağustos 2009 tarihinden geçerli olarak birinci sınıf hâkimliğe geçirildiği ve halen bu statüsünü taşımakta olduğu Milli

Savunma Bakanlığının dava dosyasında mevcut 26 Ekim 2010 tarihli yazısıyla bildirilmiştir.

357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununun 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasında "Milli Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir." şeklinde düzenleme bulunması ve sanıkların suç tarihlerinde Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Savcılığında görevli olmaları, buraya en yakın askeri mahkemenin Genelkurmay Askeri Mahkemesi olması nedeniyle sanıklar askeri mahkememizde yargılanmaktadırlar.

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun "Soruşturma ve Kovuşturma" başlıklı 7 nci kısmında adli ve idari yargı hâkim ve savcıları hakkında soruşturma ve kovuşturmanın ne şekilde yapılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu kısmın son soruşturma mercileri başlıklı 90 ıncı maddesinde "Haklarında son soruşturma açılmasına karar verilenlerden; birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dahil bulunan hâkim ve cumhuriyet savcılarının, son soruşturmaları Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde görülür. Birinci fıkra dışındaki hâkim ve savcıların son soruşturmaları, yargı çevresi içinde bulundukları ağır ceza mahkemesinde yapılır."; son soruşturma merciinin saptanması başlıklı 91 inci maddesinde ise "Bu kanun gereğince haklarında kovuşturma yapılacak olanların, son soruşturma mercilerinin saptanmasında, son soruşturma zamanındaki, son soruşturmadan önce görevden ayrılanların ise ayrılma zamanındaki sıfatları esas alınır. Geçici yetkililer hakkında soruşturma ve kovuşturma mercilerinin saptanmasında yetkili bulundukları yerdeki sıfatları esas tutulur." denmek suretiyle, görevden doğan veya görev sırasındaki işledikleri suçlar nedeniyle adli ve idari yargı hâkim ve savcılarından birinci sınıfa ayrılmış olanlarla ağır ceza mahkemeleri heyetine dâhil bulunanların Yargıtay'ın görevli ceza dairesinde yargılanmaları, bunun dışındaki hâkim ve savcıların ise yargı çevresi içinde bulundukları ağır ceza mahkemelerinde yargılanmaları öngörülmüştür.

Düzenlemelerden görüleceği üzere görevden doğan veya görev sırasında işlenen suçlarda adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının işledikleri suçun vasfına bakılmaksızın görev yaptıkları mahkemeye göre daha yüksek görevli mahkemelerde yargılanmaları öngörülmüştür.

Yine 2802 sayılı Kanunun 93 üncü maddesinde adli yargı hâkim ve savcılarının kişisel suçları hakkında soruşturmanın ilgilinin bulunduğu ağır ceza mahkemesine en yakın ağır ceza mahkemesi cumhuriyet başsavcısı tarafından yapılacağı, son soruşturmanın (Kovuşturmanın) ise o yer ağır ceza mahkemesinde yapılacağı düzenlenmiştir.

Askeri hâkim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturmanın ne şekilde ve nerede yapılacağı 357 sayılı Askeri Hâkimler ve Savcılar Kanununun 2 nci kısmının "Soruşturma ve Kovuşturma" başlıklı 5 inci bölümünde düzenlenmiştir. Bölüm başlığı soruşturma ve kovuşturma olmakla ve bölümde soruşturma ile ilgili ayrıntılı düzenleme bulunmakla birlikte, kovuşturma ile ilgili ayrıntılı düzenleme bulunmamaktadır. 5 inci bölümün soruşturma başlıklı 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasında "Milli Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir." şeklinde düzenleme bulunması nedeniyle askeri hâkim ve savcılar görevlerinden dolayı veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı birinci sınıf olup olmadıklarına bakılmaksızın görev yaptıkları mahkeme veya savcılığa en yakın askeri mahkemede yargılanmaktadırlar.

357 sayılı Askeri Hâkimler ve Savcılar Kanununun "Genel Yargıya Tabi Şahsi Suçlar" başlıklı 28 nci maddesinde ise 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununun 93 üncü maddesine paralel düzenleme bulunmakta olup, bu düzenleme gereği askeri hâkim ve savcıların kişisel suçlarından dolayı adli ve idari yargı hâkim ve savcıları gibi soruşturmalarının ağır ceza mahkemesi savcılığınca, kovuşturmalarının ise ağır ceza mahkemesince yapılması öngörülmüştür.

Yargı fonksiyonu Anayasanın 3 üncü kısmının 3 üncü bölümünde Yargı başlığı altında, 138-160 ıncı maddeleri arasında düzenlenmiştir. Mahkemelerin bağımsızlığı 138 inci maddede, hâkimlik ve savcılık teminatı 139 uncu maddede düzenlenmiştir. "Hâkimlik ve Savcılık Mesleğinin Özellikleri" başlıklı 140 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasında "Hâkim ve savcıların... haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi..."nin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anayasada

hâkim ve savcılar hakkında nerede ve nasıl soruşturma ve kovuşturma yapılacağı açıklanmamış, bu hususun mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür.

Nitekim yukarıda değinildiği üzere 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda bu ilkelere uygun olarak düzenleme yapılmış ve adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının görev yaptıkları mahkemelere göre daha yüksek görevli mahkemelerde yargılanmaları öngörülmüştür.

Bu bölümün 145 inci maddesinde askeri yargı düzenlenmiştir. Anayasanın 145 inci maddesinin 3 üncü fıkrası "Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı, askerlik hizmetlerinin gereklerine göre kanunla düzenlenir. Kanun, ayrıca askeri hâkimlerin yargı hizmeti dışındaki askeri hizmetler yönünden askeri hizmetlerin gereklerine göre teşkilatında görevli bulundukları komutanlık ile olan ilişkilerini de gösterir." şeklinde iken, bu fıkrada 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu 145 inci maddenin son fıkrası "Askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri, askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin görevli bulundukları komutanlıkla ilişkileri, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir." şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Yapılan değişiklik ile fıkranın 2 nci cümlesi tamamen kaldırıldığı gibi, 1 inci cümledeki "Askerlik hizmetinin gereklerine" ibaresi de kaldırılmıştır. Yapılan değişiklikten sonra askeri hâkim ve savcıların özlük işleri ve maddede sayılan konularda yapılacak yasal düzenlemelerde göz önüne alınacak ölçüt mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına uygun olmaktır. Doğal olarak yasal düzenlemenin hukuk devleti, eşitlik ve adil yargılanma ilkelerine de uygun olması gerekmektedir.

Bu anayasal düzenlemeler göz önüne alındığında, askeri hâkim ve savcılar hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasına dair kanuni düzenlemenin Anayasanın 2, 36, 138, 139, 140 ve 145 inci maddelerinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir.

Hukuk devleti ilkesi Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenmiş olup, 10 uncu maddede ise eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasanın eşitlik ilkesi gereği eşitlik her bakımdan aynı hukuki durumda olanlar arasında aranacak bir özellik olup, farklı durumdakilere farklı kurallar uygulanması eşitliği bozmaz ise de, kişilerin farklı kurallara tabi tutulmalarının haklı nedenlere dayanıyor olması gerekmektedir. Kişilerin farklı kurallara tabi tutulmaları haklı nedenlere dayanmıyorsa eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Anayasa Mahkemesinin kararlarında eşitlik ilkesine aykırılığın hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 6000 sayılı Kanun ile değişik 2 nci maddesinde "Askeri mahkemeler, bu kanunda aksi yazılı olmadıkça üç askeri hâkimden kurulur. Askeri mahkeme kurulunda bulunanların en kıdemlisi, mahkeme başkanlığı görevini yapar." şeklinde mahkeme kuruluşu düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca üç askeri hâkimin bulunması yeterli olup, askeri mahkemelerin henüz birinci sınıfa dahi ayrılmamış üç askeri hâkimden kurulması mümkün bulunmaktadır. Ayrıca askeri mahkemeler arasında bir derecelendirme mevcut değildir.

Askeri mahkemeler arasında bir derecelendirme mevcut olmadığı gibi, 353 sayılı Kanunun 202 nci maddesine 5530 sayılı Kanun ile eklenen 2 nci fıkrası ile bu kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yapılacak itirazları en yakın askeri mahkemenin incelemesi öngörülmüş olup, bir askeri mahkemeye en yakın askeri mahkeme o askeri mahkemenin itiraz merciidir. Askeri savcılıkların itiraza tabi kararlarında da itiraz mercii en yakın askeri mahkemedir. Somut yargılamada sanıklar Hava Kuvvetleri Askeri Savcılığında görevli oldukları sırada işledikleri suçlar nedeniyle mahkememizde yargılanmakta olup, mahkememizin kararlarına karşı yapılacak itirazları incelemeye 353 sayılı Kanunun 202/2 nci maddesi gereğince Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi yetkilidir. Yine 353 sayılı Kanunun 43 üncü maddesi uyarınca reddolunan hâkimin müzakereye katılamamasından dolayı askeri mahkemenin kurulamaması halinde yalnız bu hususta karar verilmesi için başka bir hâkimle yeni bir kurulun kurulması, bu yolla da mahkemenin kurulması mümkün olmazsa en yakın askeri mahkemeden bir hâkim istenmesi öngörülmüştür. Sanıkların mahkememiz heyetinden iki hâkimi reddetmeleri ve

mahkememizdeki diğer hâkimlerle heyet oluşturulamaması halinde 353 sayılı Kanunun 43 ncü maddesi gereğince mahkememize en yakın mahkeme olan Hava Kuvvetleri Askeri Mahkemesinden hâkim istenmesi durumu ortaya çıkacaktır. Mevcut durumda da başka dava dosyalarında mahkememizin kararlarına yapılan itirazlar Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesince, Hava Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesinin kararlarına karşı yapılan itirazlar ise mahkememizce karara bağlanmaktadır. 357 sayılı Kanunun 25/2 nci maddesinde askeri hâkim ve savcıların görev yaptıkları yere en yakın askeri mahkemede yargılanmalarının öngörülmüş olmasının usul hukuku bakımından da bu gibi mahsurları bulunmaktadır. Uygulamada bu mahsurlar hâkimin davadan çekilmesi gibi önlemlerle giderilmeye çalışılmaktadır.

Ceza muhakemesi hukukunda soruşturma ve kovuşturma mercileri, hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan kişilerin hal ve sıfatına göre belirlenebilmektedir. Doktrinde; kişi yönünden yetki olarak adlandırılan yetki normlarının sanıkların kişiliklerinin göz önünde tutularak belirlenmesinden, bir başka anlatımla bazı hal ve sıfata sahip kişilerin yargılanacağı mercilerin hal ve sıfatları göz önüne alınarak belirlenmesinden maksat kişilerin kendilerinin korunması olmayıp, kişilerin yerine getirdiği fonksiyonun korunmasıdır. Bu doğrultuda hâkim ve savcıların yargılanacağı mercilerin hal ve sıfatlarına göre genel yetki ilkelerinden farklı düzenlenmesinden amaç yargı fonksiyonunun korunması olup, yargı fonksiyonunun özelliği göz önüne alınarak gereği gibi yerine getirilebilmesinin sağlanmasıdır. Hâkimlere yargılanma bakımından tanınan bu teminat, hâkimlerin kişiliğine getirilen bir koruma olmayıp, hiçbir etki altında kalmaksızın adalet dağıtmalarının ve vatandaşların bu teminat içinde adaletin sağlandığı inancı içerisinde yaşamalarını sağlamaya yöneliktir.

Anayasanın 3 üncü bölümü incelendiğinde, yargı fonksiyonunun adli, idari ve askeri yargı tarafından yerine getirilmesinin öngörüldüğü görülmektedir. Aynı anayasal yargı fonksiyonunu yerine getiren askeri hâkim ve savcıların da adli ve idari yargı hâkim ve savcıları ile aynı teminatlara sahip olması gerekmektedir.

Birinci sınıfa ayrılmış adli ve idari yargı hâkim ve savcıları ile ağır ceza mahkemeleri heyetine dahil bulunanların görev suçlarıyla ilgili Yargıtay'ın ceza dairesinde yargılanmaları öngörülmüş iken, aynı

anayasal yargı fonksiyonunu yerine getiren birinci sınıfa ayrılmış askeri hâkim ve savcıların birinci sınıfa ayrılmamış hâkim ve savcılardan dahi oluşması mümkün bulunan görev yaptığı mahkemenin eşiti mahkemede yargılanmalarının, keza birinci sınıfa ayrılmamış askeri hâkimlerin de adli ve idari yargı hâkim ve savcıları gibi görev yaptıkları mahkemeye göre daha yüksek yetkili bir mahkemede yargılanmak yerine, görev yaptıkları mahkemenin eşiti mahkemede yargılanmalarının yukarıda açıklanan anayasal düzenlemeler karşısında haklı bir sebebi bulunmamaktadır.

Kişisel yetkinin kişiyi değil, kişinin yaptığı fonksiyonu korumak amacıyla düzenlendiği, askeri hâkim ve savcıların görev suçlarından dolayı yargılanmaları yönünden yeterli teminata sahip olmamalarının aynı zamanda askeri yargı fonksiyonunun da yeterli derecede korunmaması sonucunu yaratacağı göz önüne alındığında; askeri hâkim ve savcıların yukarıda değinildiği üzere kişisel suçlarından dolayı adli ve idari yargı hâkim ve savcıları gibi ağır ceza mahkemelerinde yargılanmaları, soruşturmalarının ağır ceza mahkemesi savcılığınca yapılması 2802 sayılı Kanuna paralel olarak düzenlenmiş iken, görev suçlarına ilişkin yargılamalarda bu paralelliğin sağlanmamış olmasının da haklı bir sebebi bulunmamaktadır.

357 sayılı Kanunun 25/2 nci maddesinin uygulanması askeri hâkim ve savcıların görev yaptıkları mahkemeye göre daha yüksek görevli bir mahkemede yargılanmamaları sonucunu yarattığı gibi, yukarıda açıklandığı üzere en yakın askeri mahkemeler birbirlerinin kararlarında itiraz mercii olmaları sebebiyle askeri hâkim ve savcıların fiilen en yakın görev ilişkisinde bulundukları askeri mahkemede yargılanmaları sonucunu doğurmaktadır.

Diğer taraftan bir askeri mahkemeye en yakın askeri mahkeme, askeri mahkeme hizmet binalarının coğrafi konumlarına, birbirlerine olan fiziki mesafelerine göre belirlenmekte olup, askeri mahkemelerin hizmet binaları idari bir tasarrufla değiştirilebilmekte, buna bağlı olarak da en yakın askeri mahkemeler değişebilmektedir. Bunun sonucunda idari bir tasarrufla askeri hâkimin yargılanacağı mahkemenin değiştirilmesi mümkün bulunmaktadır. Bu hususun da en yakın askeri mahkemede yargılanması öngörülen askeri hâkim ve savcılar bakımından hâkimlik teminatı ve adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil ettiği düşünülmektedir.

Tüm açıklanan nedenler göz önüne alındığında, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununun 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasının Anayasanın hukuk devleti ilkesine dair 2 nci, eşitlik ilkesine dair 10 uncu, adil yargılanma ilkesine dair 36 ncı, mahkemelerin bağımsızlığına dair 138 inci, hâkim ve savcılık teminatına dair 139 uncu ve 140 ile 145 inci maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Mahkemesinin 23 Mart 2010 gün ve 2010/209-120 esas-müteferrik karar numaralı kararıyla 357 sayılı Kanunun 25 ve 26 ncı maddelerinin Anayasanın 2, 10, 138, 139, 140 ve 145 inci maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurulduğuna, Anayasa Mahkemesinin 9.4.2010 gün ve 2010/32 esas sayılı ilk inceleme kararıyla 357 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasının esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verildiğine işaret olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun itiraz konusu kuralları içeren 25. ve 26. maddeleri aşağıdaki gibidir:

"Madde 25- Soruşturma

Millî Savunma Bakanı, soruşturma yapmaya memur edilen askeri adalet müfettişince düzenlenen ve düşüncesini de kapsayan evrakı inceler, elde edilen sonuca göre hazırlık soruşturması yapılması için izin verilmesi veya disiplin cezası tayinine yahut kovuşturma yapılmasına lüzum görmezse evrakın işlemden kaldırılmasına karar verir.

Millî Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrak gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderilir.

Bir suçtan dolayı yapılacak ceza soruşturması disiplin cezası uygulanmasına engel olmaz."

"Madde 26- Soruşturma Sonucu

Askeri adalet müfettişince düzenlenen evrak kendisine gönderilen askeri savcı, suç, Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç

ve Cezaları hakkındaki Kanunda yazılı olsa bile, Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre gerekli işlemi yapar. Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin suç ve Cezaları hakkındaki Kanunun 2 nci kısmında yer alan disiplin suç ve cezalarına ait hükümler askeri mahkemeler tarafından da uygulanır.

Askeri adalet müfettişince yapılan soruşturma hazırlık soruşturması olarak kabul edilebilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, iptali istenilen kuralların Anayasa'nın 2., 10., 36., 138., 139., 140. ve 145. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E.2010/32 sayılı dosyada 9.4.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kurallardır.

Başvuran Mahkeme, 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 25. ve 26. maddelerinin iptalini istemiştir.

357 sayılı Kanunun 25. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları ile 26. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesi ve ikinci fıkrasında, yargılama öncesi safhaya ilişkin usuller düzenlendiğinden itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin uygulayacağı kural değildir.

26. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, 16.6.1964 günlü, 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunun ikinci kısmında yer alan disiplin suç ve cezalarına ilişkin hükümlerin askeri mahkemeler tarafından da uygulanacağına ilişkindir. Bakılmakta olan davada sanığın görevi ihmal eylemi, 477 sayılı Kanunun ikinci kısmında yer alan suç ve cezalar kapsamında yer almadığından maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi de davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Bu nedenle,

26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanun'un;

1- 25. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları ile 26. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

2- 25. maddesinin ikinci fıkrasının ise dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü gereğince, E.2010/110 sayılı dosyada 7.12.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasının iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2010/110 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2010/32 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2010/32 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 7.12.2010 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Genel Açıklama

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun "Askeri Hâkimler ve Savcılar Hakkında Soruşturma" başlıklı 104. maddesinde askeri hâkimler ile askeri savcılar veya yardımcıları hakkında özel kanuna göre soruşturma yapılacağı belirtilmiştir.

Askeri hâkimler ve askeri savcıların soruşturma ve kovuşturmaları, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun Beşinci Bölümünde, 23. ve 29. maddeler arasında düzenlenmiş, 24., 25., 26., 27. ve 28. maddelerde "mahkeme" ve "dava" kavramlarına yer verilmiştir. Kanun'da, askeri hâkimler ve savcıların geçirdikleri soruşturmalar sonucunda yargılanmalarına karar verilmesi halinde, davanın hangi mahkemede görüleceği üzerine özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Davanın görüleceği mahkeme, 25. maddenin itiraz başvurusuna konu olan ikinci fıkrasındaki düzenlemeden anlaşılmakta; Millî Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde düzenlenmiş olan evrakın, gereği yapılmak üzere *ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına* gönderilmesi, soruşturmayı yapacak olan savcıyla birlikte, davanın görüleceği mahkemeyi de göstermektedir.

Askeri ceza yargısı, adli yargı gibi, iki derecelidir. Bu yargı kolunun ilk derece mahkemeleri, askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri, üst mahkemesi ise Askeri Yargıtay'dır. Askeri yargı, Anayasa'nın 145.

maddesinde, askeri mahkemelerin kuruluşu da 353 sayılı Kanun'da düzenlenmiştir.

353 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, teşkilatında askeri mahkeme kurulan her kıta komutanı veya askeri kurum amirinin refakatinde bir askeri savcı ile yeteri kadar askeri savcı yardımcı olarak bulunur. Askeri savcının yetkisi, 353 sayılı Kanuna göre, teşkilatında bulunduğu askeri mahkemenin yetkisi ile sınırlı olduğundan, askeri savcının bu askeri mahkemenin dışında bir askeri mahkemeye dava açması mümkün değildir. İtiraz başvurusuna konu edilen 25. madde kapsamındaki görev suçlarında, yetkili ve görevli mahkeme, hakkında soruşturma açılan askeri hâkim ve savcının görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemedir.

Adli ve idari yargıda görev yapan hâkim ve savcıların görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlar nedeniyle haklarında yürütülen soruşturma ve kovuşturmalarda, hâkimin ilk derece mahkemesi hâkimi veya yüksek mahkemede görev yapmasına göre farklı muhakeme usulü kabul edilmiştir. İlk derece mahkemesi hâkimleri bakımından 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu hükümleri, yüksek mahkemelerde görev yapan hâkimler bakımından ise kendi özel kanunlarında yer alan soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olmaktadır.

2802 sayılı Kanunda, adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlar nedeniyle son soruşturma mercilerinin belirlenmesinde, son soruşturma kararının verildiği tarihteki "meslek sınıfları" ve "görev sıfatları" esas alınmıştır. Buna göre; "birinci sınıfa ayrılmış bulunanlar" ile "ağır ceza mahkemesi heyetine dâhil bulunanlar" bakımından Yargıtay'ın görevli ceza dairesi, bunların dışında kalan hâkim ve savcılar bakımından da yargı çevresi içinde bulundukları ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Adli ve idari yargı hâkim ve savcıları hakkında, özel bir kovuşturma usulü belirlenmişken, askeri hâkim ve savcıların soruşturma ve kovuşturma usulünü düzenleyen 353 sayılı Kanunun itiraz konusu kuralı nedeniyle, tüm askeri hâkim ve savcılar, görevlerinden doğan veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı, hiçbir ayrım ve ölçüt gözetilmeksizin, görevli bulundukları yere en yakın ve eşit derecelerdeki askeri mahkemede yargılanmaktadırlar. Kurala göre, birinci sınıfa ayrılmış bir

askeri hâkimin ve savcının, en yakın askeri mahkemede birinci sınıfa ayrılmamış olan hâkimler tarafından yargılanması mümkündür.

357 sayılı Kanun'un "Genel Yargıya Tabi Şahsi Suçlar" başlıklı 28. maddesinde ise askeri hâkim ve savcıların kişisel suçlarından dolayı soruşturmalarının, adli ve idari yargı hâkim ve savcıları gibi ağır ceza mahkemesi savcılığınca, kovuşturmalarının ise ağır ceza mahkemesince yapılması öngörülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararlarında, Anayasa'da adli ve idari yargı hâkimleri ile askeri hâkimler arasında bir ayrım yapılmadığı, aynı anayasal yargı fonksiyonunu yerine getiren birinci sınıfa ayrılmış askeri hâkim ve savcıların, adli ve idari yargı hâkim ve savcılarından farklı olarak, birinci sınıfa ayrılmamış hâkimlerden oluşması mümkün bulunan mahkemede yargılanmalarının haklı bir sebebinin bulunmadığı, Anayasa'dan askerlik hizmetinin gerekleri sözcüklerinin çıkarıldığı, askeri hâkim ve savcılar hakkında yapılacak yasal düzenlemelerin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına, hukuk devleti, eşitlik ve adil yargılanma ilkelerine uygun olması, soruşturma ve kovuşturma mercilerinin hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan kişilerin hal ve sıfatına göre belirlenmesi gerektiği, askeri hâkim ve savcıların görev suçlarından dolayı yargılanmaları yönünden yeterli teminata sahip olmamalarının aynı zamanda askeri yargı fonksiyonunun da yeterli derecede korunmaması sonucunu yaratacağı, askeri hâkim ya da savcının yargılanacağı en yakın askeri mahkemenin idari bir tasarrufla değiştirilmesinin mümkün bulunduğu, bu hususun mahkemelerin bağımsızlığı, hâkimlik teminatı ve adil yargılanma ilkelerini zedeleyeceği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36., 138., 139., 140. ve 145. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun itiraz konusu kuralı içeren 25. maddesinin ikinci fıkrasında, askeri hâkim ve savcılar hakkında Millî Savunma Bakanınca hazırlık soruşturması açılmasına izin verildiği takdirde, düzenlenmiş olan evrakın gereği yapılmak üzere ilgilinin görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkemenin savcısına gönderileceği belirtilmek suretiyle madde kapsamındaki görev suçlarında, yetkili ve görevli mahkeme, hakkında soruşturma açılan

askeri hâkim ve savcının görevli bulunduğu yere en yakın askeri mahkeme olarak öngörülmüştür.

Anayasa'nın, 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin "demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti" olduğu, "Yargı yetkisi" başlıklı 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş, 36. ve 37. maddelerinde de "hak arama hürriyeti" ve "kanunî hâkim güvencesi" hakların korunmasıyla ilgili hükümler arasında sayılmıştır.

Anayasa'nın 138. maddesinde "Mahkemelerin bağımsızlığı", 139. maddesinde "Hâkimlik ve savcılık teminatı" ilkeleri yer almış; 140. maddesinin ikinci fıkrasında, hâkimlerin görevlerini, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre yerine getirecekleri, üçüncü fıkrasında, hâkim ve savcıların haklarında görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesinin mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği, 145. maddesinin dördüncü fıkrasında ise, askeri yargı organlarının kuruluşu, işleyişi, askeri hâkimlerin özlük işleri askeri savcılık görevlerini yapan askeri hâkimlerin mahkemesinde görevli bulundukları komutanlık ile ilişkilerinin, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin temel bileşenlerinden olan yargı bağımsızlığı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca ve en etkin güvencesidir. Mahkemelerin bağımsızlığı, genellikle hâkimlerin bağımsızlığı kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmakta ve biri diğerinin nedeni ve doğal sonucu olarak anlaşılmaktadır. Hâkimlerin görevlerine ilişkin bağımsızlığı, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin dolaylı dolaysız her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Yargının bir karakteri olan bağımsızlık, hâkimin, çekinmeden ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir. Hâkim bağımsızlığının yalnız yürütme organına karşı değil, demokratik bir toplumda, devlet yapısı içinde tüm kurum ve kuruluşlar ile kişilere karşı da düşünüp sağlanması gerekir.

Yargının bağımsızlığı konusunda düzenlemeler yapılırken, hâkimlerin yargı içi ve dışı her türlü etki ve kuşkudan uzak karar vermeleri koşullarının hazırlanması kadar, tarafların ve toplumun yargıya olan güveninin sağlanmasına da özen gösterilmelidir. Hâkimler, hâkimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşısalar bile kamu vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak düzenlemelerden kaçınılmalıdır. Herhangi bir baskının, etkinin yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Hâkimlerin bağımsızlığı, onların kararlarını verirken özgür olmaları, her türlü kaygıdan, maddî ve manevî baskı ve etkiden uzak bulunmaları ile mümkündür. Hak aranılan mahkemenin "bağımsızlığı ve tarafsızlığı" adil yargılanmanın koşulları arasındadır. Başka herhangi bir kişi, kurum veya organdan emir almamak, yasamanın, yürütmenin ve diğer dış etkilerin etki alanının dışında olmak, baskı altında olmamak şeklinde tanımlanan bağımsızlık, tarafların etki alanının dışında kalmayı, dava taraflarına karşı bağımsızlığı da kapsamaktadır. Anayasa'da öngörülen yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatının, askeri yargı için de geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

357 sayılı Kanun'un 25. maddenin ikinci fıkrasında yapılan düzenlemeye göre soruşturmayı yürüten askeri savcının, soruşturma sonunda yetkisizlik ve görevsizlik kararı vermediği takdirde, teşkilatında bulunduğu askeri mahkemede dava açma zorunluluğu göz önünde bulundurulduğunda, yargılamanın da bu mahkemede yapılması gerekeceği açıktır. Yasayla kurulmuş mahkeme, kuruluş, yetki, yargılama yöntemleri gibi konuların "yargılamadan önce" yasayla düzenleme anlamına gelir. Yasayla düzenleme ise "belirliliği" ve "öngörülebilirliği" içerir. "En yakın yer" sözcükleri, somut ve açık olarak, bağımsız ve tarafsız bir mahkemeyi tanımlamamaktadır. En yakın mahkemeyi kimin nasıl belirleyeceği, bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceği Yasa'da belli değildir. Askeri hâkim ve savcıların da, adli ve idari yargıda olduğu gibi, sınıf ve görev sıfatları dikkate alınarak yargılama yapılmaması hukuk devleti, mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkim teminatı ilkelerini ve adil yargılanma hakkını zedeler.

Anayasayla güvence altına alınan, hâkimlerin bağımsızlığı, hâkimlik ve savcılık güvencesi ilkeleri, demokratik hukuk devletinin olmazsa olmazı "yargı erki"nin nüfuz ve itibarını korumayı öngörürken, yasa

koyucunun da aynı ilkelere ve korumaya uygun davranması gerekir. Yargılanan taraf, kendisinin adil yargılanabileceği bir mahkeme beklerken, yargılamayı yapan yargıç da hiçbir etki altında kalmadan yargılama yapmalıdır. Hâkim ve savcılara yargılanma bakımından tanınan teminat, onların kişiliğine getirilen bir koruma olmayıp, hiçbir etki altında kalmaksızın adalet dağıtmalarını ve vatandaşların bu teminat içinde adaletin dağıtıldığı inancı içerisinde yaşamalarını sağlamaya yöneliktir. Taraflara karşı objektif davranamayan hâkim, kararlarında da bağımsız ve tarafsız olamaz. Hâkimin, liyakat, kariyer ve kıdemi kendisinden yüksek bir yargıç ve savcıyı yargılarken etki altında kalmayacağı önlemler alınmalıdır. Bağımsız yargılamada ne taraflar ne de hâkim kendisini en ufak etki altında hissetmemeli, "önyargı sahibi" olmamalıdır. Kaldı ki, en yakın mahkemede yargılamayı yapacak hâkim ile yargılanacak olan hâkim ya da savcı arasında, önceden kaynaklanan farklı roller ya da ilişkilerle karşılaşılabilmesi mümkündür.

İtiraz konusu kuralda, yargılamayı yapacak hâkime, yargılanan üst sınıftaki hâkim ya da savcının etki etmesini önleyecek önlemler alınmadığı gibi, yargıcın, kendisinden kıdemli yargıcı yargılarken, davaya gereken tarafsızlıkla yaklaşamayacağına dair meşru korkuyu aşacak tarafsızlık önlemleri de alınmamıştır. Yasa koyucu, davanın görüleceği mahkemeyi, hazırlık soruşturmasını yürütecek savcıyla bağlantılı olarak gösterirken, yargılanacak olan hâkim ya da savcının, sınıf ve görev sıfatıyla bağlantılı statüsünü göz önünde bulundurarak özel bir düzenleme de yapmamıştır.

Öte yandan, Anayasa'nın 36. maddesindeki "Hak arama hürriyeti", sadece mahkemelere başvurma hakkından ibaret olmayıp "adil yargılanma hakkını" da kapsamaktadır. Mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı, adil yargılanmanın en temel unsurudur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşme'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında da, adil yargılanma hakkı tanımlanmış ve herkesin, "yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme" tarafından yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Hâkimin tarafsızlığı yeterli değildir. Aynı zamanda tarafsızlığından kuşku da duyulmamalıdır.

Anayasa'nın 36. maddesinin ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin koruması altında olan, içerik olarak adil bir karar verilip verilmediğiyle birlikte, adil bir karar verilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığıdır. Yargının hiyerarşik organizasyonu, kıdem,

sınıf veya derece farkları hiçbir biçimde yargıcın etki altında kalmadan, özgürce karar vermesine yönelik bir müdahaleye dönüşmemelidir. İtiraz konusu kuralda, sadece "en yakın askeri mahkeme" sözcüklerinin kullanılmasıyla davanın görüleceği mahkeme belirlenerek, yargılanacak hâkim ve savcı ile yargılamayı yapacak hâkim yönlerinden adil yargılanma hakkı korunmamıştır.

Ayrıca, mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi, adli, idari ve askeri, hiçbir ayrım gözetilmeksizin tüm mahkemeler ve hâkimler için söz konusudur. Nitekim Anayasa'nın 145. maddesinden, bağımsızlığı zayıflatan "askerlik hizmetlerinin gerekleri" sözcükleri çıkarılmak suretiyle bu durum netleştirilmiştir. Bağımsız mahkemelerde adil yargılanma bakımından, tüm hâkim ve savcılar aynı durumdadır. Aynı anayasal yargı fonksiyonunu yerine getiren askeri hâkim ve savcıların da adli ve idari yargı hâkim ve savcıları ile aynı teminatlara sahip olması gerekmektedir. Hâkim ve savcıların, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma usulü, yargı erkinin niteliği ve bu görevin yerine getirilmesinden beklenen kamu yararı nedeniyle diğer kamu görevlilerinden farklı olmakla birlikte, bu farklılığın, adli, idari veya askeri yargı alanlarında görev yapan hâkim ve savcıların kendi aralarında bulunması Anayasa'nın 10. maddesiyle de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 10., 36., 138., 139., 140. ve 145. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 66. maddesinin üçüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

357 sayılı Kanun'un itiraz konusu 25. maddesinin ikinci fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk nedeniyle yeni yasal düzenleme yapılması amacıyla, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü

fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

1- 26.10.1963 günlü, 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 357 sayılı Kanun'un 25. maddesinin ikinci fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

16.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/9

Karar Sayısı : 2011/109

Karar Günü : 30.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kemalpaşa 1. Asliye Hukuk (1.İcra Hukuk) Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 9. ve 37. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Organize Sanayi Bölgesi Müteşebbis Heyetinin yönetim aidatının ödenmemesi nedeniyle başlattığı ilâmlı icra takibinin iptali için açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacılar tarafından davalı Kemalpaşa Organize Sanayi Bölgesi aleyhine Mahkememizin 2010/1 Esas sayılı dosyası ile davalı tarafından Kemalpaşa İcra Müdürlüğü'nün 2009/3899 Esas sayılı takip dosyası ile aleyhlerine "Yönetim aidatı ve gecikme cezalarına ilişkin 15.01.2009 tarih ve 2009/01 sayılı müteşebbis heyeti kararına" istinaden 7.076,31 TL asıl alacak ile 1.602,89 TL gecikme cezası olmak üzere toplam 8.679,20 TL alacağın faiz ve masrafları ile birlikte tahsili talebine ilişkin İlamlı Takibin iptali talebi ile açılan 11.01.2010 tarihli davada 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun 16. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 9. ve 37. maddelerine aykırı olduğu iddiasında bulundukları anlaşılmıştır.

4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunun Yönetim Aidatları başlıklı 16. maddesinin ikinci fıkrası ile; "Müteşebbis heyetin yönetim

aidatı ile ilgili kararları ilam hükmünde olup, ilamların icrasına ilişkin yolla takip edilirler." hükmü öngörülmüştür. Anayasa'nın 9. maddesi "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." hükmünü amir olup ayrıca yine Anayasanın 37/2. maddesi de "Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz." hükmünü amirdir. Yapılan yasal düzenleme ile 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun 16. maddesinin 2. fıkrasında müteşebbis heyetin yönetim aidatı ile ilgili kararlarının ilam hükmünde olduğu öngörülerek ilamların icrasına ilişkin yolla takip edilirler hükmüne yer verilmiş olduğundan bu hükümle yargı yetkisi, mahkeme sıfatı olmayan bir heyete devredilmiş olup bu hususun Anayasa'nın 9. ve 37. maddelerine açıkça aykırılık teşkil ettiği kanaatine varılmıştır. Zira 4562 Sayılı Kanun'un 16/2 maddesinde yer alan müteşebbis heyetin kararlarına ilam niteliği verilmekle yargı yetkisi bağımsız mahkeme olmayan bir heyete devredilmekte bu da kanuni hakim güvencesi ilkesini düzenleyen Anayasa'nın 37. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Kaldı ki İİK.nun 38. maddesi ile de ilam mahiyetini haiz belgeler sınırlı olarak sayılmış olup özel kanunlarla yapılacak düzenlemeler saklı tutulmamıştır. Bu şekilde özel kanunlarla yapılan yasal düzenlemeler ile heyetlerin kararlarına ilam hükmü verilmesi hukukun temel ilkelerine ve Anayasa'nın 9. ve 37. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Bu düzenleme ile yargı yetkisi bağımsız mahkemeden alınıp bir heyete verilmekte ve kararları ilam hükmünde olmaktadır ki bunun sakıncaları da fazladır. Zira heyetin bağımsız mahkeme gibi tarafsız ve objektif şekilde karar alması mümkün görülmemekte ve bu yargı yetkisinin 4562 Sayılı Kanunu 16/2 f ile müteşebbis heyete devri; yargı yetkisine sahip olağanüstü bir merciinin oluşturulmasına sebep olmaktadır ki, bu durum yukarıda da izah edildiği gibi Anayasanın Genel Esaslar Bölümü'nde düzenlenen 9. maddesine ve Temel Haklar ve Ödevler Bölümü'nde düzenlenen 37. maddesine de aykırılık teşkil ettiği kanaatine varılmıştır.

Açıklanan sebeplerle davacıların Anayasa'ya aykırılık iddiası Mahkememizce de ciddi bulunmakla ve resende 4562 Sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunun 16. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'nın 9 ve 37. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmakla Yüksek Mahkemenizce gerekli incelemenin yapılarak, 4562 Sayılı Kanun'un l6.

maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'nın 9 ve 37. maddelerine aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesi arz ve talep olunur."

III- YASA METNİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun iptali istenen ikinci fıkrayı da içeren 16. maddesi şöyledir:

"*Yönetim aidatları ve hizmetlerin karşılıkları, müteşebbis heyet tarafından arıtma tesisi işletme masrafları hariç parsel büyüklüğüne göre belirlenir. Arıtma tesisi işletme masraflarına katılım payları ise debi ve kirletme parametreleri esas alınarak yönetim kurulunca tespit edilir. Yönetim kurulunun yıllık bütçesinde belirtilen, bölgenin alt yapı ve müşterek hizmetlerine ait tüm masraflar önceki yıla ait kesinhesap da dikkate alınarak katılımcılar tarafından karşılanır. Belirtilen hizmetlerden yararlanmadıkları gerekçesi ile yönetim aidatlarının ödenmesinden kaçınılamaz.*

Müteşebbis heyetin yönetim aidatı ile ilgili kararları ilam hükmünde olup, ilamların icrasına ilişkin yolla takip edilirler."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 9. ve 37. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılmalarıyla 25.2.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasına geçilmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesinde ilâm mahiyetini haiz belgelerin sınırlı olarak sayıldığı, özel yasalarda yapılacak düzenlemelerin saklı tutulmadığı, bu şekilde özel yasalarda yapılan düzenlemeler ile organize sanayi bölgeleri müteşebbis heyetlerinin kararlarına ilâm hükmü verilmesinin hukukun temel ilkelerine aykırılık teşkil ettiği, itiraz konusu kuralla yargı yetkisinin mahkeme sıfatı olmayan bir heyete devredildiği, heyetin bağımsız mahkemeler gibi tarafsız ve objektif şekilde karar almasının mümkün olmadığı, yargı yetkisinin müteşebbis heyete devrinin Anayasa'nın 9. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural, organize sanayi bölgesi müteşebbis heyetinin yönetim aidatı ile ilgili kararlarının ilâm hükmünde olup ilâmların icrasına ilişkin yolla takip edileceğini öngörmektedir.

Anayasa'nın "Yargı yetkisi" başlıklı 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmektedir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 392. maddesine göre ilâm, mahkeme kararının taraflardan her birine verilen mühürlü suretlerini ifade etmekte olup, alacaklı taraf bu ilâma dayanarak İcra ve İflas Kanununda yer alan ilâmlı icra yolu ile alacağını elde edebilir. Ancak icra hukukunda ilâmlı icra yolu ile takip sadece mahkemeler tarafından verilen kararlarla sınırlı tutulmamıştır. İcra ve İflas Kanunu'nun 38. maddesinde ilâm mahiyetini haiz belgeler belirtildiği gibi özel yasalarla da bazı belgeler ilâm niteliğinde sayılarak ilâmların icrası hakkındaki hükümlere tâbi kılınmıştır.

Organize sanayi bölgesinin işletme aşamasında genel kurulu konumundaki karar organı olan müteşebbis heyeti yargı yetkisine sahip bulunmadığından, yönetim aidatı ile ilgili verdiği kararlar kesin hüküm niteliği taşımamakta ve bu kararlara karşı yargı yoluna başvurulabilmektedir. İtiraz konusu kuralda yönetim aidatıyla ilgili kararların ilâm hükmünde olmasına bağlanan sonuç ilâmlar gibi infaz edilmesini ve ilâmların yerine getirilmesi usulünün uygulanmasını göstermesinden ibarettir. Bu nedenle kuralda müteşebbis heyetin yönetim aidatı ile ilgili kararlarının ilâm hükmünde olduğunun belirtilmesi, bu kararların maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşıdığı sonucunu doğurmaz. İlâmlı icra yoluyla alacağın tahsilini kolaylaştırmak dışında bir özellik içermez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 9. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 37. maddesi ile bir ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 30.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/38

Karar Sayısı : 2011/112

Karar Günü : 30.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 1. Fikri ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 24.6.1995 günlü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 3.11.1995 günlü, 4128 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ve 21.1.2009 günlü, 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 61/A maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Tescilli marka hakkının ihlali suçundan sanık hakkında açılan davada etkin pişmanlığa ilişkin itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvuru kararı almıştır.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"...Etkin pişmanlık suç işleyen kişilerin belirli koşullar gerçekleşirse cezalandırılmamalarını veya cezanın azaltılmasını sağlar. Kanun koyucu taklit markalı malı üretenlerin etkin pişmanlıktan faydalanmalarını istememiştir. Kendi .ürettiği malların geri kalanını teslim eden veya savunması ile taklit markalı malların bulunduğu yeri bildirerek yakalanmasını sağlayan üreticiler etkin pişmanlık hükmünden faydalanamayacaklardır.

Fıkrada cümlelerin arasında "ve" bağlacı kullanılmıştır. Bu tüm koşullar birlikte gerçekleşirse, ancak o zaman etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı anlamına gelir.

Taklit markalı malı satışa sunan veya satan kişi, malı nereden satın aldığını bildirse, bildirdiği yerdeki mallar yakalansa bile yine etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamaz. Öncelikle faile malı satan kişinin üretici olması gerekir. Üretici olması da yetmez orada üretilen malların ele geçirilmesi de zorunludur. Faile malı satan kişi üretici değilse, malı satan kişinin üretici olduğu kesin olarak saptansa dahi üretim yerinde mal ele geçmemişse (satılmışsa, üretici tarafından saklanmışsa) failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanması olanaksızdır.

Taklit markalı ürünler çoğunlukla yabancı ülkelerde üretilmekte, ithal edilerek yurda sokulmaktadır. İthal edilen ürünleri satışa sunan veya satan kişiler hiçbir zaman etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Maddedeki "ve" bağlacı yerine veya bağlacı kullanılsa idi, madde daha az sorunlu olacak ve Anayasaya aykırılık oluşturmayabilecekti.

Tescilli marka hakkının ihlali suçlarının takibi şikayete bağlıdır. Fail malı üreten kişiyi bildirse bile ismi bildirilen kişi, failin suçuna yardım eden veya birlikte suç işleyen kişi değildir. Üretici hakkında şikayette bulunulmadığı sürece, üreticinin iş yerinde arama yapılamaz. Marka hakkı sahibi çeşitli nedenlerden dolayı üretici hakkında şikayet hakkını kullanmadığı takdirde, taklit markalı malı üreten kişiler yakalanamayacağından, üretilmiş mallara el konulamayacağından, fail hakkında yine etkin pişmanlık hükümleri uygulanamayacaktır.

Davamızın Sanığı, suça konu taklit olduğu iddia edilen ürünleri satın aldığı firmanın ismini bildirmiştir. Bu firma üretici değildir.

Aynı suçun değişik seçimlik hareketlerini yaparak suç işleyen faillerin bir kısmı etkin pişmanlıktan faydalanabilirken, bir kısmının faydalanamaması T.C. Anayasasının 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

Fail kendine düşen yükümlüğü yerine getirdiği, Devletle işbirliği yaptığı halde, yukarıda anlatıldığı şekilde elinde olmayan nedenlerden dolayı etkin pişmanlıktan faydalanamaması, aynı konumda oldukları, satın aldıkları yerleri bildirdikleri halde madde metnindeki ikinci "ve" bağlacı yüzünden bu hükümden yararlanamayan kişilerin durumu T.C. Anayasasının 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesini ihlal etmektedir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin itiraz konusu son fıkrasını da içeren 61/A maddesi şöyledir:

"Başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve yirmibin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıran kişi hakkında bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

Yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişi iki yıldan dört yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı cezaya hükmedebilmek için markanın Türkiye'de tescilli olması şarttır.

Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlıdır.

Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun katılımlarıyla 13.5.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, sanığın kendisine düşeni yapmak suretiyle işbirliği içerisinde taklit malı kimden aldığını bildirmesine rağmen, kuralda belirtilen şartların gerçekleşmesinin zor olması nedeniyle etkin pişmanlıktan yararlandırılamadığı, sanığın insiyatifinde olmayan bu durumun eşitlik ve adalet anlayışıyla bağdaşmadığı belirtilerek düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmayacağı ifade edilmektedir. Buna göre, maddede suç sayılan eylemler hakkında sanığın ceza almaması için birbirine bağlı üç şartın birlikte gerçekleşmesi aranacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir.

Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına

egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

İtiraz konusu kuralın içinde yer aldığı maddede, Türkiye'de tescilli olup başkasına ait marka hakkına iktibas veya iltibas suretiyle tecavüz ederek mal veya hizmet üreten, satışa arz eden veya satan; marka koruması olan eşya veya ambalajı üzerine konulmuş marka koruması olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıran; yetkisi olmadığı halde başkasına ait marka hakkı üzerinde satmak, devretmek, kiralamak veya rehnetmek suretiyle tasarrufta bulunan kişiler hakkında muhtelif cezalar öngörülmektedir. İtiraz konusu kural uyarınca cezaya hükmedilmemesi için sanığın taklit malları nereden temin ettiğini bildirmesi, suça konu malı üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması aranacaktır.

Yasa koyucu, takip edilen suç ve ceza siyasetine bağlı olarak marka hakkının daha etkin korunması amacıyla alınacak önlemler bağlamında etkin pişmanlığın kapsamını belirleyebilir. Belirtilen kapsamıyla kuralın yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde kaldığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fettah OTO ve Recep KÖMÜRCÜ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

24.6.1995 günlü, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 3.11.1995 günlü, 4128 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle eklenen ve 21.1.2009 günlü, 5833 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 61/A maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT,

Serruh KALELİ, Fettah OTO ile Recep KÖMÜRCÜ'nün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 30.6.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY YAZISI

556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 4128 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ve 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 61/A maddesinin son fıkrasında, "*Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara elkonulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz.*" denilmiştir.

Buna göre, kuralla getirilen etkin pişmanlık olanağından yararlanması için failin elinde olan "malı nereden temin ettiğini bildirme" eylemi yeterli olmayacak, ayrıca failin elinde olmayan ve tesadüflere bağlı bulunan "üretenlerin ortaya çıkarılması" ve "üretilmiş mallara elkonulması" koşullarının da gerçekleşmesi gerekecektir.

Etkin pişmanlık, failin suç teşkil eden eyleminin sonuçlarını hafifletmek veya ortadan kaldırmak amacıyla kendi serbest iradesiyle ortaya koyduğu bir davranış nedeniyle, alacağı cezanın hafifletilmesi veya kaldırılmasını sağlayan bir ceza hukuku müessesesidir. Yasa'da belirtilen pişmanlık eylemini gerçekleştiren fail bu olanaktan yararlandırılır. Ancak kuralda, cezasızlık olanağı, failin iradesiyle ortaya koyduğu eylemin, failin elinde olmayan başka koşulların da gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Failin iradesi dışındaki koşullara ve olgulara bağlı olarak etkin pişmanlıktan yararlanması veya yararlanamamaması, malları nereden temin ettiklerini bildiren aynı konumdaki iki failden birisi ceza alırken diğerinin ceza almaması, etkin pişmanlık kurumunun amaçlarıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine de aykırıdır. Kaldı ki failin taklit malları nereden temin ettiğini bildirmesi, mallara el konulması sağlanamasa dahi suçla mücadelede yararlı bir katkı olup, bu durumda faile hiçbir pişmanlık göstermeyen kişiye uygulandığı gibi cezaya hükmolunması Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devleti ilkesine uygun bir düzenleme değildir.

Her ne kadar yasakoyucu etkin pişmanlık hükümlerini ceza siyasetinin gereği olarak kabul edip etmemekte takdir hakkına sahip ise de bu takdir hakkını Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı biçimde kullanamaz. Bu nedenle kuralın iptali gerektiği kanısındayım.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY

Anayasa Mahkemesi suç ve cezalara ilişkin yasal düzenlemelerin iptali istemi ile önüne gelen işlerde genelde, yasa koyucu iradenin izlediği ceza siyaseti gereği, ceza hukukunun genel ilkelerine atıf yaparak buna uygun kalmak koşulu ile kuralı belirleme ve cezalandırma koşullarını saptama da takdir yetkisinin var olduğunu ifade etmektedir.

Ancak klasik ceza hukuku öğretisi ve kurumları ile suç ve ceza ve infaz siyasetinde yeterli çözümler üretilemez, beklenilen toplumsal

amaçlar karşılanamaz hale geldiği düşünüldüğünden, bugün farklı adalet teorileri üretilmekte ve yeni yapılan ceza yasalarına yerleştirilmektedir. Nitekim, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Yasamız ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunumuza faile suç ve suçlulukla mücadelede sorumluluk yükleyen etkin pişmanlık gibi önemli kurumlar eklenmiş ve ceza infaz anlayışına yerleşmiş bulunmaktadır. Davamızda da yeni ilke ve suç/ceza paradigmasına yaklaşım ve anlayışa uygun yasal düzenlemelerin ve felsefi ve sosyal yaklaşımın yasa koyucu tarafından itiraz konusu kural yönünden uygun bir takdir içinde kullanılıp kullanılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

Toplumsal yaşamı olanaklı kılmak için korunmaya yarar değerlerimizden ihlal edilenler için cezalandırmak suretiyle toplumsal tepki vermek, toplumsal düzeni ceza adaleti ile korumak, adalet sistemimizin felsefi alt yapısı olsa da artık bilinen gerçek suçu önleme ve suçluyu ıslah etmekte yetersiz kalınmakta, haksız eyleme karşı adil tepkilerin neler olması gerektiği konusunda ONARICI ADALET kavramı gelişmekte, geçmiş yerine geleceğe yönelik, uyuşmazlıkları çözümlemeyi, mağduriyetleri gidermeyi amaçlayan, suça tepkinin eğitici, affedici, düzeltici, sorumluluk yükleyici alternatif yaklaşımları sunulmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'ni toplumun huzur ve adalet anlayışı içinde haklara saygılı bir HUKUK DEVLETİ olduğuna vurgu yapılmış, her alanda adaletli bir hukuk düzenini kurup geliştirmek ve sürdürmek yasa koyucu dahil tüm devlet organlarına egemen kılmak temel amaç olmuştur.

İptali istenen itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında K.H.K'ye ek ve değiştirilen 61/A maddesinin son fıkrası, başkasının üzerinde hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden ya da satan kişinin kovuşturma da CEZASIZ kalabilmesine ilişkin yeni ceza felsefesine uygun şartlar getirdiği görülmektedir.

Kuralda failin cezasız kalması hali, a) taklit malı temin ettiği yeri bildirme, b) üretenin ortaya çıkmasını sağlama, c) üretilmiş mala el konulmasını sağlama koşullarına özgülenmiştir.

Suç ve cezada kanunilik, suç tanımı kapsamı açısından kıyas yasağı, suç tanımına açıklık getiren "belirlilik" ve fillin ağırlığı ile orantılı ceza

ve güvenlik tedbirleri için adalet ve kanun önünde eşitlik ilkeleri şeklinde varsayılan genel prensipler ceza hukukunun bilinen temel ilkeleridir.

Suç ve suçlulukla mücadele temel ilkeler asıl kalmakla birlikte, yasa koyucu kullandığı takdirinde ceza hukukunun gelişen sosyolojisi, felsefesi ve psikolojisinden ayrılmamalı, bu alanların yeni verilerini toplum-birey çatışmasında dengeli kullanmadığı TAKDİRDE, ÖLÇÜSÜZ bir değerlendirme yapmış olduğunu söylemek zor olmayacaktır.

Suç işlenmesiyle bozulan toplum barışında adaletin sağlanması için faile uygulanacak cezanın ancak belirli ve ölçülü olması halinde kişinin bu fiilden pişmanlık duyması, topluma kazandırılması ve suç işlemesinin önlenmesi amaçlarında başarılı olunabilinir denecektir.

Devlet suç ve suçlulukla mücadelede ekonomik, siyasal tedbirler geliştirebileceği gibi, suç yeşerme sahalarını, suçlu yaratma ortamlarını giderme çabası kapsamında bir CEZA SİYASETİ gütmek durumundadır.

Adalet düzeni gereği suçlu bilgisine ulaşmak bir zorunluluk olup, ulaşıldığında suç oluşturan fiilin varlığına rağmen bazı şartların gerçekleşmesi halinde failin cezalandırılmaması, cezanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, cezanın ortadan kaldırılması, ceza infazında seçenek haller suç ve suçlulukla mücadelede sosyal gerçekler yeni adalet kavramına yardımcı ceza siyaseti ölçütleridir.

Suç işleyeni cezalandırmanın amacı haksızlığa karşı toplum adına uyarmak, etkin pişmanlık duymasını sağlamak, gelecek için sosyal çıkarımlarda bulunmasını temin ve sorumluluk hissettirerek suçsuz yaşantı tercihinde bulunmasını temin etmektir.

Failin kimliği, kişiliği, çevresi, ahlaki eğilimleri, suça iten saikler tesadüfi suçlu olabilmesi, işlenen suçun niteliği ile öngörülen cezanın infazı, toplum adına bir zorunluluk arzetmeyebileceği durumlar için ceza sonuçları üzerinden elde edilecek sonucun ortaya çıkaracağı yarar gözetilerek, suç ve suçlulukla mücadelede cezasızlık halleri takdir edilebilmektedir.

Bu husus düşünüldüğünde ceza hukukunun bilinen temel ilkelerini ve nitelemelerini ve yorumlarını bugüne getiren dar yorum kalıbından uzaklaşılarak ceza hukukunda alternatif çözümler sunan yeni adalet

kavramı karşısında, yasa koyucunun normatif düzenlemelerde ceza siyasetinde takdir hakkında ve adalet anlayışında bu ölçüleri değerledirmeye aldığının iptali istenen kuralın düzenlemesinde açıkça yer aldığının anlaşılması gerekmektedir.

Adalet psikolojisinde sanığın psikolojisinin önemi tartışmasız ana öğedir. DAVA KONUSU ile ilgili olarak suçluların meydana çıkmasında failde harekete geçirilecek vicdan azabı unsuru büyük önem taşımaktadır.

Kuralda faile öngörülen cezasızlık hali ile asıl suçluların ortaya çıkarılması hedeflenip buna işaret edilmekte ve failde mevcut yüksek adalet duygusu sayılan vicdanını harekete geçirerek suç ve suçluyla mücadele de amaç unsurunun hedeflendiği gözlenmekte, failin ika ettiği taklit mal satışına ilişkin haksızlıkla ortaya çıkan taklit malın üretenler ve saklayanlar vb. şekildeki bir nevi suç zincirinin diğer halkalarının gizli kalmaması, onlarında ortaya çıkarılması amaçlandığı lafzen anlaşılmaktadır.

Faile yüklenen "suçla ilgili bilgileri" bildirme yükümlülüğü ve karşılığındaki cezasızlık hali, failde suçla mücadelede failin katkısını sağlamaya yönelik toplumun istediği sanık psikolojisinin yönlendirilmesine ilişkin olduğu açık olup ancak kuralın düzenlenmesinde cezasızlık halinin tüm bu sosyal ve psikolojik etmenlerin hareketine uygun bir duyarlılık içinde yer aldığını söylemek olanaksızdır.

Onarıcı adalet anlayışına uygun yaklaşımla amaçlanmış KURAL, faile suçla mücadeleye katkısına rağmen cezasızlık hali sonucuna ulaşabilmesini, kendi insiyatifi dışında gelişecek tesadüfi koşullara terk ederek benzeri hukuki durumdaki bir failden eşitsiz olarak ayrılmaktadır.

Düzenleme cezasızlık halini her üç şartın birlikte bulunması haline özgülendiğinde ise yukarıda anlatılan suç ve suçlulukla mücadelede yeni adalet anlayışında yer alan etmenler göz ardı edildiği düşünülmüştür.

Suçluyu ıslah gayesi güden cezasızlık hali için sanıkta taklit malı nereden aldığını bildirme, bildirim doğru ise üretenlerin yani sair suçluların ortaya çıkması ve bu bilgi paylaşımı doğru olmasına rağmen taklit mallar bulunmazsa, bulunmak istenmemişse, KURAL bu hali ile

faili, mal üreten diğer sanıkları bildiren muhbir konumuna sokan, ama cezasızlık hali ya da bir ceza indiriminden yararlandırmayan düzenleme halini almaktadır.

Bu anlayış içinde failin gerçekleştirdiği eylemin etkilerini anlama, bundan dolayı sorumluluğu kabul etme, zararın giderilebilmesinin fırsatının verilmesi, hürriyeti bağlayıcılıktan ziyade, işbirliği sağlaması, toplumsal bütünleşmeye teşvik gibi usuller ile ceza adaleti sistemi içinde bozulan sosyal dengesizlik ya da uğratılan haksızlığın ve mağduriyetin giderilmesi amaçlı CEZASIZLIK halleri ETKİN PİŞMANLIK adı ile sisteme dahil edilmiş iken iptali istenen kural ile getirilen düzenlemenin kaleme alınış biçiminin yarattığı algı ve cezasızlık halinin ağır şartları ve fail dışı irade mahsulü olması tesadüflere kalmasındaki BELİRSİZLİK, maddenin düzenlenen amacından sapıldığı ve yanlış kaleme alındığı izlenimini vermektedir.

İptali istenen düzenleme, içerik itibarı ile etkin pişmanlık yani cezasızlık hallerinden yararlanacak bir çok yasa maddesi ile birebir örtüşmektedir.

Suçluların haber verilerek yakalanmasını kolaylaştıran, suçun meydana çıkmasına yardım etme olan TCK. 201, mağdurun zararını tazmin ettiren 168, 248, 254, suç ortaklarını veya suç konusu eşyayı sakladığı, imal edildiği yeri haber veren suçluyu yakalama, eşyayı ele geçirmeyi kolaylaştıran TCK 192 ve benzeri 221, 265, 274, 293 gibi etkin pişmanlık halleri içeren suç halleri, iptali istenen düzenleme içeriği ile aynı nitelik ve içeriktedir, herhangi bir farkı bulunmamaktadır.

Ancak düzenlemede suç ve suçlulukla mücadele, bilgi ve ihbarla gelen kolaylaştırıcılık yerine mutlak taklit malı yapanı ve malı ele geçirme şartının gerekliliği, yeni ceza adalet sistemi ilkelerine uymamakta, yarattığı failde bilgi vermekle oluşan cezasızlık öngörüsünü belirsiz bir beklenti içine soktuğu, davranışının neye ve kime hizmet ettiğine ilişkin belirsizliğin sosyal faydadan ziyade failin ruhsal haline de zarar getireceği düşüncesi ile bu belirsizlik ve eşitsizlik halleri hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Kural bu hali ile işlevselliğini yitirmiş, aynı konumda bulunanlar failler arasında da tesadüflere dayalı sonuçlar yönünden yarattığı eşitsizlik tablosu ile hukuk devleti ilkesine aykırı bir düzenleme niteliğini almıştır.

Anılan nedenler ile mahkeme çoğunluğunun marka hakkını korumayı ceza infaz, ıslah ve koruyucu adalet siyaseti önüne geçiren gerekçeli anlayışına katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

AYRIŞIK OY GEREKÇESİ

İtiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye 4128 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ve 5833 sayılı Kanunla değiştirilen 61/A maddesinin son fıkrasında, "Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu malı neden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulmasını sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmaz." denilmektedir.

Buna göre, taklit edilmiş malı satışa arz eden veya satan hakkında cezaya hükmedilmemesine karar verilebilmesi için şüphelinin; a) bu malı nereden temin ettiğini bildirmesi, b) bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılması, c) üretilmiş mallara el konulmasının sağlanması şartlarının birlikte gerçekleşmesi öngörülmektedir. Hükümdeki "ve" bağlaçları bu şartların birlikte yorumlanmasını gerektirmektedir. Burada sanığın etkin pişmanlıktan yararlanması için malı nereden temin ettiğini bildirmesi yeterli olmayıp, bu bildirimin sonucuna göre malı üretenlerin ortaya çıkarılması ve üretilmiş mallara el konulması da zorunlu bulunmaktadır.

Sanığın malı nereden temin ettiğini bildirmesi kendi iradesine bağlı ise de malı üretenlerin ortaya çıkarılması ve üretilmiş mallara el konulmasının sağlanması, kendi iradesi dışındaki sebeplere bağlı bulunmaktadır. Bu konuda ilâve çalışma veya araştırmaya ihtiyaç duyulabilir. Bir malın bir çok satıcı tarafından el değiştirmesi halinde de, el konulacak mala ulaşabilmesi oldukça zordur. Sanığın, malı aldığı kişiden önceki satıcılarla işbirliği yapması gerekebilecektir. Ayrıca üretim yerinin yurt dışı olması durumunda taklit mala el konulmasının olanaksızlığı ve suçun "şikayete bağlı" bir suç tipi olduğu yani müştekinin diğer sanıklardan şikâyetçi olması gerektiği de dikkate

alındığında, sanığın bütün şartları gerçekleştirerek etkin pişmanlıktan yararlanıp cezadan kurtulması neredeyse olanaksızdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve **uygulanabilir** olması gerekir.

İtiraz konusu kuralla marka hakkının, taklit, korsan üretim, dağıtım ve satış konularında faillerle işbirliği yapmak suretiyle etkin korunmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak yukarıda sözü edilen nedenlerle kuralın bu amacı gerçekleştirecek içerikte düzenlenmediği, hukuk devletinde yasaların **belirlilik ve uygulanabilir** olması ilkelerine aykırı bulunduğu görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fettah OTO

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kural "Üzerinde başkasının hak sahibi olduğu marka taklit edilerek üretilmiş malı satışa arz eden veya satan kişinin bu mali nereden temin ettiğini bildirmesi ve bu suretle üretenlerin ortaya çıkarılmasını ve üretilmiş mallara el konulması sağlaması halinde hakkında cezaya hükmolunmayacağını" düzenlemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırları

içinde adalet, hakkaniyet ve kamu ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Normun koruduğu değer, sanığın etkin pişmanlıktan mümkün olduğunca yararlandırılması suretiyle marka hakkının etkin biçimde korunmasıdır. Ancak kuralda "veya" bağlacı yerine "ve" bağlacının kullanılmış olmasıyla kendisinden beklenen amaca hizmet etmesi mümkün değildir. Zira birbirine bağlantılı üç şartın birlikte gerçekleşmesi neredeyse imkânsız olduğundan, kuralın pratikte uygulamasına rastlanmamaktadır. Bu durumda işlevi bulunmayan normun ya hukuk âlemindeki varlığına son verilmesi veya konuluş amacına uygun hale getirilmesi, dolayısıyla içindeki "ve" bağlacının "veya" bağlacıyla değiştirilmesi gerekir.

Nitekim benzer bir hükmün yer aldığı Türk Ceza Kanunu'nun 192. maddesinde "veya" bağlacı tercih edilmiş ve suç ortaklarının yakalanmasıyla uyuşturucu maddesinin ele geçirilmesi şartları birlikte aranmamıştır.

Düzenlenme amacına elverişli biçimde kaleme alınmayan kuralın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

Esas Sayısı : 2010/52

Karar Sayısı : 2011/113

Karar Günü : 30.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Genç Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir**.**

I- OLAY

Mağdur çocuğun cinsel istismarı iddiasıyla kardeş sanıklar hakkında açılan kamu davasında, bir kısım sanıklarla birlikte mağdurun da annesi olan kişi hakkında "suçu bildirmeme" iddiasıyla açılan davada, Cumhuriyet savcısının itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtirazın gerekçesindeki ilgili bölümler şöyledir:

"Sanık anne hakkında her ne kadar suçu bildirmeme suçundan kamu davası açılmış ise de, üzerine atılı suçun öz kızı mağdura, öz oğulları olan sanıklar tarafından işlenen fiilleri bildirmemesinden ibaret olduğu anlaşılmıştır.

Türkiye Cumhuriyet Anayasasının 38/5. maddesinde 'Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.' şeklinde hüküm bulunduğu ve 5237 Sayılı TCK'nın 278. maddesinde ise 'işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi...' şeklinde bir düzenleme bulunduğu görülerek; TCK'nın 278. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 38/5. maddesine aykırı olarak yakın akrabalık durumu ile ilgili bir düzenleme bulunmadığı anlaşıldığından; 5237 Sayılı TCK'nın 278. maddesinin, Türkiye Cumhuriyeti

Anayasasının 38/5. maddesine aykırı olduğu ve bu nedenle somut norm denetimi açısından Anayasa Mahkemesine müracaat edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Suçu bildirmeme" başlıklı 278. maddesi şöyledir:

"Madde 278- (1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 38. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun katılımlarıyla 8.6.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda düzenlenen suç tipinde yakın akrabalık durumunun hiçbir şekilde dikkate alınmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan bir suçla, işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyenlerin cezalandırılacakları belirtilmiştir.

Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza siyasetinin gereği olarak Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de maddenin beşinci fıkrasında *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* biçiminde ifade edilmiştir. Aynı zamanda evrensel bir ceza hukuku ilkesi olan bu anayasal hüküm karşısında yasa koyucu, kişinin kendisini ve yasada gösterilecek belli derecedeki yakınlarını suçlayıcı bir beyanda bulunmaya zorlayan bir düzenleme yapamaz.

İtiraz konusu kuralda, işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkililere bildirmeyenlerin maddede öngörüldüğü biçimde cezalandırılacakları belirtilirken, gerek maddede, gerekse bu maddeye atıf yapacak biçimde başka bir yerde, bu suçun fail veya failleriyle anılan suçu bildirmeyen kişi arasındaki yakın akrabalık durumu cezasızlık açısından ayrık tutulmamıştır.

Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- SONUÇ

1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 5237 sayılı Kanun'un 278. maddesinin iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, Serruh KALELİ ile Mehmet ERTEN'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

30.6.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY

TCK'nun 278. maddesinin, "işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." diyen birinci fıkrası ile nitelikli hallerini gösteren iki ve üçüncü fıkraları, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

TCK 278. maddesinin, suça ilişkin yargılamada yakın akrabalık durumunu suç kapsamından çıkarmaması, tanık durumunda kalan kişiyi yakınlarını bile suçlama beyanına itmesi zorunluluğu Anayasa'nın 38. maddesi ile bağdaştırılamamıştır.

Mahkememiz, bu açık aykırılık kararı sonucu yasa koyucuya iptal edilen hüküm yerine bir düzenleme yapması için süre vermiştir.

Normun Anayasa hukukuna açık aykırılığının bu madde kapsamında yargılananlar yönünden yeni düzenleme yapılana kadar yürürlükte kalmasına olanak veren kararda hukuka uyarlılık yoktur.

Yasa koyucunun verilen süre içerisinde de düzenleme yapmama hali de düşünüldüğünde iptal edilen hüküm ile subut bulan olaylar yönünden ceza hukukunda suçu ihbar etmeyenler için hukuki boşluk doğduğunun söylenemeyeceği, fiiller icra edilmiş, suç oluşmuş ise zaten taraflarının var olacağı ve suça ilişkin soruşturma ve kovuşturma süreçlerinin ihbarsız da işleyebileceği ve suçu işleyenin cezasız kalmayacağı, ancak halen devam eden davalar yönünden suçu ihbar etmemekle tanık durumundan sanık durumuna düşmüş kişi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu belirlenen bir hükme dayanarak yeni düzenleme yapılana dek ceza tayin edilmek durumunda kalınmasına olanak veren KARAR'da "iptale rağmen kararın yürürlüğe girmesine kadar süre verilmesi gerektiği" gerekçesine muhalif kalınmıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Suçu bildirmeme"* başlıklı 278. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarında tanımlanan ve hapis cezası içeren suçlar, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz"* kuralında yer alan *"…kanunda gösterilen yakınlar yönünden…"* bir ayırım yapmadan bunları da kapsar biçimde düzenlenmesi nedeniyle Anayasa'nın anılan madde ve fıkrasına aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

İptal edildiği için de (1) ve (2) numaralı fıkralarda tanımlanan *"suçu bildirmeme"* eylemleri, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında belirtilen *"…kanunda gösterilen yakınlar yönünden…"* suç olmaktan çıkmıştır.

Suç olmaktan çıkarılan eylemlere ilişkin düzenlemelerin hukuksal boşluk doğurmasının ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görülmesinin söz konusu olmayacağı açık olduğu halde *"…kanunda gösterilen yakınlar yönünden…"* bir ayırım yapılmaksızın, iptal kararının yürürlüğünün altı ay sonraya bırakılarak, söz konusu eylemlerin bunlar yönünden suç olarak sürdürülmesine karar verilmesi, Anayasal denetimin amacına ve buna bağlı olarak da hukuk devletine aykırıdır.

Bu nedenle iptal edilen kuralların, kanunda gösterilen yakınlar yönünden Resmî Gazete'de yayımlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi gerekir.

Yukarda belirtilen gerekçeyle iptal edilen kuralların yürürlüklerinin uzatılmasına ilişkin kararın bu bölümüne katılmıyorum.

Üye
Mehmet ERTEN

Esas Sayısı : 2010/68

Karar Sayısı : 2011/114

Karar Günü : 30.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Zile Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 106. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Birlikte tehdit suçunu işledikleri iddiası ile sanıklar hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"TCK'nun 'Tehdit' başlıklı 106. Maddesinin 1. Fıkrasında

'Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur'

2. Fıkrasında

'Tehdidin (a) Silahla, (b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle (c) Birden fazla kişi tarafından birlikte, (d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları yararlanılarak işlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur'

denilmektedir.

Madde metninden anlaşılacağı gibi, Tehdit suçunu düzenleyen TCK'nun 106/1. fıkrasında bir kişiyi kendisi veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehditte ilişkin altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı açıklandıktan sonra bu fıkranın ikinci cümlesinde mal varlığı itibariyle büyük bir zarara uğratacağından veya başka bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit eylemi için altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmedileceği açıklanmış; tehdit suçunun ağırlaştırıcı hallerini düzenleyen ikinci fıkrasında herhangi bir ayrım yapılmaksızın birinci fıkradaki tüm hallerde suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde cezanın iki yıldan beş yıla kadar hapis olacağının açıklandığı, bu durumda TCK'nun 106/1. fıkrasının ikinci cümlesine uyan halde basit Tehdit fiilini birlikte işleyen kişiler hakkında hükmedilecek cezanın adalet ve vicdan duygusunu zedeleyecek derecede ve Anayasanın devletin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğunu öngören ikinci maddesine TCK'nun 106/2-c md aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasa'nın 152. maddesi gereğince bu hükümlerin iptali konusunca mahkememizce mahkemenize başvurmaya karar verilmiştir.

Dosyamızda iddianame ile sanıkların TCK'nun 106. Maddesinin 2. Cümlesine göre cezalandırılmaları talebi ile kamu davası açılmış olup, burada şikayet üzerine adli para cezası veya altı aya kadar hapis cezası öngörülmektedir. Suçtan soruşturma ve kovuşturması şikayet şartına tabi olduğundan dava sırasında şikayetten vazgeçme halinde düşme kararı verilmesi gerekecektir.

Zile Sulh Ceza Mahkemesince tehdit suçunun her iki sanıkça birlikte işlendiği ve sanıkların TCK'nun 106/2c maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği gerekçesi ile görevsizlik kararı verilmiş ve dosya mahkememizde iken sanıkların tehdit suçu sebebi ile aynı hüküm gereğince cezalandırılması iddia makamınca talep edilmiştir.

Kanunun TCK'nm 106. Maddesinin 1. fıkrasındaki tehdidin kişinin hayatına vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelmesi ile malvarlığına veya başka bir kötülüğe yönlemesi ayrımı TCK'nun 106. Maddesinin 2. Fıkrasında terkedilmiş ve ilk maddedeki ayrımın maddede sayılan diğer hallerde ve birden fazla kişi ile birlikte işlenmesi halinde bu temel ayrım terk edilmiştir.

Bu durumda TCK'nun 106. Maddesinin 1. Fıkrasının 2. Cümlesine uyan tehdit eylemi iki kişi ile birlikte işlendiğinde şikayetten vazgeçme olsa dahi sanığa ceza verilecek ve üstelik daha vahim nitelikte olan cana hayat ve vücut dokunulmazlığına yönelen tehdit ile aynı şekilde cezalandırılması gerekecek olup bu halde TCK'nun 106/2c maddesi devletin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğunu açıklayan 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz. Zira kişilerin işledikleri suçlarla orantılı ceza verilmesi, bir fiilin değişik halleri için genel olarak benimsenen bir ayrımın tutarlı olarak sürdürülmesi hukuk devletinin ve insan haklarına saygının bir gereği sayılmalıdır.

3- Sonuç Olarak:

Özet olarak açıkladığımız TCK'nun 106. Maddesinin 2. Cümlesinin c bendinin Anayasamızın devletin niteliklerini açıklayan 2. Maddesine aykırılığı hususunda Anayasamızın 152. maddesi gereğince inceleme yapılarak iptaline karar verilmesini talep ederiz. Saygılarımızla. 06/07/2010"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu bendi de içeren 106. maddesi şöyledir:

"**Tehdit**

Madde 106- (1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikayeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

(2) Tehdidin;

a) Silahla,

b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,

c) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak,

İşlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

7.12.2010 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralı, bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, 5237 sayılı Yasa'nın 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasında düzenlenen tehdit suçunun kişinin hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelmesi ile malvarlığına veya başka bir kötülüğe yönelmesi ayrımının aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında terk edildiği, bu ayrımın terk edilmesi nedeniyle malvarlığına veya başka bir kötülüğe yönelmiş tehdit suçunda şikayetten vazgeçme olsa bile birden fazla kişi ile birlikte suçun işlenmesi durumunda sanıklara ceza verileceği, vahim nitelikte olan hayata, vücut veya cinsel dokunulmazlığa yönelen tehdit ile malvarlığına veya başka bir kötülüğe yönelmiş tehdidin aynı şekilde cezalandırılacağı ve verilecek cezanın adalet ve vicdan duygusunu zedeleyeceği belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 106. maddesinin (1) numaralı fıkrasında bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişinin altı aydan iki yıla kadar hapis, malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehdit eden kişinin ise mağdurun şikayeti üzerine altı aya kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralın da bulunduğu anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında ise tehdit suçunun nitelikli halleri sayılarak tehdidin silahla, kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle, birden fazla kişi tarafından birlikte, var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak işlenmesi halinde kişinin iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Böylece anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında suçun temel şekli bakımından ikili bir ayrım yapılarak yaşam, vücut ve cinsel dokunulmazlığa yönelik tehditlerle, malvarlığı ve diğer değerlere yönelik tehditler, yaptırım ve muhakeme şartları bakımından farklı olarak ele alınmış olmasına karşın suçun nitelikli hallerinin sayıldığı (2) numaralı fıkrasında böyle bir ayrım yapılmamıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan,

Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece suçun temel şeklini esas alarak ve suçun temel şekli için öngörülen ceza miktarlarını suçun nitelikli halleri ile kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil, o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.

Yasa'nın 106. maddesinin gerekçesinde, tehdit suçunda kişilerin huzur ve sükûnu ile karar verme ve hareket etme hürriyeti korunarak kişilerde güvensizlik duygusunun meydana gelmesinin engellendiği, suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâllerinde tehdidin kapsadığı korkutma gücünün ağırlığı ve yoğunluğu nedeniyle mağdurda ciddi kaygılar meydana geldiği ve suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde meydana gelen korkunun çok daha yoğun olacağı belirtilmiştir. Buna göre Yasakoyucunun, takdir yetkisine dayanarak ve meydana gelen neticeyi de dikkate alarak düzenlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 106. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 30.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'la Anayasa'nın, Anayasa Mahkemesi'ni düzenleyen 146, 147, 148 ve 149. maddelerinde değişiklik yapılarak, Mahkeme'nin kuruluşu, görev ve yetkileri ile çalışma ve yargılama usulüne ilişkin yeni kurallar getirilmiş, ancak, değişikliğin, gerekli düzenlemeler yapılıncaya kadar uygulanmasının sağlanabilmesi için geçici kurallara yer verilmediği gibi Anayasa'ya koşut olarak, Anayasa Mahkemesi'nin yargılama usulüne ilişkin yeni bir yasal düzenleme de yapılmamıştır.

Anayasa'nın 6. maddesinde "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz", 142. maddesinde de "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi kanunla düzenlenir" denilmiş; değiştirilen 149. maddesinin beşinci fıkrasında ise Anayasa Mahkemesinin, kuruluşunun, Genel Kurul ve bölümlerinin, yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buna göre, Anayasa'nın genel kural niteliğindeki 142. ve özel olarak Anayasa Mahkemesi'nin çalışma ve yargılama usulünü düzenleyen 149. maddesi uyarınca, Mahkeme'nin yargılama usulünün yasayla düzenlenmesi gereği Anayasal bir zorunluluktur. Yargılama usulü yasayla belirlenmeyen, bu bağlamda kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetkiyle Mahkeme'nin çalışmasını sürdürmesi, belirtilen hukuksal durum karşısında olanaklı değildir.

Öte yandan, Anayasa'nın 149. maddesinin ilk fıkrasında, yer alan Genel Kurul'un Mahkeme Başkanının veya Başkanın belirleyeceği başkanvekilinin başkanlığında en az oniki üye ile toplanacağına ilişkin kural, toplantı alt sınırını gösteren bir yargılama usulü kuralı ise de bu sayının üstünde, özellikle çift sayı ile yapılan toplantılarda nasıl bir yol izleneceğini düzenlememektedir. Böyle bir durumla karşılaşıldığında, toplantının ertelenmesi, bir üyenin toplantıdan çıkması ya da benimsenecek farklı seçeneklerden birinin uygulanması konusunda yasal bir dayanak bulunmamaktadır. Bu seçeneklerden hangisi, uygulanırsa uygulansın dayanağını yasadan dolayısıyla Anayasa'dan almayan bir yetki kullanımı söz konusu olacaktır. Yargılama Usulü'nün Anayasa Mahkemesi tarafından belirlenmesi ise Anayasa'nın ihlâli sonucunu doğuracaktır.

Belirtilen nedenlerle Anayasa değişikliği uyarınca Mahkeme'nin, yargılama usulü yasa ile belirlenmeden yargısal faaliyetlerini sürdüremeyeceği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Mehmet ERTEN	Fettah OTO

Üye	Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2010/69

Karar Sayısı : 2011/116

Karar Günü : 7.7.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hakkari Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Ceza infaz kurumunda yasak eşya bulundurmak suçunu işlediği iddiası ile sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İnfaz kurumuna yasak eşya sokmak suçundan sanık hakkında mahkememize açılan kamu davasında 14.07.2010 tarihli duruşmada sanık hakkında uygulanması istenilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin 2. fıkrasının 1982 Anayasası'nın 2 ve 38. maddelerine aykırı olduğu değerlendirilerek iptali için Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na itiraz yoluna başvurulmasına karar verilmiştir. Buna göre;

a) Maddi olay:

Hakkari Ağır Ceza Mahkemesi'nin 13.03.2007 tarih 2006/182 esas, 2007/43 karar sayılı ilamı ile 12 yıl 6 ay hapis ve 50.000 TL adli para cezası ile cezalandırılan ve bu cezasını Hakkari Kapalı Ceza İnfaz Kurumu Müdürlüğü'nde infaz etmekte olan hükümlü Enver Uçar'ın da bulunduğu 4. Koğuşta yapılan genel aramada "zarsız bir tavlanın" bulunduğu ve görevlilerce tavlaya el konulduğu, Hakkari Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 13/05/2010 tarih 2010/551 esas sayılı iddianamesi ile

tavlanın koğuşta bulundurulmasının yasak olduğu gerekçesiyle sanığın infaz kurumunda yasak eşya bulundurmak suçundan TCK'nun 297/2. maddesi gereğince cezalandırılması talep edilmiştir.

b) Anayasaya aykırılığı değerlendirilen kanun maddesi:

Somut olayda uygulanması talep edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin 2. fıkrası; "Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklindedir.

c) İlgili Anayasa maddeleri:

Anayasanın 2. maddesi; "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.",

Anayasanın 7. maddesi; "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.",

Anayasanın 11. maddesi; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." şeklindedir.

Anayasanın 38. maddesinin 1., 2., 3. ve 10. fıkraları; "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.

İdare, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz. Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni bakımından bu hükme kanunla istisnalar getirilebilir şeklindedir.

d) Anayasaya aykırılık nedenleri;

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine ve 38. maddesinde belirtilen suçta ve cezada kanunilik ilkesine göre hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçları işleyenlere ne tür ve miktarda ceza verileceği hususunun yasa koyucu tarafından belirlendiği, Anayasa'nın 7. maddesine göre de devredilmesi mümkün olmayan suç tanımlama yetkisine sahip yasa koyucunun bunu yaparken Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmamak koşulu ile takdir hakkını kullanması gerekmektedir. Ayrıca Hukuk devleti ilkesinin; suçta ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi, kıyas yasağı, geçmişe uygulama yasağı ilkelerini de içermektedir.

"Suçta ve cezada kanunilik" ilkesi Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen ve artık bir iç hukuk kuralı haline gelen ve Anayasanın 90/son maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırılığı dahi ileri sürülemeyen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7. maddesinde düzenlenen pozitif bir ilkedir. Bu ilkeye 5237 sayılı TCK'nın 2. maddesinde de aynı şekilde yer verilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca eylemden önce o eylemin cezalandırılabilir olduğunun, herkesçe bilinip anlaşılabilecek şekilde ve kanunla düzenlenmesi zorunludur.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi; Sunday Times/Birleşik Krallık (26.04.1979) davasında, suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği, vatandaşların öncelikle ceza yaptırımı taşıyan hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmeleri ve ayrıca vatandaşların davranışlarını yönlendirebilmelerine olanak vermek için, ceza yaptırımı taşıyan kuralların herkesçe anlaşılacak bir biçimde açık ve net olarak düzenlenmiş olması gerektiğini içtihat etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 297. maddenin 1. fıkrasında infaz kurumuna veya tutuk evine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracının sokulması ve bulundurulmasının suç olarak tanımlandığı ve yasak eşyanın tek tek sayıldığı, ancak somut olayda uygulanması talep edilen aynı maddenin 2. fıkrasında yasak eşyanın tek tek sayılması yerine hangi eşyaların yasak olduğunu belirleme yetkisi yetkili makamların takdirine bırakılmış ve Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğünün 22/01/2007 tarih 45/1 sayılı genelgesinin, "Güvenlik" bölümünün 2. fıkrasında TCK'nın 297/2. maddesine göre dokuz madde halinde yasak listesi belirlenmiştir.

İddianamede sanığın cezalandırılması talep edilen "kumar oynanmasına olanak sağlayan eşya ve malzeme" yetkili makamlarca belirlenen yasaklar arasında sayılmaktadır. Buna göre yukarıda yer verilen ilkelere aykırı olarak idareye düzenleyici işlemle hangi eşyaların infaz kurumundan bulundurulmasının yasak olduğunu belirleme ve suç tanımlama yetkisi veren 5237 sayılı TCK'nın 297. maddesinin 2. fıkrası 1982 Anayasası'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırıdır.

e) Sonuç:

Açıklanan nedenlerle; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 297. maddesinin 2. fıkrasının 1982 Anayasası'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali talep olunur. 14.07.2010"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da içeren 297. maddesi şöyledir:

"**İnfaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak**

Madde 297- (1) İnfaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokan veya bulunduran kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun konusunu oluşturan eşyanın, temin edilmesi veya bulundurulması ayrı bir suç oluşturduğu takdirde; fikri içtima hükümlerine göre belirlenecek ceza yarı oranında artırılır.

(2) **Birinci fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.**

(3) Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların hükümlü veya tutukluların muhafazasıyla görevli kişiler tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza **bir kat artırılır.**

(4) Bir ve ikinci fıkralarda tanımlanan suçların konusunu oluşturan eşyayı yanında bulunduran veya kullanan hükümlü veya tutuklu, bunu

kimden ve ne suretle elde ettiği hususunda bilgi verirse, verilecek ceza yarı oranında indirilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

7.12.2010 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı belirleme yetkisinin yetkili makamların takdirine bırakıldığı, böylece idareye düzenleyici işlem ile hangi eşyaların infaz kurumunda bulundurulmasının yasak olduğunu belirleme ve suç tanımlama yetkisinin verildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, infaz kurumuna veya tutukevine silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı sokmak veya bulundurmak yasaklanmış ve bu yasağa uymayanların hapis cezası ile cezalandırılacakları öngörülmüştür. İtiraz konusu kuralın yer aldığı anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında ise (1) numaralı fıkrada sayılanların dışında kalıp da yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı, bu yasağı bilerek, infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran ya da kullanan kişinin hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *"suçun yasallığı"*, üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak*

kanunla konulur" denilerek, *"cezanın yasallığı"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

297. maddenin (1) numaralı fıkrasında suça konu olabilecek eşyaların nitelikleri tek tek sayılmış olmasına karşın, itiraz konusu kuralda böyle bir nitelik belirlemesi yapılmadan, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanda idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirleme yetkisi tanınmıştır. Buna göre kuralda, idare içinde yer alan yetkili makama suça konu olabilecek eşyaları belirlerken hangi nitelikleri esas alacağı hususuna açık ve belirgin olarak yer verilmediğinden dolayı kural, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun yasallığı ilkesine de uygun değildir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Hicabi DURSUN ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamıştır.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Hicabi DURSUN ile Erdal TERCAN'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 5237 sayılı Kanun'un 297. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

7.7.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Hakkari Sulh Ceza Mahkemesince bakılmakta olan davada, 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak" suçunu düzenleyen 297. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüş, çoğunluk tarafından kuralın iptaline karar verilmiştir.

Dayanağını Anayasa'nın 38. maddesinin oluşturduğu ve Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde yer alan, "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin esası, yasa tarafından, suçun, yani ne gibi eylemlerin yasaklandığının hiçbir şüpheye ver verilmeyecek biçimde belirtilmesinden ve buna göre cezanın yasayla belirlenmesinden ibarettir. Kişinin, yasak eylemleri ve bunların cezalarını önceden bilmesi gerekir. Bu durum, kişinin temel hak ve özgürlüklerinin güvencesidir. Bu nedenle de Anayasa'nın kişinin temel hak ve ödevlerine ilişkin bulunan ikinci bölümünde bu güvenceye yer verilmiştir.

Tüm bunlar suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılmasının yeterli olmadığı, konulan kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belirli olması gerektiği sonucunu doğurmaktadır. Yasayı bilmemenin özür sayılmayacağı bir ceza hukuku ilkesi olduğuna göre yasanın herkesçe anlaşılacak ölçüde açık olması da bunun doğal sonucudur. Nitekim, Türk Ceza Yasası'nın 1. maddesinde "kanunun sarih olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez" denilerek bu husus vurgulanmıştır.

Anayasa'da başlıca ceza ilkeleri belirtilmekte, bunların dışında kalan ceza konuları ve özellikle belli bir zamanda ne gibi eylemlerin suç sayılıp o suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini ve hangi ceza tedbirlerinin ve güvenlik tedbirlerinin ne yolda uygulanacağını saptama yetkisi yasakoyucuya bırakılmaktadır. Yasakoyucu ise başta Anayasa'nın buyurucu ve yasaklayıcı kuralları ile belirlenen güvenceler olmak üzere ceza hukukunun ilkeleri ve toplum yaşantısının zorunlulukları ve yasaların gerekleri ile bağlı kalarak bu konudaki takdirini kullanabilecektir. Yasama organının, kanun yaparken bütün olasılıkları gözönünde bulundurarak ayrıntılı kuralları saptamak yetkisi varsa da, bu her zaman mümkün olmayabilir. Özellikle yasama organının, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü nedeniyle, sık sık

değişen durumlar ve ihtiyaçlar karşısında kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra ayrıntıları belirlemede kimi makamlara yetki vermesi gerekebilir. Böyle bir ihtiyaç karşısında, yasamanın, esaslı hükümleri saptadıktan sonra ayrıntıların belirlenmesinde kimi makamlara yetki vermesi de yasama yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir. Bu durumlarda yasama yetkisinin yürütme organına bırakıldığı gibi bir anlam çıkarmak doğru olmaz.

İtiraz konusu TCK'nun 297. maddesinin ikinci fıkrası, birinci fıkrada yazılı kesin olarak infaz kurumu ya da tutukevine sokulması yasak eşya dışında kalan ve yetkili makamlarca belirlenen diğer yasaklı eşyayı bilerek sokanların veya bulunduranların cezalandırılacağını ifade etmektedir. İtiraz konusu kuralda suçun unsurları ve karşılığı olan ceza tereddüde meydan vermeyecek şekilde açıkça belirlenmiştir. Buna göre, birinci fıkrada sayılan silah, uyuşturucu veya uyarıcı madde veya elektronik haberleşme aracı dışında kalıp da "yetkili makamlar tarafından infaz kurumuna veya tutukevine sokulması yasaklanmış bulunan eşyayı", *"bu yasağı bilerek"*, "infaz kurumuna veya tutukevine sokan veya bulunduran veya kullanan kişinin", "altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı" belirtilmiştir. Böylece, itiraz konusu kuralda suçun ne gibi eylemleri kapsadığı açıkça belirtildiğine ve cezası da önceden saptandığına göre itiraz konusu kuralın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine uymayan bir yönü bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi benzer bir olayda, başvuran Mahkemenin 4533 sayılı "Gelibolu Yarımadası Tarihi Milli Parkı Kanunu"nun 6. maddesinde "Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen yerler dışında ateş yakma"yı suç olarak düzenleyip yaptırıma bağlayan kuralın kanunilik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla ilgili olarak, *"suçun maddi unsurunun Bakanlar Kurulu kararı ile "belirlenen yerler dışında ateş yakmak" olarak tesbit edilmesi suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Çünkü, idareye verilen bu yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, ulusal park sınırları içinde ateş yakılabilecek yerlerin belirlenmesiyle ilgilidir. Esasen coğrafi koşullara göre değişiklikler gösterebileceği gözetildiğinde işin niteliği gereği ateş yakılabilecek yerlerin yasa ile belirlenmesi de mümkün değildir. Bu durumda itiraz konusu düzenlemenin suçta kanunilik ilkesinin gereklerine aykırılığından söz edilemez."* şeklindeki gerekçeyle kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Eldeki işte de, yetkili makama verilen yetki suçun tanımını doğrudan belirleyen bir yetki olmayıp, infaz kurumuna veya tutukevine sokulacak eşyanın belirlenmesinden ibaret sınırlı bir yetkidir. Kurumun infaz kurumu veya tutukevi olmasına, infaz kurumunun tipine ve standardına, infaz kurumu veya tutukevinin asayiş durumu ya da tutuklu ve hükümlülerin özel durumlarına, buralarda meydana gelen isyan, açlık grevi, kaçma teşebbüsleri, intihar olayları, yaygın ve bulaşıcı hastalıklar gibi kurum, yöre veya çok spesifik alanlara ilişkin olarak yetkili merciler tarafından alınacak önlemler bu yetkinin tanınmasını gerektiren durumlardır. İnfaz kurumuna veya tutukevine sokulacak eşyaların belirlenmesi zaman itibariyle de farklılık gösterebilir. Durumun özelliği gözetilerek bir infaz kurumunda belirtilen gerekçelerle belli nitelikte eşyanın sokulması yasaklanabilirken, değişen duruma göre bu yasağın kaldırılması gerekebilir. Belirtilen durumların çeşitliliği ve değişkenliği gözetildiğinde işin niteliği gereği infaz kurumuna veya tutukevine sokulacak eşyaların yasa ile belirlenmesi mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu Anayasa'ya aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Hicabi DURSUN	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY

İtirazen iptali istenen TCK'nun 297. maddesinin ikinci fıkrası, birinci fıkrada yazılı kesin olarak infaz kurumu ya da tutukevine sokulması yasak eşya dışında kalan ve yetkili makamlarca belirlenen diğer yasaklı eşyayı bilerek sokanların veya bulunduranların cezalandırılacağını ifade etmektedir.

Başvurucu ise bu durumda hangi eylemin suç sayılacağının ve suç işleyene ne ceza verileceğini belirleme yetkisi yasa koyucunun iken, bunun yetkili idari makama bırakılmasını ve eşyaların tek tek

sayılmamış olmasını Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu iddiasındadır.

Kanunilik ilkesi; karşılığında ceza alan eylemlerin sayılmış ve fiilin kapsam ve sınırlarının da açık bir şekilde belirli olmasını ve ancak açıkça suç sayılan hallere ceza verilebileceğini, neticeten idarenin düzenleyici işlem ile suç ve ceza yaratamayacağı fikrini içermektedir.

Ancak idarenin suç konularını belirleme hususunda yetkili kılındığı NORMLARLA suçun konusunu belirleyip belirleyemeyeceği doktriner tartışma konusu yapıldığı bilinmektedir.

Bir fiili suç saymakla bir temel hakkın sınırlanması sonucuna ulaşılıyor ise bunun ANCAK Yasa ile yapılması, gerektiği yürütmenin yetkisinin genişletilmesi Yasa'ya karşı hile ve keyfilik olacağı, böyle bir yetkinin kaynağının Anayasa'da bulunmadığı ve yasama yetkisinin devredilmiş sayılacağı ve böylece kanunilik ilkesinin kullanılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu fikri temel olarak benimsenebilir. Ancak, Mahkememizin de yerleşmiş içtihatlarında olduğu üzere yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin yasa koyucunun temel ilkeyi koyması, çerçevesini belirlemesi hallerinde sık sık önlemler alınması, kaldırılması veya teknik vb. uzmanlık isteyen alanlarda yasama organının yapısı nedeniyle ağır işlemesi ve günlük olaylara uzaklığı hak ve hukukun doğru zamandan da tecellisi ve alınacak tedbirlerin yürürlüğü için, idareye ayrıntı düzenleyen yetki verilmesini, yasama yetkisinin devri olarak nitelemediği görülmektedir.

Nitekim, temel hak ve hürriyetlerle ilgili alanda genel esaslar gösterilmek, sınırları ve şartları belirlenmek ve bu hudutlar içinde kalmak koşulu ile suç normunu tamamlayan düzenlemeler yapılabileceği, suç çerçevesinin bu anlamda doldurulabileceği doktrinde de kabul edilen bir görüştür.

Dava konusu kural irdelendiğinde, yasaca belirlenmiş suç sayılan fiilin; madde başlığında görüleceği üzere infaz kurumuna veya tutukevine yasak eşya sokmak olduğu suçun konusunun "Eşya" olarak belirlendiği bu fiille korunan hukuki değerinde ceza ve tutukevinde belirlenen asgari/azami yaşam ve disiplin kurallarının bozulmaması suretiyle tutuklu/sanık infaz ve kurum güvenliğinin varlığını sürdürebilme olduğu söylenebilecektir.

TCK 297. maddesi başlığı belirlenmesini istediğimiz temel ilkeyi koymuş, çerçevesini yani suçun eylemin suç olarak nitelenecek alanı da ceza ve tutukevine eşya sokmak şeklinde belirlemiş ve hatta birinci fıkrası ile (kesin yasak eşyalar biçiminde) suç konusu üzerinde sınırlama alanını da net bir şekilde belirlemiştir.

İptali istenen ikinci fıkra hükmünün ise, tutuklu veya sanığın günün koşullarına ve tesis edilmek istenen disiplin için ihtiyaç bulunup her an gerek teknolojik gerek ekonomik veya sair iradi sebeplerle değişkenlik gösterebilecek, bugün için suça konu edilebilecek iken, ortaya çıkan gelişmeler içinde masum, zorunlu gereksinim haline gelmiş konular üzerinde idare tekniği ve uzman görüşü ile ortaya çıkabilecek değişikliklere dayalı konu tayin etme yetkisini yeni detay belirlemeyi yetkili makama yani idareye bıraktığı görülmektedir.

Anılan kapsamı yasa koyucunun iradesine bir an için bırakılması gerektiği düşünülse, geriye idareye ceza ve tutukevine sokulabilecek eşyaları belirleme konusunda koşullara uygun çözüm ve fırsat yaratma şansı verilmesi olanaksız hale gelecek olup, bu durum ise doktrin ya da mahkememiz görüşleri gibi yetki devri sayılmayacak alan yaratabilir kabulü fikrini ortadan kaldıracaktır.

Kaldı ki ceza ve tutukevi hürriyetten yoksunluğun bir yargı hükmü ile yaşanıldığı alan olup, zorunlu bulunan bu disiplin alanına idarenin teknik müdahalesi anlamı taşıyan kural da yasak sayılan eşyayı bilerek sokanların kastedildiği, o halde içeriye alınıp alınamayacak eşyalar yönünden belirsizlik varsayılamayacağı ve ayrıca infaz kurumuna veya tutukevine yasaklı eşya sokanlar yönünden bilgi edinilmiş/bilgilerine sunulmuş olmasına rağmen suçun subutu için KASIT yani bilmeye rağmen suç işleme kasdında olanların cezalandırılmak istendiği kasten olmayan fillerin ceza dışında tutulduğu fıkra kapsamından anlaşıldığından, yasaklı eşyayı bir kanuni düzenlemede tek tek sayılması gerektiği anlayışındaki Mahkeme düşüncesine katılınmamış, Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2010/99

Karar Sayısı : 2011/117

Karar Günü : 7.7.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bakırköy 13. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…kesin olarak…"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından açılan iş sözleşmesinde feshin geçersizliğine ilişkin davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- İTİRAZIN KONUSU: 4857 Sayılı İş Kanunun 20/3 maddesindeki "KESİN OLARAK" kelimelerinin Anayasa'nın 2, 10 ve 36. maddelerine aykırılığı iddiası ile iptal istemidir.

Davacı tarafından davalı aleyhine Mahkememizde açılan işe iade davasının sonunda 25/11/2008 tarihinde davanın reddine karar verilmiştir. Karar eksik araştırma nedeniyle davacı vekilinin temyizi üzerine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 26/10/2009 tarih ve 2009/1984-29312 Esas-Karar sayılı ilamı ile bozulmuştur.

Mahkememizce 25/02/2010 tarihinde önceki kararda ısrar edilerek yeniden davanın reddine karar verilmiştir.

Kararın davacı vekili tarafından yeniden temyiz edilmesi üzerine, bu defa Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 02/06/2010 tarih ve 2010/9-272 Esas, 2010/276 Karar sayılı ilamı ile "...4857 sayılı İş Kanunu 20. maddesi

ile iş akdinin feshinin geçersizliğine ilişkin açılacak bir davanın seri yargılama usulüne göre kısa süre içinde sonuçlandırılması düşüncesi, işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde çok kısa bir süre yoksun kalması ilkesinden kaynaklanmış ve bu nedenle de Yargıtay Özel Dairesince verilecek kararın kesin olması amaçlanmıştır.

Benzer nitelikteki düzenlemelere; 2821 Sayılı Sendikalar Yasasının 4. maddesi, 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 3, 12,15 ve 60. maddelerinde de yer verilirken, İş Hukukuna yön veren temel ilke ve düşüncelerden hareket edildiği, Hukuk Genel Kurulunun 13/03/1985 gün, 1984/9-834 Esas ve 1985/201 Karar sayılı kararında da benzer bir konunun ele alındığı görülmüş ve 2822 Sayılı Kanunun 15. maddesinde yer verilen "Yargıtay'ca ... Kesin karara bağlanır." hükmü ile yasa koyucunun burada bozma kararına karşı direnme yolunu kapamayı amaçladığının vurgulandığına işaret edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle (Kesin karar verme) hususunun Yargıtay Özel Daire Kararının kesin olduğunu amaçladığı, bunun için de direnmeye konu edilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Yasa koyucu burada açıkça "Yargıtay'ca kesin olarak karara bağlanır." Demek suretiyle bozma kararına karşı direnme yolunu kapamış bulunmaktadır...

Hal böyle olunca, "Yerel Mahkemece Özel Daire bozma kararının kesin olduğu ve direnme yolunun kapalı bulunduğu gözetilerek bozma ilamına bu nedenle uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." gerekçesiyle bozulmuştur.

Mahkememiz'ce direnme kararı verilirken 4857 Sayılı Yasa'nın 20. maddesindeki "KESİK OLARAK" kelimelerinin direnmeyi engellemediği düşünülmüştür. Buradaki "KESİN OLARAK" kelimeleri yerel mahkemelerce verilen kararların dosyada eksik bir araştırma bulunmadığı takdirde davanın kabulü yerine reddi, veya davanın reddi yerine kabulü gibi yanılgılı olması halinde, Yargıtay'ca kararın bozularak mahkemesine gönderilip yerel mahkemenin yeni bir karar vermesi yerine, zaman kaybını önlemek amacıyla davanın kabulü veya reddi kararını bizzat kendisinin vermesi şeklinde anlaşılması gerekir. Bu şekilde uyuşmazlığın kısa sürede sonuçlandırılması amaçlanmıştır. Yargıtay Özel Dairesinin bu şekilde verdiği karar kesin olduğundan maddedeki "KESİN OLARAK" kelimelerinin bu anlamda kullanıldığını kabul etmek gerekir. Yargıtay Özel Dairesinin bu şekilde verdiği karara

karşı yerel mahkemenin direnme kararı vermesi veya başka bir işlem yapması mümkün olmadığından Yargıtay Özel Dairesinin verdiği karar kesin olmaktadır. 4857 Sayılı Yasanın 20. maddesindeki" KESİN OLARAK" sözcüklerini bu şekilde anlamak gerekir.

Ancak yerel mahkemenin kararı eksik araştırma sonucu verilmiş ise Yargıtay Özel Dairesi biraz önce açıklandığı gibi kesin hüküm sonucu doğuracak bir karar veremeyip eksik araştırmanın ikmali için yerel mahkemenin kararını bozmak zorunda kalacaktır. Yargıtay Özel Dairesinin bozma kararı biraz önce açıklanmaya çalışılan kararı gibi kesin değildir.

Yukarıda anlatılan karar davayı kısa sürede sonuçlandıran, işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde çok kısa süre yoksun kalması ilkesini gözeten bir karardır. Ancak bozma kararı için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Yargıtay Özel Dairesi eksik araştırma nedeniyle kararı bozduğu takdirde yerel mahkeme bu eksiklikleri ikmal için epey bir zaman harcayacak, verilen karar tekrar temyiz edilip, belki de araştırma yeterli görülmeyip karar tekrar bozulacaktır. Bu da davanın uzaması demek olup, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararında belirttiği "davanın kısa sürede sonuçlandırılması" düşüncesine terstir, işe iade davası kabul edilmiş olan davacı işçi de emek gelirinden uzunca bir süre yoksun kalacaktır.

Yargıtay Özel Dairesinin bu konuda verdiği kararların kesin olduğunu kabul etmek, bu dairenin bu konuda verdiği kararların tamamının doğru olduğunu kabul etmek demektir. Özel dairelerin kararlarının hepsi doğru olsa idi Yargıtay Genel Kurulları olmazdı. Direnme kararlarının bazıları Genel Kurullarda onanmaktadır. Dolayısıyla Özel Dairenin bozma kararının yanlış olma ihtimali bulunmaktadır. Yerel mahkemeye direnme hakkı verilirse yerel mahkemenin kararı belki Genel Kurul'da onanacak ve dava daha kısa sürede sonuçlanmış olacaktır. Hernekadar bu dosyada işe iade davası reddedilmiş ise de, işe iade davasının kabulü halinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında belirtilen işçinin emek gelirinden olanaklar ölçüsünde çok kısa süre yoksun kalması ilkesi gözetilmiş olacaktır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca bu konuda Özel Dairenin verdiği kararları kesin kabul edip direnme kararları bozulduğuna göre, artık bu

konunun tartışılmasına gerek kalmamıştır. Düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı tartışılmalıdır.

Kanaatimize göre 4857 Sayılı İş Kanununun 20/3 maddesindeki "KESİN OLARAK" kelimeleri Anayasa'nın 2, 10 ve 36. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Hukuk devletinde her türlü kişi, kurum ve kuruluşların yaptığı eylem ve işlemler hukukça denetlenir. Yargıtay Özel Dairesinin kararı da bir işlem olup, daha üst kurul olan Hukuk Genel Kurulu'nun denetimine açık tutmak Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereğidir, işe iade davalarında Yargıtay Özel Dairesi'nin verdiği bozma kararlarının Genel Kurul'un denetimine kapalı tutulması hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından söz konusu hüküm Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Kanun önünde herkes eşittir. 4857 Sayılı İş Kanununun 20/3 maddesindeki "KESİN OLARAK" kelimeleri Anayasa'nın bu ilkesine de aykırıdır. Yargıtay Özel Dairesinin bazı kararlarına karşı direnme yolu açık tutulup Genel Kurul'un denetimine tabi tutulurken, bazı kararlarına karşı direnme yolunun kapalı tutulması Anayasa'nın eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 36. maddesinde de herkesin yargı mercileri önünde iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Adil yargılanma hakkı doğru ve güvenli yargılanma hakkı demektir. Bir kararın daha üst ve geniş bir kurulda tartışılması doğru ve güvenli karar verilmesi anlamına gelir. Tarafların davasını daha doğru ve güvenli karar çıkması ihtimali olan Hukuk Genel Kurulu'na götürmesini engellediği için İş Kanunun 20/3 maddesindeki "KESİN OLARAK" kelimeleri Anayasa'nın 36. maddesine de aykırı olup iptali gerekir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin itiraz konusu ibareyi de içeren üçüncü fıkrası şöyledir:

"Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde ***kesin olarak*** *karar verir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine dayanmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

7.12.2010 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, iş sözleşmesinde feshin geçersizliğine ilişkin davalarda, Yargıtay Dairesi tarafından verilen bozma kararlarına karşı direnme yolunun kapalı tutulması nedeniyle, tarafların davasını daha doğru ve güvenli karar çıkma ihtimali olan Hukuk Genel Kurulu'na

götürmeyi engelleyen ve Daire'nin bazı kararlarına karşı direnme yolunu açık tutup bazı kararlarına karşı direnme yolunu kapalı tutan itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi", hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılanmanın ön koşulunu oluşturur.

Yasakoyucu, 4857 sayılı Yasa'nın iptali istenen kuralı da içeren 20. maddesinde, iş sözleşmesinde feshin geçersizliğine ilişkin davalarda süreler ve yargılama usulleriyle ilgili olarak genel hükümlerden

ayrılarak bu tür davaların daha hızlı ve kolay bir surette sonuçlanmasını temin etmek amacıyla özel düzenlemeler yapmıştır.

İtiraz konusu kural ile feshin geçersizliğine ilişkin davalarda temyiz incelemesi yapan Yargıtay Dairesi tarafından verilen kararların kesin olduğu öngörülmektedir.

İptali istenen kuralın gerekçesinde, feshin geçersizliğine ilişkin davaların seri muhakeme usulüne göre kısa sürede sonuçlanmasının amaçlandığı, ancak bir içtihat birliği sağlanabilmesi için de Yargıtay'ın denetimine yer verildiği belirtilmiştir.

Anayasa'da, "mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin" yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre, usul yasalarının Anayasa'ya uygun olmak koşulu ile düzenlenmesi yasakoyucunun takdirine bırakılmıştır. Yargı denetiminde sonsuzluk söz konusu olamayacağından yasakoyucu kanun yollarını davaların özelliklerine göre düzenlemekte ve kimi kararların kesin olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, Anayasa'da tüm mahkeme kararlarının temyiz edileceğine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Buna rağmen yasakoyucu itiraz konusu kuralla, iş sözleşmesinin feshine ilişkin davalarda mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunu kapatmamakta, temyiz sonucunda verilen kararın kesinleşmiş olduğunu belirtmektedir. Yasakoyucu bu tür davaların görülmesinde ve sonuçlandırılmasında daha hızlı bir usul öngörmek suretiyle genel hükümlerden ayrılmakta kamu yararı görmüştür. Bu nedenle, adil yargılanma hakkını zedeleyen, adalet duygusunu rencide eden ve demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişen bir yönü bulunmayan itiraz konusu kuralda, hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, Yargıtay Dairesi'nin, iş sözleşmesinin feshinin geçersizliğine ilişkin davalarda verdiği kararlar ile diğer kararları aynı nitelikte değerlendirilip bunlar arasında bir eşitlik karşılaştırılması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "… kesin olarak …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 7.7.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/116

Karar Sayısı : 2011/118

Karar Günü : 7.7.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Muğla 2. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun;

1- 160. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"… ile diğer mensupları…"* ibaresinin,

2- 161. maddesinin birinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında, Bankacılık Kanununda yer alan nitelikli zimmet suçu işlendiğinden bahisle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"I- Hukuksal Düzenleme:

a) İptali İstenilen Düzenleme:

Bankacılık Kanunu

Zimmet

Madde 160- Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri

ile diğer mensupları, altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkum edilirler.

Madde 161- Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren maddesi uygulanır. ...

b) Aykırılık Oluşturduğu Anayasa Maddeleri:

Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Madde 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

…

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Madde 38- Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

II- Anayasa'ya Aykırılık Gerekçesi:

a) Eşitlik İlkesi Yönünden:

Nitelikli Zimmet suçunun yaptırımı 5237 sayılı T.C.K.'nin 247/1, 2 maddelerinde 7,5 yıldan 18 yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmişken, aynı suç için Bankacılık Kanununun 160/1, 2 maddelerinde banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları yönünden cezanın alt sınırının 12 yıl hapis cezasından az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Bankacılık Kanununun 160/1 ve 2 maddelerinde zimmet suçu için daha ağır bir yaptırım öngörülmesinin nedeni, finans sektöründen kaynaklı üst üste yaşanan ekonomik krizler sonrası kamuoyunda "banka hortumlamak" şeklinde kavramlaştırılmış olan ve krizlerin tetikleyicisi

olan fiillere karşı kamuoyunun duyarlılığına cevap vermektedir. Bu düzenleme ile amaçlanan "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri"nin eylem ve işlemlerinin toplumsal etkileri ve kamu düzeni üzerindeki sonuçları gözetilerek özel bir hükümle daha ağır bir yaptırıma tabi tutulmalarının sağlanmasıdır.

Bu yüzden, Bankacılık Kanununun 160'ıncı maddesinde "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri" şeklindeki ifadeden sonra "diğer mensupları" sözcüklerine yer verilmek suretiyle sıradan bir banka çalışanının genel müdürler düzeyinde sorumlu kılınması, yani hukuksal deyimiyle "tipe uygun" aynı fiili icra eden diğer faillerden (zimmetine para geçiren herhangi bir kamu görevlisinden) daha ağır yaptırıma muhatap edilmesi negatif bir hak ihlalidir ve Anayasa'nın 10'uncu maddesinde ifadesini bulan "Eşitlik ilkesi'ne aykırıdır.

b) Hukuk Devleti İlkesi Yönünden:

Bankacılık Kanunu ile korunan hukuksal değer "finansal piyasalara ve finansal kurumlara güven"dir. Türk Ceza Kanununun 247'nci maddesi ile korunan hukuksal değer ise "kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi"dir. Finans kuruluşları ekonomik niteliklidir. Kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişi ise kamu düzeni ve güvenliği ile ilgilidir. Hukuksal değerler hiyerarşisi bakımından kamu düzeni ve güvenirliği, finansal kuruluşların güvenirliğinden önce gelir. Daha yüksek bir değer alanının, kendisinden daha altta olan bir alana göre daha az korunuyor olması "Hukuk Devleti ilkesi" ile de bağdaşmamaktadır.

c) Kanunilik İlkesi Yönünden:

Hukukumuzda "Suçta Ve Cezada Kanunilik" olarak kavramlaştırılan ve 1982 Anayasası'nın 38/1 maddesinde düzenlenen ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinde yer almaktadır. Maddede "hiç kimsenin işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği ve suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamayacağı" hükme bağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyu değerlendirdiği bir kararında şu görüşleri dile getirmiştir: "Mahkemenin görüşüne göre aşağıdakiler "kanun tarafından öngörülmüş olma" ifadesinden çıkan iki gerekliliktir. Öncelikle, hukuk yeterince erişilebilir olmalıdır: Yurttaşın elinde, yasa kurallarının uygun olanlarının eldeki olaya

uygulanabildiğine dair bir gösterge olmalıdır, ikinci olarak, bir kural kişinin davranışını belirlemesine imkan verecek açıklıkla düzenlenmemiş olursa "yasa" olarak kabul edilemez: birey, -eğer gerekiyorsa uygun bir tavsiye ile- makul bir dereceye kadar, belli koşullar altında, belli bir davranışın hangi sonuçları doğurabildiğini öngörebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez. Deneyimler bunun olanaklı olmadığını da göstermektedir. Ayrıca, kesin bir şekilde öngörebilme çok arzulanan bir şey iken, aşırıya kaçan bir sertliği beraberinde getirebilir, yasa değişime ayak uydurabilecek bir yapıda olmalıdır. Bu yüzden hukuk kuralları kaçınılmaz bir şekilde, az veya çok, belirsiz/muğlak bir şekilde ifade edilmiştir ki, bu hukuk kurallarının yorumu ve uygulanışı uygulamanın sorunudur." (29.03.1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, parag.49)

Bu ilke gereğince öncelikle yasaya erişim kolay olmalıdır. Elbette ki temel ceza yasası dışında, özel kanunlarla da suç ihdas edilebilir. Ancak bu mevcut ceza yasasındaki belirli bir konudaki düzenlemenin yetersizliği nedeniyle, özel bir düzenleme yapma gerekliliğinin ortaya çıkması üzerine söz konusu olabilir. Aksi halde, her özel alanın özel bir düzenlemeye konu edilmesi halinde ceza mevzuatı dağınıklaşacağı için birey açısından erişilebilirliği zorlaşacağı gibi, uygulayıcılar alanında yaratabileceği zihin bulanıklığı nedeniyle uygulama birliğini bozabilecektir. Bütün bunlar ise "Hukuk Devletinin", "Kanunilik İlkesi" ile çelişeceğinden Anayasaya aykırılık oluşturur.

Bu ilke gereğince ikinci olarak, yasa hükmüne erişen bir bireyin bunu anlayabilmesi ve davranışlarını bu yasaya uygun şekilde düzenleyebilmesi için "hangi fiillerin suç oluşturduğunun" ve "hangi fiil için ne tür bir yaptırım belirlendiğinin" kanunda yeterli bir açıklıkta belirtilmesi gerekir.

Oysa 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 161'inci maddesinde "bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunlara göre de cezayı gerektirmesi halinde, fail hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesinin uygulanacağı" hükmüne yer verilmekle, banka görevlilerinin zimmeti yönünden "hangi fiillerin suç kabul edileceği" ve "suç kabul edilecek fiiller için ne tür bir yaptırım uygulanacağı" belirsiz bırakılarak "Kanunilik İlkesi" açıkça çiğnenmiştir.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenler ile;

1) 5411 sayılı Bankacılık Kanununun; 160'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "ile diğer mensupları," sözcüklerinin, Anayasa'nın 2'nci maddesi ile 10'uncu maddesinin 1 ve 5'inci fıkralarına aykırı olduğuna,

b) 161'inci maddesinin l'inci cümlesinin, Anayasa'nın 38'inci maddesinin l'inci fıkrasına aykırı olduğuna ve bu maddelerin iptalleri için AMKYUHK'nun 28/1 maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2) Kararın ve dosyanın konu ile ilgili belgelerinin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

3) Anayasa Mahkemesi Genel Sekreterliğince dosyamızın kaleme havale edildiğinin bildirildiği tarihten itibaren, görülmekte olan davanın incelemesinin AMKYUHK'nun 28/2 maddesi gereğince beş ay sonraya bırakılmasına,

İlişkin olarak dosya üzerinde yapılan inceleme sonucu oybirliği ile karar verildi. 17/09/2010"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1) 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 160. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri veya diğer malları kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ***ile diğer mensupları,*** *altı yıldan oniki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılacakları gibi bankanın uğradığı zararı tazmine mahkûm edilirler."*

2) 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun itiraz konusu cümleyi de içeren 161. maddesi şöyledir:

*"****Bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiiller başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği takdirde, failleri hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesi uygulanır.*** *6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun sorumluluğu gerektiren hükümleri saklıdır."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine dayanmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

6.1.2011 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A) 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 160. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "…ile diğer mensupları…" İbaresinin İncelenmesi

Başvuru kararında; kamu idaresinin güvenilirliği ve işleyişinin kamu düzeni ve güvenliği ile ilgili olması nedeniyle Türk Ceza Kanunu'nun 247. maddesi ile korunan hukuksal değerin "kamu idaresinin

güvenilirliği ve işleyişi" olduğu, finans kuruluşlarının ekonomik nitelikli olması nedeniyle Bankacılık Kanunu ile korunan hukuksal değerin "finansal piyasalara ve finansal kurumlara güven"in olduğu, hukuksal değerler hiyerarşisi bakımından kamu düzeni ve güvenliğinin, finansal kuruluşların güvenirliğinden önce geldiği, bu nedenle, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer alan zimmet suçunun 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan nitelikli zimmet suçundan daha ağır bir yaptırım öngörüyor olmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, 5411 sayılı Yasa'da yer alan zimmet suçu için daha ağır bir yaptırım öngörülmesinin, finans sektöründen kaynaklı üst üste yaşanan ekonomik krizler sonrası kamuoyunun duyarlılığına cevap vermek olduğu, bu düzenleme ile amaçlananın "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri"nin eylem ve işlemlerinin toplumsal etkileri ve kamu düzeni üzerindeki sonuçları gözetilerek özel bir hükümle daha ağır bir yaptırıma tâbi tutulmalarının sağlanması olduğu, itiraz konusu ibarenin sıradan bir banka çalışanını genel müdürler düzeyinde sorumlu kılması nedeniyle negatif bir hak ihlali olarak Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal

durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu ibare ile, 5411 sayılı Yasa'da yer alan zimmet suçunun fail kapsamına, banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri yanında bankada çalışan diğer mensupların da dâhil olduğu öngörülmektedir.

Bankalar, her ülkede para piyasasının oluşması ve işletilmesinde önemli bir rol oynar. Ülke ekonomisi içerisindeki bu önemli rolü nedeniyle bankacılık sisteminde meydana gelebilecek herhangi bir aksaklık başta tasarruf sahipleri olmak üzere tüm ekonomik sistemi etkileyebilmektedir. Bir güven kurumu olan bankalar tarafından yürütülen mevduat kabul etmek, mevduat sahiplerini yönlendirerek malvarlığına ilişkin değerleri idare etmek ve finans piyasalarındaki ödeme trafiğini yönetmek gibi faaliyetler malvarlığı değerlerinin bankalar nezdinde çok yüksek finansal değerleri bulmasına neden olmaktadır.

Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Finansal piyasalara ve finansal kurumlara güvenin sağlanması, kamu düzeni ve güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, finansal piyasalara ve kurumlara güvenin sağlanması da kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasının önemli bir unsurudur. Bu bağlamda, yasakoyucunun, bir güven kurumu olan bankaların güvenilirliğini sağlamak ve bu güvenilirliği devam ettirmek amacıyla, eylemin toplumda ve ekonomik hayatta yaratabileceği etkiler ile işlenme oranında ortaya çıkabilecek artışların kamu düzeni ve güvenliğine etkisini de dikkate alarak, ceza siyasetinin bir gereği olarak takdir yetkisi kapsamında banka mensupları tarafından işlenen zimmet suçunu, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemek yerine Bankacılık Kanunu'nda özel bir düzenleme yaparak daha ağır bir yaptırıma tâbi tutmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

İtiraz konusu ibarenin yer aldığı 5411 sayılı Yasa'nın 160. maddesinde yasakoyucu, banka zimmeti suçunun faillerini belirlemiştir. Maddede fail olarak, yerine getirilen görevin önemi dolayısıyla yönetim kurulu başkan ve üyeleri yanında bankada çalışan diğer banka mensupları da fail kapsamına alınmıştır. Belirlenen kişilerin fail olabilmesi için bu kişilerin, banka zimmeti suçunun konusu olan para veya para yerine geçen diğer malların zilyetliğinin kendisine devredilmiş olması veya bu malları koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Yönetim kurulu başkan ve üyeleri dışında kalan diğer banka mensuplarının işleyeceği zimmet suçunun da finansal piyasalar ve finansal kurumlara duyulan güvene verebileceği zarar göz önüne alındığında, aynı yükümlülüklere tâbi olan banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer banka mensupları arasında ayırım yapılmaksızın aynı yaptırıma tâbi tutulmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

B) 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 161. Maddesinin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

Başvuru kararında, "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi gereğince yasaya erişimin kolay olması gerektiği, temel ceza yasası dışında özel kanunlarla da suç ihdas edilebilmesinin, ancak bu durumun mevcut ceza yasasındaki belirli bir konudaki düzenlemenin yetersizliği nedeniyle söz konusu olabileceği, aksi hâlde her özel alanın özel düzenlemeye konu edilmesi hâlinde ceza mevzuatının dağınıklaşacağı, bu durumun uygulama birliğini bozabileceğinden kanunilik ilkesi ile çelişeceği, yasa hükmüne erişen bir bireyin bunu anlayabilmesi ve davranışlarını bu yasaya uygun şekilde düzenleyebilmesi için "hangi fiillerin suç oluşturduğunun" ve "hangi fiil için ne tür bir yaptırım belirlendiğinin" kanunda yeterli bir açıklıkta belirtilmesi gerektiği, oysa itiraz konusu kuralın, banka görevlilerinin zimmeti yönünden bu hususları belirsiz bıraktığından Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik

tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

İtiraz konusu kuralla, 5411 sayılı Yasa'ya göre suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunlarda da cezayı gerektiren hareket ve fiil olması durumunda fail hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesinin uygulanacağı düzenlenmektedir. Yasakoyucu ekonomik düzenin en önemli parçalarından biri olan bankacılık faaliyetlerinin icrası sırasında işlenen suçları, söz konusu suçların toplumda ve ekonomik düzende yarattığı etkileri de dikkate alarak Bankacılık Kanunu'nda özel olarak düzenlemiş ve daha ağır yaptırımlara bağlamıştır. Yasakoyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleştirici tutum ve davranışların neler olacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Bankacılık faaliyetleri ile ilgili suçların her zaman daha ağır yaptırıma tâbi tutulmasını sağlayan itiraz konusu kural suç ve ceza siyasetinin gereği olarak yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir.

Ayrıca, itiraz konusu kural gereğince fail hakkında bir yaptırım uygulanabilmesi için bu yaptırımı gerektiren hareket ve fiilin diğer bir kanunda suç olarak düzenlenmiş olması ve bu suça ilişkin cezanın açık bir şekilde belirlenmesi gerekmektedir. Gerek suçun gerekse yaptırımın kanunla düzenlenmiş olması karşısında, bu yasal düzenlemelere atıf yapan itiraz konusu kuralda bir belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceğinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun;

1- 160. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… ile diğer mensupları …" ibaresinin,

2- 161. maddesinin birinci cümlesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 7.7.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un Geçici 1. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/23, E: 2009/39) (YD)** **1351**

2. 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un geçici 1. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/68, E: 2009/39)** **1353**

3. 26.10.1963 günlü, 357 sayılı **Askeri Hâkimler Kanunu**'nun 25. ve 26. maddelerinin, Anayasa'nın 2., 10., 36., 138., 139., 140. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/105, E: 2010/32)** **1903**

B

4. 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı **Bankacılık Kanunu**'nun; 1- 160. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"… ile diğer mensupları…"* ibaresinin, 2- 161. maddesinin birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/118, E: 2010/116)** **1979**

5. 9.6.2004 günlü, 5187 sayılı **Basın Kanunu**'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iki ay" ibaresi ile 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "hapis" sözcüğünün, Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/72, E: 2009/66)** **1411**

6. 10.10.1984 günlü, 3056 sayılı **Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun**'un, 18.5.1987 günlü, 281 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesiyle değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "…her seviyedeki işçi…teşekküllerinde…" ibarelerinin Anayasa'nın 6. maddesine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2011/89, E: 2009/50)** **1667**

7. 24.7.2008 günlü, 5793 sayılı **Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un: 3. maddesiyle değiştirilen 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin dördüncü fıkrasının, 7. maddesiyle değiştirilen 2.3.1984 günlü, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerinin, 15. maddesiyle değiştirilen 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun Ek Madde 3'ün; birinci tümcesinde yer alan "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresinin, "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci tümcesinin, yedinci tümcesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." ibaresinin, 42. maddesiyle değiştirilen 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasının, 43. maddesiyle değiştirilen 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin son fıkrasının ilk iki tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 36., 63., 123., 125., 127. ve 153. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/35, E: 2008/87) (YD)** **1755**

8. 24.7.2008 günlü ve 5793 sayılı **Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1) 3. maddesi ile değiştirilen 14.6.1973 günlü ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin dördüncü fıkrasının, 2) 7. maddesi ile değiştirilen 2.3.1984 günlü ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerinin, 3) 15. maddesi ile değiştirilen 3.5.1985 günlü ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ek 3. maddesinin; a) Birinci tümcesindeki "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresinin, b) "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plân ve imar plânlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci tümcesinin, c) Yedinci tümcesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak

kesinleşir ve yürürlüğe girer. …" ibaresinin, 4) 42. maddesiyle değiştirilen 22.2.2005 günlü ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasının, 5) 43. maddesiyle değiştirilen 21.4.2005 günlü ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin son fıkrasının ilk iki tümcesinin, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 10., 36., 63., 123., 125., 127. ve 153. maddelerine aykırılığının ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmalarına karar verilmesi istemi **(K: 2011/95, E: 2008/87)** **1759**

9. 18.2.2009 günlü, 5838 sayılı **Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 22. maddesiyle, 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun geçici 7. maddesine eklenen fıkranın "…mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir açılan davalar sonucunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir." bölümünün, 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır." hükmünü içeren (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/26, E: 2009/30) (YD)** **1499**

10. 18.2.2009 günlü, 5838 sayılı **Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un; 1- 22. maddesi ile 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun Geçici 7. maddesine eklenen fıkranın *"… mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir, açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir."* bölümünün, 2- 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un *"6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır."* hükmünü içeren (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/76, E: 2009/30)** **1501**

11. 16.6.2010 günlü, 5997 sayılı **Bazı Kanunlarda ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 14. maddesiyle, 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesinin *"Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve…"* bölümünün, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/78, E: 2010/81)** **1563**

Ç

12. 25.2.2009 günlü, 5841 sayılı **Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 2. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen tümcede yer alan "… iddia ve taşınmazın niteliğine …" ibaresinin, 3. maddesiyle, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde 10'un, Anayasa'nın 2., 43. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/27, E: 2009/31) (YD)** **1515**

13. 25.2.2009 günlü, 5841 sayılı **Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1) 2. maddesi ile 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlenin, 2) 3. maddesi ile 3402 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 10'un, Anayasa'nın 2., 9., 10., 36., 43., 138. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/77, E: 2009/31)** **1517**

D

14. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin ikinci fıkrasının "*Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır*." biçimindeki birinci cümlesinin "uyarma ve kınama cezaları yönünden" Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/101, E: 2010/23)** **1849**

G

15. 16.6.2009 günlü, 5904 sayılı **Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un; 1- 12. maddesiyle, 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendinin, 2- 18. maddesiyle, 6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendinin, 3- 35. maddesiyle, 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin, Anayasa'nın 2., 73., 135. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2011/96, E: 2009/62)** **1807**

İ

16. 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı **İş Kanunu**'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…kesin olarak…"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/117, E: 2010/99)** **1971**

M

17. 24.6.1995 günlü, 556 sayılı **Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'ye 3.11.1995 günlü, 4128 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ve 21.1.2009 günlü, 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 61/A maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/112, E: 2010/38)** **1929**

O

18. 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı **Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu**'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 9. ve 37. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/109, E: 2010/9)** **1923**

R

19. 13.4.1994 günlü, 3984 sayılı **Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun**'un 15.5.2002 günlü, 4576 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"…iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir…"* ibaresinin Anayasa'nın 26. maddesine aykırılığı savı ile iptali istemi **(K: 2011/98, E: 2010/91)** **1833**

S

20. 12.3.2008 günlü, 5748 sayılı **Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 1- 1. maddesiyle değiştirilen 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci tümcelerinin, 2- 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü, dördüncü ve beşinci tümcelerinin, 3- Geçici 1. maddesinin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 11., 128., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmalarına karar verilmesi istemi **(K: 2011/94, E: 2008/31)** **1721**

21. 19.11.2009 günlü, 5924 sayılı **Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1) 1. Maddesi ile değiştirilen 21.2.1967 günlü, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 9. maddesinin; a- Beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "üç katına kadar aday" ibaresinin, b- Altıncı fıkrasının "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz." biçimindeki son cümlesinin, 2) 2. Maddesi ile 832 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 11. maddenin; a- Birinci fıkrasının, b- İkinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2011/90, E: 2009/94)** **1675**

22. 10.7.2008 günlü, 5786 sayılı **Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un; 1- 2. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" ibaresinin, 2- 5. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasının, 3- 6. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ve

son fıkrasının, 4- 8. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, 5- 12. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ve üçüncü fıkrasındaki "en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar" ibaresinin, 6- 15. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen dokuzuncu fıkrasının ilk dört cümlesinin ve onuncu fıkrasının, 7- 20. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'a Geçici 8. maddeden sonra gelmek üzere eklenen Geçici Madde 9'un; a- Birinci fıkrasının (b) bendinin (Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi doldurmamış olanlar yönünden), b- Son fıkrasının, 8- 20. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının, iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/81, E: 2008/80)** **1581**

23. 3.6.2007 günlü, 5684 sayılı **Sigortacılık Kanunu**'nun 22. maddesinin (14) numaralı fıkrasının *"Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir."* biçimindeki son cümlesinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/93, E: 2009/11)** **1701**

24. 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu**'nun 56. maddesinin "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır" şeklindeki son fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20., 35., 60. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/70, E: 2009/86)** **1375**

T

25. 27.12.2007 günlü, 5726 sayılı **Tanık Koruma Kanunu**'nun; 1- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin, 2- 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "… ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" ibaresinin, 3- 9. maddesinin; a- (3) numaralı fıkrasının, b- (5) numaralı fıkrasının, c- (7) numaralı fıkrasının, 4- 11. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, 5- 13. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2.,6., 7., 8., 11., 13., 36., 87., 90., 138. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/104, E: 2008/12)** **1859**

26. 15.1.2009 günlü, 5831 sayılı **Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 5. maddesiyle 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen ek madde 10'un, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün birinci fıkrasının "fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle" bölümünün, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen ek madde 4'ün dördüncü fıkrasının birinci tümcesinin, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 153., 169. ve 170. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/25, E: 2009/24) (YD)** **1459**

27. 3.7.2008 günlü, 5782 sayılı **Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1) 1. maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, 2) 2. maddesiyle yeniden düzenlenen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin, 3) 3. maddesiyle 2644 sayılı Tapu Kanunu'na eklenen Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/74, E: 2008/79)** **1433**

28. 15.1.2009 günlü, 5831 sayılı **Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 5. maddesiyle 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen ek madde 10'un, 2- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün birinci fıkrasının, 3- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin, 4- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 153., 169. ve 170. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2011/75, E: 2009/24)** **1461**

29. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 278. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/113, E: 2010/52)** **1943**

30. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 106. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/114, E: 2010/68)** **1949**

31. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 297. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/116, E: 2010/69)** **1957**

32. 17.7.1963 günlü, 278 sayılı **Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun**'un; 1- 31.7.2008 günlü, 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin; a- (1) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin, b- (2) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin, c- (3) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin, 2- 5798 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 11. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2011/85, E: 2008/88)** **1649**

33. 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu**'nun 71. maddesinin birinci cümlesinde yer alan *"…eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır."* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/73, E: 2009/93)** **1425**

Y

34. 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı **Yüksek Öğretim Kanunu**'nun 54. maddesinin (g) fıkrasının *"Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar*." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 13. ve 42. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2011/69, E: 2009/59)** **1369**

35. 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı **Yüksek Öğretim Kanunu**'nun 17.8.1983 günlü, 2880 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi **(K: 2011/71, E: 2009/56)** **1397**

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
278	Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanun'un; 1- 31.7.2008 günlü, 5798 sayılı Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu Kurulması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 4. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin; a- (1) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin, b- (2) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin, c- (3) numaralı alt bendindeki "… Başbakan tarafından seçilir." ibaresinin, 2- 5798 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 11. ve 123. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2011/85	2008/88	İPT	1649
357	Askeri Hâkimler Kanunu'nun 25. ve 26. maddelerinin, Anayasa'nın 2., 10., 36., 138., 139., 140. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/105	2010/32	İTZ	1903
556	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye 3.11.1995 günlü, 4128 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle eklenen ve 21.1.2009 günlü, 5833 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 61/A maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/112	2010/38	İTZ	1929
657	Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin ikinci fıkrasının "*Disiplin cezası verilmesine sebep olmuş bir fiil veya halin cezaların sicilden silinmesine ilişkin süre içinde tekerrüründe bir derece ağır ceza uygulanır*." biçimindeki birinci cümlesinin "uyarma ve kınama cezaları yönünden" Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/101	2010/23	İTZ	1849
2547	Yüksek Öğretim Kanunu'nun 54. maddesinin (g) fıkrasının "*Yükseköğretim kurumundan çıkarma cezası verilen öğrenciler, bir daha herhangi başka bir yükseköğretim kurumuna alınamazlar*." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 13. ve 42. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/69	2009/59	İTZ	1369
2547	Yüksek Öğretim Kanunu'nun 17.8.1983 günlü, 2880 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi	2011/71	2009/56	İTZ	1397

3056	Başbakanlık Teşkilatı Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'un, 18.5.1987 günlü, 281 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 12. maddesiyle değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "…her seviyedeki işçi…teşekküllerinde…" ibarelerinin Anayasa'nın 6. maddesine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi	2011/89	2009/50	İTZ	1667
3984	Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 15.5.2002 günlü, 4576 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"…iki ay içinde ödeme yapılmazsa, Üst Kurulca yayın izninin ve lisansın iptaline karar verilir…"* ibaresinin Anayasa'nın 26. maddesine aykırılığı savı ile iptali istemi	2011/98	2010/91	İTZ	1833
4562	Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun 16. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 9. ve 37. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/109	2010/9	İTZ	1923
4857	İş Kanunu'nun 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…kesin olarak…"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/117	2010/99	İTZ	1971
5187	Basın Kanunu'nun 26. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "iki ay" ibaresi ile 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "hapis" sözcüğünün, Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/72	2009/66	İTZ	1411
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 278. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/113	2010/52	İTZ	1943
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 106. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/114	2010/68	İTZ	1949
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 297. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/116	2010/69	İTZ	1957
5411	Bankacılık Kanunu'nun; 1- 160. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"… ile diğer mensupları…"* ibaresinin, 2- 161. maddesinin birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/118	2010/116	İTZ	1979

5434	Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 71. maddesinin birinci cümlesinde yer alan *"…eşinden 30 yaş veya daha büyük ise ölümünde eşine yarı nispetinde aylık bağlanır."* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/73	2009/93	İTZ	1425
5510	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 56. maddesinin "Eşinden boşandığı halde, boşandığı eşiyle fiilen birlikte yaşadığı belirlenen eş ve çocukların, bağlanmış olan gelir ve aylıkları kesilir. Bu kişilere ödenmiş olan tutarlar, 96 ncı madde hükümlerine göre geri alınır" şeklindeki son fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 17., 20., 35., 60. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/70	2009/86	İTZ	1375
5684	Sigortacılık Kanunu'nun 22. maddesinin (14) numaralı fıkrasının *"Bu sınırlandırmalar söz konusu kimselerin eş ve velayeti altındaki çocukları için de geçerlidir."* biçimindeki son cümlesinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/93	2009/11	İTZ	1701
5726	Tanık Koruma Kanunu'nun; 1- 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin, 2- 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "… ile yakın ilişki içerisinde olduğu kişiler" ibaresinin, 3- 9. maddesinin; a- (3) numaralı fıkrasının, b- (5) numaralı fıkrasının, c- (7) numaralı fıkrasının, 4- 11. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, 5- 13. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 6., 7., 8., 11., 13., 36., 87., 90., 138. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/104	2008/12	İPT	1859
5748	Sağlık Hizmetleri Temel Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1- 1. maddesiyle değiştirilen 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü, dördüncü ve beşinci tümcelerinin, 2- 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 1. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü, dördüncü ve beşinci tümcelerinin, 3- Geçici 1. maddesinin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 11., 128., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmalarına karar verilmesi istemi	2011/94	2008/31	İPT	1721
5766	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 1. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/23	2009/39	İTZ YD	1351

5766	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/68	2009/39	İTZ	1353
5782	Tapu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1) 1. maddesiyle değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin yedinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, 2) 2. maddesiyle yeniden düzenlenen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 36. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin, 3) 3. maddesiyle 2644 sayılı Tapu Kanunu'na eklenen Geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/74	2008/79	İPT	1433
5786	Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; 1- 2. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan "milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk" ibaresinin, 2- 5. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasının, 3- 6. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ve son fıkrasının, 4- 8. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, 5- 12. maddesi ile değiştirilen 3568 sayılı Kanun'un 35. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi ve üçüncü fıkrasındaki "en az beş yıl süreyle yeminli mali müşavirlik yapmış olanlar" ibaresinin, 6- 15. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'un 40. maddesine sekizinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen dokuzuncu fıkrasının ilk dört cümlesinin ve onuncu fıkrasının, 7- 20. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'a Geçici 8. maddeden sonra gelmek üzere eklenen Geçici Madde 9'un; a- Birinci fıkrasının (b) bendinin (Kanunları uyarınca vergi inceleme yetkisini almış ve mesleki yeterlik sınavını vermiş ancak 10 yıllık süreyi doldurmamış olanlar yönünden), b- Son fıkrasının, 8- 20. maddesi ile 3568 sayılı Kanun'a eklenen Geçici Madde 10'un birinci fıkrasının, iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/81	2008/80	İPT İTZ	1581

5793	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un: 3. maddesiyle değiştirilen 14.6.1973 günlü, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin dördüncü fıkrasının, 7. maddesiyle değiştirilen 2.3.1984 günlü, 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerinin, 15. maddesiyle değiştirilen 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun Ek Madde 3'ün; birinci tümcesinde yer alan "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresinin, "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plan ve imar planlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci tümcesinin, yedinci tümcesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer." ibaresinin, 42. maddesiyle değiştirilen 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasının, 43. maddesiyle değiştirilen 21.4.2005 günlü, 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin son fıkrasının ilk iki tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 36., 63., 123., 125., 127. ve 153. maddelerine aykırılığını ileri sürerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/35	2008/87	İPT YD	1755
5793	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1) 3. maddesi ile değiştirilen 14.6.1973 günlü ve 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun 51. maddesinin dördüncü fıkrasının, 2) 7. maddesi ile değiştirilen 2.3.1984 günlü ve 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının ikinci, üçüncü ve dördüncü tümcelerinin, 3) 15. maddesi ile değiştirilen 3.5.1985 günlü ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ek 3. maddesinin; a) Birinci tümcesindeki "… ve bu Kanunun 8 inci maddesinde yer alan ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak …" ibaresinin, b) "Bu madde kapsamında yapılan her ölçekteki plân ve imar plânlarında 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 17 nci maddesinin (a) bendinin ikinci ve sekizinci paragrafındaki hükümler uygulanmaz." biçimindeki beşinci tümcesinin, c) Yedinci tümcesinde yer alan "… ve 19 uncu maddede belirtilen ilan ve askıya dair hükümlerden muaf olarak kesinleşir ve yürürlüğe girer. …"	2011/95	2008/87	İPT İTZ	1759

	ibaresinin, 4) 42. maddesiyle değiştirilen 22.2.2005 günlü ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6. maddesinin ikinci fıkrasının, 5) 43. maddesiyle değiştirilen 21.4.2005 günlü ve 5335 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 32. maddesinin son fıkrasının ilk iki tümcesinin, Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 8., 10., 36., 63., 123., 125., 127. ve 153. maddelerine aykırılığının ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmalarına karar verilmesi istemi				
5831	Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen ek madde 10'un, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün birinci fıkrasının "fiili kullanım durumları dikkate alınmak ve varsa üzerindeki muhdesatın kime veya kimlere ait olduğu ve kim veya kimler tarafından ne zamandan beri kullanıldığı kadastro tutanağının beyanlar hanesinde gösterilmek suretiyle" bölümünün, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen ek madde 4'ün dördüncü fıkrasının birinci tümcesinin, 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 153., 169. ve 170. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/25	2009/24	İPT YD	1459
5831	Tapu Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 5. maddesiyle 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'na eklenen ek madde 10'un, 2- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün birinci fıkrasının, 3- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün dördüncü fıkrasının birinci cümlesinin, 4- 8. maddesiyle 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'na eklenen ek madde 4'ün beşinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 153., 169. ve 170. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/75	2009/24	İPT İTZ	1461
5838	Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 22. maddesiyle, 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun geçici 7. maddesine eklenen fıkranın "…mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir açılan davalar sonucunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair	2011/26	2009/30	İPT YD	1499

	verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir." bölümünün, 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır." hükmünü içeren (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi				
5838	Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; 1- 22. maddesi ile 12.4.2000 günlü, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu'nun Geçici 7. maddesine eklenen fıkranın "*… mülkiyete yönelik Hazinece dava açılmaz, açılmış davalardan vazgeçilir, açılan davalar sonunda bu taşınmazların mera olarak sınırlandırılmasına ve özel sicile yazılmasına dair verilen ve kesinleşen mahkeme kararları uygulanmaz ve bu kararlar uyarınca tapu kütüklerine konulan şerhler terkin edilir."* bölümünün, 2- 32. maddesinin (17) numaralı fıkrasının 29.6.2001 günlü, 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "*6 ncı maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.*" hükmünü içeren (b) bendinin, Anayasa'nın 2., 11., 45. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/76	2009/30	İPT	1501
5841	Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle, 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanunu'nun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen tümcede yer alan "… iddia ve taşınmazın niteliğine …" ibaresinin, 3. maddesiyle, 3402 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde 10'un, Anayasa'nın 2., 43. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/27	2009/31	İPT YD	1515
5841	Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1) 2. maddesi ile 21.6.1987 günlü, 3402 sayılı Kadastro Kanununun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına eklenen cümlenin, 2) 3. maddesi ile 3402 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 10'un, Anayasa'nın 2., 9., 10., 36., 43., 138. ve 169. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2011/77	2009/31	İPT İTZ	1517

5904	Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; 1- 12. maddesiyle, 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (g) bendinin, 2- 18. maddesiyle, 6.6.2002 günlü, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'nun 7. maddesinin değiştirilen (3) numaralı fıkrasının (b) bendinin, 3- 35. maddesiyle, 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 168. maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin, Anayasa'nın 2., 73., 135. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2011/96	2009/62	İPT	1807
5924	Sayıştay Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1) 1. Maddesi ile değiştirilen 21.2.1967 günlü, 832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 9. maddesinin; a- Beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "üç katına kadar aday" ibaresinin, b- Altıncı fıkrasının "Bunun dışında mülakat ile ilgili herhangi bir kayıt sistemi kullanılmaz." biçimindeki son cümlesinin, 2) 2. Maddesi ile 832 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 11. maddenin; a- Birinci fıkrasının, b- İkinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2011/90	2009/94	İPT	1675
5997	Bazı Kanunlarda ve 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle, 8.6.1949 günlü, 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu'nun 89. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesinin *"Son defa bu Kanun veya 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi hükümlerinin uygulanmasını gerektiren görevlerde çalışmakta iken emekliye ayrılan ve…"* bölümünün, Anayasa'nın 2., 10., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2011/78	2010/81	İPT İTZ	1563

2008

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2011/23	2009/39	YD	1351
2011/25	2009/24	YD	1459
2011/26	2009/30	YD	1499
2011/27	2009/31	YD	1515
2011/35	2008/87	YD	1755
2011/68	2009/39	İİD	1353
2011/69	2009/59	İİD	1369
2011/70	2009/86	İİD	1375
2011/71	2009/56	İİD	1397
2011/72	2009/66	İİD	1411
2011/73	2009/93	İİD	1425
2011/74	2008/79	İİD	1433
2011/75	2009/24	İİD	1461
2011/76	2009/30	İİD	1501
2011/77	2009/31	İİD	1517
2011/78	2010/81	İİD	1563
2011/81	2008/80	İİD	1581
2011/85	2008/88	İİD	1649
2011/89	2009/50	İİD	1667
2011/90	2009/94	İİD	1675
2011/93	2009/11	İİD	1701
2011/94	2008/31	İİD	1721
2011/95	2008/87	İİD	1759
2011/96	2009/62	İİD	1807
2011/98	2010/91	İİD	1833
2011/101	2010/23	İİD	1849

---

* **İİD:** İptal ve İtiraz Davası, **YD:** Yürürlüğü Durdurma Kararı

2011/104	2008/12	İİD	1859
2011/105	2010/32	İİD	1903
2011/109	2010/9	İİD	1923
2011/112	2010/38	İİD	1929
2011/113	2010/52	İİD	1943
2011/114	2010/68	İİD	1949
2011/116	2010/69	İİD	1957
2011/117	2010/99	İİD	1971
2011/118	2010/116	İİD	1979

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2008/12	2011/104	İİD	1859
2008/31	2011/94	İİD	1721
2008/79	2011/74	İİD	1433
2008/80	2011/81	İİD	1581
2008/87	2011/95	İİD	1759
2008/87	2011/35	YD	1755
2008/88	2011/85	İİD	1649
2009/11	2011/93	İİD	1701
2009/24	2011/25	YD	1459
2009/24	2011/75	İİD	1461
2009/30	2011/26	YD	1499
2009/30	2011/76	İİD	1501
2009/31	2011/27	YD	1515
2009/31	2011/77	İİD	1517
2009/39	2011/23	YD	1351
2009/39	2011/68	İİD	1353
2009/50	2011/89	İİD	1667
2009/56	2011/71	İİD	1397
2009/59	2011/69	İİD	1369
2009/62	2011/96	İİD	1807
2009/66	2011/72	İİD	1411
2009/86	2011/70	İİD	1375
2009/93	2011/73	İİD	1425
2009/94	2011/90	İİD	1675

2010/9	2011/109	İİD	1923
2010/23	2011/101	İİD	1849
2010/32	2011/105	İİD	1903
2010/38	2011/112	İİD	1929
2010/52	2011/113	İİD	1943
2010/68	2011/114	İİD	1949
2010/69	2011/116	İİD	1957
2010/81	2011/78	İİD	1563
2010/91	2011/98	İİD	1833
2010/99	2011/117	İİD	1971
2010/116	2011/118	İİD	1979

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
14.05.2011	27934	2009/39	2011/23	YD	1351
02.06.2011	27952	2009/24	2011/25	YD	1459
02.06.2011	27952	2009/30	2011/26	YD	1499
02.06.2011	27952	2009/31	2011/27	YD	1515
05.07.2011	27985	2008/87	2011/35	YD	1755
06.07.2011	27986	2009/56	2011/71	İİD	1397
06.07.2011	27986	2009/66	2011/72	İİD	1411
09.07.2011	27989	2010/81	2011/78	İİD	1563
12.07.2011	27992	2009/59	2011/69	İİD	1369
12.07.2011	27992	2009/30	2011/76	İİD	1501
23.07.2011	28003	2008/79	2011/74	İİD	1433
23.07.2011	28003	2009/24	2011/75	İİD	1461
23.07.2011	28003	2009/31	2011/77	İİD	1517
23.07.2011	28003	2010/68	2011/114	İİD	1949
15.10.2011	28085	2009/39	2011/68	İİD	1353
15.10.2011	28085	2009/93	2011/73	İİD	1425
15.10.2011	28085	2009/50	2011/89	İİD	1667
15.10.2011	28085	2010/9	2011/109	İİD	1923
15.10.2011	28085	2010/52	2011/113	İİD	1943
21.10.2011	28091	2008/88	2011/85	İİD	1649
21.10.2011	28091	2009/94	2011/90	İİD	1675
21.10.2011	28091	2008/31	2011/94	İİD	1721
21.10.2011	28091	2009/62	2011/96	İİD	1807

21.10.2011	28091	2010/91	2011/98	İİD.....1833
21.10.2011	28091	2010/23	2011/101	İİD.....1849
21.10.2011	28091	2010/38	2011/112	İİD.....1929
21.10.2011	28091	2010/69	2011/116	İİD.....1957
21.10.2011	28091	2010/99	2011/117	İİD.....1971
21.10.2011	28091	2010/116	2011/118	İİD.....1979
27.10.2011	28097	2010/32	2011/105	İİD.....1903
16.11.2011	28114	2009/11	2011/93	İİD.....1701
15.12.2011	28143	2009/86	2011/70	İİD.....1375
15.12.2011	28143	2008/80	2011/81	İİD.....1581
28.12.2011	28156	2008/87	2011/95	İİD.....1759
28.12.2011	28156	2008/12	2011/104	İİD.....1859

4- Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
28.04.2011	2009/39	2011/23	YD.....	1351
28.04.2011	2009/39	2011/68	İİD	1353
28.04.2011	2009/59	2011/69	İİD	1369
28.04.2011	2009/86	2011/70	İİD	1375
28.04.2011	2009/56	2011/71	İİD	1397
28.04.2011	2009/66	2011/72	İİD	1411
28.04.2011	2009/93	2011/73	İİD	1425
12.05.2011	2008/79	2011/74	İİD	1433
12.05.2011	2009/24	2011/25	YD.....	1459
12.05.2011	2009/24	2011/75	İİD	1461
12.05.2011	2009/30	2011/26	YD.....	1499
12.05.2011	2009/30	2011/76	İİD	1501
12.05.2011	2009/31	2011/27	YD.....	1515
12.05.2011	2009/31	2011/77	İİD	1517
12.05.2011	2010/81	2011/78	İİD	1563
18.05.2011	2008/80	2011/81	İİD	1581
02.06.2011	2008/88	2011/85	İİD	1649
02.06.2011	2009/50	2011/89	İİD	1667
02.06.2011	2009/94	2011/90	İİD	1675
09.06.2011	2009/11	2011/93	İİD	1701
09.06.2011	2008/31	2011/94	İİD	1721
09.06.2011	2008/87	2011/35	YD.....	1755
09.06.2011	2008/87	2011/95	İİD	1759

09.06.2011	2009/62	2011/96	İİD 1807
09.06.2011	2010/91	2011/98	İİD 1833
16.06.2011	2010/23	2011/101	İİD 1849
16.06.2011	2008/12	2011/104	İİD 1859
16.06.2011	2010/32	2011/105	İİD 1903
30.06.2011	2010/9	2011/109	İİD 1923
30.06.2011	2010/38	2011/112	İİD 1929
30.06.2011	2010/52	2011/113	İİD 1943
30.06.2011	2010/68	2011/114	İİD 1949
07.07.2011	2010/69	2011/116	İİD 1957
07.07.2011	2010/99	2011/117	İİD 1971
07.07.2011	2010/116	2011/118	İİD 1979

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 1888, 1890

m. 2: 1351, 1364, 1365, 1367, 1388, 1389, 1391, 1393, 1395, 1406, 1407, 1416, 1417, 1419, 1421, 1422, 1424, 1428, 1429, 1430, 1432, 1451, 1454, 1455, 1456, 1459, 1484, 1485, 1486, 1487, 1493, 1496, 1497, 1498, 1499, 1510, 1511, 1512, 1513, 1515, 1552, 1555, 1560, 1561, 1576, 1577, 1578, 1624, 1625, 1626, 1627, 1628, 1629, 1630, 1631, 1632, 1633, 1634, 1635, 1636, 1637, 1642, 1643, 1644, 1647, 1660, 1663, 1664, 1665, 1695, 1698, 1712, 1714, 1715, 1719, 1720, 1736, 1737, 1739, 1740, 1741, 1742, 1743, 1744, 1750, 1751, 1755, 1784, 1785, 1786, 1787, 1789, 1790, 1791, 1792, 1794, 1795, 1797, 1799, 1821, 1822, 1823, 1824, 1826, 1827, 1828, 1829, 1830, 1831, 1841, 1842, 1843, 1844, 1845, 1856, 1857, 1877, 1878, 1879, 1880, 1881, 1883, 1886, 1888, 1890, 1896, 1899, 1900, 1901, 1902, 1916, 1917, 1920, 1932, 1933, 1935, 1936, 1941, 1953, 1954, 1961, 1962, 1963, 1968, 1976, 1977, 1985, 1987

m. 5: 1388, 1391, 1416, 1419, 1421, 1422, 1424, 1428, 1429, 1430, 1624, 1625, 1790, 1792

m. 6: 1645, 1671, 1672, 1673, 1755, 1784, 1785, 1786, 1886, 1888, 1956

m. 7: 1451, 1453, 1454, 1628, 1629, 1635, 1636, 1736, 1737, 1739, 1740, 1741, 1742, 1744, 1750, 1751, 1753, 1755, 1784, 1785, 1786, 1886, 1887, 1888, 1961, 1962, 1963, 1968

m. 8: 1453, 1736, 1737, 1739, 1740, 1741, 1742, 1744, 1751, 1753, 1784, 1785, 1786, 1886, 1888

m. 9: 1555, 1629, 1630, 1917, 1926, 1927,

m. 10: 1351, 1364, 1367, 1388, 1390, 1391, 1428, 1430, 1432, 1451, 1452, 1454, 1459, 1555, 1576, 1577, 1578, 1624, 1625, 1626, 1634, 1635, 1695, 1696, 1698, 1790, 1792, 1828, 1856, 1857, 1916, 1920, 1933, 1935, 1961, 1976, 1977, 1985, 1987

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 11: 1388, 1391, 1459, 1484, 1486, 1499, 1510, 1511, 1513, 1624, 1625, 1626, 1631, 1632, 1635, 1636, 1637, 1643, 1660, 1665, 1695, 1698, 1736, 1739, 1741, 1742, 1744, 1877, 1878, 1880, 1881, 1883, 1886, 1888, 1890, 1961, 1963

m. 12: 1388, 1391

m. 13: 1372, 1423, 1624, 1625, 1629, 1630, 1646, 1712, 1714, 1715, 1719, 1720, 1840, 1844, 1845, 1846, 1848, 1877, 1878, 1883, 1886, 1895, 1899

m. 17: 1388, 1391, 1393

m. 20: 1388, 1391, 1393, 1394, 1395

m. 26: 1840, 1841, 1842, 1844, 1845, 1846, 1847, 1848

m. 35: 1388, 1391, 1554, 1558, 1559, 1560, 1561, 1562

m. 36: 1416, 1417, 1419, 1421, 1422, 1423, 1424, 1555, 1629, 1630, 1755, 1790, 1791, 1792, 1795, 1828, 1856, 1857, 1877, 1878, 1883, 1886, 1893, 1894, 1896, 1898, 1899, 1901, 1902, 1916, 1917, 1919, 1920, 1976, 1977

m. 37: 1917, 1926, 1927

m. 38: 1351, 1364, 1367, 1945, 1947, 1948, 1961, 1962, 1963, 1965, 1987, 1988

m. 42: 1371, 1372

m. 43: 1515, 1552, 1553, 1554, 1555, 1560, 1561

m. 44: 1459, 1486, 1487, 1493, 1496, 1497, 1498

m. 45: 1499, 1510, 1511

m. 48: 1712, 1713, 1714, 1715, 1719, 1720

m. 49: 1624, 1625, 1642

m. 51: 1672

m. 52: 1672

m. 60: 1388, 1390, 1391, 1393, 1395, 1429, 1432

m. 63: 1755, 1792, 1794, 1804, 1806

m. 65: 1388, 1391

m. 67: 1646

m. 73: 1351, 1364, 1367, 1821, 1822, 1827, 1829, 1830, 1831, 1832

m. 87: 1879, 1880

m. 90: 1624, 1625, 1877, 1878, 1883, 1886

m. 108: 1673

m. 123: 1660, 1661, 1663, 1755, 1787, 1789, 1795, 1797, 1799

m. 125: 1755, 1790, 1791, 1792, 1795

m. 127: 1636, 1662, 1755, 1787, 1789, 1795, 1796, 1797, 1799

m. 128: 1736, 1738, 1739, 1740, 1741, 1742, 1744, 1747, 1748, 1749, 1751, 1752, 1753

m. 129: 1856, 1857

m. 130: 1406, 1407

m. 135: 1631, 1636, 1643, 1644, 1645, 1647, 1648, 1822, 1823, 1824

m. 136: 1900

m. 138: 1388, 1391, 1394, 1499, 1510, 1511, 1555, 1576, 1578, 1629, 1630, 1695, 1697, 1698, 1740, 1741, 1742, 1744, 1822, 1823, 1824, 1888, 1889, 1890, 1916, 1917, 1920

m. 139: 1916, 1917, 1920

m. 140: 1888, 1889, 1890, 1916, 1917, 1920

m. 141: 1423, 1895

m. 142: 1422, 1423, 1424, 1956

m. 145: 1914, 1916, 1917, 1920

m. 146: 1955

m. 147: 1955

m. 148: 1492, 1955

m. 149: 1955, 1956

m. 152: 1482, 1671

m. 153: 1406, 1408, 1419, 1459, 1484, 1486, 1576, 1577, 1578, 1638, 1641, 1700, 1740, 1741, 1742, 1744, 1755, 1790, 1792, 1920, 1921, 1946, 1963, 1964

m. 169: 1459, 1483, 1484, 1486, 1491, 1493, 1515, 1552, 1553, 1554, 1555, 1560, 1561

m. 170: 1459, 1483, 1484, 1486, 1491, 1493, 1494, 1495