anayasa mahkemesi

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

49/1 2012

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 49

1. Cilt

2012

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-50-6

2012 yılında Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararlarının özgün şekliyle yer aldığı bu dergide, sınıflandırma "karar numarasına" göre yapılmıştır.

Kütüphane ve Yayın Komisyonu
Engin YILDIRIM (Üye)
Bahadır KILINÇ (Genel Sekreter Yardımcısı)
Musa SAĞLAM (AR-İÇ Başraportörü)

Kitabı Yayıma Hazırlayan
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

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 73 00 Faks: (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Baskı ve Cilt
Kalkan Matbaacılık San. Tic. Ltd. Şti.
Büyük Sanayi 1. Cad. No:99/32 İskitler - Ankara / TÜRKİYE
Tel: 0312 341 92 34 Faks: 0312 384 57 46
www.kalkanmatbaacilik.com.tr • kalkanofset@gmail.com

Baskı Tarihi
Haziran 2013

Dizinler

I - Alfabetik İndeks.....621
II - Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini.....631
III - Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler.....639
IV - Anayasa Maddeleri Dizini.....645

Esas Sayısı : 2004/10
Karar Sayısı : 2009/7 (Yürürlüğü Durdurma)
Karar Günü : 2.6.2009

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri K. Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ ile birlikte 118 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 24.12.2003 günlü Resmî Gazete'de yayımlanan 10.12.2003 günlü, 5018 sayılı "Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu"nun; 8. maddesinde yer alan "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin, 12. maddesinin, 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler " ibaresinin, 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 37. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinin, 49. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, 61. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin, 71. maddesinin son fıkrasının, Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının, Geçici 11. maddesinin son fıkrasının, Geçici 13. maddesinin, Ekindeki (I) SAYILI CETVEL'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin, Ekindeki (II) SAYILI CETVEL'de yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 88., 89., 95., 123., 128., 130., 133., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine 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:

10.12.2003 günlü, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun:

A- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "… kısmen veya tamamen uygulanmayacak …" ibaresi, 2.6.2009 günlü, E. 2004/10, K.2009/68 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu 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,

B- 1- 8. maddesinde yer alan "… yetkili kılınmış mercilere …" ibaresine,

2- 12. maddesine,

3- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "... hükümler …" sözcüğüne,

4- 37. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesine,

5- Geçici 13. maddesine,

yönelik iptal istemleri, 2.6.2009 günlü, E. 2004/10, K.2009/68 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, tümce, ibare ve sözcüklere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

C- 1- 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesi,

2- 49. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi,

3- 61. maddesinin son fıkrasının son tümcesinde yer alan "… yetkileri, …" ve "… diğer hususlara …" ibareleri,

4- 71. maddesinin son fıkrası,

5- Geçici 4. maddesi birinci fıkrası,

6- Geçici 11. maddesinin son fıkrası,

7- Ekindeki (I) SAYILI CETVEL'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibareleri,

8- Ekindeki (II) SAYILI CETVEL'de yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibareleri,

hakkında 2.6.2009 günlü, E. 2004/10, K.2009/68 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu fıkra, tümce ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2.6.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Sacit ADALI
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye A. Necmi ÖZLER	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	

Esas Sayısı : 2004/10
Karar Sayısı : 2009/68
Karar Günü : 2.6.2009

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ ile birlikte 120 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 10.12.2003 günlü, 5018 sayılı 'Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun;

1- 8. maddesinde yer alan "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin,

2- 12. maddesinin,

3- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler " ibaresinin,

4- 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin,

5- 37. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinin,

6- 49. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin,

7- 61. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin,

8- 71. maddesinin son fıkrasının,

9- Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının,

10- Geçici 11. maddesinin son fıkrasının,

11- Geçici 13. maddesinin,

12- Ekindeki (I) Sayılı Cetvel'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin,

13- Ekindeki (II) Sayılı Cetvel'de yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 88., 89., 95., 123., 128., 130., 133., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

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

"1- 5018 Sayılı Kanun'un 8 inci Maddesindeki "yetkili kılınmış mercilere" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

5018 sayı ve 10.12.2003 tarihli Kanunun 8 inci maddesinde "hesap verme sorumluluğu" düzenlenmiştir. 8 inci maddeye göre; her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve yetkili kılınmış mercilere hesap vermek zorundadır.

Madde metnine bakıldığında "yetkili kılınmış merciler" in tanımı konusunda herhangi bir açıklık olmadığı görülmektedir. Halbuki Anayasa'nın 8 inci maddesi, yürütme yetki ve görevinin Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağını ve yerine getirileceğini ifade etmektedir. Anayasa'nın 123 üncü

maddesinde idarenin; 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında ise, memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin kanunla düzenleneceği ilkeleri yer almaktadır.

Söz konusu 8 inci maddede "yetkili kılınmış merciler" denilirken, bu mercilerin hangi sıfatı taşıyan veya kimin tarafından ve nerede yetkilendirilmiş merciler olduğunun açıklanmamış olması, Anayasa'nın 8, 123 ve 128 inci maddelerine aykırı düştüğü gibi; idarede, Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak bir keyfiliğe de zemin hazırlamaktadır.

Diğer yandan, Anayasa'nın çeşitli hükümlerine aykırı olan bir hükmün, Anayasa'nın 11 inci maddesinde yer alan Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı da açıktır.

5018 sayılı Kanun'un 8 inci maddesinde yer alan ve yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 2, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine aykırı olan "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin iptal edilmesi gerekmektedir.

2- 5018 Sayılı Kanun'un 12 nci Maddesinin Anayasa'ya Aykırılığı

Katma bütçe, Muhasebe-i Umumiye Kanununun öngördüğü ve yapımına izin verdiği bir bütçe türüdür ve söz konusu Kanunun, 115 inci maddesinde tanımlanmıştır.

Bu tanımlamaya göre, bir kuruluşun katma bütçe ile idare edilebilmesi için, kanun iki şart öngörmüştür. Kuruluşun masraflarını karşılayabilecek kendine özgü gelirlerinin olması ve genel bütçeden ayrı bir bütçe ile yönetilmesinde kamu yararı bulunması.

Uygulamaya baktığımızda bu iki şartın ağırlıklarının değişkenlik gösterdiğini görmekteyiz. Katma bütçe kavramı, yalnız Muhasebe – i Umumiye Kanunundan kökenlenen bir kavram değildir. Anayasa'nın 161 inci maddesinin ikinci fıkrasında, 162 nci maddesinin birinci fıkrasında ve 163 üncü maddesinde de katma bütçe kavramı yer almakta ve Anayasa'da yer alan bu hükümler çerçevesinde katma bütçenin tanımı ve bütçe ile ilgili diğer hususlar hakkında Muhasebe – i Umumiye Kanununda düzenleme yapılmaktadır.

5018 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde ise katma bütçeye, bütçe türleri arasında yer verilmemekte ve maddenin birinci fıkrasında, kamu idarelerince bunlar dışında herhangi bir ad altında bütçe oluşturulamayacağı bildirilmektedir.

Bu düzenlemenin anlamı, Anayasa'nın 161, 162 ve 163 üncü maddelerinde yer alan hatta Anayasa'nın 130 uncu maddesine göre, üniversite bütçelerinin görüşülmesinde, yürürlüğe konulmasında ve uygulamasında usullerine tabi olunacak olan katma bütçenin, kaldırılmış olduğudur. 5018 sayılı Kanunun 81 inci maddesinin (f) bendi de bunu açıkça ifade etmektedir.

Yasa ile bütçe türleri bakımından böyle bir düzenleme yapılırken Anayasa düzeyinde de bir değişikliğe gidilerek katma bütçe kavramının Anayasa'dan kaldırılmamış olması, yasa ile yapılan düzenlemeyi Anayasa'nın 161, 162 ve 163 üncü maddelerine aykırı bir konuma düşürmektedir.

Anayasa'da yer alan bir kavramın, bir bütçe türünün kaldırılması isteniyorsa, bunun Anayasa değişikliği ile yapılması zorunludur. Normlar hiyerarşisi kuramı ve Anayasa'nın 11 inci maddesinde ifade edilen Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri bunu gerektirmektedir.

5018 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde bütçe türleri arasında katma bütçeye yer verilmemesi bir başka deyişle katma bütçe türünün kaldırılması, yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 161, 162 ve 163 üncü maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, 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, 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 uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Anayasa'ya aykırı bir hükmün Anayasa'nın 11 inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da düşünülemez. Bu yüzden söz konusu düzenleme Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 2, 11, 161 ve 163 üncü maddelerine aykırı olan 5018 sayılı Kanunun 12 nci maddesinin iptali gerekmektedir.

3- 5018 Sayılı Kanun'un 15 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesindeki "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

5018 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki iptali istenen ibare, Anayasa'nın 161 inci maddesine aykırıdır. Şöyle ki;

Anayasa'nın 161 inci maddesinin son fıkrasında "Bütçe Yasalarına bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, bütçe yasalarının öteki yasalardan ayrı nitelikte olması nedeniyle, bir yasa kuralı nasıl aynı nitelikte bir yasa kuralıyla değiştirilebilirse, bütçe yasaları da aynı biçimde hazırlanmış ve kabul edilmiş bir bütçe yasası ile değiştirilebilir. Yasa konusu olabilecek bir kuralı kapsamamak koşuluyla "bütçe ile ilgili hükümler" ifadesinin de bütçeyi açıklayıcı, uygulanmasını kolaylaştırıcı nitelikte düzenlemeler olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında açıklandığı üzere, bir yasa kuralının bütçeden harcamayı ya da bütçeye gelir sağlamayı gerektirir nitelikte bulunması, mutlak biçimde "bütçe ile ilgili hüküm" sayılmasına yetmez. Her yasada değişik türde gidere neden olabilecek kurallar bulunabilir. Böyle kuralların bulunmasıyla örneğin eğitim, savunma, sağlık, yargı, tarım, ulaşım ve benzeri kamu hizmeti alanlarına ilişkin yasaların bütçeyle ilgili hükümler içerdiği kabul edilirse, bu konulardaki yasaların değiştirilip kaldırılması için de bütçe yasalarına hükümler koymak yoluna gidilebilir. Oysa, bu tür yasa düzenlemeleri, bütçenin yapılması ve uygulanması yöntemiyle ilişkisi bulunmayan, yasa koyucunun başka amaçla ve bütçeninkinden tümüyle değişik yöntemlerle gerçekleştirilmesi gereken yasama işlemleridir. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 15 inci maddesinin ikinci fıkrasında "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler yer alır" şeklinde yapılan düzenlemeye dayanılarak, bu hususlar olağan bir yasa yerine bütçe yasası ile düzenlenirse, Anayasa'nın 88 ve 89 uncu maddeleri bu tür yasalar yönünden uygulanamaz duruma düşürülür. (Anayasa Mahkemesi'nin 07.10.1996 tarih, E.1996/23, K.1996/36, sayılı kararı, R.G.08.06.2002, sa.24779) Bu nedenle, 5018 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya bütçe ile ilgili

olmayan hüküm konulmasına imkan hazırlayan birinci cümlesindeki iptali istenen ibare, Anayasa'nın 88, 89 ve 161 inci maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, 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, 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 uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Anayasa'ya aykırı bir hükmün Anayasa'nın 11 inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da düşünülemez. Bu yüzden söz konusu düzenleme Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırıdır.

5018 sayılı Kanun'un 15 inci maddesinin ikinci fıkrasının yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2, 11, 88, 89 ve 161 inci maddelerine aykırı olan birinci cümlesindeki "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler" ibaresinin iptal edilmesi gerekmektedir.

4- 5018 Sayılı Kanun'un 31 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

Yapılan bu düzenlemede, harcama yetkililerinin görev unvanları itibariyle tespitine ve harcama yetkisinin devredilmesine ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı'nca belirlenmesi öngörülmektedir. Bu hüküm, Anayasa'nın 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 7 nci maddesine göre, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez". Bu kural uyarınca yasama organı, herhangi bir alanı Anayasal sınırlar içinde düzenleyebilir. Kişinin ve toplumun huzur ve refahını gerçekleştirmekle görevli olan devlet, gerektiğinde demokratik hukuk devleti kurallarından ayrılmamak ve temel hak ve özgürlükleri zedelememek koşuluyla ekonomik alanda düzenlemeler yapabilir. Ancak, ekonomik olayların niteliğine zamanın gereklerine göre sık sık değişik önlemler alınmasına ve alınan önlemlerin kaldırılmasına ve yerine

göre tekrar konulmasına gerek görülen durumlarda, yasama organının, yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük olayları zamanında önlemler almasının güçlüğü karşısında temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için yürütme organının görevlendirilmesi de yasama yetkisinin kullanılmasıdır. Bu gibi durumlar, yasama yetkisinin devri anlamına gelmez.(Anayasa Mahkemesi'nin 08.10.1998 tarih E.1997/53, K.1998/62 sayılı kararı, R.G.04.07.2001, sa.24452).

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında; temel kuralların yasama organı tarafından tespit edilmesi lüzumu açıkça vurgulanmış ve ancak bundan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlarda, yürütme organının görevlendirilebileceği belirtilmiştir. 5018 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde Maliye Bakanlığı'nca belirlenmesi öngörülen alanın, ekonominin kendi kuralları içinde yürütülecek ve bunun dışına çıkıldığında ülkeyi büyük mali zararlara uğratabilecek olan ve teknik konuları kapsamamasının yanı sıra geciktirmeden zamanında önlemler alınması ve gerektiğinde derhal kaldırılması ve değiştirilmesi gereken bir alan olmadığı ve temel kuralların yasa ile gösterilmediği de çok açıktır.

Anayasa'mızın 8 inci maddesine göre, yürütme yetki ve görevi Anayasa'ya ve yasalara uygun olarak yerine getirilir; yürütmenin, Anayasa'nın belirttiği ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur ve 5018 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen haller, Anayasa'nın ayrık olarak yürütmeye asli düzenleme yetkisi verdiği hallerden de değildir. Bu nedenle, söz konusu cümlede yürütmeye verilen düzenleme yetkisi, Anayasa'nın 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir yetki devridir. Yürütmeye verilen yetki, Anayasa'dan kaynaklanmadığı için, Anayasa'nın 6 ncı maddesiyle de uyumsuzdur.

Diğer taraftan yapılan düzenlemede, harcama yetkililerinin görev unvanları itibariyle tespitine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi de Maliye Bakanlığı'na bırakılmıştır. Bu husus da, Anayasa'nın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin, nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri kanunla düzenlenir kuralına aykırıdır.

Anayasa'nın 7 ve 128 inci maddelerine aykırı olan bu düzenleme; hukukun ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkeleri ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddeleriyle de bağdaşmamaktadır.

5018 sayılı Kanunun 31 inci maddesinin ikinci fıkrasının yukarıda açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine aykırı olan birinci cümlesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

5- 5018 Sayılı Kanun'un 37 nci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Üçüncü Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun iptali istenilen 37 nci maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesi ile, genel bütçe kapsamındaki idarelerde Maliye Bakanına, diğer idarelerde üst yöneticilere ödenek ekleme yetkisi tanınmıştır. Bu kural Anayasa'nın 163 üncü maddesine aykırıdır. Şöyle ki;

Bütçenin uygulanması sırasında ortaya çıkan ek Ödenek ihtiyacının karşılanması konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden izin alınması zorunludur. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 27.3.2002 günlü E.2001/385, K.2002/40 sayılı kararında, "Devletin ve diğer kamu kuruluşlarının bir yıllık gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanması (gelirlerin toplanması – giderlerin yapılması) konusunda Hükümete Bütçe Kanunlarıyla izin verilmektedir. Devlet hizmetlerinin gerektirdiği harcamaların bütçedeki karşılıklarını ifade eden ödeneklerin miktarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayından geçen bütçe kanunlarında gösterilir. Öngörülen bu ödeneklerin bütçe yılındaki tüm ihtiyaçları karşılayacak şekilde belirtilmesi gerekir. Ancak, söz konusu ödenekler tahmine dayalı olduğundan bunun çeşitli nedenlerle yıl içinde yetersiz kalması söz konusu olabilmektedir. Böyle durumlarda ortaya çıkacak ödenek ihtiyacı, 1050 sayılı Muhasebe – i Umumiye Kanunu ile yılı bütçesi kanunlarında yer alan usullere uygun olarak Bütçenin kendi içinde gerçekleştirilecek ödenek aktarması yoluyla karşılanmakta, bu şekilde ödeneğin karşılanamaması durumunda ise çıkarılacak bir ek ödenek kanunuyla yapılması gerekmektedir.

Anayasa'nın bütçelerde değişiklik yapılabilmesi esaslarını düzenleyen 163 üncü maddesinde, genel ve katma bütçelerle verilen ödeneğin, harcanabilecek miktarın sınırını göstereceği belirtilmiş, bu sınırın Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamayacağı ve Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisinin verilemeyeceği açıklanmış, yılı içinde tahsis edilen ödeneğin yetersiz kalması durumunda ise gereken ek ödeneğin öngörülen giderleri karşılayacak kaynağın gösterilmesi koşuluyla kanunla verilmesi esası benimsenmiştir. Böylece,

bütçenin uygulanması sırasında ortaya çıkan ek ödenek ihtiyacının karşılanması konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisinden izin alınması zorunluluğu getirilmiştir." denilmiştir.

Halbuki 37 nci maddenin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde bakana ve üst yöneticilere TBMM'nin izni olmaksızın ödenek ekleme imkanı tanınmıştır.

Anayasa'nın 163 üncü maddesine aykırı olan bu düzenleme; hukukun ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkeleri ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddeleriyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Maliye Bakanı'na ve üst yöneticilere ödenek ekleme yetkisi veren 37 nci maddenin üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 2, 11 ve 163 üncü maddelerine aykırı olan üçüncü cümlesinin iptali gerekmektedir.

6- 5018 Sayılı Kanun'un 49 uncu Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

5018 sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, genel yönetim kapsamındaki idarelerde uygulanacak muhasebe ve raporlama standartlarını belirleyecek kurulun yapısı, çalışma usul ve esasları ile diğer hususların Maliye Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği bildirilmiştir.

Anayasa'nın 123 üncü maddesinde idarenin; Anayasa'nın 128 inci maddesinde ise memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetki ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Anayasa'nın kanunla düzenleneceğini bildirdiği bir hususta Maliye Bakanlığı'na yönetmelikle düzenleme yetkisi verilmesi, Anayasa'nın 123 ve 128 inci maddelerine aykırıdır. Böyle bir durum, Anayasa'nın 8 inci maddesinde ifadesini bulan yürütmenin kanuniliği ve 6 ncı maddesinde yer alan, "hiç kimsenin kökenini Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağı" ilkesi ile de bağdaşmaz.

Diğer yandan "diğer hususlar" adı altında sınırları ve ilkeleri yasada gösterilmeden yürütmeye verilen düzenleme yetkisinin, asli bir düzenleme yetkisi niteliğini taşıyacağı ve Anayasa'nın 7 nci maddesinde TBMM'ne verilmiş

asli düzenleme yetkisinin Anayasa'nın açık hükmüne rağmen yürütmeye devredilmesi anlamına geleceği ortadadır.

Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı olan bir düzenlemenin hukukun ve Anayasa'nın üstünlüğünü zedeleyeceği ve Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddeleri ile çelişeceği de açıktır.

5018 sayılı Kanunun 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2, 6, 7, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine aykırı olan son cümlesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

7- 5018 Sayılı Kanun'un 61 inci Maddesinin Son Fıkrasının Son Cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" İbarelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

61 inci maddenin son fıkrasında muhasebe mutemetlerinin görevlendirilmelerinin, yetkilerinin, ... ve diğer hususlara ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği bildirilmiştir.

Anayasa'nın 128 inci maddesinde, memurların ve diğer kamu görevlilerinin atanmalarının, görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın bu açık hükmüne rağmen, muhasebe mutemetlerinin yetkileri ile ilgili düzenlemenin yönetmelikle yapılacağı yolunda bir hükmün getirilmesi, Anayasa'nın 128 inci maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 8 inci maddesine göre yürütme Anayasa ve yasalar çerçevesinde yerine getirilen bir yetki ve görev olup; diğer yandan Anayasa'nın belirttiği sınırlı istisnai haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Yürütme ancak asli düzenlemeyi yasanın daha önceden yaptığı bir alanda düzenleme yapabilir.

Asli düzenleme yetkisi Anayasa'nın 7 nci maddesine göre TBMM'nindir ve devredilemez.

Sınırları ve esasları yasada gösterilmeden "diğer hususlar" olarak ifade edilen bir alanda yürütmeye bırakılan düzenleme yetkisinin, bir asli düzenleme

yetkisi niteliği taşıdığından kuşku yoktur. Böyle bir yetkilendirmenin ise Anayasa'nın 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir yetki devri niteliğini taşıdığı açıktır. Böyle bir yetki devri, kaynağını Anayasa'dan almadığı için Anayasa'nın 6 ncı maddesi ile de uyum halinde değildir.

Anayasa'nın herhangi bir maddesine aykırı bir hüküm, Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğü ilkelerini zedeler ve dolayısı ile Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı bir görünüme girer.

5018 sayılı Kanunun 61 inci maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki, yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine aykırı olan "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin iptal edilmesi gerekmektedir.

8- 5018 Sayılı Kanun'un 71 inci Maddesinin Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

71 inci maddenin son fıkrasında, kamu zararlarının tahsiline ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği bildirilmiştir.

Anayasa'nın 8 inci maddesine göre yürütme yetki ve görevi Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Yürütmenin, Anayasa'nın belirttiği istisnai haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki Anayasa'nın 7 nci maddesinde TBMM'ne verilmiştir ve devredilemez.

71 inci maddenin son fıkrasında ise, sınırları, esasları ve ilkeleri yasada belirtilmeden tamamen asli bir düzenleme yetkisi niteliğinde olarak, kamu zararlarının tahsiline ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi yürütmeye bırakılmıştır. Bu, Anayasa'nın 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir yetki devridir ve kaynağını Anayasa'dan almadığı için Anayasa'nın 6 ncı maddesi ile de bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğü ilkelerini zedeler ve dolayısı ile Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı düşer.

5018 sayılı Kanunun 71 inci maddesinin, yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine aykırı olan son fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

9- 5018 Sayılı Kanun'un Geçici Madde 4'ünün Birinci Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

Yapılan bu düzenlemede, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde gerekli değişikliklerin 31.12.2004 tarihine kadar yapılması öngörülmüştür. Bilindiği gibi, yasama meclislerinin kendi iç çalışmalarını düzenlemek amacıyla; koydukları kurallara içtüzük denir. Anayasa'mızın 95 inci maddesinin birinci fıkrası "Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını kendi yaptığı içtüzük hükümlerini yürütür" demektedir. Yasama meclislerinin kendi içtüzüklerini bizzat yapmaları onların diğer devlet organları özellikle yürütme organı karşısındaki bağımsızlıklarının bir göstergesidir. Buna yasama meclislerinin "yöntemsel bağımsızlığı" denir. Anayasa'da açık bir hüküm olmasa bile meclislerin kendi içtüzüklerini yapma yetkisine sahip oldukları kabul edilmektedir. Bu yasama meclislerinin özerkliği ilkesinin bir sonucudur.

İptali istenilen kuralı içeren yasanın 83 üncü maddesinde de açıklandığı üzere, bu yasayı yürütmekle görevli organ, Bakanlar Kuruludur. O halde yasama meclisini içtüzük değişikliği konusunda zaman bakımından sınırlandıran yasa kuralının da, yasama meclisinin yukarıda açıklanan "yöntemsel bağımsızlığını" zedelediği açıktır ve dolayısıyla Anayasa'nın 95 inci maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 95 inci maddesine aykırı olan bu düzenleme; hukukun ve Anayasa'nın üstünlüğü ilkeleri ve dolayısıyla Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddeleriyle de bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 2, 11 ve 95 inci maddelerine aykırı olan Geçici madde 4'ün birinci fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

10- 5018 Sayılı Kanun'un "Geçici Madde 11" inin Son Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

"Geçici Madde 11" in son fıkrasında, döner sermaye işletmeleri ve fonların tasfiyesine ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle belirleneceği bildirilmiştir.

Anayasa'nın 123 üncü maddesi idarenin kanunla düzenleneceğini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 8 inci maddesinde ise yürütme yetki ve görevinin Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği bildirilmektedir. Yürütme yetkilerini kanundan almakta; Anayasa'ya ve kanunlara uygun biçimde kullanmaktadır. Anayasa'nın kanunla düzenleneceğini belirttiği bir hususta, yürütmenin yetkilerinin ve döner sermaye ile fonların tasfiyesinin yönetmelikle düzenlenmesine imkan tanımak, Anayasa'nın 8 ve 123 üncü maddelerine açıkça aykırıdır.

Diğer yandan, Anayasa'nın açıkça belirttiği istisnai haller dışında yürütmenin asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki Anayasa'nın 7 nci maddesine göre TBMM'nindir ve devredilemez.

Halbuki "Geçici Madde 11" in son fıkrasında döner sermaye ve fonların tasfiyesine ilişkin esas ve hususları belirlemek konusunda yürütmeye asli bir düzenleme yetkisi tanınmıştır. Çünkü bir hususun yönetmelikle düzenleneceğine belirtmek, yasa ile yapılacak asli düzenleme gereksinimini karşılamamaktadır. Bu nedenle de böyle bir yetkilendirme Anayasa'nın 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir yetki devri niteliğini taşımaktadır ve kökenini Anayasa'dan almadığı için, Anayasa'nın 6 ncı maddesi ile de uyum halinde değildir.

Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğünü zedeler ve dolayısı ile Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddelerine de aykırı düşer.

5018 sayılı Kanun'un Geçici Madde 11 inin yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2, 6, 7, 8, 11 ve 123 üncü maddelerine aykırı olan son fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

11- 5018 Sayılı Kanun'un Geçici Madde 13'ünün Anayasa'ya Aykırılığı

Anayasa'nın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan bir devlet olduğu vurgulanmış; 176 ncı maddesi ile Anayasa metni içinde olduğu açıklanan "Başlangıç" bölümünde güçler ayrılığı ilkesine yer verilmiş; yasama, yürütme ve yargı yetkilerini kullanacak organlar da Anayasa'nın 7, 8 ve 9 uncu maddelerinde gösterilmiştir. Bu bağlamda, Anayasa'nın 7 nci maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kullanılacağı ve devredilemeyeceği öngörülmüştür. Yasada temel kurallar konmadan, ölçüsü ve sınırı belirlenmeden yürütme organına yetki verilmesi Anayasa'nın 7 nci maddesine aykırı düşer.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun Geçici 13 üncü maddesinde, bir kamu idaresinin kuruluş kanununda belirlenmemiş olması halinde bu kuruluşun bütçesinin Kanuna ekli cetvellerden hangisine dahil olacağını, diğer bir anlatımla ne tür bütçeli bir kuruluş olacağını belirleme yetkisi doğrudan Maliye Bakanlığı'na verilmiştir. Bu hüküm ile esasen yasa ile düzenlenmesi gereken bir alanda, yürütmeye kural koyma yetkisi verilmektedir ki, böyle bir düzenleme de yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7 ve 8 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

Kaldı ki Anayasa'nın 123 üncü maddesi, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini açıkça ifade etmekte; bir kamu idaresinin hangi bütçede yer alacağının belirlenmesi ise Anayasa'nın hiçbir hükmünde, yürütmenin asli düzenleme yetkisi kullanacağı bir alan olarak gösterilmemiş bulunmaktadır.

Bu nedenle söz konusu Geçici Madde 13'de Maliye Bakanlığı'na verilen yetki, Anayasa'nın 123 üncü maddesine de aykırıdır.

Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasa'nın ve hukukun üstünlüğünü zedeler ve dolayısı ile Anayasa'nın 2 ve 11 inci maddelerine de aykırı düşer.

Bu yetki dayanağını Anayasa'dan almadığı için, Anayasa'nın 6 ncı maddesi ile bağdaşması da beklenemez. 5018 sayılı Kanunun yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2, 6, 7, 8, 11 ve 123 üncü maddelerine aykırı olan Geçici Madde 13'ünün iptal edilmesi gerekmektedir.

12- 5018 Sayılı Kanun'un (I) Sayılı Cetvelindeki "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" İbarelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

5018 sayılı Kanuna bağlı (I) sayılı cetvelde; Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri yer almaktadır. Cetvelde yer alan 54 adet kamu idaresinin bir bölümü eskiden de genel bütçeli idare olarak varlığını sürdüren kamu idareleridir. Buna karşılık (I) sayılı cetvelde yer alan idarelerin bir bölümü ise, eskiden katma bütçeli idare olarak varlıklarını sürdürmekte idiler.

5018 sayılı Kanuna bağlı (I) sayılı cetveldeki: Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü, 6200 sayılı Kanunla; Karayolları Genel Müdürlüğü, 5539 sayılı Kanunla; Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 3202 sayılı Kanunla; Tarım Reformu Genel Müdürlüğü, 3155 sayılı Kanunla; Orman Genel Müdürlüğü, 3234 sayılı Kanunla; Petrol İşleri Genel Müdürlüğü, 6326 sayılı Kanunla; Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü 2828 sayılı Kanunla kurulmuştur.

Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün kuruluşuna ait 6200 sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre; DSİ, Bayındırlık Bakanlığı'na bağlı, tüzel kişiliğe haiz, katma bütçeli bir kuruluştur.

Karayolları Genel Müdürlüğü'nün kuruluşuna ait 5539 sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre; Karayolları Genel Müdürlüğü, Bayındırlık Bakanlığı'na bağlı, tüzel kişiliğe haiz, katma bütçeli bir kuruluştur.

Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün kuruluşuna ait 3202 sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre; Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı'na bağlı katma bütçeli ve tüzelkişiliği haiz bir kuruluştur.

Tarım Reformu Genel Müdürlüğü'nün kuruluşuna ait 3155 sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre; Tarım Reformu Genel Müdürlüğü, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı'na bağlı kamu tüzelkişiliğine sahip katma bütçeli bir kuruluştur.

Orman Genel Müdürlüğü'nün kuruluşuna ait 3234 sayılı Kanun'un 1 inci maddesine göre; Orman Genel Müdürlüğü, Tarım Orman ve Köyişleri Bakanlığı'na bağlı, kamu tüzelkişiliğine sahip, katma bütçeli bir kuruluştur.

Petrol İşleri Genel Müdürlüğü'nün kuruluşuna ait 6326 sayılı Kanun'un 17 nci maddesine göre; Petrol İşleri Genel Müdürlüğü, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'na bağlı, katma bütçeli ve tüzel kişiliğe haiz bir kuruluştur.

Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü'nün kuruluşuna ait 2828 sayılı Kanun'un 5 inci maddesine göre; Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü, Başbakanlığa bağlı, kamutüzelkişiliğine sahip, katma bütçeli bir kuruluştur.

Kısaca ifade etmek gerekirse, yukarıda sözü edilen kuruluşların hepsi de çeşitli bakanlıkların bağlı kuruluşu olup, katma bütçeli ve tüzel kişiliği olan kuruluşlardır.

5018 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde, genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçeleri; merkezî yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahallî idareler bütçeleri olarak tasnif edilmiştir. Aynı maddede merkezî yönetim bütçesinin, bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluştuğu belirtilmiştir.

5018 sayılı Kanuna bağlı (I) sayılı cetvelde, "Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri"; (II) sayılı cetvelde, "Özel bütçe kapsamındaki idareler"; (III) sayılı cetvelde, "Düzenleyici ve denetleyici kurumlar"; (IV) sayılı cetvelde, "Sosyal güvenlik kurumları" yer almıştır.

5018 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde, "genel bütçe"; Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu kanuna ekli (I) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçesi şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı maddede "özel bütçe" de tanımlanmıştır. Özel bütçe: Bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir.

Anayasa'nın 161 inci maddesinin ikinci fıkrasında, genel ve katma bütçelerin nasıl hazırlanacağı ve uygulanacağının kanunla belirleneceği yazılıdır. Anayasa'nın 162 nci maddesinin birinci fıkrasında ise, Bakanlar Kurulu'nun genel ve katma bütçe tasarılarını, mali yıl başından en az yetmişbeş gün önce, Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın 162 nci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Genel Kurulda, bakanlık ve daire bütçeleriyle katma bütçeler hakkında düşüncelerini açıklarlar. Anayasa'nın 163 üncü maddesinin ilk cümlesine göre, genel ve katma bütçelere verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir.

Anayasa'nın 123 üncü maddesine göre, idarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır.

Yukarıdaki Anayasa hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, Anayasa'nın bütçe ile ilgili düzenlemelerinin hepsinde; genel ve katma bütçe ibareleri vardır.

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu öncesinde, bütçe sistemimizin önemli bir unsuru olan katma bütçe, idarenin farklı işlevleri haiz bazı kamu kuruluşları için gerekli bir bütçe sistemi idi. Katma bütçeli kamu kuruluşları, sistem gereği birer "kamu tüzel kişiliğidir". Bu kuruluşlar "Devlet Kamu Tüzel Kişiliğinin" dışında, ancak Devletin tabi olduğu kurallara tabi ve yine Devletin bir organı olarak sorumluluk taşırlar.

Bağlı kuruluşlar, hizmetleri sırasında bir gelir elde etmektedir. Bu kuruluşlar giderlerini bu gelirlerden karşılarlar. Gelir fazlası Hazineye devir olur, ancak gelirler kuruluşun giderlerini karşılayamazsa aradaki fark hazine yardımı ile kapatılır. Bu yüzden bu tür bütçelere "Katma Bütçe" denmektedir.

Katma bütçe uygulaması Muhasebe – i Umumiye Kanunu'nda bütçenin genellik ilkesinin bir istinası olarak yer almıştır. 1050 sayılı Muhasebe – i Umumiye Kanunu'nun 115 inci maddesi, katma bütçeleri; giderleri özel gelirleri ile karşılanan ve genel bütçe dışında yönetilen kuruluş bütçeleri olarak tanımlamıştır. Katma bütçelerin açığı, genel bütçelerin açığı, fazlası da geliri sayılır.

1050 sayılı Muhasebe – i Umumiye Kanunu'nun 118 inci maddesine göre, katma bütçeli kuruluşların hesapları ve işlemleri hakkında kendi özel kuruluş yasalarında yer alan hükümler uygulanır. Özel yasalarda hüküm olmayan durumlarda Muhasebe – i Umumiye Kanunu geçerlidir.

1050 sayılı Muhasebe – i Umumiye Kanunu'nun 23 üncü maddesi, taşınmaz malların yönetimi ile ilgilidir. Bu maddede, Devlete ait bütün taşınmaz mallar Tapu İdaresince Hazine adına tescil edilir ve Maliye Bakanlığı tarafından yönetilir denmektedir.

Bu düzenlemedeki "Devlet" tabirinin özel manada kullanıldığı, 23 üncü maddedeki (Devlet) tabirinden katma ve özel bütçeli kamu idarelerinden ayrı olan devlet tüzel kişiliğini anlamak gerekeceği, çok eskilerde; Danıştay Genel Kurulunun 26.12.1946 tarih ve 46 – 13/46 – 119 sayılı istişari kararında açıklığa kavuşturulmuştur.

Danıştay Genel Kurulu'nun söz konusu kararında aynen şöyle denmektedir: Kanunun 23 üncü maddesindeki (Devlet) tabirinden katma ve özel bütçeli kamu idarelerinden ayrı olan devlet tüzel kişiliğini anlamak gerekir. Bu itibarla maddedeki (Devlet) tabirinin katma ve özel bütçeli kamu idarelerini şumulü dışında bıraktığı anlaşılır. Bunların gayrimenkul iktisabı bakımından durumlarını özel kanunları düzenler. Ancak özel kanunlarında sarahat yoksa, tüzel kişiliğe sahip bulunmaları sebebiyle Medeni Kanuna göre, bütün tüzel kişiler gibi gayrimenkul iktisap edebilmek hakkını haiz olurlar. Bunun için de yine Medeni Kanunun 633 üncü maddesine göre gayrimenkulün adlarına kaydı lazımdır. Bu suretle katma bütçeli idareler tarafından satın alınan gayri menkullerin Hazine adına tescili bahis konusu olamayacağına göre, bu gibi gayri menkullerin Hazinece kirasız kullanılması da düşünülemeyeceği sonucuna varılmıştır.

Maliye Bakanlığı, Danıştay Kararına uygun işlem yapılmasını 24.07.1950 tarih ve 1171 sayılı genelge ile teşkilatına duyurmuştur.

5018 sayılı Kanun, bu kuruluşları (I) sayılı cetvele alarak yani, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri arasına alarak, bu kuruluşların ayrı tüzel kişiliklerine son vermiştir. Bu kuruluşların kendi kuruluş kanunlarından kaynaklanan tüzel kişiliklerinin sona ermesi, bunların devlet tüzel kişiliğinden ayrı olarak taşınmaz mal edinme veya taşınmaz mallar üzerindeki tasarruf haklarını da sona erdirmiştir.

5018 sayılı Kanunun "Taşınır ve taşınmaz satışı" başlıklı 46 ncı maddesinde; genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin her türlü taşınır ve taşınmazlarının satışına Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğu, diğer kamu idarelerine ait taşınır ve taşınmazların elden çıkarılmasının özel kanunlarında belirtilen yetkili organlarının kararıyla mümkün olduğu ve merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin taşınmazlarından değeri her yıl merkezî yönetim bütçe kanununda belirtilen sınırın üzerinde olanların, Bakanlar Kurulu kararıyla satılacağı hükme bağlanmıştır. Böylece tüzel kişiliği bağlandığı bütçe türü nedeniyle kalkmış olan eski katma bütçeli kurum ve kuruluşların her türlü taşınır ve taşınmazlarının Maliye Bakanlığı tarafından satılması imkân dahiline girmiştir.

Anayasa'nın 35 inci maddesi, mülkiyet hakkını kişi hakkı olarak kabul etmiştir. Anayasa'nın 35 inci maddesine göre, mülkiyet hakkı kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir ve mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

Mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme) yetkilerini içerir.

Anayasal güvence altına alınan bu haktan, malik sıfatını taşıyan bütün gerçek ve tüzel kişiler yararlanabilir. Bu güvence, hukuk devletinin gereğidir ve ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasa'yla güvence altına alınmış bir temel hakkın ortadan kaldırılamayacağı, duraksamaya yer vermeyecek kadar açıktır. Temel hak ve özgürlüklerin kaldırılmasından değil, sadece sınırlandırılmasından söz edilebilir ki, bu da ancak Anayasa'nın 13 üncü maddesindeki koşullar çerçevesinde olanaklıdır.

Anayasa'nın 13 üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlandırmalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz denilerek, sınırlandırmanın ölçüsü de konulmuştur.

Demokratik toplum düzeninin gereklerinden birisi de, sınırlamalarda hürriyetlerin özüne dokunulmamasıdır. Güdülen amaç ne olursa, sınırlamalar özgürlüğün kullanılmasını tümüyle ortadan kaldıracak düzeyde ve ağırlıkta olamaz. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E.1989/6, K.1989/42, K.t.07.11.1989 sayılı kararı)

Kişinin sahip olduğu dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve özgürlüklerinin özüne dokunan kısıtlamalar, nedeni ne olursa olsun, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin E.1987/16, K.1988/8, K.t. 19.04.1988 sayılı kararı).

İptali istenen düzenleme de, hakkı özünden zedelediği için, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ni karşılayamamakta ve dolayısı ile mülkiyet hakkını Anayasa'nın 35 ve 13 üncü maddelerine aykırı biçimde sınırlandırmakta, daha doğrusu yok etmektedir.

Her şeyden önce, yasa ile yapılan düzenlemelerde, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine, hukuk devleti ilkesine uygun hareket edilmesi ve gerçek

ya da tüzel kişilerin kazanılmış haklarına dokunulmaması gerekir. Kazanılmış hakların korunması, hukuk devleti ilkesinin gereğidir. Hukuk devletinde, bütün devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olması, önemli ve temel bir ilkedir.

Anayasa Mahkemesi'nin K.1997/69 sayılı kararında aynen şöyle denilmektedir. Anayasa'nın mülkiyet hakkını güvenceye alan 35 inci maddesine göre: "herkes mülkiyet hakkına sahiptir. Bu hak, ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir ve kullanılması toplum yararına aykırı olamaz. Mülkiyet hakkı başkasına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, kişinin, bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanma biçimini değiştirme, harcama ve tüketme yetkilerini kapsar. Özel mülkiyet gibi kamu mülkiyeti de Anayasa'nın 35 inci maddesinin güvencesi altındadır. Zira, özel mülkiyeti güvenceye alan Anayasa'nın, kamu mülkiyetini güvencesiz bıraktığı düşünülemez. 35 inci maddeye göre mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla ve yasayla sınırlanabilir."

Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi, Anayasa'nın temel ilkelerinden biridir. Hukuk devleti; yönetilenlere hukuk güvenliği sağlayan, adaletli bir hukuk sistemine dayanan devlet düzeninin adıdır. Hukuka güvenin, kamu düzeninin ve istikrarın korunması da kazanılmış hakların korunması ilkesine bağlılık ile mümkündür.

Kazanılmış haklar, hukuk devleti kavramının temelini oluşturan en önemli unsurdur. Kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açan uygulamalar Anayasa'nın 2 nci maddesinde açıklanan "Türkiye Cumhuriyeti sosyal bir hukuk devletidir." hükmüne aykırılık oluşturacağı gibi, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırır, belirsizlik ortamına neden olur ve kabul edilemez.

Anayasa'nın 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, Anayasa'ya 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 Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Halbuki iptali istenen düzenleme ile kimi kamu tüzel kişilerinin taşınır ve taşınmazları üzerindeki kazanılmış hakları ortadan kaldırılmış ve böylece Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bir durum ortaya konulmuştur.

Anayasa'nın birden çok maddesine aykırı olan bir hüküm, Anayasa'nın 11 inci maddesindeki Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmaz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 5018 sayılı Kanuna bağlı (I) sayılı cetveldeki "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibareleri Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine; 11 inci maddedeki hukukun üstünlüğü ilkesine; 13 üncü maddedeki temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulmaksızın sınırlandırılması ilkesine; 161, 162 ve 163 üncü maddelerindeki bütçe ile ilgili kurallara ve 35 inci maddedeki mülkiyet hakkına aykırı olup, iptali gerekir.

13- 5018 Sayılı Kanun'un (II) Sayılı Cetvelindeki "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü", nün Anayasa'ya Aykırılığı

5018 sayılı Kanunun 2 nci maddesi kapsam maddesidir. Bu maddede Kanunun, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü kapsadığı, Avrupa Birliği fonları ile yurt içi ve yurt dışından kamu idarelerine sağlanan kaynakların kullanımı ve kontrolünün de uluslararası anlaşmaların hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu Kanun hükümlerine tâbi olduğu belirtildikten sonra, maddenin son fıkrasında, düzenleyici ve denetleyici kurumların, bu Kanunun sadece 3, 7, 8, 12, 15, 17, 18, 19, 25, 43, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 68 ve 76 ncı maddelerine tâbi olduğu hükme bağlanmıştır.

5018 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinin gerekçesi aynen şöyledir:

"Bu maddeyle, uluslararası standartlara ve yaklaşımlara uygun olarak, Kanunun kapsamı genel idare olarak öngörülmüş; genel bütçe kapsamındaki idareler, özel bütçe kapsamındaki idareler, mahalli idareler ve sosyal güvenlik kurumlarının malî yönetim ve kontrol işlemleri Kanun kapsamına alınmıştır.

Buna karşılık Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile kamu iktisadî teşebbüsleri ve kamuya ait şirketler Kanun kapsamı dışında tutulmuş; malî özerkliklerinin korunması amacıyla düzenleyici ve denetleyici kurumların Kanunun sadece belirli maddelerine tâbi olmaları hükme bağlanmıştır."

Yukarıya alınan madde gerekçesindeki ifadeden de açıkça anlaşılacağı üzere, düzenleyici ve denetleyici kurumlar malî özerkliklerinin korunması amacıyla Kanunun sadece belirli maddelerine tâbi tutulmuştur.

Düzenleyici denetleyici kurumların kendi özel kuruluş kanunları vardır. Rekabet Kurumu 4054 sayılı Kanunla, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu 4389 sayılı Kanunla; Sermaye Piyasası Kurulu 2499 sayılı Kanunla, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu 3984 sayılı Kanunla; Telekomünikasyon Kurumu 4502 sayılı Kanunla, Şeker Kurumu 4634 sayılı Kanunla; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu 4628 sayıl kanunla; Kamu İhale Kurumu 4734 sayılı Kanunla; Tütün, Tütün Mamulleri ve Alkollü İçkiler Piyasası Düzenleme Kurumu 4733 sayılı Kanunla kurulmuştur.

Söz konusu kurumlara ilişkin yasal düzenlemelerin bir kısmında "kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahiptir" veya "özerk ve tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğindedir" ibareleri kullanılarak bu kurumların özerklikleri vurgulanmıştır. Şeker kurumuna ilişkin düzenleme de ise, sadece "kurum kamu tüzel kişiliğine sahiptir" ibaresi kullanılmıştır. Yani kurumların özerkliklerini sağlamaya yönelik düzenlemeler arasında birlik yoktur.

Ayrı bir kamu tüzel kişiliğine ve özerkliğe sahip olan kurumların bazı bakımlardan devlet tüzel kişiliği kapsamındaki kurumlardan farklı mali süreç ve statülere tabi tutulmaları doğaldır. Ancak, Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan kurumlar arasında Yüksek Öğretim Kurulu, Tübitak gibi kendi kuruluş yasalarındaki hükümlerden dolayı özerkliği olan ya da Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu ve üniversite gibi özerklikleri Anayasa'dan kaynaklanan kurumlar da vardır.

Anayasa'nın 130 uncu maddesinde kamu tüzel kişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip üniversitelerin Devlet tarafından kanunla kurulacağı yazılıdır.

Aynı şekilde Anayasa'nın 133 üncü maddesinde devletçe kamu tüzel kişiliği olarak kurulan tek radyo ve televizyon kurumu ile kamu tüzel kişilerinden yardım gören haber ajanslarının özerkliğinin ve yayınlarının tarafsızlığının esas olduğu yazılıdır.

5018 sayılı Kanun'un (II) sayılı cetvelinde; Yükseköğretim Kuruluna, Üniversitelere, Yüksek Teknoloji Enstitülerine, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğüne ve Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumuna yer verilmekle, özerkliği olan kuruluşlar için Anayasa'ya aykırı bir düzenleme yapılmıştır.

TRT'nin, üniversitelerin veya özerkliğe sahip diğer kurumların düzenleyici ve denetleyici kurumların tabi olmadığı hükümlere aynen tabi olmamaları gerekmez. Hatta kurumların farklı derecelerde özerklikleri söz konusu olabileceği için; farklı kurumların, Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun farklı maddelerine tabi tutulmalarının, aynen düzenleyici ve denetleyici kurumlar gibi, tüzel kişiliğe ve özerkliğe haiz diğer kurumlar için de 5018 sayılı Kanun'un hangi hükümlerine tabi olarak faaliyet göstereceklerinin ayrıca düzenlenmesinin ya da bu tür kuruluşların farklı bir cetvelde gösterilmesinin Anayasa'ya daha uygun olacağı söylenebilir. Bu, Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine de uygun olur.

Kaldı ki, Anayasa'nın 130 uncu maddesinin sekizinci fıkrası hükmünde yer alan "katma bütçe esaslarına uygun olarak işleme tabi tutularak yürürlüğe konulur ve denetlenir" ibaresi, üniversite bütçesi için, bütçe türü ve uygulanacak usul bakımından Anayasa'dan doğan bir kural niteliğini taşımaktadır.

Anayasa'nın 10 uncu maddesinde öngörülen kanun önündeki eşitlik ilkesi, yasama ve yürütmenin yetkilerini kullanırken uymak zorunda oldukları Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin en önde gelenlerindendir. Yasama ve yürütme, idare edilenler yönünden, hak yaratırken ve külfet getirirken, bu ilkeye uygun davranmakla yükümlüdürler. Anayasa'nın 10 uncu maddesi, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" şeklindeki amir hükmü ile, bu hususu net olarak ifade etmektedir.

Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesine göre, kanunların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmeyecek ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Bu ilke ile, birbirlerinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Anayasa'nın 10 uncu maddesi gerçek kişiler için geçerli olduğu gibi tüzel kişiler için de söz konusudur.

Bütün bu değinilen hususlara karşın, iptali istenen düzenleme ile aynı durumda olanların bütçe bakımından farklı hükümlere tabi kılınması, Anayasa'nın 10 uncu maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı olan bir düzenleme, hukukun üstünlüğünü ve dolayısı ile Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini zedeler.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, 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, 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 uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Anayasa'ya aykırı bir hükmün Anayasa'nın 11 inci maddesindeki Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da düşünülemez. Bu yüzden söz konusu düzenleme Anayasa'nın 11 inci maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5018 sayılı Kanunun (II) sayılı cetvelindeki "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü", ibareleri, Anayasa'nın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine; 11

inci maddesindeki Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine ve 130 uncu maddesindeki yükseköğretim kurumları ile ilgili kurala, 133 üncü maddesindeki radyo ve televizyon kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajanslarıyla ilgili kurala aykırı olup, iptali gerekir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

5018 sayılı Kanunun 8 inci maddesindeki "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin; 12 nci maddesinin; 15 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler" ibaresinin; 31 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin; 37 nci maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinin; 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin; 61 inci maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin, 71 inci maddesinin son fıkrasının; Geçici Madde 4'ün birinci fıkrasının; Geçici Madde 11'in son fıkrasının; Geçici Madde 13'ün; (I) sayılı cetvelindeki: "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin; (II) sayılı cetvelindeki "1-Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü", ibarelerinin uygulanmasından, sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararlar doğacaktır. Bu tür durum ve zararların önlenebilmesi için, söz konusu hükümlerin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

10.12.2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun:

1- (a) 8 inci maddesindeki "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin Anayasa'nın; 2, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine,

(b) 12 nci maddesinin Anayasa'nın; 2, 11, 161, 162 ve 163 üncü maddelerine,

(c) 15 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler" ibaresinin Anayasa'nın; 2, 11, 88, 89 ve 161 inci maddelerine,

(d) 31 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'nın; 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine,

(e) 37 nci maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasa'nın; 2, 11 ve 163 üncü maddelerine,

(f) 49 uncu maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin Anayasa'nın; 2, 6, 7, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine,

(g) 61 inci maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin Anayasa'nın 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine,

(h) 71 inci maddesinin son fıkrasının Anayasa'nın; 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine,

(ı) Geçici Madde 4'ünün birinci fıkrasının Anayasa'nın; 2, 11 ve 95 inci maddelerine,

(i) Geçici Madde 11'inin son fıkrasının Anayasa'nın; 2, 6, 7, 8, 11 ve 123 üncü maddelerine,

(j) Geçici Madde 13'ünün Anayasa'nın; 2, 6, 7, 8, 11 ve 123 üncü maddelerine,

(k) (I) sayılı cetvelindeki: "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin Anayasa'nın; 2, 11, 13, 35, 161, 162 ve 163 üncü maddelerine,

(l) (II) sayılı cetvelindeki "1-Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü", ibarelerinin Anayasa'nın; 2, 10, 11, 130 ve 133 üncü maddelerine aykırı oldukları için iptallerine,

2- İptal davası sonuçlanıncaya kadar bunların yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin talebimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

5018 sayılı "Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu"nun iptali istenen madde, fıkra, cümle ve ibareleri şöyledir:

1- "MADDE 8.- Her türlü kamu kaynağının elde edilmesi ve kullanılmasında görevli ve yetkili olanlar, kaynakların etkili, ekonomik, verimli ve hukuka uygun olarak elde edilmesinden, kullanılmasından, muhasebeleştirilmesinden, raporlanmasından ve kötüye kullanılmaması için gerekli önlemlerin alınmasından sorumludur ve **yetkili kılınmış mercilere** hesap vermek zorundadır."

2- "MADDE 12.- **Genel yönetim kapsamındaki idarelerin bütçeleri; merkezî yönetim bütçesi, sosyal güvenlik kurumları bütçeleri ve mahallî idareler bütçeleri olarak hazırlanır ve uygulanır. Kamu idarelerince bunlar dışında herhangi bir ad altında bütçe oluşturulamaz.**

Merkezî yönetim bütçesi, bu Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşur.

Genel bütçe, Devlet tüzel kişiliğine dahil olan ve bu Kanuna ekli (I) sayılı cetvelde yer alan kamu idarelerinin bütçesidir.

Özel bütçe, bir bakanlığa bağlı veya ilgili olarak belirli bir kamu hizmetini yürütmek üzere kurulan, gelir tahsis edilen, bu gelirlerden harcama yapma yetkisi verilen, kuruluş ve çalışma esasları özel kanunla düzenlenen ve bu Kanuna ekli (II) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir.

Düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesi, özel kanunlarla kurul, kurum veya üst kurul şeklinde teşkilatlanan ve bu Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan her bir düzenleyici ve denetleyici kurumun bütçesidir.

Sosyal güvenlik kurumu bütçesi, sosyal güvenlik hizmeti sunmak üzere, kanunla kurulan ve bu Kanuna ekli (IV) sayılı cetvelde yer alan her bir kamu idaresinin bütçesidir.

Mahallî idare bütçesi, mahallî idare kapsamındaki kamu idarelerinin bütçesidir."

3- "MADDE 15.- Merkezî yönetim bütçe kanunu, merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir ve gider tahminlerini gösteren, bunların uygulanmasına ve yürütülmesine yetki ve izin veren kanundur.

Merkezî yönetim bütçe kanununda; yılı ve izleyen iki yılın gelir ve gider tahminleri, varsa bütçe açığının veya fazlasının tutarı, açığın nasıl kapatılacağı veya fazlanın nasıl kullanılacağı, vergi muafiyeti, istisnası ve indirimleri ile benzeri uygulamalar nedeniyle vazgeçilen vergi gelirleri, borçlanma ve garanti sınırları, bütçelerin uygulanmasında tanınacak yetkiler, bağlı cetveller, malî yıl içinde gelir ve giderlere yönelik olarak uygulanacak ve **kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler** yer alır. Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin her birinin gelir-gider tahminleri, merkezî yönetim bütçe kanununda ayrı bölüm veya cetvellerde gösterilebilir."

4- "MADDE 31.- Bütçeyle ödenek tahsis edilen her bir harcama biriminin en üst yöneticisi harcama yetkilisidir.

Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin merkez ve merkez dışı birimlerinde harcama yetkililerinin görev unvanları itibarıyla tespitine ve harcama yetkisinin devredilmesine ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir. Harcama yetkisinin devredilmesi, yetkiyi devredenin idari sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.

Harcama yetkilileri bütçede öngörülen ödenekleri kadar, ödenek gönderme belgesiyle, ödenek verilen harcama yetkilileri ise tahsis edilen ödenek tutarında harcama yapabilir."

5- "MADDE 37.- Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelirlerinin kanuni dayanakları bütçelerinde gösterilir. Bütçelerde yer alan gelirler, ilgili kanunlarında belirtilen usullere göre tarh, tahakkuk ve tahsil edilir. Genel bütçe gelirlerinin tarh, tahakkuk ve tahsili Maliye Bakanlığı tarafından yapılır.

Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin topladığı vergi, resim, harç ve benzeri gelirlerden diğer idare, kurum ve kuruluşlara verilecek paylar, geliri toplayan kamu idaresi bütçesine bu amaçla konulacak ödeneklerden karşılanır. Malî yıl içinde kullanılabilecek ödenek miktarı, ilgili kanun hükümleri uyarınca tahsil edilen miktar dikkate alınarak hesaplanacak pay miktarını geçemez. **Hesaplanan pay tutarının, bu amaçla tahsis edilen ödenek tutarını aşması halinde, aradaki farkı geçmemek kaydıyla ödenek eklemesi yapmaya genel bütçe kapsamındaki idarelerde Maliye Bakanı, diğer idarelerde üst yöneticiler yetkilidir.**

Tahsili zamanaşımına uğrayan gelirlerin silinmesine ilişkin usul ve esaslar, ilgili kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, Maliye Bakanlığınca belirlenir."

6- "MADDE 49.- Muhasebe sistemi; malî raporların düzenlenmesi ve kesin hesabın çıkarılmasına temel olacak ve karar, kontrol ve hesap verme süreçlerinin etkili çalışmasını sağlayacak şekilde kurulur ve yürütülür.

Genel yönetim kapsamındaki idarelerde uygulanacak muhasebe ve raporlama standartları, çerçeve hesap planı ile düzenlenecek raporların şekil, süre ve türleri; uluslararası standartlara uygun olarak ilgili idarelerin görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığı bünyesinde Sayıştay Başkanlığı, Maliye Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilâtı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı ve diğer ilgili kuruluş temsilcilerinin katılımıyla oluşturulacak bir kurul tarafından belirlenir ve Maliye Bakanlığının önerisi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulur. **Bu kurulun yapısı, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.**

Bu kurulda görevlendirilenlerin asli görevleri devam eder. Başkan ve üyelerine, ayda ikiden fazla olmamak üzere her toplantı günü için (3000) gösterge rakamının memur aylık katsayısıyla çarpımı sonucu bulunacak tutar üzerinden toplantı ücreti ödenir.

Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin çerçeve hesap planına uygun detaylı hesap planları ilgili idarelerin görüşü alınarak Maliye Bakanlığınca; merkezî yönetim kapsamı dışındaki kamu idarelerinin uygulayacakları hesap planları ise Maliye Bakanlığı ile ilgili idareler tarafından birlikte hazırlanır.

Kamu hesapları, kamu idarelerinin gelir, gider ve varlıkları ile malî sonuç doğuran ve öz kaynağın artmasına veya azalmasına neden olan her türlü işlemler ile garantilerin ve yükümlülüklerin belirlenmiş bir düzen içinde hesaplara kaydedilerek, yönetim ve denetim yetkilileriyle kamuoyuna gerekli bilgilerin sağlanması amacıyla tutulur."

7- "MADDE 61.- Gelirlerin tahsili, giderlerin hak sahiplerine ödenmesi, para ve parayla ifade edilebilen değerler ile emanetlerin alınması, saklanması, ilgililere verilmesi, gönderilmesi ve diğer tüm malî işlemlerin kayıtlarının yapılması ve raporlanması muhasebe hizmetidir.

Muhasebe yetkilisi, bu hizmetlerin yapılmasından ve muhasebe kayıtlarının usulüne uygun, saydam ve erişilebilir şekilde tutulmasından sorumludur. 9.12.1994 tarihli ve 4059 sayılı Kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin muhasebe hizmetleri Maliye Bakanlığınca yürütülür. Muhasebe yetkilileri gerekli bilgi ve raporları düzenli olarak kamu idarelerine verirler.

Muhasebe yetkilileri ödeme aşamasında, ödeme emri belgesi ve eki belgeler üzerinde;

a) Yetkililerin imzasını,
b) Ödemeye ilişkin ilgili mevzuatında sayılan belgelerin tamam olmasını,
c) Maddi hata bulunup bulunmadığını,
d) Hak sahibinin kimliğine ilişkin bilgileri,

Kontrol etmekle yükümlüdür.

Muhasebe yetkilileri, ilgili mevzuatında düzenlenmiş belgeler dışında belge arayamaz. Yukarıda sayılan konulara ilişkin hata veya eksiklik bulunması halinde ödeme yapamaz. Malî kontrol yetkilisine de bildirilmek şartıyla, belgesi eksik veya hatalı olan ödeme emri belgeleri, düzeltilmek veya tamamlanmak üzere en geç bir iş günü içinde gerekçeleriyle birlikte harcama yetkilisine yazılı olarak gönderilir. Hataların düzeltilmesi veya eksikliklerin giderilmesi halinde ödeme işlemi gerçekleştirilir.

Muhasebe yetkilileri işlemlerine ilişkin defter, kayıt ve belgeleri muhafaza eder ve denetime hazır bulundurur.

Muhasebe yetkilileri, 34 üncü maddenin birinci fıkrasındaki ödemeye ilişkin hükümler ile bu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen ödemeye ilişkin kontrol yükümlülüklerinden dolayı sorumludur. Muhasebe yetkililerinin bu Kanuna göre yapacakları kontrollere ilişkin sorumlulukları, görevleri gereği incelemeleri gereken belgelerle sınırlıdır.

Muhasebe yetkilisi adına ve hesabına para ve parayla ifade edilebilen değerleri geçici olarak almaya, vermeye ve göndermeye yetkili olanlar muhasebe mutemedidir. Muhasebe mutemetleri doğrudan muhasebe yetkilisine karşı sorumludur. Muhasebe mutemetlerinin görevlendirilmeleri, **yetkileri,** denetimi, tutacakları defter ve belgeler ve **diğer hususlar**a ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

8- "MADDE 71.- Kamu zararı, mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunmasıdır.

Kamu zararının belirlenmesinde;

a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması,

b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması,

c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması,

d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması,

e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması,

f) Kamu kaynakları ile yükümlülüklerinin yönetilmesinde, değerlendirilmesinde, korunmasında veya kullanılmasında gerekli önlemlerin alınmaması veya özenin gösterilmemesi suretiyle öz kaynağın azalmasına sebebiyet verilmesi,

g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması,

Esas alınır.

Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren hesaplanacak kanuni faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Alınmamış para, mal ve değerleri alınmış; sağlanmamış hizmetleri sağlanmış; yapılmamış inşaat, onarım ve üretimi yapılmış veya bitmiş gibi gösteren gerçek dışı belge düzenlemek suretiyle kamu kaynağında bir artışa engel veya bir eksilmeye neden olanlar ile bu gibi kanıtlayıcı belgeleri bilerek düzenlemiş, imzalamış veya onaylamış bulunanlar hakkında Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunların bu fiillere ilişkin hükümleri uygulanır. Ayrıca, bu fiilleri işleyenlere her türlü aylık, ödenek, zam, tazminat dahil yapılan bir aylık net ödemelerin iki katı tutarına kadar para cezası verilir.

Kamu zararlarının tahsiline ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

9- "GEÇİCİ MADDE 4.- **Bu Kanunda öngörülen malî yönetim ve kontrol sistemine uyum sağlanması amacıyla, Kanun kapsamındaki idarelerle ilgili mevzuatta ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde gerekli değişiklikler, en geç 31.12.2004 tarihine kadar yapılır.**

Genel bütçe kapsamındaki idarelerin, kamu görevi ve hizmeti dışında kalan ve ilgili kanunlarında belirtilen faaliyetleri ile mal ve hizmet teslimlerinden fiyatlandırılabilir nitelikte bulunanlardan sağlayacakları gelirleri düzenleyen kanun, 31.12.2004 tarihine kadar yürürlüğe konulur."

10- "GEÇİCİ MADDE 11.- Genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerine bağlı olarak kurulan döner sermaye işletmeleri ve fonların bütçeleri, ilgili idarelerin bütçeleri içinde yer alır.

Bu Kanun kapsamındaki kamu idarelerinde kurulmuş döner sermaye işletmeleri ile fonlar, 31.12.2007 tarihine kadar tasfiye edilir.

Bu süre sonuna kadar döner sermaye işletmeleri ile fonların borç ve yükümlülüklerinin tasfiyesi için ilgili idarelerce gerekli tedbirler alınır. Bu süre sonunda varlıkları ve kadroları ilgili kamu idaresine devredilir.

Döner sermaye işletmeleri ve fonların tasfiyesine ilişkin esas ve usuller, Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

11- "GEÇİCİ MADDE 13.- **Bu Kanunun yayımı tarihinden sonra kurulacak kamu idarelerinin kuruluş kanunlarında belirlenmemesi durumunda kuruluş bütçesinin ekli cetvellerden hangisine dahil olacağı Maliye Bakanlığınca belirlenir.**"

12- "I SAYILI CETVEL
GENEL BÜTÇE KAPSAMINDAKİ KAMU İDARELERİ
1- Türkiye Büyük Millet Meclisi
2- Cumhurbaşkanlığı
3- Başbakanlık
4- Anayasa Mahkemesi
5- Yargıtay
6- Danıştay
7- Sayıştay
8- Uyuşmazlık Mahkemesi
9- Yüksek Seçim Kurulu
10- Adalet Bakanlığı
11- Millî Savunma Bakanlığı
12- İçişleri Bakanlığı
13- Dışişleri Bakanlığı
14- Maliye Bakanlığı
15- Millî Eğitim Bakanlığı
16- Bayındırlık ve İskân Bakanlığı
17- Sağlık Bakanlığı
18- Ulaştırma Bakanlığı
19- Tarım ve Köyişleri Bakanlığı
20- Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı
21- Sanayi ve Ticaret Bakanlığı
22- Enerji ve Tabiî Kaynaklar Bakanlığı
23- Kültür ve Turizm Bakanlığı
24- Çevre ve Orman Bakanlığı
25- Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği
26- Millî İstihbarat Teşkilâtı Müsteşarlığı
27- Jandarma Genel Komutanlığı
28- Sahil Güvenlik Komutanlığı
29- Emniyet Genel Müdürlüğü
30- Diyanet İşleri Başkanlığı
31- Devlet Planlama Teşkilâtı Müsteşarlığı

32- Hazine Müsteşarlığı
33- Dış Ticaret Müsteşarlığı
34- Gümrük Müsteşarlığı
35- Denizcilik Müsteşarlığı
36- Avrupa Birliği Genel Sekreterliği
37- Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu
38- Devlet Personel Başkanlığı
39- Özürlüler İdaresi Başkanlığı
40- Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı
41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü
42- Karayolları Genel Müdürlüğü
43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü
44- Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü
45- Devlet Meteoroloji İşleri Genel Müdürlüğü
46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü
47- Orman Genel Müdürlüğü
48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü
49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü
50- Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı
51- Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü
52- Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı
53- Basın-Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğü
54- Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü"

13-"II SAYILI CETVEL
ÖZEL BÜTÇE KAPSAMINDAKİ İDARELER
1- Yükseköğretim Kurulu
2- Üniversiteler
3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri
4- Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi
5- Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Başkanlığı
6- Atatürk Araştırma Merkezi
7- Atatürk Kültür Merkezi
8- Türk Dil Kurumu Başkanlığı
9- Türk Tarih Kurumu Başkanlığı
10- Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu
12- Türkiye Bilimler Akademisi Başkanlığı

13- Türkiye Adalet Akademisi Başkanlığı
14- Avrupa Birliği Eğitim ve Gençlik Programları Merkezî Başkanlığı
15- Yakın ve Ortadoğu Çalışma Eğitim Merkezî
16- Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü
17- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü
18- Devlet Tiyatroları Genel Müdürlüğü
19- Devlet Opera ve Balesi Genel Müdürlüğü
20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü
21- Vakıflar Genel Müdürlüğü
22- Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğü
23- Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu
24- Türk Akreditasyon Kurumu
25- Türk Standartları Enstitüsü
26- Milli Prodüktivite Merkezi
27- Türk Patent Enstitüsü
28- Türkiye Sanayi Sevk ve İdare Enstitüsü
29- Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü
30- Türkiye Atom Enerjisi Kurumu
31- Savunma Sanayi Müsteşarlığı
32- Millî Savunma Bakanlığı Akaryakıt İkmal ve NATO POL Tesisleri İşletme Başkanlığı
33- Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı
34- İhracatı Geliştirme Etüt Merkezi
35- Ekonomik Kültürel Eğitim ve Teknik İşbirliği Başkanlığı
36- Özel Çevre Koruma Kurumu Başkanlığı
37- GAP Bölge Kalkınma İdaresi Başkanlığı
38- Özelleştirme İdaresi Başkanlığı
39- Toplu Konut İdaresi Başkanlığı
40- Arsa Ofisi Genel Müdürlüğü
41- Doğal Afet Sigortaları Kurumu
42- Elektrik İşleri Etüt İdaresi Genel Müdürlüğü
43- Maden Tetkik ve Arama Genel Müdürlüğü
44- Ceza ve İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu
45- Adlî Tıp Kurumu Başkanlığı
46- Refik Saydam Hıfzıssıhha Merkezî Başkanlığı
47- Yüksek İhtisas ve Araştırma Hastanesi
48- Millî Piyango İdaresi Genel Müdürlüğü

49- Spor-Toto Genel Müdürlüğü
50- Kefalet Sandıkları"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 88., 89., 95., 123., 128., 130., 133., 161., 162. ve 163. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılımlarıyla 4.3.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince Maliye Bakanı Mehmet ŞİMŞEK, Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürü Naci AĞBAL, Muhasebat Genel Müdürü Ömer DUMAN, Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdür Yardımcısı M. Sait ARCAGÖK'ün 28.5.2009 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- 5018 Sayılı Kanun'un 8. Maddesinde Yer Alan "yetkili kılınmış mercilere" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen ibaredeki "yetkili kılınmış merciler"in tanımı konusunda bir açıklık bulunmadığı, bu mercilerin hangi sıfatı taşıyan, kimin tarafından ve nerede yetkilendirilmiş merciler olduğunun açıklanmamış olmasının keyfiliğe zemin hazırladığı belirtilerek, ibarenin Anayasa'nın 2., 8., 11., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen ibareyi içeren kanun maddesi, kamu kaynaklarının kullanılmasında uyulacak temel ilkelerden olan hesap verilebilirlik kavramını düzenlemektedir.

Kanun maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere; çağdaş kamu malî yönetim sisteminin önemli unsurlarından biri olan hesap verilebilirlik, kendilerine kamu gücü kullanma görev ve yetkisi verilenlerin bu yetkiyi yasal sınırlar içinde kullanıp kullanmadıklarının hesabını vermeleri anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, hesap verme sorumluluğu "üzerinde mutabakata varılmış hedefler çerçevesinde, belirli bir performansın gerçekleştirilmesine yönelik sorumluluğun üstlenilmesine ve bunun açıklanması yükümlülüğüne dayanan bir ilişki"dir.

Bu çerçevede, 5018 sayılı Kanun'da kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi, kullanılması, muhasebeleştirilmesi ve raporlanması, ayrıca kaynakların kötüye kullanımının önlenmesi için yetkili kamu görevlilerinin gerekli önlemlerin alınmasından sorumlu tutulması ve Kanun'da belirtilen yöntemlere uygun olarak kamu otoritelerine hesap vermeleri 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.

Hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de *"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 bireyin, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesidir. 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 8. maddesinde de, "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" denilmiştir. Buna göre, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir.

5018 sayılı Kanunda getirilen sorumluluk sistemine uygun olarak, kimlerin hangi yetkili kamu mercilerine karşı hesap verme yükümlülüğü altında olduğu birçok maddede açıklanmıştır. Kanun'un "Bakanların ve Üst Yöneticilerin Hesap Verme Sorumluluğu" başlıklı Dördüncü Bölümünün 10. maddesinde bakanların Türkiye Büyük Millet Meclisine karşı hesap verme sorumluluğu, 11. maddesinde ise üst yönetici konumunda olan müsteşar, vali ve belediye başkanlarının hesap verme sorumlulukları düzenlenmiş ve bu sorumluluğun gereklerini yetkili mali memurları aracılığıyla yerine getirecekleri belirtilmiştir. Aynı şekilde, Kanun'un 63. ve 73. maddelerinde ise kamu mali sisteminde görevli ve yetkili olanların sorumlulukları ve bu sorumluluğun sonuçları düzenlenmiştir. Bu itibarla, kamu mali sisteminde hesap verme sorumluluğu altında olanların kimler olduğu, hesap verme sorumluluğunun hangi kamu makamlarınca denetleneceği, bu sorumluluğun kapsamı ve sonuçları Kanun'da açıkça belirlendiği gibi, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi de verilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 11., 123. ve 128. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

2- Kanun'un 12. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, katma bütçenin 1050 sayılı Muhasebe-i Umumiye Kanunu'nun 115. maddesi ile öngörüldüğü, ancak katma bütçe kavramının sadece bu Kanunda değil aynı zamanda Anayasa'da da düzenlendiği, 5018 sayılı Kanunun 12. maddesi ile "katma bütçe" türünün kaldırıldığı, katma bütçe türünün kaldırılması için Anayasa değişikliğinin şart olduğu, aksi durumun normlar hiyerarşisine ve yasayla yapılan bu tür düzenlemelerin Anayasa'nın 2., 11., 161.,162. ve 163. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptal istemine konu olan maddede, mâli sistemde yer alan bütçe türleri, tanımları ve tanımlanan bütçe türlerinin kapsamına hangi kamu kurum ve kuruluşlarının girdiği düzenlenmiştir.

İptal davasının görülmesi sürecinde yasalaşan 29.10.2005 günlü ve 5428 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanunla Anayasa'nın 130., 160., 161., 162. ve 163. maddelerinde değişiklikler yapılmıştır. Böylece Anayasa'da daha önce var olan "genel ve katma bütçe" ayırımı kaldırılarak, yerine 5018 sayılı Yasa ile öngörülen "merkezi yönetim bütçesi" kavramı getirilmiş ve sosyal güvenlik kurumlarının bütçesi de Anayasa metnine dâhil edilmiştir.

Anayasa'nın 11. maddesinde Anayasa'nın üstünlüğü ilkesi, 161. maddesinde bütçenin hazırlanmasına ilişkin süreç ve "mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanmasının, uygulanmasının ve kontrolünün kanunla düzenleneceği" ilkesi, 162. maddesinde bütçe kanunu tasarısının yasalaşma süreci, 163. maddesinde ise merkezi yönetim bütçe kanununa hâkim olacak esaslar düzenlenmiştir. 5018 sayılı Kanun'un 12. maddesinde öngörülen bütçe türlerinin Anayasa'da da düzenlenmesi karşısında, kuralın Anayasa'ya aykırılığı konusundaki iddiaların geçerliliği kalmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 11., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

3- Kanun'un 15. Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesindeki "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrasında "bütçe kanunlarına bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz" hükmü bulunduğu, hazırlanmaları ve kabul edilmeleri bakımından bütçe kanunlarının öteki kanunlardan ayrı nitelikte olduğu, halbuki "kısmen ve tamamen uygulanamayacak hükümler" ibaresinin olağan bir kanun ile düzenlenmesi gereken hususların da bütçe kanunuyla düzenlenmesine olanak verdiği, bu yaklaşımın Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına aykırı olduğu, Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerindeki kanunların teklif ve kabul edilmelerine ilişkin ilkelerin uygulanamaz duruma düşürüldüğü, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 11., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptal istemine konu olan ibareyi içeren maddede, merkezi yönetim bütçe kanununun tanımı yapılarak, bu kanunda yer alacak hususlar düzenlenmiştir.

Bütçe kanunları, bir devlette kamu hizmetlerinin yerine getirilebilmesi için öngörülen gelirlerin nasıl toplanacağına ve yönetileceğine, planlanan harcama ve yatırımlara ilişkin ilkelerin belirlendiği özel yasama işlemleridir. Bütçe kanunlarının zamanında hazırlanamaması veya kabul edilememesi, kamu düzeninde telafisi güç zararlar doğurabilecek nitelikte olduğundan, Anayasa'da bütçe kanunlarının hazırlanmaları, parlamentoda görüşülmeleri ve yayımlanmaları bakımından diğer kanunlardan farklı özel usuller benimsenmiştir.

Anayasa'nın 88. maddesinde kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekillerinin yetkili olduğu belirtilerek, kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşme usul ve esaslarının düzenlenmesi İçtüzüğe bırakıldığı halde, Anayasa'nın 162. maddesinde bütçe kanunlarının hazırlanması ve görüşülmesi için özel bir usul getirilmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 89. maddesinde Cumhurbaşkanına, yayınlanmasını uygun bulmadığı kanun tekliflerini, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne geri gönderme yetkisi verilmiş olduğu halde, bütçe kanunları bu yetkinin dışında tutulmuştur.

Bütçe kanunlarının açıklanan özel hukuki nitelikleri dolayısıyla, Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrasında "Bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz" esası vazedilmiştir. Bütçe kanunlarına bütçe ile ilgili olmayan kurallar konulması, Anayasa'nın öngördüğü olağan usullerle çıkarılamayan kimi kanun kurallarının sağladığı kolaylık nedeniyle bütçe kanunlarıyla düzenlenmesi eğilimini ortaya çıkartabilecek niteliktedir. Bu itibarla, bütçe kanunu ile mevcut diğer kanun hükümlerinde açık veya zımni değişiklik yapılması veya mevcut kanun hükümlerinin kaldırılması yasaklanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili pek çok kararında belirtildiği üzere "bütçe ile ilgili hükümler" sadece malî nitelikteki kurallar olarak değil, genel yasa konusu olabilecek bir kuralı içermemek koşulu ile ancak bütçenin uygulanmasını açıklayıcı ve kolaylaştırıcı nitelikteki hükümler olarak anlaşılmıştır. Burada Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde durduğu temel konu bütçe kanunlarının Anayasal çerçevesinin korunmasıdır.

İptal istemine konu ibareyi içeren 15. maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinin son kısmında "..., malî yıl içinde gelir ve giderlere yönelik olarak uygulanacak ve kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler yer alır" denilmektedir. Bütçe kanunundaki düzenlemelerin hangi eylemler, kişiler veya

işlemler için geçici veya sürekli uygulanamayacağının belirtilmesi "bütçe ile ilgili" ve diğer Anayasal ilkelere uygun olmak kaydıyla yasakoyucunun takdirindedir. Bununla birlikte, dava konusu kuralla kısmen veya tamamen uygulanamayacak hükümlerin bütçe kanunlarında yer almasına olanak tanınması, bu kanunlarda o yıl için değişiklik yapılması anlamına gelir. Böyle bir uygulamanın Anayasa'nın 88., 89. ve 161. maddelerinde esaslarla bağdaşmadığı açıktır.

Bu itibarla, diğer kanunların konusu olabilecek düzenlemelerin merkezi yönetim bütçe kanununda yer almasına imkân veren ibarenin "kısmen veya tamamen uygulanmayacak" kısmı Anayasa'nın 2., 11., 88., 89. ve 161. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ ve Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

İptali istenen ibarenin kalan "hükümler" sözcüğü ise, kuralın iptali talep edilmeyen bölümleriyle ilgili olup, Anayasa'ya aykırı bir yönü görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında; "… hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya İçtüzüğün bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, Anayasa Mahkemesi, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla, kanun'un, kanun hükmünde kararnamenin veya İçtüzüğün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir" hükmü mevcuttur. Bu itibarla, iptali istenen kuraldaki "… kısmen veya tamamen uygulanmayacak …" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ve bu ibareden önce yer alan "… ve …" sözcüğünün iptaline karar verilmiştir.

4- Kanun'un 31. Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5018 sayılı Kanun'un iptal istemine konu olan 31. maddesinin ikinci fıkrasında 22.12.2005 tarihli ve 5436 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik

Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesiyle değişiklikler yapılmıştır. Bu nedenle, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

5- Kanun'un 37. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Son Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, genel bütçe kapsamındaki idarelerde Maliye Bakanına, diğer idarelerde üst yöneticilere ödenek ekleme yetkisi tanındığı, halbuki Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında belirtildiği üzere, bütçe uygulaması sırasında ortaya çıkan ek ödenek ihtiyacının karşılanması konusunda Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden (TBMM) izin alınmasının zorunlu olduğu, TBMM'nin izni olmadan bakana ve üst yöneticilere ödenek alma imkânı tanıyan kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 163. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralın bulunduğu maddede, kamu gelirlerinin tarh, tahakkuk ve tahsiline ilişkin ilkeler düzenlenmiştir.

Devletin ve diğer kamu kuruluşlarının bir yıllık gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanması (gelirlerin toplanması-giderlerin yapılması) konusunda hükümete bütçe kanunlarıyla izin verilmektedir. Devlet hizmetlerinin gerektirdiği harcamaların bütçedeki karşılıklarını ifade eden ödeneklerin miktarı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayından geçen bütçe kanunlarında gösterilir. Öngörülen bu ödeneklerin bütçe yılındaki tüm ihtiyaçları karşılayacak şekilde belirtilmesi gerekir. Ancak, söz konusu ödenekler tahmine dayalı olduğundan bunun çeşitli nedenlerle yıl içinde yetersiz kalması veya revize edilmesi ihtiyacı doğabilmektedir. Böyle durumlarda ihtiyaçların, Anayasa'nın 163. maddesine, buna paralel olarak çıkarılan 5018 sayılı Kanuna ve bütçe kanunlarında yer alan usullere uygun olarak bütçenin kendi içinde gerçekleştirilecek ödenek aktarması yoluyla karşılanması yoluna gidilmektedir. Bu şekilde ödeneğin karşılanamaması durumunda ise, gereken ek ödeneğin öngörülen giderleri karşılayacak kaynağın gösterilmesi koşuluyla kanunla verilmesi esası benimsenmiştir.

Anayasa'nın 163. maddesinde "Merkezî yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz. Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez" denilerek, bütçe kanunlarıyla belirlenen harcama tavanlarının idare tarafından değiştirilemeyeceği esası getirilmiştir.

İptali istenen kuralla Maliye Bakanı'na ve üst yöneticilere verilen yetki, bütçe içi ödenek aktarma yetkisi niteliğinde olduğundan, bütçe kanunlarıyla belirlenen harcama yetkisinin aşılmasının veya yasama yetkisinin devrinin söz konusu olmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2., 11. ve 163. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

6- Kanun'un 49. Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5018 sayılı Kanun'un iptal istemine konu olan 49. maddesinde 5436 sayılı Kanun'un 5. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

7- Kanun'un 61. Maddesinin Son Fıkrasının Son Cümlesindeki "Yetkileri" ve "Diğer Hususlar" İbarelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5018 sayılı Kanun'un 61. maddesinin son fıkrasının son cümlesi, 5436 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (a) bendinin (16) numaralı alt bendiyle değiştirildiğinden, bu cümlede yer alan "… yetkileri, …" ve "… diğer hususlara …" ibarelerine ilişkin konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

8- Kanun'un 71. Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5018 sayılı Kanun'un 71. maddesinin son fıkrası, 5628 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

9- Kanun'un Geçici 4. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 95. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5018 sayılı Kanun'un Geçici 4. maddesinin birinci fıkrası, 5436 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (a) bendinin (23) numaralı alt bendiyle değiştirildiğinden, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

10- Kanun'un Geçici 11. Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Geçici 11. maddesinin son fıkrası, 5436 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (c) bendinin (12) numaralı alt bendiyle yürürlükten kaldırıldığından, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

11- Kanun'un Geçici 13. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, bir kamu idaresinin kuruluş kanununda belirlenmemiş olması halinde, bu kuruluşun bütçesinin 5018 sayılı Kanuna ekli cetvellerden hangisine dahil olacağını belirleme yetkisinin Maliye Bakanlığına verildiği, dolayısıyla yasayla düzenlenmesi gereken bir konuda yürütmeye asli düzenleme yetkisinin tanınmasının yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu, bu hususun Anayasa'nın Başlangıç bölümündeki güçler ayrılığına, 6., 7. ve 8. maddelerine, idarenin kanunla düzenleneceğini emreden Anayasa'nın 123. maddesine ters düştüğü, dolayısıyla Anayasa'nın bu hükümlerine aykırı olan düzenlemelerin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptal istemine konu olan maddede, 5018 sayılı Kanun'un yayımı tarihinden sonra kurulacak kamu idarelerinin kuruluş kanunlarında belirlenmemesi durumunda, kuruluş bütçesinin ekli cetvellerden hangisine dâhil olacağının Maliye Bakanlığı tarafından belirlenmesi öngörülmüştür.

İptal davasının açılmasından sonraki süreçte, 5428 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun ile Anayasa'nın 160., 161.,162. ve 163. maddelerinde gerçekleştirilen değişikliklerle, daha önce var olan «genel ve katma bütçe» kavramlarının kaldırılarak, yerine 5018 sayılı Kanun'da öngörülen «merkezi yönetim bütçesi» kavramı getirilmiş ve sosyal güvenlik kurumlarının bütçesi de Anayasa metnine dahil edilmiştir.

5018 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, Türk kamu mali sisteminde yer alacak bütçe türleri, bu bütçelerin tanımları ve bütçe kapsamındaki kuruluşların bu tanımlamalara bağlı olarak hangi cetvelde yer alacakları açıklıkla belirtilmiştir. Dolayısıyla 5018 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra kurulacak kamu kurum ve kuruluşlarının özel yasalarında, normal şartlar altında hangi bütçe kapsamında bulunacakları belirtilecektir. Bununla birlikte, kuruluş yasalarında bu idarelerin hangi bütçe kapsamına girdikleri belirtilmese dahi, 5018 sayılı Kanun'un 12. maddesinde yapılan bütçe tanımları ve sınıflandırması nazara alınarak, yeni kurum ve kuruluşun hangi bütçe kapsamında yer alacağı belirlenebilir niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da ifade edildiği üzere, Anayasa yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi vermemektedir. Ancak kanunda temel esasların belirlenmesi şartıyla, teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin idareye bırakılmasında sakınca bulunmamaktadır. 5018 sayılı Kanun'un bütçe türlerini ve bu bütçe türlerine hâkim olacak esasları açıkça tanımlaması ve sınıflandırması karşısında, idarenin bağlı yetki kullandığı anlaşılmaktadır. Hukuk hayatına giren bir kuruluşun bütçe kapsamı dışında kalmaması, ödenek alabilmesi ve harcama yapabilmesi için, Maliye Bakanlığı'nca bu kuruluşun hangi bütçe kapsamına gireceğinin belirlenmesi, 5018 sayılı Kanun'un çizdiği sınırlar çerçevesinde gerçekleşeceğinden, yasama yetkisinin devri niteliğinde bir düzenleme bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

12- Kanun'un Ekindeki (I) Sayılı Cetvel'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü" ve "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" İbarelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen ibarelerin Anayasa'nın 2., 11., 13., 35., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5018 sayılı Kanun'un ekindeki (I) Sayılı Cetvel, 5436 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirildiğinden, cetvelde yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerine ilişkin konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

Aynı Cetvel'de yer alan "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü" ibaresi, 13.1.2005 tarihli ve 5286 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

13- Kanun'un Ekindeki (II) Sayılı Cetvel'de Yer Alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu" ve "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" İbarelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen ibarelerin Anayasa'nın 2., 10., 11., 130. ve 133. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5018 sayılı Kanun'un ekindeki (II) Sayılı Cetvel, 5436 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle değiştirildiğinden, cetvelde yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu" ve "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerine ilişkin konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

10.12.2003 günlü, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun:

A- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "… kısmen veya tamamen uygulanmayacak …" ibaresi, 2.6.2009 günlü, E. 2004/10, K.2009/68 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu 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,

B- 1- 8. maddesinde yer alan "… yetkili kılınmış mercilere …" ibaresine,

2- 12. maddesine,

3- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "... hükümler …" sözcüğüne,

4- 37. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesine,

5- Geçici 13. maddesine,

yönelik iptal istemleri, 2.6.2009 günlü, E. 2004/10, K.2009/68 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, tümce, ibare ve sözcüklere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

C- 1- 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesi,

2- 49. maddesinin ikinci fıkrasının son tümcesi,

3- 61. maddesinin son fıkrasının son tümcesinde yer alan "… yetkileri, …" ve "… diğer hususlara …" ibareleri,

4- 71. maddesinin son fıkrası,

5- Geçici 4. maddesi birinci fıkrası,

6- Geçici 11. maddesinin son fıkrası,

7- Ekindeki (I) SAYILI CETVEL'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibareleri,

8- Ekindeki (II) SAYILI CETVEL'de yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibareleri,

hakkında 2.6.2009 günlü, E. 2004/10, K.2009/68 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu fıkra, tümce ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

2.6.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

10.12.2003 günlü, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun:

A- 1- 8. maddesinde yer alan "… yetkili kılınmış mercilere …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 12. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan;

a- "… kısmen veya tamamen uygulanmayacak …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- "... hükümler …" sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- 31. maddesi, 22.12.2005 günlü, 5436 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle

değiştirildiğinden, maddenin ikinci fıkrasının birinci tümcesine ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

5- 37. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

6- 49. maddesi, 5436 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirildiğinden, maddenin ikinci fıkrasının son tümcesine ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

7- 61. maddesinin son fıkrasının son tümcesinde, 5436 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin (a) bendinin (16) numaralı alt bendiyle değişiklik yapıldığından, bu tümcede yer alan "… yetkileri, …" ve "… diğer hususlara …" ibarelerine ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

8- 71. maddesinin son fıkrası, 25.4.2007 günlü 5628 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle değiştirildiğinden, bu fıkraya ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

9- Geçici 4. maddesi, 5436 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin (a) bendinin (23) numaralı alt bendiyle değiştirildiğinden, maddenin birinci fıkrasına ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

10- Geçici 11. maddesinin son fıkrası, 5436 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin (c) bendinin (12) numaralı alt bendiyle yürürlükten kaldırıldığından, bu fıkraya ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

11- Geçici 13. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

12- Ekindeki;

a- (I) SAYILI CETVEL'de yer alan "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü" ibaresi, 13.1.2005 günlü, 5286 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle yürürlükten kaldırıldığından, bu ibareye ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- (I) SAYILI CETVEL, 5436 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirildiğinden, cetvelde yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerine ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

13- Ekindeki (II) SAYILI CETVEL, 5436 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirildiğinden, cetvelde yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerine ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

B- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci tümcesindeki "… kısmen veya tamamen uygulanmayacak …" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan bu tümcedeki ibareden önce yer alan "… ve …" sözcüğünün de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2.6.2009 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Sacit ADALI
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye A. Necmi ÖZLER	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Şevket APALAK
Üye Serruh KALELİ	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

5018 sayılı Kanun'un 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler" ibaresinin, aynı Kanun'un 13. maddesinin (j) bendindeki "Bütçelerde, bütçeyi ilgilendirmeyen hususlara yer verilmez" hükmü ile birlikte değerlendirilmesi ve iptali istenen kuralın Anayasa'nın 161. maddesinin son fıkrasındaki "Bütçe Kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz" düzenlemesinin somut bir yansımasından başka bir anlam taşımadığı kuşkusuzdur. Diğer bir deyişle, merkezi yönetim bütçe kanununda yer alacak "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler", gerçekte bütçenin gelir ve gider kalemlerinin dayanağı olan ilgili yasalarda değişiklik öngörmeyen, ancak o bütçe yılında kısmen veya tamamen uygulanmamasında bütçe tekniği ve politikası gereği zorunluluk görülen hususlarda öngörülecek kurallardan ibarettir.

Dolayısıyla, kurala bütçe ile ilgili hükümler dışında bir anlam verilmesi ve bu kabulden hareketle kuralın kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler öngören mahiyeti itibariyle, ilgili yasaları sürekli ve kalıcı bir şekilde değiştirmeye imkân tanıdığı sonucuna ulaşılması, kanımızca yerinde ve isabetli bir yorum teşkil etmeyecektir. Çünkü, bütçe yılı tamamlandıktan sonra bütçe kanunu hükmünü yitirecek ve ilgili yasa da uygulanmaya devam edilecektir. Hal böyle olunca, örneğin maliye politikasının benimsediği bir amacı gerçekleştirmek üzere sadece ilgili bütçe yılında bir verginin alınmasından kısmen veya tamamen vazgeçilmesinin, bütçe yasasını olağan yasa ile değiştirme anlamını taşımayacağı açıktır.

Belirtilen nedenlerle, söz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmadığından, iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyoruz.

Başkan	Üye
Haşim KILIÇ	Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY YAZISI

1. 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 61. maddesinin son cümlesindeki *"yetkileri"* ve *"diğer hususlar"* ibareleri ile Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin iptal istemleri hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA karar verilmiştir.

61. maddenin son fıkrası 22.12.2005 tarihli ve 5436 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (a) bendinin (16) numaralı alt bendiyle değiştirilmiş, bu değişiklikle fıkrada geçen *"muhasebe mutemedi"* ibareleri *"muhasebe yetkilisi mutemedi"* şeklini almıştır. Yapılan değişiklik, teknik bir düzeltmeden ibarettir. İptali istenen ibareler, değişikliğin kapsamı içinde değildir. Kuralın Anayasa'ya uygunluk denetimi yönünden anlam ve kapsamı değişmemiştir.

Geçici 4. maddenin birinci fıkrasında 5436 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (a) bendinin (23) numaralı alt bendiyle yapılan değişiklikle, maddedeki *"31.12.2004"* tarihi *"31.12.2007"* olarak değiştirilmiştir. Burada da kuralın Anayasa'ya aykırılık denetimi yönünden anlam ve kapsamı değişmemiş, aksine Anayasa'ya aykırı olabilecek bir durumun sürdürülmesi sağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi önüne Anayasa'ya uygunluk denetimi için getirilmiş olan bir kuralın sadece sayısı farklı olan başka bir yasada yer almasının veya aynı kuralın içinde iptali istenen bölüm veya ibarelerin anlam ve kapsamını değiştirmeyen düzeltmelerin yapılmış olmasının, kendiliğinden istemin konusunun ortadan kalktığı şeklinde anlaşılması yerinde değildir. Böyle bir uygulama anayasallık denetimin asıl amacı olan, anayasaya aykırı mevzuatın hukuk aleminden mümkün olduğunca ayıklanması ilkesine ters düştüğü gibi birtakım kuralların içeriği aynen korunarak sürekli farklı ve yeni yasalara nakledilmesi suretiyle eylemli olarak Anayasa Mahkemesi'nin denetimi dışına çıkarılmasına da yol açabilir.

Bu nedenle her iki iptal istemine ilişkin KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞI kararına katılmıyorum.

2. 5018 sayılı Kanun'un Geçici 13. maddesinde bir kamu idaresinin kuruluş kanununda belirlenmemiş olması halinde bu kuruluşun bütçesinin 5018 sayılı Kanun'a ekli cetvellerden hangisine dahil olacağını belirleme yetkisinin Maliye Bakanlığı'na ait olacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesinde İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği belirtilmiş, 161. ve devamı maddelerinde kamu bütçesi düzenlenmiştir.

Bir kamu idaresinin kendisine kanunla verilen görevleri yerine getirebilmesinin yine yasama organınca belirlenen bütçe çerçevesinde mümkün olacağı açıktır. Yasa koyucunun bir kamu idaresi birimini hukuk hayatına sokarken o kuruluşun hangi bütçe kapsamına gireceğini de belirlemesi, bunu İdarenin takdir alanına bırakmaması gerekir. Bu nedenle kural Anayasa'nın 123. maddesine aykırıdır.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

I- Yasa'nın 61. Maddesinin Son Fıkrasındaki İbareler ile Geçici 4. Maddesinin İncelenmesi:

10.12.2003 günlü 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 61. maddesinin son fıkrasında yer alan "yetkileri" ve "diğer hususlara" ibareleri ile geçici 4. maddesinin iptali istenmiş, ancak 22.12.2005 günlü 5436 sayılı Yasa ile 61. maddenin dava konusu ibareler dışındaki bazı ibareleri ile geçici 4. maddesinde yer alan "31.12.2004" tarihi değiştirilmiştir. Bu değişikliklerin Anayasal denetime olanak vermediği düşüncesiyle 61. maddedeki söz konusu, ibareler ile Geçici 4. madde hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurularının konusunu oluşturan kuralların tümüyle yasal değişikliğe uğramaları halinde, iptal davalarının soyut norm denetimine ilişkin oldukları da gözetildiğinde, söz konusu başvurular hakkında karar verilmesinde hukuki yarar bulunmamakta ise de yapılan değişikliğin, dava konusu tümce, ibare, veya sözcüklere ilişkin olmaması durumunda, incelemenin sürdürülerek istemle ilgili karar verilmesi gerekir. Aksi halde dava konusu kurallara daha sonraki yasal düzenlemelerle yapılacak en küçük ekleme ve çıkarmalar, o kuralların Anayasal denetim dışında bırakılması sonucunu doğurur ki böyle bir durumu, Anayasa yargısının amacı ve işleviyle bağdaştırmak olanaksızdır.

Açıklanan nedenlerle 5018 sayılı Yasa'nın 61. maddesinin son fıkrasındaki 5436 sayılı Yasa ile değiştirilmeyen ibarelere ve Geçici 4. maddede aynı yasa ile değiştirilen tarih dışında kalan bölüme ilişkin incelemenin sürdürülmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

II- Yasa'nın Geçici 13. Maddesinin İncelenmesi:

Geçici Madde 13'de, bu Kanun'un yayımı tarihinden sonra kurulacak kamu idarelerinin kuruluş kanunlarında belirlenmemesi durumunda kuruluş bütçesinin ekli cetvellerden hangisine dahil olacağının Maliye Bakanlığınca belirleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 163. maddesinde, "Merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödenek, harcanabilecek miktarın sınırını gösterir. Harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamaz. Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemez." denilmiştir. Buna göre, bütçede yasal düzenlemeler dışında herhangi bir şekilde değişiklik yapılması olanaklı değildir. Oysa, dava konusu kuralla öngörülen durumlarda, kuruluş bütçesinin ekli cetvellerden hangisine dahil olacağını belirleme konusunda Maliye Bakanlığına verilen yetkinin kullanılması, bu cetvellerde değişiklik yapılmasına yol açacak, böylece Anayasa'nın 163. maddesiyle bağdaştırılması olanaksız bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Açıklanan nedenlerle Geçici 13. maddenin iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

5018 sayılı Yasa'nın geçici 13. maddesinde, bu Yasa'nın yayımı tarihinden sonra kurulacak kamu idarelerinin kuruluş kanunlarında ekli cetvellerden hangisine dahil olacağının belirlenmemesi durumunda bunun Maliye Bakanlığı'nca belirleneceği öngörülmüştür.

Yeni kurulan kamu idarelerinin 5018 sayılı Yasa'nın ekli cetvellerinden hangisinde yer alacağı hususunun ya kuruluş yasasında veya 5018 sayılı Yasada yer alması gerektiği açıktır. Bunun yapılmaması durumunda yasal boşluğun Maliye Bakanlığı'nca doldurulması, idarenin 5018 sayılı Yasa'nın ekli cetvellerine ek yapması anlamına gelecektir. Bu durumda iptali istenilen kuralla, yasayla düzenlenmesi gereken bir konuda yürütmeye kural koyma yetkisi verilmiş olduğundan kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
A. Necmi ÖZLER

AZLIK OYU

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun;

1- 61. maddesi ve geçici 4. maddesi yönünden;

5436 sayılı Yasa ile iptali istenen anlatımlar dışında 61. madde de değişiklik yapılmış, geçici 4. maddede ise 31.12.2004 tarihi değiştirilmiştir.

İptal istemlerine konu olan kurallar değişmediği sürece, ilgili maddelerde yapılan değişiklik anayasal denetimi engellemeyecektir. Başka bir anlatımla, iptal davasına konu ibare, anlatım ve düzenlemelerde yasa yapıcı tarafından değişiklikler getirilmediği, yasal iradede farklı bir yaklaşım sergilenmediği sürece Anayasal denetim tamamlanmalıdır. Tersi durumda dava konusu kurallarda en ufak değişiklikler bile Anayasa yönünden irdeleme yapılması olanağını ortadan kaldıracaktır.

Bu bakımdan, 61. maddede değiştirilmeyen ibareler ile 4. maddede değişen tarih dışında davanın incelenmesi görüşüyle kararın bu bölümüne karşıyım.

2- Geçici 13. madde yönünden;

Anayasa'nın 163. maddesine göre, bütçede değişiklik yapılması yasa dışında olanaksızdır.

İptali istenen yasal kuralda ise, sonradan kurulacak kamu idarelerinin bütçe cetvellerine ilişkin Maliye Bakanlığı'na belirleme yetkisi verilmektedir.

Bu durumun ise, Anayasa'nın öngördüğü kuralla örtüşmeyeceği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenle kuralın iptali gerekeceği oyuyla kararın bu bölümüne de karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

10.12.2003 günlü, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun;

1- 37. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesi;

Madde hükmünde gelirlerin dayanakları düzenlenmekte olup, iptali istenilen tümcede ise; "Hesaplanan pay tutarının, bu amaçla tahsis edilen ödenek tutarını aşması halinde, aradaki farkı geçmemek kaydıyla ödenek eklemesi yapmaya genel bütçe kapsamındaki idarelerde Maliye Bakanı, diğer idarelerde üst yöneticiler yetkilidir." denilmektedir.

Anayasa'nın bütçelerde değişiklik yapılabilme esaslarını düzenleyen 163. maddesinde genel ve katma bütçelerde merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödeneğin harcanabilecek miktarın sınırını göstereceği belirtilmiş olup; bu sınırın Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamayacağı ve Bakanlar Kurulu'na Kanun Hükmünde Kararname ile bütçede değişiklik

yapma yetkisinin verilemeyeceği, yıl içinde tahsis edilen ödeneğin yetersiz kalması durumunda ise gereken ödeneğin öngörülen giderleri karşılayacak kaynağın gösterilmesi şartıyla kanunla verilmesi esası getirilmiştir.

Buna göre bütçede yasal düzenlemeler dışında herhangi bir değişiklik yapılması mümkün değildir.

Dava konusu kural ise genel bütçe kapsamındaki idarelerde Maliye Bakanı'na, diğer hallerde üst yöneticilere ödenek ekleme yetkisi vermekte olup, bütçe değişikliklerinin ancak yasayla yapılabileceği yolundaki Anayasa'nın 163. maddesine aykırıdır.

2- 61. maddesinin son fıkrasındaki ibareler ile geçici 4. maddesi;

22.12.2005 günlü, 5436 sayılı Yasa ile 61. maddesinin dava konusu "yetkileri" ve "diğer hususlara" ibareleri ile 4. maddesinde yer alan "31.12.2004" tarihi değiştirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan iptal başvurularının konusunu oluşturan kuralların tümüyle yasal değişikliğe uğramaları halinde, sözkonusu başvurular hakkında karar verilmesinde hukukî yarar bulunmamakta ise de, yapılan değişikliğin dava konusu tümce, ibare veya sözcüklere ilişkin olmaması durumunda incelemenin sürdürülerek istemle ilgili karar verilmesi gerekir. Aksi halde dava konusu kurallarda yapılacak en küçük ekleme ve çıkarma şeklindeki değişiklikler sonucunda, bu kuralların Anayasal denetimin dışında kalmasına sebep olacağından bu durum Anayasa yargısının amacıyla ve işleviyle bağdaşmaz.

Bu nedenle 5018 sayılı Yasa'nın 61. maddesinin son fıkrasındaki 5436 sayılı Yasa ile değiştirilmeyen ibarelere ve geçici 4. maddede aynı yasa ile değiştirilen tarih dışında kalan bölüme ilişkin incelemenin sürdürülmesi gerektiğinden karar verilmesine yer olmadığı yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

3- Geçici 13. maddesi;

Madde hükmünde, "Bu Kanunun yayımı tarihinden sonra kurulacak kamu idarelerinin kuruluş kanunlarında belirlenmemesi durumunda kuruluş bütçesinin ekli cetvellerden hangisine dahil olacağı Maliye Bakanlığınca belirlenir." denilmektedir.

Anayasa'nın 163. maddesine göre bütçede yasal düzenlemeler dışında herhangi bir şekilde değişiklik yapılması mümkün değildir.

Dava konusu kuralda ise bir kamu idaresinin kuruluş kanununda belirlenmemesi halinde bu kuruluşun bütçesinin kanuna ekli cetvellerden hangisine dahil olacağını belirleme yetkisi doğrudan Maliye Bakanlığı'na verilmekte olup, bu haliyle Anayasa'nın 163. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 5018 sayılı Yasa'nın 61. maddesinin son fıkrasındaki 5436 sayılı Yasa ile değiştirilmeyen ibarelere ve geçici 4. maddede aynı yasa ile değiştirilen tarih dışındaki bölümüne ilişkin incelemenin sürdürülmesi, 37. maddenin üçüncü fıkrasının son tümcesi ile geçici 13. maddesinin iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2009/89
Karar Sayısı : 2011/40
Karar Günü : 10.2.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 280. maddesiyle değiştirilen 367. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Vergi kaçakçılığı iddiası ile açılan kamu davasında, iddia makamının bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında geçerli olan usulü düzenleyen itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırılığı savını ciddi bulan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 158. maddesinde suça ilişkin ihbar ve şikayetin Cumhuriyet Başsavcılığı'na veya kolluk makamlarına yapılacağı, 160. maddesinde de Cumhuriyet Savcısı ihbar veya başka bir surette bir suçun işlendiği izlenimini veren bir durumu öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı düzenlenmiştir. CMY'nin 170/2. maddesinde de soruşturma evresi sonunda toplanan deliller suçun işlendiği konusunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet Savcısı iddianame düzenleyerek kamu davasını açar denmektedir.

Vergi kaçakçılığı suçlarında ise Cumhuriyet Savcıları kendiliklerinden soruşturmaya başlayamamaktadırlar. Anılan suçun işlendiğini bir biçimde öğrenen Cumhuriyet Savcısı ilgili Dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder. Elindeki bilgi ve belgeleri de gönderir. Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet Savcılığı'na bildirmesine kadar ertelenir.

Vergi Usul Yasası, Ceza Muhakemesi Yasası'ndaki soruşturma ve kovuşturma usulüne 359. maddesinde yer alan vergi kaçakçılığı suçlarıyla ilgili 367. madde ile ayrıksı bir hüküm getirmiştir ki bu yargılama koşuludur.

213 sayılı Yasanın 367. maddesi aynen aşağıya alınmıştır.

"Bazı kaçakçılık suçlarının cezalandırılmasında usul

Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu Vergi Dairesi Başkanlığının veya Defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesi mecburidir.

359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine dair suretlerle ıttıla hasıl eden Cumhuriyet Başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilmesine talik olunur.

359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi zıyaı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.

Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz."

Vergi Dairesi yapacağı inceleme sonucunda dava açılmasını gerekli görürse durumu mütalaa yazısı ve inceleme sonucu elde edilen kanıtlarla birlikte Cumhuriyet Savcılığına gönderir. Savcılığa yapılan başvuru ile ilgili Cumhuriyet Savcısınca dava açılması zorunlu değildir. Savcılık kamu davası açılmasını gerekli görmez ise kovuşturmaya yer olmadığına karar verebilir.

Vergi Usul Yasasının 367 nci maddesinde VUY'inin 359 uncu maddesinde yazılı suçları tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu Vergi Dairesi Başkanlığının veya Defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmemesi halinde Cumhuriyet Savcısı dava açamayacağı gibi bu koşul yerine getirilmeksizin açılan davanın da kovuşturulması yapılamaz. Kısaca suçu doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcılığına bildirmekle görevli olanların "bildirimleri" ikinci gurupta yer alan vergi incelemesinde yetkili olan diğer mamurların tespit ettikleri kaçakçılık suçlarını Defterdarlığın veya Vergi Dairesi Başkanlığının "mütalaa"sı yargılama koşuludur.

Mahkeme yargılama koşulu yerine getirilinceye kadar CMY'inin 223/8 inci maddesine göre yargılamanın durdurulmasına karar vermek durumundadır. Koşul gerçekleşmez ise aynı yasa maddesine göre davanın düşürülmesine karar verilecektir. Birinci halde durma kararı yargılamayı sonlandıran bir karar olmadığından itiraza tabi bir karar, koşulun gerçekleşmemesi üzerine verilen düşme kararı ise CMY'inin 223/1 maddesinde sayılan hükümlerden biri olduğundan temyiz yasa yoluna tabi bir karardır.

Yargıtay dava şartı olan Gelir İdaresi Başkalığı yada Defterdarlık mütalaası alınmadan açılan kamu davasının yargılamasına devam edilmesini yasaya aykırı bulmakta olup bu uygulama istikrar kazanmıştır.

Vergi suçlarının yargılamasının, vergi incelemesi yapmaya yetkili makamların doğrudan doğruya, doğrudan gönderme yetkisi bulunmayan inceleme görevlilerinin ise inceleme sonuçlarını ilgili Vergi Dairesinin bağlı bulunduğu Vergi Dairesi Başkanlığı veya Defterdarlığın mütalaası ile Cumhuriyet Savcılıklarına göndermelerinin yargılama koşulu sayılması ve bunun idareye tanınan bir yargılama koşulu yetkisi olması, idarenin (yürütme organının) bu yetkiyi siyasal nedenlerle kullanma olasılığı

karşısında yasa maddesindeki bu düzenlemenin yürütme organı tarafından siyasal nedenlerle kullanma olasılığına göre bu durum Türkiye Cumhuriyeti Anayasanın 2. maddesinde yer alan "...her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup geliştirmeyi hedeflediğini... ifade eden" Hukuk Devleti ilkesine aykırıdır.

Yasa maddesinde bazı görevlerin raporlarını defterdarlığın tasdikine yollamak, bazılarının ise doğrudan doğruya cumhuriyet savcılarına suç duyurusuna müsaade etmek, aynı bilgi ve eğitime sahip kişiler arasında ayırım yapmak anlamına geleceği gibi bazı yükümlülere matrah artırımı gibi uygulama yapıp yada yapmadan vergi suçu raporu düzenlememek, bazı yükümlülere de, hukuki anlamda bir mütalaa ya da görüş niteliğinde vergi kaçakçılığı suçu raporu düzenleyip cumhuriyet savcılıklarına bildirmek Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinde tanımını bulan hukuksal eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Yasaların Anayasaya, Anayasanın değişik 90. maddesi karşısında ülkemizin tarafı bulunduğu uluslararası sözleşmelere ve evrensel hukuk ilkelerine aykırı olamaz. Olaya uygulanması gereken yasa maddesinin Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesini düzenleyen 11. maddesine de aykırıdır.

213 sayılı Vergi Usul Yasasının 359. maddesinde düzenlenen suçlar yönünden dava açılmasını bildirimde bulunmaya yetkili olan yasada sayılı görevlerin bildirimlerine, ikinci grupta yer alan vergi inceleme yetkisi olan diğer memurların tespit ettikleri kaçakçılık suçlarını Defterdarlığın ya da Gelir İdaresi Başkanlığının (Vergi Dairesi Başkanlığı) kararına ya da insiyatifine bağlamak eşitliğe aykırı olacağı gibi, iktidarın etkisi ile İdari Makam olan Defterdarlık ve diğer görevlilerinin kimi yükümlüler için izin verip, kimi için ise vermeyeceği gerçeği karşısında bu konuda siyasi etkilerin işlev görme olasılığı da söz konusudur. Soruşturma izni alınmadan açılan kamu davalarında kovuşturmanın sürdürülmesi adı geçen makamların iznine bağlıdır. Yargı organının görevinin başladığı yerde yürütme organına (idareye) yasada düzenlenen şekilde yetki verilmesi eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi Türkiye Cumhuriyetinin Anayasasının 138. maddesinde düzenlenen yargı bağımsızlığına, yargının hiç bir makamdan emir, talimat ve tavsiye almayacağı ve yargı erkine telkinde bulunulmayacağı temel ilkesine de aykırıdır.

Yargılamaya konu özgün olayda Cumhuriyet Savcısı sahte fatura düzenlendiğini öğrendiğinde durumu, vergi incelemeye yetkili makamlara bildirmiş ancak Gelirler kontrolörü gerekli incelemeyi yapmış, vergi kaçakçılığı suçu yönünden kaçakçılık suçu raporu düzenlemeyerek, sadece düzenlediği araştırma ve incelemesine raporunu soruşturma yapan yer Cumhuriyet Başsavcılığına göndermiştir. Cumhuriyet Başsavcılığınca da 213 sayılı Yasanın 367. maddesinde soruşturma koşulu olan bildirim ya da mütalaa almaksızın sanıkların diğer suçları ile birlikte 213 sayılı Yasanın 359. maddesine göre sahte fatura düzenlemek suretiyle vergi kaçakçılığı suçundan kamu davası açılmıştır. Yetkisizlikle mahkememize intikal eden dava dosyasında yargılamanın sürdürülmesi bakımından kovuşturma koşulu bulunmadığı nedeniyle yetkili Defterdarlık makamından mütalaa istenmiş ancak gelen yanıtta bildirimde bulunmaya yetkili olan gelirler kontrolörünün inceleme raporunun ilgili soruşturma makamına gönderdiği, bu yüzden ayrıca mütalaa verilemeyeceği belirtilmiştir.

Mahkememizce kovuşturma koşulu bulunmadığından yasada düzenlenen durumun Defterdarlık Makamından görüş istenmesinin ötesinde yargılamanın sürdürülmesi için bir koşul olması nedeniyle bu düzenlemenin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2, 10, 11 ve 138. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak ve İddia Makamının Anayasaya aykırılık iddiası ciddi görülerek Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar vermek gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 280. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu fıkraları içeren 367. maddesi şu şekildedir:

"**Yaptıkları inceleme sırasında 359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğini tespit eden maliye müfettişleri, hesap uzmanları ile bunların yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörleri tarafından doğrudan doğruya ve vergi incelemesine yetkili olan diğer memurlar tarafından ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu vergi dairesi başkanlığının veya defterdarlığın mütalaasıyla, keyfiyetin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesi mecburidir.**

359 uncu maddede yazılı suçların işlendiğine sair suretlerle ıttıla hasıl eden Cumhuriyet başsavcılığı hemen ilgili vergi dairesini haberdar ederek inceleme yapılmasını talep eder.

Kamu davasının açılması, inceleme neticesinin Cumhuriyet başsavcılığına bildirilmesine talik olunur.

359 uncu maddede yazılı suçlardan dolayı cezaya hükmedilmesi, vergi ziyaı cezası veya usulsüzlük cezalarının ayrıca uygulanmasına engel teşkil etmez.

Ceza mahkemesi kararları, bu Kanunun dördüncü kitabının ikinci kısmında yazılı vergi cezalarını uygulayacak makam ve mercilerin işlem ve kararlarına etkili olmadığı gibi, bu makam ve mercilerce verilecek kararlar da ceza hâkimini bağlamaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. 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 3.12.2009 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 kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Yasa'nın 367. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, bazı görevlilere tespit ettikleri vergi suçları ile ilgili doğrudan doğruya Cumhuriyet savcılarına suç duyurusunda bulunmalarına izin verildiği, bazılarına ise doğrudan bu imkân tanınmayarak hazırladıkları raporların defterdarlığın onayına tabi tutulduğu, bu şekilde aynı bilgi ve eğitime sahip kişiler arasında ayrım yapıldığı, diğer yandan, görevli kişi ve idari makamların mükellefler arasında vergi incelemesi yapma ve yapmama veya bazısı için mütalaa verme ve bazısı için vermeme şeklinde ayrım yapabilecekleri belirtilerek kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, vergi incelemesi esnasında, 213 sayılı Yasa'nın 359. maddesinde yazılı kaçakçılık suçunun tespiti halinde, maliye müfettişleri, maliye müfettiş yardımcıları, hesap uzmanları, hesap uzman yardımcıları ve gelirler kontrolörleri ile stajyer gelirler kontrolörlerinin doğrudan doğruya; vergi incelemesine yetkili olan diğer memurların (vergi denetmenleri, vergi denetmen yardımcıları, vergi dairesi müdürleri ve müdür kadrolarında görev yapanlar ile ilin en büyük mal memuru) ise ilgili vergi dairesinin bağlı bulunduğu defterdarlığın veya gelirler bölge müdürlüğünün mütalaasıyla yetkili Cumhuriyet savcılığına durumu bildirmeye mecbur oldukları hüküm altına alınmıştır.

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 belirtilmiştir.

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 kural kapsamında doğrudan mütalaa verebilen kamu görevlileri ile defterdarlığın veya gelirler bölge müdürlüğünün mütalaasıyla konu hakkındaki raporu hüküm ifade edebilen kamu görevlilerinin hukuki statüleri, yapılan yasal düzenlemeler ve ikincil mevzuatla ayrı ayrı belirlenmiştir. Doğrudan mütalaa verebilenler Maliye Bakanlığının merkez teşkilatına bağlı birimlerde çalışmakta ve Türkiye çapında teftiş, denetim ve inceleme yetkisine sahip bulunmaktadırlar. Diğerleri ise Maliye Bakanlığının taşra teşkilatında çalışmakta olup, bulundukları il veya bölge çapında denetim ve inceleme yetkisine sahiptirler. Farklı statülerde görev alan kamu görevlileri için vergi kaçakçılığı suçu kapsamına giren eylemlerin Cumhuriyet savcılıklarına bildirilmesinde farklı bir usulün belirlenmesi; taşra teşkilatına bağlı olarak ve daha sınırlı yetkilerle çalışanların bu konudaki bildirimlerinin bağlı bulundukları birimlerin mütalaalarına bağlanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

2- Yasa'nın 367. Maddesinin İkinci ve Üçüncü Fıkralarının İncelenmesi

Başvuru kararında, muhakeme şartı olan mütalaanın idare tarafından verilmesi nedeniyle siyasi olarak kötüye kullanabilecek olmasının hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, ayrıca bu mütalaanın yargı organlarının işlemlerine müdahale anlamına geleceği için de yargı bağımsızlığına, yargının hiçbir makamdan emir, talimat ve tavsiye almayacağı kuralına aykırılık oluşturacağı belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2., 11. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu ikinci ve üçüncü fıkralarda, vergi kaçakçılığı suçunun işlendiğini birinci fıkrada belirtilen halin dışında herhangi bir şekilde öğrenen Cumhuriyet savcılığının hemen durumu ilgili vergi dairesine bildirerek inceleme yapılmasını talep edeceği, kamu davasının açılmasının söz konusu inceleme neticesinin Savcılığa bildirilmesine kadar erteleneceği kurala bağlanmıştır.

Ceza hukukunda soruşturma yapmakla yükümlü olan makamların bir suç işlendiğini öğrenmeleri halinde hemen ceza muhakemesi sürecini

başlatmaları asıldır; ancak bu sürecin başlatılması kimi hallerde bazı şartlara bağlanmış olabilir. Davanın açılabilmesi için ilgili vergi dairesinden alınması gereken "mütalaa" da bu kapsamda bir muhakeme şartıdır. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 223. maddesinin sekizinci fıkrası hükmü uyarınca, ceza muhakemesi şartının henüz gerçekleşmediği durumlarda gerçekleşmesini beklemek üzere "durma kararı", gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda ise "düşme kararı" verilir.

Anayasa'nın 138. maddesinde, hakimlerin, görevlerinde bağımsız oldukları, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verecekleri, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceği, genelge gönderemeyeceği, tavsiye ve telkinde bulunamayacağı, görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamayacağı, görüşme yapılamayacağı veya herhangi bir beyanda bulunulamayacağı, yasama ve yürütme organları ile idarenin, mahkeme kararlarına uymak zorunda oldukları, bu organların ve idarenin, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremeyecekleri ve bunların yerine getirilmesini geciktiremeyecekleri belirtilmiştir. Bu kuralla, yargı yetkisinin kullanılmasının herhangi bir şekilde engellenmesi veya etki altına alınması önlenmek istenmiştir.

Vergi kaçakçılığı suçu gibi ayrı uzmanlık bilgisi gerektiren bir konuda uzman ve yetkili olan kişilerin mütalaa vermesi, bu konuda uzmanlığı bulunmayan soruşturma makamlarının kanuna ve hukuka uygun olarak karar vermelerine yardımcı olacak bir müessesedir. Vergi kaçakçılığı suçu kapsamına giren eylemlerin bulunup bulunmadığına ilişkin özel ve teknik bilginin yer aldığı bu mütalaalar, kovuşturma aşamasında değerlendirilebilecek takdiri delil niteliğinde olduğundan hakimlere emir ve talimat verme, telkin ve tavsiyede bulunma olarak değerlendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, 367. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları Anayasa'nın 138. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

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- 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 280. maddesiyle değiştirilen 367. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

10.2.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN
Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Alparslan ALTAN
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2009/1
Karar Sayısı : 2011/82
Karar Günü : 18.5.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Manisa 4. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin, 25.5.2005 günlü, 5353 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Hırsızlık suçunu işledikleri iddiası ile sanıklar hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"A) CMK'nun 135/1 inci MADDESİ AÇISINDAN:

Anayasamızın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği, 22. maddesinde haberleşme hürriyeti ve gizliliği temel hak ve hürriyet olarak vazolunmuştur. Yine bu hak ve hürriyetlerin hangi amaçla ve nasıl sınırlanacağı belirtilmiştir. Bu kurallar uyarınca telefonla yapılan haberleşme de özel hayat kapsamında ve gizlidir. Yine tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin 8. maddesinde "herkesin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu ve hangi hallerde sınırlanabileceği, müdahale edilebileceği" belirtilmiştir.

CMK'nun 135/1. maddesinde düzenleme haberleşmenin gizliliğini ihlal eder mahiyettedir.

Şöyle örneksenirse; A isimli kişinin iletişiminin tespitine mahkemece karar verilmiş olsun, bu kararda ve uygulamada A çıkışlı iletiler tespit edilmekte, dinlenmekte ve fakat dinleme kapsamı yasanın Anayasa'ya aykırı ve yanlış düzenlenmesi nedeniyle haklarında dinleme kararı bulunmayan 3 üncü kişileri de hukuka aykırı biçimde dinleme kapsamına alacak şekilde genişletilmektedir. Örnekten hareketle sadece A mahreçle - çıkışla yapılan ve gelişen iletilerin dinlenip, sinyal bilgileri değerlendirilip, tespit ve kayda alınma işlemleri yapılması gerekirken, bununla kalınmayıp hakkında dinleme kararı bulunmayan 3 üncü kişi B şahsından çıkış ve mahreçli başlayan ve A ya ulaşan iletilerde kayıt ve tespit altına alınmaktadır. Halbuki ilk olarak B ile başlayan ve A ya ulaşan ve fakat hakkında dinleme kararı bulunmayan B isimli şahsın telefonu bu şekilde yasaya aykırı olarak dinlenmektedir. Dolayısıyla böyle gelişen dinlemelere bilinen tabiri ile "Dolaylı Dinleme" denmekte, B hakkında dinleme izni olmadığı halde haberleşme gizliliği ihlal edilerek dinlenmekte, iptali istenen yasa maddesi buna cevaz vermektedir. B çıkışlı dinlemede dinlenen aslında B olup, hakkında dinleme kararı yoktur, iletisinin hakkında karar bulunan A ya ulaşıp ulaşmaması önemli değildir. B burada dolaylı yasa dışı dinlenen konumundadır. Hakkında izin bulunmayan B nin sosyal veya beşeri münasebet kapsamında ya da herhangi bir nedenle dinleme izni olan A yı aramasının dinleme yapan merciiye usulsuz dinleme hakkı vermeyeceği açıktır. Aynı şey bu çerçevede yasal dinlenen A yı arayan C, D, E vs. kişileri içinde söz konusudur.

Bu şekilde dinleme paranoyası içinde, şizofrenik bir toplum yaratılmakta, insanlarımız sürekli "ya aradığım kişinin telefonu dinleniyorsa" düşüncesi ile dinleme fobisi ve saplantısı içinde "Biri Bizi Gözetliyor Evi'nde" yaşamını idame ettirmektedir.

Yani 135/1. maddesi düzenlenmesi Anayasa'ya açıkça aykırı olup, iptal edilip insan hak ve özgürlüğüne uygun özel hayata saygılı, haberleşme gizliliğini koruyan ve hele hele haklarında dinleme kararı bulunmayan kişilerin dinlenmesine izin vermeyen yeni bir yasal düzenlemenin yolunu açmak gerektir.

B) CMK'nun 135/3. MADDESİ AÇISINDAN:

CMK'nun 135/3. maddesinde genellikle mahkemelerce "A nın kullanımında bulunan … nolu telefon için ilk kez 3 ay süre ile iletişimlerin dinlenmesi, tespiti, kayda alınması ve sinyal bilgilerinin değerlendirilip tespit edilmesi" şeklinde karar verilmekte bu süre bir defaya mahsus 3 ay uzatılabilmekte, akabinde birer aylık periyotlarda müteaddid defalar ek süre verilebilmektedir. Burada sorun, yasanın dinleme süresini belirtmemiş ve bir kişiyi ilanihaye 10 yıl ya da 20 yıl veya ömrünün sonuna kadar dinleyebilmenin önünü açmış olmasıdır;

Yasa koyucunun burada dinleme periyotlarını belirledikten sonra "Her halükarda bu süreler 3 yıldan fazla olamaz" gibi dinleme süresi ile ilgili nihai bir ölçü koyması gerekir. Dolayısıyla bu hüküm de süresiz dinleme izni verilebilmesine imkan vermiş olması nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerindeki Özel Hayatın Gizliliği ve Haberleşme Hürriyeti ve Gizliliği ilkelerine aykırıdır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 25.5.2005 günlü, 5353 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu kuralları da içeren 135. maddesi şöyledir:

"*İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması*

Madde 135- (1) (Değişik birinci cümle: 25/5/2005 - 5353/17 md.) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(3) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. (Ek cümle: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

(4) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok üç ay için yapılabilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir.

(5) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(6) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. İşkence (madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

6. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

7. Parada sahtecilik (madde 197),

8. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220),

9. (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Fuhuş (madde 227, fıkra 3),

10. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),

11. Rüşvet (madde 252),

12. Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),

13. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),

14. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.

b) Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.

c) (Ek: 25/5/2005 – 5353/17 md.) Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,

d) Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

e) Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar.

(7) Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerine dayanılmış; 13. maddesi ise ilgili görülmüştür.

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 29.1.2009 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 kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- İtiraz Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamı

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim, istihbarat toplamak ya da suç işlenmesini önlemek gibi önleyici amaçlarla denetlenebildiği gibi, işlenmiş olan suçların soruşturma ve kovuşturmasında delil elde etmek gibi adli amaçlarla da denetlenebilmektedir. Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin adli amaçlı denetlenmesi tedbiri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*koruma tedbirleri*" başlıklı dördüncü kısmının beşinci bölümünde yer alan 135. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 135. maddenin itiraz konusu olan (1) numaralı fıkrasında, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla, şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilebileceği, dinlenebileceği, kayda alınabileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği belirtilerek, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararların derhâl hâkim onayına sunulması ve hâkimin de kararını en geç yirmidört saat içinde vermesi gerektiği; sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacağı hükme bağlanmıştır.

İtiraz konusu kural ile iletişimin adli amaçlı denetlenmesi tedbiri olarak, "*iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması*", "*iletişimin tespiti*" ve "*sinyal bilgilerinin*

değerlendirilmesi" tedbirleri sayılmış, ayrıca 135. maddenin (4) numaralı fıkrasında iletişimin denetlenmesinin bir diğer çeşidi olarak, *"mobil telefonun yerinin tespiti"* tedbirine yer verilmiştir.

14.2.2007 tarihli ve 26434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 4. maddesine göre;

"Telekomünikasyon: İşaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilen her türlü verinin; kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınması,

İletişimin dinlenmesi ve kayda alınması: Telekomünikasyon yoluyla gerçekleştirilmekte olan konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması ile diğer her türlü iletişimin uygun teknik araçlarla dinlenmesi ve kayda alınmasına yönelik işlemler,

İletişimin tespiti: İletişimin içeriğine müdahale etmeden, iletişim araçlarının diğer iletişim araçlarıyla kurduğu iletişime ilişkin arama, aranma, yer bilgisi ve kimlik bilgilerinin tespit edilmesine yönelik işlemler,

Sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi: İletişimin içeriğine müdahale niteliğinde olmayıp yetkili makamdan alınan karar kapsamında sinyal bilgilerinin iletişim sistemleri üzerinde bıraktığı izlerin tespit edilerek, bunlardan anlamlandırılan sonuçlar çıkarmak üzere gerçekleştirilen değerlendirme işlemleri",

Olarak tanımlanmıştır.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin adli amaçla denetlenmesi tedbirine bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma nedeniyle, 135. maddenin (6) numaralı fıkrasında sınırlı olarak sayılan suçların işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ancak hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar derhâl hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Bu sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından

derhâl kaldırılır. 135. maddenin (2) numaralı fıkrasına göre şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınamaz. Kayda alma gerçekleştikten sonra bu durumun anlaşılması halinde, alınan kayıtlar derhal yok edilir. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 136. maddesi gereğince şüpheli veya sanığa yüklenen suç dolayısıyla müdafiin bürosu, konutu ve yerleşim yerindeki telekomünikasyon araçları hakkında, 135. madde hükmü uygulanamaz.

135. maddenin itiraz konusu olan (3) numaralı fıkrasına göre, birinci fıkra hükmü uyarınca verilen iletişimin denetlenmesi kararında, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin adli amaçla denetlenmesi tedbirine ancak 135. maddedeki koşullar çerçevesinde başvurulabilir. Maddenin (7) numaralı fıkrası ile bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında telekomünikasyon yoluyla iletişimin dinlenmesi ve kayda alınması açık bir şekilde yasaklanmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, hakkında dinleme kararı verilen kişiyi arayan herkesin iletişiminin, bu kişiler hakkında verilmiş bir dinleme kararı bulunmamasına rağmen dolaylı olarak dinlenmesine olanak sağladığı; (3) numaralı fıkrasının, nihai bir sınırının bulunması gereken dinleme süresinin, bir defaya mahsus olmak üzere 3 aylığına uzatıldıktan sonra birer aylık sürelerle sınırsız bir şekilde uzatılmasına izin verdiği belirtilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın özel hayatın gizliliği hakkını düzenleyen 20. ve haberleşme hürriyetini düzenleyen 22. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Özel hayatın gizliliği hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinde "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*"; haberleşme özgürlüğü ise Anayasa'nın 22.

maddesinde "*Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır*" denilerek koruma altına alınmıştır.

Özel hayatın korunması her şeyden önce bu hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve diğer kişilere karşı korunmuştur.

Haberleşme özgürlüğü, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bu özgürlük, çok daha geniş bir alanı kaplayan "*özel hayatın*" özel bir yönünü oluşturur. Dolayısıyla "*haberleşmenin gizliliği*" kavramı, özel hayatın gizliliği kavramı içinde değerlendirilmektedir.

Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü de sınırsız bir hak niteliğinde değildir. Bazı hallerde bu haklara da müdahale edilmesi gerekebilmekte, kişiler de önemli nedenlerle yapılan bu müdahalelere katlanmak durumunda kalmaktadırlar.

Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında özel hayatın gizliliğine ve 22. maddesinin ikinci fıkrasında da haberleşme hürriyetine, 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, usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yine bu sebeplere bağlı olarak kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile müdahalede bulunulabileceği; kararın yetkili merci tarafından verilmesi halinde yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de kararını kırksekiz saat içinde açıklaması gerektiği; aksi halde verilen kararın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında da *"Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir"* denilerek özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyeti koruma altına alındıktan sonra, maddenin 2. fıkrasında *"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 koşuluyla söz konusu olabilir" denilerek bu haklara ancak fıkrada belirtilen koşullarla müdahalede bulunulabileceği ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkına müdahale niteliğinde olduğunu belirterek, istisnai de olsa ulusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi için haberleşmenin gizlice denetlenmesine olanak veren yasaların varlığını, tedbirin niteliği, kapsamı, süresi, tedbire başvurulmasını gerektiren sebepler, tedbirle ilgili emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlar ve iç hukuk yollarının tanınması gibi konularda yeterli güvenceler içermeleri koşuluyla, demokratik bir toplumda zorunlu olabileceğini kabul etmektedir. (AİHM, Klass ve diğerleri/Almanya, 6.9.1978 T., No: 5029/71; Malone/Birleşik Krallık, 2.8.1984 T., No: 8691/79)

135. maddenin gerekçesinde telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin adli amaçla denetlenmesi tedbirinin, *"uyuşturucu madde trafiğinde olduğu gibi başka suretle delilini bulma olanağının çok az olduğu suçları ve faillerini meydana çıkarmak gibi toplumsal bir ihtiyacı karşılamak"* amacıyla kabul edildiği belirtilmektedir. Bu amacın Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde belirtilen sınırlama sebeplerinden "*millî güvenlik*", "*kamu düzeni*", "*suç işlenmesinin önlenmesi"* ve *"başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* sebeplerine uygun olduğu açıktır. Ayrıca 135. maddenin itiraz konusu (1) numaralı fıkrasında, tedbir kararının hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilebileceği, Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın derhal hâkim onayına sunulması ve hâkimin de kararını en geç yirmidört saat içinde vermesi gerektiği, sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbirin Cumhuriyet savcısı tarafından derhâl kaldırılacağı kurala bağlanarak, yapılan düzenlemenin Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde yer alan özel hayatın gizliliğine ve haberleşme hürriyetine ancak hâkim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile müdahalede bulunulabileceği; kararın yetkili merci tarafından verilmesi halinde yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de kararını kırksekiz saat içinde açıklaması gerektiği; aksi halde verilen kararın kendiliğinden kalkacağına ilişkin hükümlere uygunluğu sağlanmıştır.

135. maddenin itiraz konusu (3) numaralı fıkrasında ise tedbir kararının en çok üç ay için verilebileceği, bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği; ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkimin bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebileceği hükme bağlanmıştır. İtiraz konusu kural ile iletişimin denetlenmesi tedbirinin özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıması nedeniyle, tedbir en çok 3 aylık süre ile sınırlandırılmış, ihtiyaç duyulması halinde bu sürenin bir defa daha uzatılabilmesine olanak tanınmıştır. Ancak yasakoyucu, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarda, bu suçların demokratik toplum düzeninin korunması bakımından oluşturdukları tehlikenin büyüklüğü, hiyerarşik bir örgüt yapısı içinde organize olarak işlenmeleri, süreklilik arz etmeleri ve suç ve suç faillerinin ortaya çıkarılmasındaki güçlükler gibi özellikleri göz önünde bulundurarak, gerekli görülmesi halinde bu sürenin hâkim kararıyla bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabileceğini kabul etmiştir. Bu nedenle tedbir süresinin örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak müteaddit defalar uzatılmasına olanak sağlayan kuralın amacının da Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde belirtilen sınırlama sebeplerinden "*millî güvenlik*", "*kamu düzeni*", "*suç işlenmesinin önlenmesi*" ve "*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*" sebeplerine uygun olduğunda kuşku yoktur. Diğer taraftan tedbir süresinin uzatılmasına hâkim tarafından karar verilecek olması nedeniyle, itiraz konusu kuralda tedbire karar verecek merci koşulu bakımından da Anayasal bir sorun bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde 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 belirtilmiştir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hale getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler hep demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.

135. maddenin itiraz konusu (1) ve (3) numaralı fıkraları incelendiğinde, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulabilmesi için bazı zorunlu koşulların kabul edildiği görülmektedir. Buna göre (1) numaralı fıkrada, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma nedeniyle, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, ancak şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla yapmış olduğu iletişimin, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla denetlenebileceği belirtilerek, tedbire başvurulması sıkı koşullara bağlanmıştır. Zira tedbire herhangi bir kişinin herhangi bir eylemi ya da işlemi nedeniyle değil, ancak şüpheli ya da sanık hakkında, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturma nedeniyle başvurabilecek olması; suç işlendiğine dair "*makul şüphe*" yerine "*kuvvetli şüphe*" sebeplerinin aranması; başka türlü delil elde edilmesi imkânının bulunması halinde tedbire başvurulamayacak olması; tedbir kararının sadece hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, daha sonra hâkim onayına sunulmak koşuluyla Cumhuriyet savcısı tarafından verilebilmesi, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin, özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğünün özüne dokunmasını önleyen ve bu özgürlüklere ancak demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde müdahalede bulunulmasını sağlayan yasal güvencelerdir.

135. maddenin (3) numaralı fıkrasında da birinci fıkra hükmüne göre verilen tedbir kararında, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresinin belirtileceği ifade edilerek, uygulanacak tedbirin yoruma gerek kalmayacak şekilde açık olmasını sağlayacak bilgilerin kararda yer alması koşulu getirilmiş; tedbir kararının en çok üç ay için verilebileceği, bu sürenin bir defa daha uzatılabileceği, ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, sürenin hâkim kararıyla bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabileceği hükme bağlanarak, tedbir süresinin üst sınırı ve ihtiyaç duyulması halinde bu sürenin uzatılmasıyla ilgili esaslar belirlenmiştir. Buna göre, yasakoyucu telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinin, özel hayatın gizliliği ve haberleşme hürriyetine müdahale niteliği taşıması nedeniyle tedbir süresinin üst sınırını altı ay olarak belirlemiş, ancak örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak bu sürenin bir aydan fazla olmamak üzere hâkim kararıyla müteaddit defalar uzatılabileceğini kabul etmiştir. Özellikle teknolojinin sağladığı olanaklardan yararlanarak

kamu düzenini ağır bir şekilde ihlal eden ve demokratik toplum düzeninin sürekliliğini tehlikeye sokan örgütlü suçların ve faillerinin ortaya çıkarılmasına yönelik tedbirlerin nihai bir süre ile sınırlandırılmaması bu suçların niteliği dikkate alındığında Anayasal bir sorun oluşturmaz. Öte yandan tedbir süresinin uzatılmasına hâkim tarafından karar verilecek olması da özel hayatın gizliliği hakkı ve haberleşme hürriyetinin Anayasal çerçevede sınırlandırılması bakımından önemli bir güvence teşkil etmektedir.

Diğer taraftan 135. maddenin itiraz konusu (1) numaralı fıkrasının, haklarında dinleme kararı verilmeyen üçüncü kişilerin dolaylı olarak dinlenmesine olanak sağlaması nedeniyle Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerine aykırı olduğu savı da yerinde değildir. İtiraz konusu kural ile iletişimin denetlenmesi kararının ancak şüpheli ya da sanık hakkında verilebileceği vurgulanmıştır. İletişimin denetlenmesi kapsamında başvurulan tedbirlerden en önemlisi, telefonların dinlenmesi ve görüşmelerin kaydedilmesidir. Dinleme kararı her ne kadar şüpheli ya da sanık hakkında verilmiş olsa da telefonla yapılan iletişimin, en az iki kişi arasında gerçekleştiği dikkate alındığında, uygulamada iletişimi yasal olarak dinlenen kişi ile iletişim kuran üçüncü kişilerin iletişimlerinin de dolaylı olarak dinlenmesi kaçınılmaz olmaktadır. İletişimin denetlenmesi tedbirine başvurulmasını gerektiren suçların niteliği, özellikle örgütlü suçların organize bir şekilde işlenmesi dikkate alındığında, iletişiminin dinlenmesine ve kayda alınmasına karar verilen şüpheliyi/sanığı arayan kişi ya da kişilerle, şüpheli/sanık arasındaki iletişimin, tamamen özel hayatı ilgilendirdiğinin ve suçla ilgisi olmadığının, dinleme sırasında bir anda tespit edilmesi mümkün değildir. Ayrıca bu görüşmelerin kolluk kuvvetleri tarafından değerlendirilerek özel hayatın gizliliği kapsamında kaldığı gerekçesiyle kayda alınmaması, delillerin bizzat Cumhuriyet savcısı ya da hâkim tarafından maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyebilir. Suçla ilgisi olmayan üçüncü kişilere ait görüşmelerin dinlenmesi ve kaydedilmesiyle ortaya çıkan bu durumun telafisi, bu görüşmelerin ancak Cumhuriyet savcısı ya da hâkim tarafından değerlendirilmesinden sonra, suçla ilgisi olmadıklarının tespit edilerek imhasına karar verilmesi ile mümkün olacaktır. Bu nedenle, haklarında dinleme kararı verilmeyen üçüncü kişilerin iletişimlerinin dolaylı olarak dinlenmesi, itiraz konusu kuraldan değil, iletişimin dinlenmesi tedbirinin uygulanmasıyla ilgili bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 13., 20. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ve Zehra Ayla PERKTAŞ katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin;

1- 25.5.2005 günlü, 5353 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (3) numaralı fıkrasının;

a- Birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- 5353 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle eklenen son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

18.5.2011 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

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 135. maddesinin (3) numaralı fıkrasının 5353 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle eklenen son cümlesinde, iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin üç ay için öngörülen ve aynı süre için bir kez uzatılabilen toplam altı aylık süresinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabileceği öngörülmektedir.

CMK'nun (6) numaralı fıkrasında bu tedbire hangi suçların soruşturması ve kovuşturması ile ilgili olarak başvurulabileceği tahdidi olarak sayılmıştır. Bu suçların bazılarının bireysel olarak işlenmesi mümkün olduğu gibi, hepsinin aynı zamanda örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi de mümkündür. Bu nedenle itiraz konusu kuralla öngörülen birer aylık sürelerle müteaddit defalar uzatmaların, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlendiği şüphesinin varlığı halinde (6) numaralı fıkrada sayılan bütün suçlar için geçerli olacağı anlaşılmaktadır.

İtiraz konulu kuralın kabulünden evvelki şekliyle CMK'nun 135. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, aynı maddenin (6) numaralı fıkrasında sayılan bütün suçlar için iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin uygulanabileceği ancak bunun azami altı aylık bir süre ile sınırlanacağı öngörülmüşken, itiraz konusu kuralla bu sınır kaldırılmış ve tedbir, süresiz uygulanabilecek hale getirilmiştir.

Kurala yapılan itirazda Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerine dayanılmıştır.

Anayasa'nın 20. maddesinde *"özel hayatın gizliliği"* düzenlenmiş, bu bağlamda herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'nın 22. maddesinde yer alan *"haberleşme hürriyeti"* çerçevesinde de haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu öngörülmüştür.

Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde bu özgürlüklerin sınırlama sebepleri birbirine paralel olarak düzenlenmiştir. Bu sınırlama sebepleri *"milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması"* olarak belirlenmiştir. Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, diğer temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi, özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne yapılacak sınırlamalar bunların *"özlerine dokunmaksızın yalnızca … ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve kanunla"* yapılabilecek, ayrıca *"anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin … gereklerine ve ölçülülük ilkesine"* aykırı olamayacaktır.

Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırma nedenleri arasında *"suç işlenmesinin önlenmesi"* sayılmakla birlikte, soruşturma ve kovuşturma amaçlarıyla delil toplanması sayılmamıştır. Bu nedenle, örgütlü suçlar ve özellikle terör örgütlerinin toplum için yarattığı tehdit karşısında, Anayasa'da açıkça yazılmamakla beraber bir bakıma zorlama ile Anayasal sınırlandırma nedenleri arasına sokulan soruşturma ve kovuşturma zorunlulukları da tam demokratik ve özgür bir toplumda geçerli olmamalıdır. Ancak özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne ağır bir müdahale olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin tamamen ucu açık ve süresiz bir hale gelmesine yol açan iptal istemine konu kural tam bir ölçüsüzlük örneği olup Anayasa'ya açıkça aykırıdır.

Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkının soruşturma ve kovuşturmaların makul sürede sonuçlandırılmasını öngördüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye'yi mahkum eden pek çok içtihadında vurgulanmıştır. Soruşturma ve kovuşturma sürelerinin uzunluğundan sağduyu ve vicdan sahibi pek çok siyasetçi ve hukuk adamı da şikayetçidir. Gerçekten de ülkemizde 30 yılda bile sonuçlandırılamayan ve ancak zamanaşımıyla düşen ceza davaları dünyada az rastlanan örnekler olarak karşımızda durmaktadır. Ancak bu duruma bugüne kadar bir çözüm bulunamamıştır. Bu olgu, iptal istemine konu tedbirin soruşturma ve kovuşturma süresince yürürlükte kalabilecek olmasının yarattığı sakıncaları daha da derinleştirmekte, Anayasa'ya aykırılığı daha da çarpıcı bir biçimde ortaya koymaktadır.

Öte yandan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirine yaygın surette başvurulmasına karşılık bu yolla ele geçen, çoğu işlenen suçla ilgili olmayan, sanık veya şüphelinin dışındaki üçüncü kişiler arasında geçen iletişim kayıtlarının yasal gereklere aykırı olarak uluorta dağıtılması, basında ve medyada veya internet ortamında tedavül ettirilmesi, kişi onurunu zedeleyen, demokratik ve özgür bir toplumda asla olmaması gereken olgulara yol açmış, toplumsal bir travma yaratmıştır.

CMK'nun 135. maddesinde yer alan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı tedbirinin uygulanabileceği haller yine aynı maddede gösterilmiş, bu bağlamda maddenin (1) numaralı fıkrasında *"suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı"* ve *"başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması"* koşulları getirilmiştir. Buna göre, tedbire başvurulması için arama, elkoyma, tanık ifadesi gibi deliller bulunabildiği sürece bu tedbire başvurulamayacağı gibi, basit şüphe hatta "makul şüphe" dahi yeterli olmayacak, "kuvvetli şüphe" sebepleri aranacaktır. Yasakoyucu, maddenin orijinal şeklinde hak ve özgürlükler ile suçların cezasız kalmaması ihtiyacı arasındaki bir denge kurmak amacıyla bir yandan bu tedbiri ağır koşullara bağlamış diğer yandan da uzatma dahil altı aylık bir süreyle sınırlamıştır. Ancak itiraz konusu kuralla yapılan değişiklik bu dengeyi Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerindeki hak ve özgürlükler aleyhine tamamen bozmuş, maddenin (3) numaralı fıkrasındaki toplam altı aylık süre sınırlamasını anlamsız hale getirmiştir. Tedbirin birer aylık sürelerle müteaddit defalar uzatılmasında otomatik olarak ve birbirinin aynı gerekçeler kullanılmasına engel bir durum bulunmadığı gözetildiğinde, her uzatmanın birer aylık müddete bağlanmasının geçerli bir güvence oluşturamayacağı açıktır.

Özel hayatın gizliliğine ve haberleşme özgürlüğüne ciddi bir müdahale olan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kaydı tedbirinin on yıllara varan soruşturma ve kovuşturmalar boyunca sürdürülebilmesinin, Anayasa'nın 13. maddesinin öngördüğü anlamda demokratik toplum gereklerine aykırı olmayan ve ölçülü bir önlem olarak kabulüne imkan yoktur. Binlerce kişinin temel hak ve özgürlüklerinin süresiz olarak ihlalini delil bulma zorunluluğuyla açıklamak ve bunun demokratik toplum gereklerine uygunluğunu veya ölçülülüğünü ileri sürmek olanaklı değildir. Bu nedenlerle kuralın iptali gerekir.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin itiraz konusu kuralın (3) fıkrasının ikinci cümlesinde ***"Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir"*** denilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinde, bir suç nedeniyle yürütülen soruşturma ya da kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphelerin varlığı ve başka suretle de delil elde edilmesi olanağı bulunmadığı takdirde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespit edilerek kayda alınabileceği ve sinyal bilgilerinin değerlendirilebileceği, iletişimin tespiti için verilmesi gereken sürenin en çok üç ay olacağı ve bir defa uzatılabileceği, sadece örgütlü suçlarla ilgili olarak bu sürenin bir aydan fazla olmamak üzere müteaddit defalar uzatılabileceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın, 22. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır"* denildikten sonra, ikinci fıkrasında milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça haberleşmenin engellenemeyeceğine ve gizliliğine dokunulamayacağına işaret edilmiş, 13. maddesinde de "*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" denilmiştir.

Buna göre, haberleşme hürriyetinin sınırsız bir biçimde kullanılamayacağı görülmekte ise de yasa koyunun, bu sınırlamaları getirirken Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşulunu gözeterek takdir yetkisini kullanması gerekir.

İtiraz konusu (3) fıkranın ikinci cümlesinde yer alan kuralda, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülen hallerde, hâkim kararıyla sürenin bir aydan fazla olmamak üzere **müteaddit** defalar uzatılmasına karar verilebileceğine işaret edilerek, kişinin bir süre ile bağlı olmaksızın devamlı olarak dinlenmesine imkân vermekte ve onun haberleşme hürriyetini ölçüsüz biçimde sınırlayarak, bu hakkını kullanamaz hale getirmektedir. Bu durum, haberleşme hürriyetinin özüne zarar verdiği gibi, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 13. ve 22. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO

KARŞIOY GEREKÇESİ

4.12.2004 günlü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin, 25.5.2005 günlü 5353 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile değiştirilen (1) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasında şöyle denilmektedir.

(1-) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, hakim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet savcısı kararını derhal hakimin onayına sunar ve hakim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir.

Sürenin dolması veya hakim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır.

(3-) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespite imkan veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok üç ay için verilebilir; bu süre, bir defa daha uzatılabilir**. (Ek cümle: 25.5.2005/5353-17 md.) Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.**

Buna göre; iptali istenilen maddenin **(6)** numaralı fıkrasında sayılan **"katolog suçlar"** yönünden adli soruşturma ve kovuşturmada iletişimin tesbiti, kayda alınması tedbirinin uygulanması usulü düzenlenmektedir. Dolayısıyla adli amaçlı iletişimin denetlenmesi yoluyla elde edilen bilgilerin yargılamada delil olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu ayrı bir konudur. Nitekim bu konuda gerek karşılaştırmalı hukukta, gerekse yargı kararlarında farklı değerlendirmeler bulunmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızınyalnızca 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." denilmiştir. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında vurgulandığı üzere, bir temel hakkın veya hürriyetin sınırlandırılması için başvurulan araçların amaca elverişliliği, istenilen sonuca başka türlü ulaşılıp ulaşılamayacağı ve sınırlama önleminin ölçülü olup olmadığı yapılan sınırlamanın Anayasa'ya uygunluğunu belirleyen başlıca ölçütlerdir.

Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada adli amaçlı iletişimin dinlenmesi tedbiri, Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan **"**özel hayatın gizliliği**"** ve 22. maddesinde yer alan "haberleşme hürriyeti"ne getirilmiş bir sınırlamadır. Bu nedenle "iletişimin tesbiti dinlenmesi ve kayda alınması " konusunu düzenleyen yasa hükümleri, Anayasa'nın ilgili maddelerindeki sınırlama nedenlerini gözetmek zorunda olduğu gibi, 13. maddesinde belirlenen genel ilkelere de uygun olmalıdır.

İtiraza konu kuralın **(3)** numaralı fıkrasının son cümlesinde; "Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir." denilmek suretiyle; herhangi bir süre kaydı getirilmeksizin süresiz iletişimin tesbiti, dinlenmesi ve kayda alınması yetkisi verilmiş olup, bunun zorunlu ve ölçülü olduğundan söz edilemez. Kaldı ki böyle bir düzenlemenin keyfi uygulamalara yol açarak temel hak ve hürriyetleri ölçüsüz olarak sınırlandırmak suretiyle, hakkın özünü zedeleyeceği de açıktır.

Bu nedenle, 4.12.2004 günlü 5271 sayılı Kanun'un 135. maddesinin (3) numaralı fıkrasına 25.5.2005 günlü 5353 sayılı Yasa'nın 17. maddesi ile eklenen **"Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hakim bir aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir."** cümlesinin, Anayasa'nın 13., 20. ve 22. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2008/115
Karar Sayısı : 2011/86
Karar Günü : 2.6.2011

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun;

1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- (a) bendinin "… bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek …" bölümünün,

b- (d) bendinin "… uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" bölümünün,

c- (ı) bendinde yer alan "… her türlü …" ibaresinin,

2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan " … ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler" ibaresinin,

4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin,

5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinin,

6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 12., 13., 48., 87. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (a) Bendinin "bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek" Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasanın "Kurumun görev ve yetkileri" başlıklı 6 ncı maddesinin iptali istenen tümcesi ile; Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesi amacıyla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisi verilmiş, ancak yapılan bu düzenlemede; getirilecek yükümlülüklerin neler olduğu ve hangi kriterlere göre hangi durumda hangi yükümlülüklerin uygulanacağı belirtilmemiştir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun getireceği yükümlülüklere ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme yer almadığından, bu konudaki usul ve esasları belirleyen idari bir düzenleme, 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."

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)

Açıklanan nedenlerle, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin iptali istenen *"bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek"* tümcesi, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak, yürütmeye asli düzenleme yapmak imkânı 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 de Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (d) Bendinin "uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak." Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin iptali hükmü ile, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na; işletmeciler yani yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirketler (5809 sa.K.m.3/1-z) arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde, ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri alma yetkisi tanınmış, ancak anılan Kurum'un alacağı tedbirlerin (ki bu tedbirler, taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar taraf iradeleri yerine geçecektir) neler olacağı, hangi durumlarda hangi tedbirlerin alınacağı konusunda her hangi bir belirleme yapılmamıştır.

Kurum tarafından uzlaşma prosedürünün işletilmiş olmasına karşın, uzlaşamayan tarafların Kurum'un alacağı tedbirlerin aksi üzerinde uzlaşmalarının da zorluğu açık olduğu gibi, Kurum'un alacağı tedbirin taraflardan birisinin lehine olması halinde böyle bir uzlaşmanın imkânsızlığı da ortadadır. Böyle bir durumun, hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır.

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.

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.

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, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin *"uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak."* tümcesi Anayasanın 2 nci ve 87 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (ı) Bendindeki "her türlü" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu iptali istenen kural ile, elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alma yetkisiyle donatılmıştır.

5809 sayılı Yasa'nın 60 ıncı maddesinin (9) numaralı fıkrasında da *"Bu maddenin uygulanmasına ve bu Kanunda öngörülen yükümlülüklerin işletmeciler tarafından yerine getirilmemesi halinde uygulanacak idarî para cezalarına ilişkin hususlar Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."* denilmiştir.

Anayasanın 12 nci maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu, temel hak ve hürriyetlerinin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını ihtiva ettiği hükme bağlanmış, 13 üncü maddesinde de temel hak ve hürriyetlerinin özlerine dokunulmaksızın Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamanın Anayasanın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzenine ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmecilerin, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerin kendilerinden istenen bilgileri vermek zorunluluğuna uymamaları halinde idari para cezası yaptırımına bağlanmış olmasına karşın, istenilecek belge ve bilgilerin kapsamı ya da sınırlarının ne/neler olacağına, başka bir anlatımla, temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan belge ve bilgilerin bu zorunluluk kapsamında bulunup bulunmadığına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, aksine haberleşme özgürlüğü dikkate alınmaksızın ve yargı kararı olmaksızın Kurum'un ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgenin verilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla, söz konusu kurum, kuruluş ve kişiler kendilerinden istenildiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi temel hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olsa bile vermek zorundadırlar.

Bu durumda, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendindeki iptali istenen "her türlü" ibaresi, Anayasanın 12 nci ve 13 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 7 nci Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 7 nci maddesinin iptali istenen cümleleri ile, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na;

belirleyeceği etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla yükümlülükler getirme ve aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapabilme yetkileri verilmiştir.

Yapılan bu düzenlemede; getirilecek yükümlülüklerin neler olduğu ve hangi kriterlere göre hangi durumda hangi yükümlülüklerin uygulanacağı belirtilmemiştir.

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'nun getireceği yükümlülüklere ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme yer almadığından, bu konudaki usul ve esasları belirleyen idari bir düzenleme, asli düzenleme yapmış olacaktır.

Bu durumda, yukarıda (1) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapmak imkânı 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 de Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

5) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 9 uncu Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının "ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler." Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasa'nın (7) numaralı fıkrasında; bu maddenin (6) numaralı fıkrasının (a) bendinde öngörülen hallerde diğer bir anlatımla uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin kullanım hakkı ile ilgili olan ihalelerde Ulaştırma Bakanlığının, 08.09.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi olmadığı belirtilmiş ve iptali istenen tümce ile de yapılacak bu tür ihaleye ilişkin usul ve esasların Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Hukuk devletinin gereklerinden olan ve idarelerin takdir ve yetkisine bırakılan konuların yine idareler tarafından önceden çıkarılan metinlerle düzenlenmesi anlamına gelen hukuk güvenliği ve düzenli idare (idarenin yasallığı) ilkesinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birinin ihaleler olduğu, açıklık, tarafsızlık, rekabet ve uygun bedel ilkelerinin ihalelerde gerçekleşebilmesi için sürecin belirgin olması gerektiği kuşkusuzdur.

İptali istenen kuralla, sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin kullanım hakkı ile ilgili ihale konusunda yürütme organına (Kurum'a); yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmiştir.

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.

Yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel esasların belirlenmesi, sınırların çizilmesi gerekir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 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)

Açıklanan nedenlerle, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 9 uncu maddesinin (7) numaralı fıkrasının "ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler." tümcesi, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapmak imkânı 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 de Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 31 inci Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının "Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez." Şeklindeki Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasa'nın 31 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasında, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na; numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlama, kamu düzeni ve millî güvenliğin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda veya Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda tahsisli numaralarda değişiklik yapma ve tahsisli numaraları geri alma yetkisi verilmekte; iptali istenen kural ile de, söz konusu yetkinin kullanılması bağlamında yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum'un herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği hükme bağlanmaktadır.

Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere Kurum, tahsis ettiği numaralarda tek taraflı olarak değişiklik yapabilecek, tahsisli numarayı geri alabilecek, ancak Kurum bu işlemlerden dolayı herhangi bir yükümlülük altına girmeyecektir.

Böyle bir düzenlemenin "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

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. Bir hukuk kuralının yürürlüğü sırasında bu kurala uygun biçimde tüm sonuçları ile edinilmiş (kazanılmış) hakların korunması da, temel hukuk ilkelerindendir.

Hukuk devleti, <<kazanılmış hak>>ları korumakta duyarlı davranarak hukukun temel ilkelerine bağlılığını kanıtlar.

Hukuk devleti, aynı zamanda bireylerin haksızlıktan korunmasını ve mutluluğunu amaç edinir.

Kurum'un tahsisli numaraları, hukuka aykırı bir işlemle geri alması veya değiştirmesi durumunda tazminle sorumlu olması hukukun temel ilkelerindendir. Ayrıca işletmecilere tahsis edilen numaraların, onların kazanılmış hakları olduğu da yadsınamaz.

Diğer taraftan Anayasanın 125 inci maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne yer verilmiştir. Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

İptali istenen kural, "idarenin işlemlerinin yargısal denetimi" ilkesini zayıflatan bir kural olduğundan Anayasanın 125 inci maddesine de ters düşer.

Açıklanan nedenlerle, Kurum'un herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceğine öngören 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 31 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının "Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez." şeklindeki son cümlesi Anayasanın 2 nci ve 125 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 36 ncı Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının "Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez." Şeklindeki Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5809 sayılı Yasa'nın 36 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasında Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na; teknolojik gelişmeler ve Ülkemizin taraf olduğu uluslararası kuruluşların kararları doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, tahsis edilen frekans ve bantlar için Bakanlık ve ilgili kurumlar ile gerekli koordinasyonu sağlama görevi ve Devlet güvenlik ve istihbaratında zafiyet yaratmayacak şekilde iptal dâhil her türlü değişiklik yapma yetkisi verilmiş, iptali istenen kural ile de, bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum'un, herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, tahsis edilen frekans ve bantlar için Kurum'a tek taraflı olarak iptal dâhil her türlü değişiklik yapma yetkisi verilmiş, buna karşın Kurum'un herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği öngörülmüştür.

Yukarıda (6) numaralı başlık altında açıklanan nedenlerle 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 36 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasının *"Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez."* şeklindeki son cümlesi de Anayasanın 2 nci ve 125 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

8) 05.11.2008 Tarihli ve 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60 ıncı Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60 ıncı maddesinin iptali istenen (3) numaralı fıkrasında Kurum'a; kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurma ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirme yetkisi verilmiştir.

Bu kurala göre, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten işletmeci şirketin faaliyetini yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, geçici olarak durdurabilecek ya da somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirebilecek, diğer bir anlatımla işletmecinin çalışma hürriyetini sınırlandırabilecektir.

Anayasanın 48 inci maddesinde *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir"* denilmiştir. "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" Anayasanın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde yer almaktadır.

Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13 üncü maddesi ise, *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* hükmüne amirdir.

Bu hükme göre, Anayasanın 48 inci maddesinde öngörülen "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" bu maddedeki nedenlerle ve ancak kanunla sınırlandırılabilir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 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."

İptali istenen kural ile, işletmecilerin çalışma hürriyetlerinin geçici olarak sınırlandırılma nedenleri yönetmeliğe bırakıldığından yapılan bu düzenlemenin Anayasanın 13 üncü ve 48 inci maddelerine aykırı düştüğü çok açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 60 ıncı maddesinin (3) numaralı fıkrası Anayasanın 13 üncü ve 48 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Temel hak ve özgürlükler ile hukuk güvenliğini zedeleyen, yürütmeye asli düzenleme yetkisi veren ve kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte sonuçlara yol açması muhtemel olan ve Anayasaya açıkça aykırı oldukları

gerekçemizde gösterilen iptali istenen kuralların uygulamaları halinde, toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırıp belirsizlik ortamına neden olacağından 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. 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 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun;

1) 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin "bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek" tümcesinin Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 6 ncı maddesinin (1) numaralı Fıkrasının (d) bendinin "uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak." tümcesinin Anayasanın 2 nci ve 87 nci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendindeki iptali istenen "her türlü" ibaresinin, Anayasanın 12 nci ve 13 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

4) 7 nci maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 9 uncu maddesinin (7) numaralı fıkrasının "ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler." tümcesinin Anayasanın 6 ncı, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 31 inci maddesinin (3) numaralı fıkrasının "Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez." şeklindeki son cümlesinin Anayasanın 2 nci ve 125 inci maddelerine aykırı olduğundan,

7) 36 ncı maddesinin (4) numaralı fıkrasının "Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez." şeklindeki son cümlesinin Anayasanın 2 nci ve 125 inci maddelerine aykırı olduğundan,

8) 60 ıncı maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasanın 13 üncü ve 48 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

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun dava konusu bölüm, fıkra ve ibareleri de içeren ilgili madde ve fıkraları şöyledir:

"Kurumun görev ve yetkileri

MADDE 6 - (1) Kurumun görev ve yetkileri şunlardır:

a) Elektronik haberleşme sektöründe; rekabeti tesis etmeye ve korumaya, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesine yönelik düzenlemeleri yapmak, ***bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere***

ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek *ve mevzuatın öngördüğü tedbirleri almak.*

(…)

d) Bu Kanun çerçevesinde gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletmek, ***uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak.***

(…)

ı) Elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı ***her türlü*** *bilgi ve belgeyi almak ve gerekli kayıtları tutmak, Bakanlık tarafından elektronik haberleşme sektörüne yönelik strateji ve politikaların belirlenmesinde ihtiyaç duyulanları, talebi üzerine Bakanlığa iletmek.*

Rekabetin sağlanması

MADDE 7- (3) Kurum, yapacağı pazar analizleri sonucu ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri belirleyebilir. ***Kurum, etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebilir. Aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabilir.***

Yetkilendirme usulü

MADDE 9- (7) Kurum, kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacıyla Bakanlığın görüşüne başvurarak gerekli tedbirleri alır ***ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler.*** *Kurum ve yukarıdaki fıkranın (a) bendinde öngörülen hallerde Bakanlık, kullanım hakkı ile ilgili olan ihalelerde 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tabi değildir.*

Ulusal numaralandırma planı

MADDE 31- (3) Kurum, numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabilir, kamu düzeni ve millî güvenliğin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası

anlaşmalar doğrultusunda veya Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda tahsisli numaralarda değişiklik yapılabilir ve tahsisli numaralar geri alınabilir. ***Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum herhangi bir yükümlülük altına girmez.***

Frekans planlama, tahsis ve tescili

MADDE 36- (4) Teknolojik gelişmeler ve Ülkemizin taraf olduğu uluslararası kuruluşların kararları doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, Kurum, tahsis edilen frekans ve bantlar için Bakanlık ve ilgili kurumlar ile gerekli koordinasyonu sağlar. Kurum, Devlet güvenlik ve istihbaratında zafiyet yaratmayacak şekilde iptal dahil her türlü değişiklik yapabilir. ***Bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda Kurum, herhangi bir yükümlülük altına girmez.***

Kurumun yetkisi ve idarî yaptırımlar

MADDE 60- (3) ***Kurum, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirmeye de yetkilidir.****"*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 12., 13., 48., 87. ve 125. 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 8.1.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklama

Toplumsal yaşamda önemli bir yere sahip olan, özellikle kamu hizmeti niteliği taşıyan ve doğal tekel olan ya da gelişen teknolojiyle doğal tekel özellikleri zayıflamış olsa dahi mevcut firmanın hâkim durumunu sürdürebileceği sektörlerin yer aldığı piyasalarda, serbest rekabet koşulları kendiliğinden oluşmamaktadır. Bu tür piyasalarda faaliyet gösteren teşebbüsler serbestçe rekabet içinde bulunmak yerine, tekel haline gelme çabası içinde olabilmektedir. Bu nedenle, toplumun günlük yaşamında önemli bir yere sahip olan ve teknolojik gelişmelerin hızlı bir şekilde yaşandığı enerji, gaz, su ve haberleşme gibi mal ve hizmetlerin üretildiği piyasaların, devletin herhangi bir müdahalesi olmaksızın pazar koşullarına terk edilmesi, bu piyasalarda aksaklıklara yol açması nedeniyle kabul edilmemektedir. Bu nedenle devletler, bu piyasaların işleyişine çeşitli vasıtalarla ve belirli sınırlar içinde müdahale etmektedir. Devletlerin bu piyasalara müdahalesi, bazı sektörlerin kamu tarafından tekel olarak işletilmesi ya da bu sektörlerdeki özel işletmelerin regülasyonu şeklinde olmaktadır.

Bu sektörlerin devlet tarafından tekel olarak işletilmesinin, istenilen verimi ve toplumsal refaha beklenen katkıyı sağlayamaması gibi nedenlerle, devletin özelleştirme ve serbestleştirme yolu ile bu piyasalardan çekilmesi ile tekelci özellik gösteren bu piyasalardaki devletçi politikalar, yerini düzenlenmiş piyasalara bırakmakta ve bu alanlar, faaliyet gösterdikleri sektörlerin siyasi-idarî etkilerden uzak, objektif, şeffaf ve öngörülebilir kurallar ile çalışmasını sağlamak amacıyla kurulan bağımsız düzenleyici kurumlar tarafından doldurulmaktadır.

Elektronik haberleşme sektörü, bireysel haberleşmeyi sağlamasının yanı sıra, bilgi toplumunun temel altyapısını oluşturan ve kendi başına ekonomik değeri olan stratejik bir sektördür. Teknolojideki büyük gelişim, telekomünikasyon sektörünün yapısını değiştirmiş, bu çerçevede bir taraftan pazar sınırlarının ortadan kalkması, diğer taraftan sektördeki ürün çeşitliliğinin genişlemesi, telekomünikasyon hizmetlerini hayatın vazgeçilmez bir parçası haline getirerek, piyasadaki arz ve talep dengelerinin yeniden oluşmasına

yol açmıştır. Küresel düzeyde yaşanan bu gelişmeler, telekomünikasyon hizmetlerinin geleneksel tekelci ve devletçi yapıdan çıkarılarak, özel sektörün de katılımıyla rekabetçi bir ortamda verilmesi sonucunu doğurmuş ise de; yeni operatörlere yetki veya lisans verilmesi, bu operatörlerin piyasaya girişindeki engellerin kaldırılması, piyasaya yeni giren operatörlerle üzerine evrensel hizmet ara bağlantı görevi yüklenmiş olan operatörlerin birbirine bağlı olup olmadıklarının izlenmesi ve yüksek maliyetli veya düşük getirili yerlerde de hizmet sunumunun sağlanması gibi gereklilikler, elektronik haberleşme sektörünün bağımsız kuruluşlar tarafından düzenlenmesi ve denetlenmesini zorunlu kılmaktadır.

Bu bağlamda, Devletin elektronik haberleşme sektöründe Anayasa'nın 167. maddesindeki görevlerini yerine getirmek üzere 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu kurulmuş; 2813 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 5809 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasında Kurumun görevlerini yerine getirirken bağımsız olduğu, hiçbir organ, makam, merci veya kişinin Kuruma emir ve talimat veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Kurumun görev ve yetkilerinin çerçevesi ise 5809 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle belirlenmiştir.

Bu görev ve yetkiler çerçevesinde, temel işlevi telekomünikasyon alanındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve bu kurallara uyulmaması halinde de, ya doğrudan doğruya yaptırım uygulamak veya bazen de kanunlarda gösterilen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirmek olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan, kamu tüzel kişiliğine sahip, görev alanına ilişkin sektörde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı olarak, kamu yararı amacıyla düzenleyici işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, gördüğü hizmet sürekli ve asli nitelik taşıyan bir kuruluştur.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin "… bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek…" bölümünün incelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Kuruma elektronik haberleşme sektöründe rekabeti tesis etmek ve korumak, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaların giderilmesini sağlamak amacıyla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisi verildiği, ancak yapılan bu düzenlemede, getirilecek yükümlülüklerin neler olduğu ve uygulama koşulları belirtilmediğinden, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapma imkânı tanındığı, yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devredildiği ve böyle bir yetkinin Anayasa'ya dayanmadığı belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kural ile Kuruma elektronik haberleşme sektöründe rekabeti tesis etmek ve korumak, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaları gidermek amacıyla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisi verilmiştir.

Etkin piyasa gücü, 5809 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (r) bendinde, "*işletmecinin, ilgili elektronik haberleşme pazarında, tek başına ya da diğer işletmecilerle birlikte, rakiplerinden, kullanıcılarından ve tüketicilerinden fark edilir bir şekilde bağımsız olarak hareket edebilmesine imkan sağlayan ekonomik güç*"; işletmeci ise aynı fıkranın (z) bendinde "*yetkilendirme çerçevesinde elektronik haberleşme hizmeti sunan ve/veya elektronik haberleşme şebekesi sağlayan ve alt yapısını işleten şirket*" olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. 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 Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir" hükmünün anlamı da budur.

Dava konusu kuralla Kuruma verilen elektronik haberleşme sektörüyle ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde

diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisi, Kurulun faaliyet alanının kapsamında bulunan elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabet ortamının sağlanmasına yönelik, sektörle ilgili pazarlarda pazar analizleri yaparak ilgili pazarın rekabet seviyesini analiz etmek, buna bağlı olarak etkin piyasa gücüne sahip işletmecileri ve bu işletmecilerin tabi olabileceği yükümlülükleri belirlemek gibi teknik konuları içeren ve bu yönüyle uzmanlık gerektiren bir yetkidir. Yasakoyucu bu yetkiyi Kuruma kendi faaliyet alanı olan elektronik haberleşme sektöründe rekabeti tesis etmek ve korumak, rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı uygulamaları gidermek amacıyla vermiş ve bu yetki ile ancak elektronik haberleşme sektörüyle ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ya da gerekli hallerde bu sektördeki diğer işletmecilere yükümlülükler getirilebileceğini belirterek, yetkinin sınırlarını da çizmiştir. Dava konusu kural ile Kuruma verilen yetkinin temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, Kurumun kendi faaliyet alanına giren elektronik haberleşme sektörüyle ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirme yetkisine dayanarak yapmış olduğu düzenlemeler asli düzenleme olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

2- Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinin "… uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" bölümünün incelenmesi

Dava dilekçesinde hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesinin bir zorunluluk olduğu belirtilerek, iptali istenen kural ile Kuruma verilen işletmeciler arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak yetkisi kapsamında, Kurumun hangi durumlarda hangi tedbirleri alacağı konusunda herhangi bir belirleme yapılmamış olmasının, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektiren hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmaması ve yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmaması nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 87. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kural ile Kurumun, 5809 sayılı Kanun çerçevesinde gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletebileceği, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri alabileceği hükme bağlanmıştır. Kurumun, uzlaştırma konusundaki yetkileri 5809 sayılı Kanun'un "Erişim anlaşmaları ve uzlaşmazlıkların çözümü" başlıklı 18. maddesinde düzenlenmiştir.

5809 sayılı Kanun'un 18. maddesinde, uzlaştırmanın işletmeciler arasında yapılan erişim anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda söz konusu olduğu ve Kurumun taraflar arasında erişim talebinden itibaren azami iki ay içerisinde anlaşma tesis edilememesi veya mevcut erişim sözleşmesinde 5809 sayılı Kanun kapsamında herhangi bir anlaşmazlık vuku bulması halinde taraflardan herhangi birinin başvurusu üzerine, belirleyeceği esaslar çerçevesinde kamu menfaati açısından gerekli olan tedbirleri alabileceği öngörülmektedir. Bu açıdan Kanun'da Kuruma verilen uzlaştırma sürecinde tedbir alma yetkisinin hangi durumlarda kullanılacağı açıkça belirtilerek yetkinin çerçevesi belirlenmiştir. Maddede, işletmecilerin erişim anlaşmalarını ilgili mevzuata ve Kurum düzenlemelerine aykırı olmamak kaydıyla serbestçe müzakere ederek imzalayabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu açıdan içeriği serbestçe belirlenen bir anlaşmanın hükümlerinin ya da anlaşma sağlanamaması durumunda, tarafların anlaşma konusunda ileri sürecekleri taleplerin neler olabileceğinin önceden bilinmesinin imkânsızlığı karşısında, bu anlaşmalar nedeniyle ortaya çıkabilecek uyuşmazlık konularının ve buna bağlı olarak da uzlaştırma sürecinde uygulanabilecek tedbirlerin önceden somut bir şekilde belirlenmesi mümkün değildir. Belirtilen nedenle Kanun'un 18. maddesinin (1) numaralı fıkrasında Kurumun geçici ücretin belirlenmesi de dahil olmak üzere, kamu menfaati açısından gerekli gördüğü diğer tedbirleri, belirleyeceği esaslar çerçevesinde alacağı öngörülmüş, bu esaslar da 8.9.2009 günlü, 27343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Erişim Ve Arabağlantı Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir.

Öte yandan hukuk devleti ilkesi, yürütme organının faaliyetlerinin yönetilenlerce belli ölçüde öngörülebilir olmasını, herkesin bağlı olacağı hukuk

kurallarını önceden bilmesini, ekonomik ve sosyal yaşamlarındaki tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesini gerektirir. Zira hukuk devletinin gereği olan belirlilik ve hukuki güvenlik ilkesi, idarenin keyfi hareket etmesini engeller. Bunu gerçekleştirmenin başlıca yolu ise kural konulmasını gerektiren durumlarda bunların genel, soyut, anlaşılabilir ve sınırlarının belirli olmasını sağlamaktır. Bu bakımdan, yasakoyucunun bir konuyu en ince ayrıntısına kadar düzenleme yetkisi bulunmakta ise de, temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık gerektiren teknik konulara ilişkin ayrıntıların yasada düzenlenmemesi hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturmaz.

İptali istenen kural ile Kuruma verilen gerektiğinde işletmeciler arasında uzlaştırma prosedürünü işletme, uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri alma yetkisinin temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, iptali istenen kuralın hukuk güvenliği ve belirlilik ilkelerine aykırı bir yönü yoktur.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 87. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

3- Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendinde yer alan "… her türlü …" ibaresinin incelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kural ile haberleşme özgürlüğü dikkate alınmaksızın ve yargı kararı olmaksızın Kuruma, işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alabilme yetkisi verilmesinin temel hak ve özgürlükleri ihlal etmesi nedeniyle Anayasa'nın 12. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendinde Kurumun işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alabileceği hükme bağlanmıştır. Kuralın gerekçesinde "*Bu Kanunla Kurumun; elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri inceleme yetkisi açıklığa kavuşturulmakta, şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi için*

ilgililerden bilgi ve belge toplama yetkisi verilmektedir" denilerek, Kuruma verilen bu yetkinin Kurumun elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla sınırlı olarak verildiği ifade edilmiştir.

Elektronik haberleşme, 5809 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendinde "*Elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması*"; elektronik haberleşme sektörü ise aynı fıkranın (l) bendinde "*Elektronik haberleşme hizmeti verilmesi, elektronik haberleşme şebekesi sağlanması, elektronik haberleşme cihaz ve sistemlerine yönelik üretim, ithal, satış ve bakım-onarım hizmetlerinin yürütülmesi ile ilgili sektör*" olarak tanımlanmıştır. Buna göre, Kurumun iptali istenen kural gereği isteyebileceği bilgi ve belgeler, ancak (h) ve (l) bentlerinde belirtilen sistem ve hizmetlerle ilgili olabilecektir.

Ayrıca Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) ve (h) bentlerinde, Kurumun "*Abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların hakları ile kişisel bilgilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına ilişkin gerekli düzenlemeleri ve denetlemeleri yapmak*" ve "*işletmecilerin ticari sırları ile kamuoyuna açıklanabilecek bilgilerinin kapsamını belirlemek, işletmecilerin ticari sırları ile yatırım ve iş planlarının gizliliğini korumak ve bunları adli makamların talepleri dışında muhafaza etmek*"le görevli ve yetkili olduğu belirtilmiştir.

Bu kapsamda, Kuruma iptali istenen ibare ile verilen yetkinin çerçevesinin, Kurumun kuruluş amacı ve faaliyet alanı ile belirlenmiş olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 12. maddesinde, "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*." hükmüne yer verilmiştir.

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

Anayasa'nın 22. maddesinde öngörülen haberleşme özgürlüğü, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bu özgürlük, çok daha geniş bir alanı kaplayan "özel hayatın" bir yönünü oluşturur. Dolayısıyla "haberleşmenin gizliliği" kavramı, özel hayatın gizliliği kavramı içinde yer alır.

İptali istenen ibare ile Kuruma verilen "*işletmeciler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı her türlü bilgi ve belgeyi alma yetkisi*"nin, Kurumun kuruluş amacı ve faaliyet alanında yer alan elektronik haberleşme sektörü ile ilgili şikâyetleri değerlendirme ve denetim işlevlerini gerektiği gibi yerine getirebilmesi amacıyla sınırlı olarak kullanılabileceği, ayrıca Kurumun abone, kullanıcı, tüketici ve son kullanıcıların kişisel bilgilerinin gizliliğini ve işletmecilerin ticari sırlarını korumakla görevli olduğu dikkate alındığında, iptali istenen ibare ile Kuruma gerçek ya da tüzel kişilerden özel hayatın gizliliğini ya da haberleşme özgürlüğünü ihlal eden bilgi ve belgeleri alma konusunda yetki verildiği söylenemez. Bu nedenle iptali istenen kuralın özel hayatın gizliliği hakkını ve haberleşme özgürlüğünü sınırlayan bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 12., 13. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

4- Kanun'un 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin incelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kural ile Kuruma, belirleyeceği etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla yükümlülükler getirme ve aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapabilme yetkileri verildiği, ancak yapılan bu düzenlemede, getirilecek yükümlülüklerin neler olduğu ve uygulama koşulları belirtilmediğinden, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapma imkânı tanındığı, yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devredildiği ve böyle bir yetkinin Anayasa'ya dayanmadığı belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kurallar ile Kuruma etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebilme ve aynı veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapılabilme yetkileri verilmiştir.

Kuruma verilen yetkiler, teknik konuları içeren ve uzmanlık gerektiren yetkilerdir. Yasakoyucu söz konusu yetkileri Kuruma kendi faaliyet alanı olan elektronik haberleşme sektöründe etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla vermiş ve bu yetkilerin ancak elektronik haberleşme sektöründeki aynı veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere uygulanabileceğini belirterek, yetkinin sınırlarını da çizmiştir.

Kanun'un 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin *"…bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek…"* bölümünün incelenmesine ilişkin gerekçede belirtildiği üzere, iptali istenen kurallar ile Kuruma verilen yetkinin temel esasları ve çerçevesi belirlenmiş olduğundan, Kurumun iptali istenen kurallar ile verilen yetkilere dayanarak yapmış olduğu düzenlemeler asli düzenleme olarak nitelendirilemez. İptali istenen kurallar, bu gerekçede belirtilen aynı nedenlerle Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

5- Kanun'un 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan " … ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler" ibaresinin incelenmesi

Dava dilekçesinde hukuk devletinin gereklerinden olan hukuk güvenliği ve idarenin yasallığı ilkelerinin en sıkı uygulanması gereken alanlardan birini teşkil eden ihalelerde, açıklık, tarafsızlık, rekabet ve uygun bedel ilkelerinin gerçekleşebilmesi için sürecin belirgin olması gerektiği vurgulanarak, iptali istenen kural ile Kuruma söz konusu ihalelerde yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmek suretiyle yürütmeye asli düzenleme yapma imkânı tanındığı, yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devredildiği ve böyle bir yetkinin Anayasa'ya dayanmadığı belirtilerek, iptali istenen kuralın Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Kanun'un 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile Kuruma elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin kullanım hakkı sayısının sınırlandırılması halinde, kullanım hakkı verilecek işletmecilerin belirlenmesine yönelik olarak ihale yapma, maddenin (7) numaralı fıkrası ile de bu ihalelere ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiş ve Kurumun bu ihalelerde 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olmadığı hükme bağlanmıştır.

Küresel düzeydeki teknolojik, ekonomik ve toplumsal gelişmeler sonucunda elektronik haberleşme sektörünün doğal tekel özelliğini yitirdiği ve sektördeki hizmetlerin özel sektörün de katılımıyla rekabetçi bir ortamda verildiği bir gerçek ise de, elektronik haberleşme sektörünün devletin ve toplumun her alanını yaşamsal bir şekilde etkilediği, bu nedenle de stratejik öneminin bugüne kadar olduğu gibi bundan sonra da devam edeceği açıktır. Bu bakımdan iptali istenen kuralla Kuruma verilen yetki, Kurumun kendi faaliyet alanı olan elektronik haberleşme sektöründe, uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını da kapsayan elektronik haberleşme hizmetlerini yürütecek sınırlı sayıdaki işletmecinin belirlenmesine yönelik, stratejik öneme sahip, teknik konuları içeren ve bu yönüyle uzmanlık gerektiren bir yetkidir.

Kuruma verilen bu yetkinin amacı, konusu ve genel esasları Kanun'un 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile belirlenmiştir. (6) numaralı fıkranın (a) bendinde, Kurumun yapacağı uydu pozisyonu ile ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin ihalelerin yetkilendirme politikası, hizmetin başlama zamanı, yetkilendirme süresi ve hizmeti sunacak işletmeci sayısı gibi kıstaslarını Ulaştırma Bakanlığı belirleyecek; Kurum da iptali istenen kural ile kendisine verilen yetkiyi bu kıstaslara ve ayrıca iptali istenen kuralın da yer aldığı (7) numaralı fıkrada belirtilen "*kaynakların etkin kullanımını sağlamak amacı*"na ve bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak Bakanlığın vereceği görüşe uygun olarak kullanacaktır. Kurum (6) numaralı fıkranın (b) bendi gereğince yapacağı ihalelere ilişkin usul ve esasların belirlenmesinde de (7) numaralı fıkrada belirtilen esaslara uygun olarak hareket edecektir.

Öte yandan Kurumun, Kanun'un 9. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında yapacağı ihalelerin stratejik önemi göz önünde

bulundurularak, bu ihalelerin 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun kapsamı dışında, kanunla farklı usule bağlı tutulmasında Anayasa'yla çelişen bir durum söz konusu değildir.

Belirtilen nedenlerle kural Anayasa'nın 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

6- Kanun'un 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde Kurumun tahsis ettiği numaralarda tek taraflı olarak değişiklik yapabilmesi ve tahsisli numaraları geri alabilmesine rağmen, bu işlemlerden dolayı herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceğini öngören iptali istenen kuralın Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un ulusal numaralandırma planının hazırlanması ve numara tahsisi işlemlerini düzenleyen 31. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Kurumun numara tahsis işlemlerini, Bakanlık politikası doğrultusunda hazırlayacağı ulusal numaralandırma planına uygun olarak yapacağı; (3) numaralı fıkrasında Kurumun numara tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabileceği, kamu düzeni ve millî güvenliğin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda ya da Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda tahsisli numaralarda değişiklik yapabileceği ve tahsisli numaraları geri alabileceği belirtildikten sonra, iptali istenen kural ile Kurumun bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ğğ) bendinde numara, "*Şebeke ve/veya şebeke sonlanma noktasını tanımlayan, söz konusu noktaya ses, veri ve görüntünün yönlendirilmesini sağlayan, kullanıldığı yere göre abone, işletmeci, elektronik haberleşme şebekesi ve/veya hizmeti ile ilişkilendirilebilen bilgiyi içeren harf, rakamlar dizini veya semboller*" olarak tanımlanmıştır.

Anayasa'nın 168. maddesinde "*Tabiî servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabiî servet*

ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir" denilmiş; buna paralel olarak, 5809 sayılı Kanun'un 4. maddesinde her türlü elektronik haberleşme cihaz, sistem ve şebekelerinin kurulması ve işletilmesine müsaade edilmesi, gerekli frekans, numara, uydu pozisyonu ve benzeri kaynak tahsislerinin yapılması ile bunların düzenlenmesinin Devletin yetki ve sorumluluğu altında olduğu hükme bağlanmıştır. Kanun'un 9. maddesinin (3) numaralı fıkrasında Kuruma bildirimde bulunan şirketlerin, sunmak istedikleri elektronik haberleşme hizmeti ve/veya işletmek istedikleri elektronik haberleşme şebekesi veya altyapısı için numara, frekans, uydu pozisyonu gibi kaynak tahsisine ihtiyaç duymaları halinde, yetkilendirilebilmeleri için Kurumdan kullanım hakkı almaları gerektiği belirtilmiştir. Buna göre, işletmecilerin tahsisli numaralara ilişkin hakları, mülkiyet hakkı olmayıp, kullanım hakkıdır.

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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. Hukuk devletinde idarenin hukuka bağlılığı esas olup, idarenin faaliyetlerinin hukuka uygunluğu yargı denetimine tabidir. Bunun somut bir göstergesi olarak Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu hükme bağlanmıştır.

İptali istenen kural, Kurumun, Devletin mülkiyetinde olan numara kaynağının tahsis ve kullanımını koşullara bağlayabilme, tahsisli numaralarda da kamu düzeni ve millî güvenliğin gerektirdiği durumlar, numara kapasitesi ihtiyacı, üye olunan uluslararası kuruluşların düzenlemeleri veya taraf olunan uluslararası anlaşmalar doğrultusunda ya da Kurum düzenlemelerine uygun olarak kullanılmadığı durumlarda değişiklik yapabilme ve bu numaraları geri alabilme hususlarında kamu gücüne dayanan tek taraflı iradesiyle işlem yapması durumunda yükümlülük altına girmeyeceğine yöneliktir. Kurumun bu şartlara uygun olarak işlem tesis edip etmediği hususunun idari yargı denetimine tabi olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

7- Kanun'un 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenen kuralın, Kanun'un 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un Frekans planlama, tahsis ve tescil işlemlerini düzenleyen 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde, telsiz yayınlarının birbirleri üzerinde elektromanyetik girişim oluşturmaması ve frekans bantlarının etkin ve verimli şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla, radyo ve televizyon yayınlarına ilişkin ilgili kanununda belirtilen hükümler saklı kalmak kaydıyla, milli frekans planlaması, tahsisi, uluslararası koordinasyon ile tescil işlemlerinin Kurum tarafından yapılacağı ve uygulanacağı, (b) bendinde telsiz cihaz veya sistemi kurmak ve işletmek isteyenlerin Kuruma frekans tahsis ve tescil işlemlerini yaptırmak zorunda oldukları; (2) numaralı fıkrasında frekans tahsislerinde Dışişleri Bakanlığı, Jandarma Genel Komutanlığı ile Sahil Güvenlik Komutanlığı ihtiyaçları da dahil Türk Silahlı Kuvvetlerine, Millî İstihbarat Teşkilatı Müsteşarlığına ve Emniyet Genel Müdürlüğüne öncelik tanınacağı; (3) numaralı fıkrasında Türk Silahlı Kuvvetleri ile Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun, milli frekans planı çerçevesinde kendilerine tahsis edilen frekans bantlarında frekans planlamasını yapıp uygulayacakları; (4) numaralı fıkrasında Kurumun teknolojik gelişmeler ve Ülkemizin taraf olduğu uluslararası kuruluşların kararları doğrultusunda yapılabilecek yeni planlamalar çerçevesinde, tahsis edilen frekans ve bantlarla ilgili olarak Devlet güvenlik ve istihbaratında zafiyet yaratmayacak şekilde iptal dahil her türlü değişikliği yapabileceği belirtildikten sonra, iptali istenen kural ile Kurumun bu konuda yapılacak düzenlemeler sonucunda herhangi bir yükümlülük altına girmeyeceği hükme bağlanmıştır.

İptali istenen kural, Kanun'un 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin Anayasa'ya aykırılığının incelenmesinde açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

8- Kanun'un 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasının incelenmesi

Dava dilekçesinde, işletmecilerin çalışma hürriyetlerinin geçici olarak sınırlandırılma nedenlerinin kanunla belirlenmesi gerekirken, iptali istenen kural ile yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kural ile Kuruma kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulması ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirme yetkisi verilmiştir.

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*; 48. maddesinde *"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır"* denilmiştir.

İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu ceza ve tedbirlerdir. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır.

Elektronik haberleşme sektöründe yaşanan hızlı değişim, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeni kavramları ile bunların ihlal edilmesine sebep olan eylemlerin de aynı şekilde değişmesine ve çeşitlenerek artmasına yol açtığından, bu unsurların tamamının yasayla belirlenmesi oldukça güçtür. Bu nedenle iptali istenen kural ile idari yaptırımın kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla uygulanabileceği belirtildikten sonra, belirtilen sınırlar içinde idari yaptırım uygulanmasını gerektiren eylemlerin ve uygulanacak somut tedbirlerin belirlenmesinin yönetmeliğe bırakılması, belirsizlik ya da yetki devri olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun:

1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- (a) bendinin "… bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek …" bölümüne,

b- (d) bendinin "… uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" bölümüne,

c- (ı) bendinde yer alan "… her türlü …" ibaresine,

2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine,

3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler" ibaresine,

4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesine,

5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesine,

6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 2.6.2011 günlü, E. 2008/115, K. 2011/86 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, cümle, bölüm ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 2.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun:

1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- (a) bendinin "… bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek …" bölümünün,

b- (d) bendinin "… uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" bölümünün,

c- (ı) bendinde yer alan "… her türlü …" ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan " … ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler" ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2.6.2011 gününde 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

KARŞIOY YAZISI

A- 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında sektörde rekabeti korumak ve aksi yönde olabilecek uygulamaları gidermek amacıyla Kurum'a "… ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek", Kanun çerçevesinde faaliyet gösteren işletmeciler arasında uzlaşma sağlanamadığı takdirde "… ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" ve elektronik haberleşmeyle ilgili olarak, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve tüzel kişilerden ihtiyaç duyacağı "her türlü" bilgi ve belgeyi almak yetkisi verilmiştir.

Kanun'un 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla Kurum'un "etkin rekabet ortamının sağlanması ve korunması amacıyla etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere yükümlülükler getirebileceği, aynı ve/veya farklı pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip olan işletmeciler arasında söz konusu yükümlülükler açısından farklılaştırma yapabileceği" öngörülmüştür.

Bu kurallarla İdare, rekabeti sağlamak ve korumak gerekçesiyle, elektronik haberleşme alanında faaliyet gösterecek işletmecilerin her türlü hareketini ve

girişimini kontrol altında tutmak, girişimciler arasında taraf olmak suretiyle kimini diğeri aleyhine desteklemek, kısacası devlet kontrolünde bir piyasa oluşturmak olanağına kavuşmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu, 48. maddesinde özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiştir. Çağdaş ölçütlere ve küresel ekonomik gereklere aykırı olarak, devletin özel teşebbüsleri sınırları ve mahiyeti yasa ile açıkça belirlenmemiş idari işlemlerle sürekli denetim altında tutması, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almak" görevinin sınırlarını demokratik bir toplumda zorunlu olmayan ölçüde aşan, ağır bir müdahaledir. Bu nedenle Anayasaya aykırı olan dava konusu kuralların iptalleri gerekir.

B- Kanun'un 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasında Kurum'un "kamu hizmetlerinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına ya da ihlalin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirmeye de yetkili" olduğu öngörülmüştür.

Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenmiş olan cezaların ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı kuralı idari yaptırımlar yönünden de geçerlidir. Bu nedenle faaliyetten men etme veya zorunlu olarak bazı önlemler uygulattırma türünden yaptırımların yönetmelikle düzenlenmesi açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, "Kurum, kamu hizmetinin gerekleri ve kamu düzeninin korunması amacıyla yönetmelikle önceden belirleyeceği hallerde, işletmecinin faaliyetinin geçici olarak durdurulmasına ya da ihlâlin önlenmesi için işletmeciye somut tedbirler uygulama zorunluluğu getirmeye yetkilidir" denilmektedir.

Buna göre, yönetmelikle önceden belirlenecek hallerde Kurum'a işletmecinin faaliyetlerini geçici olarak durdurma suretiyle idari yaptırım uygulama yetkisi verilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinde, suç ve cezaların yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu kural hem yasaklanan eylemlerin hem de bunlara verilecek cezaların yasa ile belirlenmesini zorunlu kılar. Bu nedenle yönetmelikle suç oluşturulması olanaklı değildir. Ayrıca işletmecilerin faaliyetlerinin geçici olarak durdurulabileceği süre veya bunun alt ve üst sınırı yasa ile belirlenmedikçe cezanın yasallığı ilkesine uyulduğundan da söz edilemez.

Öte yandan, dava konusu kural uyarınca uygulanan yaptırım, doğal olarak işletmecilerin, Anayasa'nın 48. maddesiyle tanınan çalışma özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu doğurduğundan, süresi belli olmayan ölçüsüz uygulamaların idari yaptırım olma özelliğini yitirerek bu özgürlüğün kullanılamaz hale getirilmesine yol açabileceği de gözetildiğinde, işletmecinin faaliyetinin durdurulma süresinin, yasada gösterilmesinin bu yönüyle de büyük önem taşıdığı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılan dava konusu kuralın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Fettah OTO	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2009/9
Karar Sayısı : 2011/103
Karar Günü : 16.6.2011

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "…en fazla beşte bir oranında…" ibarelerinin,

2- 6. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "…ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri…" ibaresinin,

b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümlenin,

3- 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; …" ibaresinin,

4- 20. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin;

a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafın,

b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendinin,

5- 23. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son cümlesinin,

b- İkinci fıkrasının son cümlesinin,

6- 27. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "…ile yapım işlerine…" ibaresinin,

7- 30. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddenin,

Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 13., 125. ve 167. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 29.1.2009 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

1) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 3 üncü Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 10 Maddesinin Üçüncü Fıkrasındaki "en fazla beşte bir oranında" İbarelerinin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Kanunun "ihaleye katılımda yeterlik kuralları" başlığını taşıyan 10 uncu maddesinde; ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak istenebilecek bilgi ve belgeler belirtilmiştir. İptali istenen ibareler, denetim ve yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgelerin ihaleye katılımda "en fazla beşte bir oranında" dikkate alınacağını kurala bağlamaktadır.

"En fazla beşte bir oranında" ibaresinin farklı ve keyfi uygulamalara neden olabileceği çok açıktır. Nitekim geçmişte bu deneyim yaşanmış ve "iş yönetme belgeleri" için yasada (4734 sayılı Yasa'nın 10.maddesine 4761 sayılı Yasa'nın 13.maddesi ile eklenen fıkra) yer alan en fazla 1/5 oranı yönetmelikte

(Yapım İşleri Uygulama Yönetmeliği, yürürlük tarihi 11.9.2003, m.55) 1/10 olarak değerlendirilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 17.4.2008 tarihli ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararında,

"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, uygulanabilir ve nesnel 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. 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.

Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar."

denilmiştir.Bu durumda, iptali istenen ibareler belirlilik, öngörülebilirlik özelliklerini taşımaması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem de içermemesi nedenleriyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamakta, dolayısıyla Anayasa'nın 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, 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 3 üncü Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 10 maddesinin üçüncü fıkrasındaki "en fazla beşte bir oranında" ibareleri, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ncı Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının sonuna eklenen Cümlenin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Yasa'nın "Belli istekliler arasında ihale usulü"nü düzenleyen 20 inci maddesinin "10 uncu maddeye uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılır. Belirtilen asgari yeterlik koşullarını sağlayamayanlar yeterli kabul edilmez. Yeterli olduğu tespit edilen bütün adaylara tekliflerini hazırlayabilmeleri için en az kırk gün süre verilerek ihaleye davet mektubu gönderilir." şeklindeki üçüncü fıkrasının sonuna iptali istenen "Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir." cümlesi eklenmiştir.

Söz konusu fıkranın yapılan eklemeden önceki halinde, Belli İstekliler Arasında İhale Usulü'nde ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda yeterli bulunan tüm istekliler teklif vermek için ihaleye davet edilirken, yapılan değişiklik ile, idareler yeterli olan tüm isteklileri davet etmeyebilecekler ve bu istekliler arasından önceden belirleyecekleri kriterlere göre belli sayıda oluşan bir liste oluşturabilecekler ve yalnızca bunları davet edebileceklerdir.

Yeterli olan tüm isteklilerin ihaleye davet edilmemesi, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve bunun sonucu olan fırsat eşitliği ilkesine aykırıdır. Ayrıca Anayasa'nın 2 nci maddesi, Türkiye Cumhuriyetini (Sosyal hukuk Devleti) olarak tanımlamıştır. Sosyal devlet fırsat eşitliğine dayanır.

Bu düzenleme, ihaleye katılımı azaltacağından kamu yararına da dayanmamaktadır. Halbuki 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, bu nedenle de Anayasa'nın 2 nci maddesine 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 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ncı maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümle, Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ncı Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin " ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri" Tümcesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kural ile, işin özelliği uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmemesine rağmen yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerini de "Belli İstekliler Arasında İhale Usulü" kapsamına alınmıştır. Bu durumda,

- İdareler yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliği uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiriyorsa belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapabilirler(yaklaşık maliyeti ne olursa olsun).

- İdareler, yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinde de belli istekliler arasında ihale usulü ile ihale yapabilirler. Örneğin 2008 yılı için eşik değerinin yarısı 10.282.420 TL. dir. (2008 Yılı Eşik Değerler ve Parasal Limitler Tebliği, R.G.22.1.2008, sa. 26764). Bu miktarı aşan yapım işlerinin ihaleleri (işin özelliği uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmese dahi) bu usulle ihale yapılabilecektir.

Belli istekliler arasında ihale usulünün kapsamının bu şekilde genişletilmesinin 4734 sayılı Kamu İhale Yasası'nın 5 nci maddesindeki REKABET VE EŞİTLİK İLKELERİNİ ortadan kaldırabilecektir.

Öte yandan (yukarıda "2" numaralı başlık altında iptali istenen kural uyarınca) idareler "Belli istekliler arasındaki ihale usulünde" yeterli olan tüm isteklileri ihaleye davet etmek zorunda olmayıp belirleyecekleri kriterlere göre bunlar arasında belli sayıda istekli davet edebileceklerdir. İdarece belirlenecek kriterler ise, idarenin takdirine vedolayısıyla "adrese teslim iş"e açıktır.

Böyle bir düzenleme, yapım işleri ihalelerinin idarenin belirleyeceği isteklilere verilmesinin önünü tümüyle açan bir düzenleme olduğundan, tekelciliğin her türlüsünü yasaklayan Anayasa'nın 167 nci maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin 23.12.2005 tarihli ve E.2004/68, K.2005/104 sayılı kararında,

"Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrasında "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler" denilmektedir.

Bu hükümle, yalnız fiilen oluşacak tekelleşme ve kartelleşmenin değil, anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmenin de önlenmesi görevi Devlet'e verilmiştir. Bu maddenin gerekçesinde şu açıklama yapılmıştır:

"Tekelciliğin her türlüsünün zararlarından fertleri ve toplumu korumak, toplumun huzur ve refahı ile de ilgilidir...tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim hataları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirecekleri kartellerde yasaklanmıştır".

Madde gerekçesinde, "tekelleşme" kavramı açıklanırken, yalnız tekellerin değil, tekel benzeri gruplaşmaların da bu kapsamda görüldüğü belirtilmiştir. Ayrıca, tekelleşmenin önlenmesinin tüketim sektörü yanında hizmet sektörü yönünden de gerekliliği vurgulanmış; bu görevin "sağlıklı bir toplum" ve "sağlıklı bir demokrasinin" vazgeçilmez koşulu olduğu açıklanmıştır. Buna göre, tekelciliğin her türlüsünün zararından bireyleri ve toplumu korumak, "kişinin

ve toplumun huzuru ve refahı" ile de ilgilidir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının "fiyat anlaşmaları", "coğrafi bölge paylaşma" ve "benzeri suretle" gerçekleştirilecekleri kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturması ve etkilemesi önlenmek istenmiştir." denilmiştir.

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 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 6 ncı maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin "ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri" tümcesi, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 167 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının "(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış;" Tümcesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kural ile, 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış olup, kaldırılan paragrafta,"Kurum gerekli gördüğü taktirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır" denilmekte, diğer bir anlatımla bu kuralın yürürlükten kaldırılmasıyla Kamu İhale Kurumu'nun re'sen araştırma yetkisi de elinden alınmaktadır. Yani Kurum'un kamu adına inceleme ve denetleme yapma yetki ve görevi ortadan kaldırılmaktadır.

4734 sayılı Yasa'nın "Kamu İhale Kurumu"nu düzenleyen 53 üncü maddesinin gerekçesinde bu Kurum'un işlevleri;

"ihale mevzuatına uyum sağlamak üzere, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip bir kurum kurulması gereği ortaya çıkmıştır.

Bu nedenle uluslararası örneklere paralel olarak; ihalenin başlangıcından sözleşmenin imzalanmasına kadar olan süre içinde İdarece yapılan işlemlerde mevzuata aykırılık bulunduğuna ilişkin şikayetleri incelemek ve sonuçlandırmak, bütün ihale mevzuatını hazırlamak ve uygulamayı yönlendirmek, kamu ve özel sektöre eğitim vermek……" olarak açıklanmaktadır.

İptali istenen kural ile, Kamu İhale Kurumu yukarda açıklanan gerçek işlevinden uzaklaştırılmakta ve kurumun kamu yararını gözetmek adına önemli bir görevi elinden alınmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 20.11.1990 gün ve E. 1990/13, K. 1990/30 sayılı Kararında;

"Anayasanın 2 nci maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk Devletidir." denilmektedir.

Yasaların kamu yararına dayanması gereği, kuşkusuz hukuk devletinin önde gelen koşullarından birisini oluşturmaktadır. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş anlayışını yansıtan kararlarında belirtildiği gibi;

Anayasanın 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 olmaksızın başka deyimle yalnızca özel çıkarlar veya yalnızca belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir yasa kuralı Anayasanın 2 nci maddesine aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir. Çıkarıldığı zaman kamu yarârına dayanan kuralın, koşulların değişmesi sonucunda kamu yararını karşılayamaz duruma geldiğinde dahi iptali gerekir.

Buna göre yasaların, amaç öğesindeki sakatlık başlıbaşına bir aykırılık nedeni oluşturabilecektir." denilmiştir.

Görüldüğü üzere, 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.

Kamu ihalelerinin incelenmesinin, idareler ile ihale komisyonlarının ihale sürecinde yaptıkları işlemlerden dolayı yapım müteahhidi, tedarikçi ve hizmet sunucusuna karşı Yasa ile ihdas edilmiş bulunan sorumluluklarının tespiti ihtiyacından doğan ve ihaleye aday ve istekli olmuş gerçek ve tüzel kişilerin itirazen şikayetiyle hayatiyet kazanan itirazen şikayet incelemesine indirgenmiş bir içerikle şikayet konusu edilmeyen tüm kamu ihalelerinin inceleme dışında bırakıldığı bir sistemi getiren düzenlemede kamu yararından söz edilemeyeceği çok açıktır.

Diğer taraftan Anayasanın 125 inci maddesinde "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne yer verilmiştir. Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

İptali istenen kural, "idarenin işlemlerinin yargısal denetimi" ilkesini zayıflatan bir kural olduğundan Anayasanın 125 nci maddesine de ters düşer.

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 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının "(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış;" tümcesi Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 125 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü Maddesinin (c) Fıkrasının sonuna eklenen Paragrafın Anayasa'ya Aykırılığı

20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasının sonuna eklenen iptali istenen paragraf ile Kamu İhale Kurulu'na "Dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmaktan vazgeçme yetkisi ile üst dereceli mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinden vazgeçme yetkisi…" verilmiştir.

Yasada usul ve esasları belirlenmeden Kurul'a dava açma, icra takibi, temyiz ve karar düzeltme haklarından vazgeçme yetkisi verilmiş diğer bir anlatımla belirtilen hususlar tümüyle Kurul'un takdirine bırakılmıştır. Bu durumda, iptali istenen kural ile yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmiş, yani yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek bir yetki devri yapılmıştır.

Anayasa'ya göre yürütmenin asli düzenleme yetkisi, Anayasa'nın gösterdiği ayrık haller dışında yoktur. Bu yetki Anayasa'nın 7 nci maddesinde Türkiye Büyük Millet Meclisine verilmiştir ve devredilemez. Yürütme, ancak yasayla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabilir.

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 18.6.1985 günlü, E.185/3, 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 Anayasa'nın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur.(Anayasa Mahkemesinin 22.6.1988 tarih E.1987/18,K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa. 2001)

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 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasının sonuna eklenen paragraf Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 53 üncü Maddesinin (j) Fıkrasının (2) numaralı Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Yasa'nın 53 üncü maddesinin (j) fıkrasında Kamu İhale Kurumunun gelirleri gösterilmiştir.

İptali istenen kural ile, Kurum'a yapılacak itirazen şikayet başvurularında alınacak başvuru bedelleri ihale yaklaşık maliyetleri ile ilişkilendirilmiş, şikayet hakkını kullanılamaz hale getiren yüksek başvuru bedellerinin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Anayasanın "Temel hak ve hürriyetlerin korunması" başlıklı 40 ıncı maddesinde,

"Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.

Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."

denilmiş ve bu maddenin gerekçesinde de,

"Bireylerin yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, merci ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir" açıklamasına yer verilmiştir.

Görüldüğü üzere, bireylerin sadece yargı önünde değil idari makamlar önünde de sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkan sağlanması anayasal bir zorunluluktur.

Hal böyle iken iptali istenen kural ile getirilen yüksek başvuru ücretleri, ihaleye aday ve istekli olmuş gerçek ve tüzel kişilerin Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvuruları kolaylaştırılmak yerine Anayasa'nın 13 üncü maddesine aykırı olarak ölçüsüzce sınırlandırmaktadır.

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 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 20 nci maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (j) fıkrasının (2) numaralı bendi Anayasa'nın 2 nci,11 inci ve 13 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 23 üncü Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İptali istenen kural ile, idarenin ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlarından, sadece şikayet ve itirazen şikayet üzerine alınanların itirazen şikayete konu edilebileceği ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kamu İhale Kurumuna başvuruda bulunulabileceği hükme bağlanmıştır. Böyle bir düzenlemenin; ihalenin iptaline ilişkin işlem ve karar, şayet şikayet ve itirazen

şikayet üzerine alınmamışsa idare hiçbir haklı neden göstermese dahi itirazen şikayete konu yapılamayacak ve Kuruma başvurulamayacak anlamına geldiği çok açıktır. İdare, ihale sürecini sonuçlandırmak istemez veya ihalenin üzerinde kaldığı istekliyi herhangi bir nedenle uygun bulmaz ise "Ben ihaleyi iptal ediyorum." diyebilecek ve ihaleyi alan istekli, haklı gerekçeleri de olsa, uzman kurum olan Kamu İhale Kurumuna itiraz edemeyecektir. Bu durumda, idareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi veren söz konu düzenlemenin, hukuk devleti ilkesi ilkesiyle bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

Nitekim yukarıda (1) numaralı başlık altında açıklanan Anayasa Mahkemesinin 17.04.2008 tarihli ve E.2005/5, K.2008/93 sayılı kararında "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, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir." denilmiştir.

Diğer taraftan iptali istenen kural ile, sadece keyfiliğin önü açılmamakta aynı zamanda Kamu İhale Kurumunun yetki ve görev alanı da daraltılmaktadır. Bu nedenle kamu yararına dayanmayan iptali istenen kural, yukarıda (3) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle de Anayasa'nın 2 nci maddesine 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 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 23 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

8) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 23 üncü Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı Maddesinin İkinci Fıkrasının Son Cümlesinin Anayasa'ya Aykırılığı

İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvurularını idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak diğer bir anlatımla idarenin şikayet başvurusu üzerine aldığı kararda belirtilen hususlarla sınırlı olarak incelemesini öngören iptali istenen düzenleme, Kamu İhale Kurulunun görev alanını daraltan kamu yararından bütünüyle koparan bir düzenlemedir.

Kamu alımlarının yıllık tutarının ülkemiz Gayri Safî Milli Hasılasının %10' una tekabül etmesi (Kamu İhale Kurumu Başkanının Bütçe Sunuş Konuşması, 25.11.2008); kamu alımlarının etkin bir şekilde denetlenmesinin ülke kalkınması açısından taşıdığı önemin, diğer bir anlatımla kamu ihalelerinin denetlenmesindeki kamu yararının açık bir göstergesidir.

Kamu alımları alanında düzenleyici ve denetleyici bağımsız bir idari otorite olan Kamu İhale Kurumunun, kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanılmasına, alımların saydam ve güvenilir ve her türlü şaibeden uzak bir ortamda yapılabilmesine yönelik denetimlerine sınırlamaların getirilmesinin kamu yararı ile bağdaşmayacağı kuşkusuzdur.

Bu nedenle ve yukarıda (4) numaralı başlık altında belirtilen nedenlerle iptali istenen kural Anayasa'nın 2 nci maddesine 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 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 23 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesi, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

9) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 27 Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun Ek 2 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesindeki "ile yapım işlerine" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Yasa'nın Ek" 2 maddesi değiştirilerek çerçeve anlaşmalar yoluyla İdareler sürekli biçimde ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları ile YAPIM İŞLERİNİN her defasında ihale yapmak yerine çerçeve anlaşmaya taraf olan istekli ve isteklilerden temin etmelerine imkan sağlama yolu açılmaktadır.

4734 sayılı Yasa'nın değişiklikten önceki hükmünde, çerçeve anlaşmalar sağlık hizmeti sunan idarelerin sürekli biçimde ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları için uygulanabilen bir yöntem olarak öngörülmüştü. Yapılan değişiklik ile çerçeve anlaşmanın kapsamı genişletilmiş ve yalnızca sağlık hizmeti sunan İdarelerce başvurulan bu yöntem, bütün İdareleri kapsar hale getirilmiş ve yalnızca mal ve hizmet alımları ile sınırlı olan bu anlaşma bu kez iptali istenen ibare ile "yapım işleri" de çerçeve anlaşmalar kapsamı içine alınmıştır.

Çerçeve anlaşma, sürekli biçimde gereksinim duyulan mal ve hizmet alımları için uygulanırken, yapım işlerinin de bu anlaşma kapsamına alınması düşündürücüdür. Zira, çerçeve anlaşma, ihale yasasının temel ilkeleri göz önünde tutulduğunda zorunlu olmadıkça başvurulabilecek bir yöntem değildir. İstisnai bir durumdur.

İptali istenen kural ile, yapım işlerinin de Yasa kapsamındaki tüm İdareler için başvurulacak bir yol olarak öngörülmesi, 4734 sayılı Kamu İhale Yasasının rekabet ilkesi ile eşit muamele ilkesini zedeleyen nitelikte taşımaktadır. Şöyle ki;

Çerçeve anlaşmanın bir istekli ile de yapılabilir olması, istekli sayısının üçten az olmamak üzere İdarece belirlenmesi hususları rekabet ilkesinin gözardı edildiğinin açık bir kanıtıdır. Sağlık hizmeti sunan İdareler için değişiklikten önceki düzenlemede bile istekli sayısının yirmibeş olabileceği öngörülmüştür. Çerçeve anlaşmanın süresinin 48 ay (4 yıl) olabileceği hususu da dikkate alındığında, yapım işlerinde de uygulanması öngörülen bu yöntemin; rekabet ve eşitlikten yoksun, istismara açık, İdarenin işi dilediğine verebilme olanağına sahip bir usul olduğu yadsınamaz.

Anayasanın 167 nci maddesi ile "Tekelciliğin her türlüsünün zararlarından fertleri ve toplumu korumak, toplumun huzur ve refahı ile de ilgilidir....tekel teşkil etmemekle beraber, tekel oluşturamayan üretim ve hizmet kuruluşlarının fiyat anlaşmaları, üretim hataları, coğrafi bölge paylaşma ve benzeri suretlerde gerçekleştirecekleri kartellerde yasaklanmıştır".

Açıklanan ve yukarıda (3) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 27 maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun Ek 2 nci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki "ile yapım işlerine" ibaresi Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 167 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

10) 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 30 uncu Maddesi ile 4734 sayılı Kanuna eklenen Geçici Madde 10'un Anayasa'ya Aykırılığı

4734 sayılı Yasa'daki görev süresi dolmadan boşalan üyeliklere yapılacak atamalarda, atananların görev süresinin, yerine atandıkları üyenin görev süresiyle sınırlandırılması kuralı aynen korunurken iptali istenen geçici madde 10 ile; "Kurulun mevcut başkan ve üyelerinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların görev süreleri atandıkları tarihten itibaren beş yıl olarak uygulanır." hükmü getirilerek kişiye özel bir düzenleme yapılmıştır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir. "Hukuk devleti" tüm etkinliklerinde hukuka, Anayasaya ve evrensel hukuk kurallarına ve ilkelerine uyan devlettir.

Evrensel hukuk ilkeleri, yasaların soyut, genel ve nesnel nitelik taşımasını gerektirir.

Yasaların genelliği ilkesi, yasaların özel, geçici veya güncel bir durumu gözeterek veya belli bir kişiyi hedef alarak yapılmamasını zorunlu kılar.

Öte yandan Anayasa'nın "yasa önünde eşitlik"i güvenceye almaya yönelik 10 uncu maddesinin aksine iptali istenen kural ile "yasa ile kişiye ayrıcalık" tanınmakta, başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların statülerini korumak için "özel" düzenleme yapılmaktadır ki, bu aynı zamanda "yasa önünde eşitlik ilkesi"nin de çiğnenmesi anlamına gelir.

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 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 30 uncu maddesi ile 4734 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 10, Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Kamu kaynaklarının verimli ve etkin kullanılmasına, alımların saydam ve güvenilir ve her türlü şaibeden uzak bir ortamda yapılabilmesine yönelik kamusal denetime sınırlamalar getiren, kamu ihalelerinde rekabet ve eşitlik ilkelerini zedeleyen düzenlemelerin uygulanması halinde sonradan giderilmesi 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 hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 20.11.2008 tarihli ve 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun;

1) 3 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 10 Maddesinin Üçüncü Fıkrasındaki "en fazla beşte bir oranında" ibarelerinin, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 20 inci maddesinin üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümlenin, Anayasa'nın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 6 ncı maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 20 inci maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin " ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri" tümcesinin, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 167 nci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 20 nci maddesinin birinci fıkrasının "(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış;" tümcesinin Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 125 inci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 20 nci Maddesi ile 4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafın, Anayasa'nın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 20 nci Maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 53 üncü Maddesinin (j) fıkrasının (2) numaralı bendinin, Anayasa'nın 2 nci,11 inci ve 13 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

7) 23 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

8) 23 üncü maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun 56 ncı maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, Anayasa'nın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

9) 27 maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kanunun Ek 2 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesindeki "ile yapım işlerine" ibaresinin, Anayasa'nın 2 nci, 11 inci ve 167 nci maddelerine aykırı olduğundan,

10) 30 uncu maddesi ile 4734 sayılı Kanuna eklenen geçici madde 10'un, Anayasa'nın 2 nci,10 uncu 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

20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenilen kuralları içeren maddeleri şu şekildedir:

1- 3. maddesiyle, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesi,

"Denetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler ilk beş yıl en fazla beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda gerçek kişiler ile tüzel kişilerin en az beş yıldır yarısından fazla hissesine sahip olan mühendis ve mimarların iş denetleme nedeniyle alacakları belgeler tam olarak, yönetim faaliyetleri nedeniyle alınacak belgeler **en fazla beşte bir oranında** dikkate alınır."

2- 6. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesi,

"Yapım işleri, hizmet ve mal alım ihalelerinden işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmesi nedeniyle açık ihale usulünün uygulanamadığı işlerin ihalesi **ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri** bu usule göre yaptırılabilir."

b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümle,

"**Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir.**"

3- 20. maddesinin birinci fıkrası,

"4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin **(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış;** (c) fıkrasının üçüncü paragrafının son cümlesi yürürlükten kaldırılmış, aynı fıkranın sonuna aşağıdaki

paragraf eklenmiş; (e) fıkrasının birinci paragrafının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, bu paragraftan sonra gelmek üzere aşağıdaki paragraflar eklenmiş ve mevcut ikinci paragrafın üçüncü ve dördüncü cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş; (h) fıkrasının birinci paragrafının ilk cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, aynı fıkranın ikinci paragrafının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiş; (i) fıkrasının altıncı paragrafının birinci cümlesinin başına "Kamu ihale uzmanlığı hariç olmak üzere" ibaresi eklenmiş, aynı fıkranın beşinci paragrafından sonra gelmek üzere aşağıdaki paragraf eklenmiş; (j) fıkrasının (2) ve (4) numaralı bentleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir."

4- 20. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin;

a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragraf,

"**Dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmaktan vazgeçme yetkisi ile üst dereceli mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinden vazgeçme yetkisi Kurula aittir.**"

b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendi,

"**2) Mal ve hizmet alımı ihalelerinde; yaklaşık maliyeti beşyüz bin Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda bin Yeni Türk Lirası, beşyüz bin ile bir milyon Yeni Türk Lirası arasında olanlarda iki bin Yeni Türk Lirası, bir milyon Yeni Türk Lirası ve üzerinde olanlarda üç bin Yeni Türk Lirası, yapım işi ihalelerinde yaklaşık maliyeti bir milyon Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda bin Yeni Türk Lirası, bir milyon ile on milyon Yeni Türk Lirasına kadar olanlarda iki bin Yeni Türk Lirası, on milyon ile yirmi milyon Yeni Türk Lirası arasında olanlarda üç bin Yeni Türk Lirası, yirmi milyon Yeni Türk Lirası ve üzerinde olanlarda dört bin Yeni Türk Lirası tutarındaki itirazen şikayet başvuru bedeli.**"

5- 23. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin;

a- Birinci fıkrası,

"İdareye şikayet başvurusunda bulunan veya idarece alınan kararı uygun bulmayan aday, istekli veya istekli olabilecekler tarafından 55 inci maddenin

dördüncü fıkrasında belirtilen hallerde ve sürede, sözleşme imzalanmadan önce itirazen şikayet başvurusunda bulunulabilir. **İhalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlardan, sadece şikayet ve itirazen şikayet üzerine alınanlar itirazen şikayete konu edilebilir ve bu kararlara karşı beş gün içinde doğrudan Kuruma başvuruda bulunulabilir.**"

b- İkinci fıkrası,

"Kurum itirazen şikayet başvurularını başvuru sahibinin iddiaları ile idarenin şikayet üzerine aldığı kararda belirlenen hususlar ve itiraz edilen işlemler bakımından eşit muamele ilkesinin ihlal edilip edilmediği açılarından inceler. **İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvuruları ise idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı incelenir.**"

6- 27. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrası,

"İdareler ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımları **ile yapım işlerine** ilişkin olarak açık ihale veya belli istekliler arasında ihale usulünü uygulamak kaydıyla çerçeve anlaşmalar yapabilir. Çerçeve anlaşmalar rekabeti engelleyici, sınırlayıcı veya bozucu şekilde kullanılamaz."

7- 30. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddesi,

"**GEÇİCİ MADDE 10 - Kurulun mevcut başkan ve üyelerinden bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların görev süreleri atandıkları tarihten itibaren beş yıl olarak uygulanır.**"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 13., 125. ve 167. 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, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımıyla 5.2.2009 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, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- 20.11.2008 Günlü, 5812 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. Maddesiyle, 4.1.2002 Günlü, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Değiştirilen Son Cümlesinde Yer Alan "…en fazla beşte bir oranında…" İbarelerinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nda, kamu harcaması yapılması gereken mal ve hizmet alımları ile yapım işleri ihalelerine ilişkin esas ve usuller belirlenmiştir. Kanun'un 10. maddesinde, işi yapabilecek nitelikteki isteklilerin ihalelere katılımını sağlamak amacıyla, isteklilerin ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesi için gerekli olan bilgi ve belgeler sayılmış ve Kanun kapsamında yapılan ihalelere katılabilmek için, istekliler tarafından daha önce ihale konusu iş veya benzeri işlerle ilgili deneyimini gösteren belgelerin istenilmesi esası benimsenmiştir.

İş deneyim belge tutarlarının değerlendirilmesinde; gerçek kişilerce denetim faaliyetleri nedeniyle alınan iş denetleme belgesi tutarları, gerçek kişinin ilgisine göre ticaret ve/veya sanayi odasına veya esnaf ve sanatkâr odasına kaydolduğu tarihten itibaren ilk beş yıl beşte bir oranında, daha sonraki yıllarda tam olarak, yönetim faaliyetleri nedeniyle alınan belge tutarları beşte bir oranında dikkate alınmaktadır.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen ibarelerin belirlilik, öngörülebilirlik özelliklerini taşımadığı ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem de içermediğinden farklı ve keyfi uygulamalara neden olabileceği, bu düzenlemenin Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmelidir. 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.

Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, yasama organı, yasa yaparken bütün ihtimalleri göz önünde bulundurarak ayrıntılı hükümler koyabilir ya da Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini zorunlu kıldığı hususlar dışında bir konuyu isterse soyut bir şekilde düzenleyerek genel ilkeleri ve çerçeveyi belirleyip ayrıntıları alt düzenleyici işlemlere bırakabilir. Bu husus kanun koyucunun takdir yetkisi içindedir.

"Belirlilik" ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gerekliliklerî karşılaması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

4734 sayılı Kanun'un 10. maddesinde, iş deneyim belgesinin kimler tarafından nasıl kullanılacağı ve belge türlerine göre hangi oranlarda değerlendirmeye tabi tutulacağına ilişkin genel ilkelerin belirlendiği görülmekle

birlikte, iş deneyim belgelerinin düzenleme koşulları, deneyim tutarının tespiti ve deneyim belgelerinin verilmesi ve kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin ikincil mevzuata bırakıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) fıkrasının (2) numaralı bendinde, "Kamu İhale Kanunu ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na ilişkin bütün mevzuatı, standart ihale dokümanlarını ve tip sözleşmeleri hazırlamak, geliştirmek ve uygulamayı yönlendirmek" yetkisi idari ve mali özerkliği bulunan Kamu İhale Kurumu'na verilmiştir.

Kanun koyucu tarafından işi bizzat gerçekleştiren yüklenicilerin iş deneyiminin tam olarak değerlendirileceğinin hükme bağlanmasına karşılık, denetim faaliyeti nedeniyle elde edilecek deneyim belgesinin ilk beş yıl içinde en fazla 1/5 ve yönetim faaliyetleri nedeni ile elde edilecek deneyimin en fazla 1/5 oranında değerlendirileceği belirtilmek suretiyle Kamu İhale Kurumu'na bu alanda belirleme yapma hususunda yetki tanınmıştır.

Nitekim, Kamu İhale Kurumu tarafından hazırlanıp 4.3.2009 günlü, 27159 Mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği'nin 48. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde ise, iş yönetme ve denetleme belgelerinin 1/5 oranında değerlendirileceği ifade edilmiştir.

Kurum tarafından kendisine Kanun ile tanınan yetki içerisinde, Kanun ile getirilen azami sınırlar dikkate alınarak düzenleme yapıldığı anlaşılmakta olup, bu durumda iptali istenen "en fazla beşte bir oranında" ibaresi bir belirsizlik içermediğinden kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

2- Kanun'un 6. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un 20. Maddesinin;

a- Birinci Fıkrasının Değiştirilen Son Cümlesinde Yer Alan "…ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri…" İbaresinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

5812 sayılı Kanun değişikliğiyle belli istekliler arasında ihale usulüyle ihale edilebilecek işlere, yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım

işleri de eklenmiştir. Bu düzenlemeye göre; yapım işleri, mal ve hizmet alım ihalelerinden, işin özelliği uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektiren işler ile bu şart aranmadan yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işleri de idarenin tercih ve takdiri doğrultusunda belli istekliler arasında ihale usulüyle yaptırılabilecektir.

4734 sayılı Kanun'un "Temel İlkeler" başlıklı 5. maddesinin dördüncü fıkrasında; "Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir. Diğer ihale usulleri Kanunda belirtilen özel hallerde kullanılabilir." hükmü mevcuttur. Bu hükme göre, açık ihale usulünün yanı sıra belli istekliler arasında ihale usulü de temel ihale usulü olarak kabul edilmiştir.

Hem belli istekliler arasında ihale usulünde hem de açık ihale usulünde, isteklilerin ihale dokümanında belirlenen yeterlik kriterlerini sağlayıp sağlamadığı idarelerce incelenmektedir. Açık ihale usulünde istekliler tarafından yeterlik kriterini sağladığını ispatlayan belgeler teklifleri ile birlikte sunulurken, belli istekliler arasında ihale usulünde yeterlik kriterini sağladığını ispatlayan belgeler birinci aşamada sunulduktan sonra yeterli kabul edilen isteklilerce teklifler ikinci aşamada sunulur. Burada, açık ihale usulünde tek aşamada gerçekleştirilen işlemler iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile işin özelliğinin uzmanlık ve/veya ileri teknoloji gerektirmemesine rağmen yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihalelerinin de "Belli İstekliler Arasında İhale Usulü" kapsamına alındığı, bu usulün kapsamının bu şekilde genişletilmesinin 4734 sayılı Kanun'un 5. maddesindeki rekabet ve eşitlik ilkelerini ortadan kaldırabileceği, ayrıca bu usulde idarelerin yeterli olan tüm isteklileri ihaleye davet etmek zorunda olmayıp belirleyecekleri kriterlere göre bunlar arasında belli sayıda istekli davet edebilecekleri, böyle bir düzenlemenin, yapım işleri ihalelerinin idarenin belirleyeceği isteklilere verilmesinin önünü açan bir düzenleme niteliği taşıdığından, Anayasa'nın 11. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici

tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler." denilmektedir.

İdarelerce yapılacak işlemlerin mevzuata uygun olması ve uygulamada birlik ve objektifliğin sağlanması amacıyla Kamu İhale Kurumu tarafından Kanun'un 53. maddesine dayanılarak ikincil mevzuat çıkarılmaktadır. 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yapılan değişikliğin uygulanmasını göstermek üzere 5.3.2009 günlü, 27160 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Mal Alımı, Hizmet Alımı, Yapım İşleri ve Danışmanlık Hizmet Alımı İhaleleri Uygulama Yönetmeliklerinde yeterliğin belirlenmesinde uyulacak ilkelere yer verilmiştir. Bu düzenlemelerde, ihaleye katılmak isteyen firmaların hangi kriterlere göre puanlanacağı, bu kriterlerin hangi oranda etkili olacağı ayrıntılı bir biçimde gösterilmiştir. Yapılan puanlama sonrası idare, aldıkları puan sırasına göre en yüksek puana sahip firmaları beşten az olmamak üzere teklif vermeye davet edebilmektedir.

Açık ihale usulünde, ihaleye teklif sunan tek istekli olması halinde dahi üzerinde ihale bırakılarak sözleşme imzalanmasına bir engel bulunmamasına rağmen, belli istekliler arasında ihale usulünde, ihaleye davet edilebilecek aday sayısının beşten az olması veya teklif veren istekli sayısının üçten az olması halinde ihalenin iptal edileceği hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla bu usulde tekelleşme ve kartelleşme oluşması fiilen ve hukuken mümkün görülmemektedir.

Kaldı ki, İdarelerce bu işlemlerin hem kanuna hem de Kurum tarafından yayınlanan yönetmelik, tebliğ, tip şartname, tip sözleşme ve düzenleyici kararlara uygun olarak yapılmaması halinde, Kanun'un 54., 55., 56. ve 57. maddelerine göre; ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabilecekleri gibi alınan kararlar da yargı denetimine tabi bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 167. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- Üçüncü Fıkrasının Sonuna Eklenen "Ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla; yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda

istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilir." Cümlesinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

Belli istekliler arasında ihale usulünün ön yeterlik aşamasında, adayların ekonomik ve mali yeterlik ile mesleki ve teknik yeterlik yönünden belirlenen kriterleri sağlayıp sağlamadıklarına bakılmaktadır. Ön yeterlik değerlendirmesi, Uygulama Yönetmelikleri ekinde yer alan Tip Ön Yeterlik Şartnamesi kurallarına göre gerçekleştirilmektedir.

5812 sayılı Kanun değişikliğinden önce, ön yeterlik şartnamesinde belirlenen asgari yeterlik kriterlerini sağlayan tüm adayların teklif vermeye davet edilmesi zorunluluğu bulunmakta iken, söz konusu Kanun'un, 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yaptığı değişiklikle idareye belli puanlama kriterleri uygulamak suretiyle sınırlı sayıda adayı teklif vermeye davet etme olanağı sağlanmıştır.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile idarelerin yeterli olan tüm isteklileri davet etmeyebilecekleri ve bu istekliler arasından önceden belirleyecekleri kriterlere göre belli sayıda isteklinin yer aldığı bir liste oluşturabilecekleri ve yalnızca bunları davet edebilecekleri, yeterli olan tüm isteklilerin ihaleye davet edilmemesinin eşitlik ve bunun sonucu olan fırsat eşitliği ilkesine aykırı olduğu, ayrıca bu düzenlemenin ihaleye katılımı azaltacağından kamu yararına dayanmadığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 10. ve 11. 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.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan

kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Belli istekliler arasında ihale usulü iki aşamalı olarak gerçekleştirilmektedir. İlk aşamada, 4734 sayılı Kanun'un 10. maddesine uygun olarak belirlenen ve ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilânında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre adayların ön yeterlik değerlendirmesi yapılmaktadır. Bu aşamada ihaleye katılan adayların ihale konusu işi yapabilmeleri için gerekli olan ekonomik, mali, mesleki ve teknik yeterliklerinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi yapılmaktadır. Daha sonra, idare tarafından ön yeterlik ilanında ve dokümanında belirtilmek kaydıyla yeterlikleri tespit edilenler arasından dokümanda belirtilen kriterlere göre sıralanarak listeye alınan belli sayıda istekli veya yeterli bulunan isteklilerin tamamı teklif vermeye davet edilebilmektedir.

Belli istekliler arasında ihale usulünde yapılacak ihalelerin ilanları da 4734 sayılı Kanun'a tabidir. Bu durumda, ilan yoluyla ihalelerden haberdar olan adayların, ön yeterlik başvurusu engellenmediği gibi hak kaybına uğrayanların itiraz yoluna başvurması da mümkün bulunmaktadır.

İptali istenen düzenleme ile objektif değerlendirme kriterlerinin ihalenin başında ilgililere duyurulması, katılacak herkesin eşit muamele görmesinin sağlanması ve ihale sürecinin daha açık ve etkin olarak sonuçlandırılmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un 20. maddesi uyarınca da, ikinci aşamaya katılacak ve teklif verecek istekli sayısı idarelerce beşten az belirlenemeyecektir. Ayrıca teklif vermeye davet edilen istekliler arasından en az üçünün teklifte bulunmaması halinde de ihale iptal edilecektir.

Yukarıda belirtilen açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, iptali istenen kuralla getirilen düzenleme eşitlik ve bunun sonucu olan fırsat eşitliği ilkesine aykırı olmadığı gibi, ihaleye katılımı azaltıcı nitelikte olmadığı gibi rekabeti engelleyici bir durum da bulunmamaktadır.

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

3- Kanun'un 20. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan "…(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; …" İbaresinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

İptali istenilen kural ile 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen "Kurum gerekli gördüğü takdirde, bu Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık bulunduğuna ilişkin iddiaları da inceler ve sonuçlandırır." hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

Söz konusu değişikliğin gerekçesinde, *"4734 sayılı Kanunun 53 üncü maddesinin (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragrafın yürürlükten kaldırılması öngörülmek suretiyle, 4734 sayılı Kanunun sistematiği açısından Kamu İhale Kurumuna itirazen şikayet başvurularını inceleme yetki ve görevinin verilmesi nedeniyle itirazen şikayet başvurusuna konu edilmeyen ve niteliği itibariyle teftiş veya soruşturma konusu edilebilecek hususlarda Kurumun iddiaları inceleyeceğine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmaktadır."* denilmektedir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile Kamu İhale Kurumu'nun re'sen araştırma yetkisinin elinden alındığı yani Kurumun kamu adına inceleme ve denetleme yapma yetki ve görevinin ortadan kaldırıldığı, itirazen şikayet incelemesine indirgenmiş bir içerikle şikayet konusu edilmeyen tüm kamu ihalelerinin inceleme dışında bırakıldığı bir sistemi getiren düzenlemede kamu yararından söz edilemeyeceği, ayrıca "idarenin işlemlerinin yargısal denetimi" ilkesini zayıflatan bir kural olduğu, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 11. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden birisi de kanunların kamu yararı amacıyla çıkarılmasıdır. Bütün organları üzerinde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olduğu, kanun koyucunun faaliyetlerinde Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlı bulunduğu hukuk devletinde; kanunların çıkartılabilmesi için kamu yararının

bulunması şarttır. Bir kuralın Anayasaya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı konusunda Anayasa Mahkemesi'nin yapacağı inceleme kanunun yalnızca kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığını araştırmaktır. Bir kanunun kamu yararını gerçekleştirip gerçekleştirmediği veya ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunudur ve kanun koyucunun takdiri kapsamındadır.

5812 sayılı Kanun ile 4734 sayılı Kanun'un 54., 55. ve 56. maddelerinde yapılan değişiklikle 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere yönelik olarak yapılacak şikayet ve itirazen şikayet başvurularının şekli, başvuruda bulunanların ehliyeti, şikayet başvurularının idarece incelenmesi ve itirazen şikayet başvurusuna konu edilecek başvurular ile bu başvuruların incelenmesi sırasında Kamu İhale Kurumu tarafından gözetilecek hususlara ilişkin olarak kanun koyucu tarafından yapılan düzenlemeler ile 4734 sayılı Kanun kapsamında yapılan ihalelere ancak hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler tarafından yapılan şikayet ve itirazen şikayet başvurusunun incelenebileceği öngörülmüştür. Kamu İhale Kurumu'na itirazen şikayet dışında bir yöntemle ihaleleri inceleme görev ve yetkisi ise verilmemiştir. Kanun ve ilgili mevzuat hükümlerine aykırılık halinde Kamu İhale Kurumu'nun kendiliğinden inceleme yetkisi kaldırılmış olmakla birlikte söz konusu husus niteliği itibariyle teftiş ve soruşturma konusu olabileceğinden idare, müfettişler eliyle bu konuda her zaman denetim gerçekleştirebilecektir.

Aksi yönde çok açık deliller olmadıkça yasama organının kamu yararı amacıyla hareket ettiğinin kabulü gerekir. Kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla değişik yol veya araçlar arasında yapılacak tercih, kanun koyucunun takdirine girer. Söz konusu düzenlemelere paralel olarak itirazen şikayet dışında Kurum'un kendiliğinden inceleme yapabileceğini öngören düzenlemenin yürürlükten kaldırılması da kanun koyucunun takdiri içerisinde kalan bir husus olup, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Diğer yandan, ilgililer tarafından ihale sürecinde ya da sözleşme imzalanmasından sonra hukuka aykırı görülen işlemlerin tamamının yargı mercilerinin önüne taşınarak, idarenin işleminin yargısal denetiminin sağlanması mümkün olduğundan, söz konusu hükmün kaldırılması Anayasa'nın 125. maddesine de aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

4- Kanun'un 20. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un 53. Maddesinin;

a- (c) Fıkrasının Sonuna Eklenen Paragrafın İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

5812 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafla getirilen düzenleme ile dava açma, icra takibi yapma ve mahkemelerce verilen kararlara karşı üst mercilere başvurmaktan vazgeçme ile üst dereceli mahkemelerce verilen kararlara karşı karar düzeltme yoluna gidilmesinden vazgeçme hususunda Kamu İhale Kurumu'nun karar organı olan Kamu İhale Kurulu'na yetki verilmiştir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Kanun'da usul ve esasları belirlenmeden Kurul'a dava açma, icra takibi, temyiz ve karar düzeltme haklarından vazgeçme yetkisi verildiği, bu durumda yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilerek yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek bir yetki devri yapıldığı, bu nedenle düzenlemenin Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez.*"; 8. maddesinde de "*yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*" denilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesine göre, yasama organı anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla herhangi bir alanı düzenleme yetkisine sahip bulunmaktadır. Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel, esasları 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, kanunlarla düzenlenmemiş bir alanda, kanun ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ancak ekonomik olayların niteliği, gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğu, yasama organının yapısı ve işleyiş biçimi, yasama organının

yürütme organını yetkilendirmesini gerekli kılabilir. Bu gibi durumlarda yasama organı, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususları yürütme organına bırakabilir. Yürütme organına tanınan yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için sınırlı, ilkeleri ve çerçevesi kanun ile belirlenmiş ve uzmanlık ve yönetim tekniğine yönelik bir konuya ilişkin bulunması gerekmektedir. 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.

İptali istenilen kural ile Kamu İhale Kurumu tarafından üçüncü kişiler aleyhine dava açılması ve icra takibi başlatılması ile maddi veya hukuki sebeplerle takip edilmesinde fayda umulmayan durumlarda mahkemelerce verilen her türlü karara karşı üst mercilere başvurmaktan vazgeçme yetkisi Kamu İhale Kurulu'na verilmiştir. Ancak, hukuki bir yarar sağlamayacağının ve bunun usul ekonomisi ile bağdaşmayacağının açık ve kesin bir biçimde belli olduğu durumlarda söz konusu yetkilerin kullanılabileceği tabiidir.

Bu nedenle söz konusu düzenleme yasama yetkisinin devri niteliği taşımadığından, Anayasa'nın 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- (J) Fıkrasının Değiştirilen (2) Numaralı Bendinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

İptali istenilen kural ile Kuruma yapılan itirazen şikayet başvurularından alınmakta olan başvuru bedeli, ihalelerin niteliği ve parasal büyüklükleri göz önünde tutularak yeniden belirlenmiştir. Bu değişiklikle Kuruma ödenecek başvuru bedelleri hem artırılmış hem de başvuruya konu edilecek ihalenin yaklaşık maliyet tutarıyla bağlantılı olarak kademeli bir belirleme yapılmıştır.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikayet başvurularında getirilen yüksek başvuru ücretlerinin, ihaleye aday ve istekli olmuş gerçek ve tüzel kişilerin başvurularını ölçüsüzce sınırlandırdığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural ile mal, hizmet veya yapım işleri ihalelerine ilişkin olarak Kamu İhale Kurumu'na yapılacak itirazen şikâyet başvurusu bedelleri yaklaşık maliyetle ilişkilendirilmiş ve buna göre mal, hizmet, yapım işleri ihalelerinde itirazen şikayet başvuru bedellerinin, ihalelerin yaklaşık maliyetlerine göre kademeli olarak artırılıp azaltılması esası getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin önemli ilkelerinden birisi de ölçülülük ilkesidir. Buna göre, hak ve özgürlüklerin kullanım alanına ilişkin kuralların hakkaniyete uygun, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi gerekmektedir.

İptali istenilen kural ile Kuruma yapılan itirazen şikayet başvurularından alınmakta olan başvuru bedeli, ihalelerin niteliği ve parasal büyüklükleri göz önünde tutularak yeniden belirlenmiştir. Düzenlemenin amacının; şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunacakları iyi niyetli, esas saiki hak arama amacı olan, özenli biçimde hazırlanmış başvurulara sevk etmek, bununla birlikte şikayet ve itirazen şikayet sürecinin hızlı ve etkili biçimde gerçekleşmesini temin etmek olduğu anlaşıldığından, itirazen şikayet başvurularından bedel alınmasının ve bu bedelin yaklaşık maliyete göre kademeli olarak artmasının amaç ve araç arasında makul ve uygun bir ilişki kurduğu ve düzenlemenin amacına ulaşmaya elverişli olduğu görülmekle, kuralın ölçüsüzce düzenlendiği söylenemeyeceğinden söz konusu düzenleme Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

5- Kanun'un 23. Maddesiyle 4734 Sayılı Kanun'un Değiştirilen 56. Maddesinin;

a- Birinci Fıkrasının Son Cümlesinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

İhale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, Kanun'da belirtilen şekil ve usul kurallarına uygun olmak şartıyla şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabilirler.

Şikayet başvuruları idareye, itirazen şikayet başvuruları ise Kamu İhale Kurumu'na yapılmaktadır. Başvurunun konusunu bir hak kaybının veya zararın fiilen doğması oluşturabileceği gibi, muhtemel hak kaybı veya zarar riskleri de başvuruya konu edilebilmektedir.

Getirilen değişiklikle Kamu İhale Kurumu'nun iptal işlemlerini denetleme yetkisi idarenin her durumda ve aşamada yaptığı iptalleri değil, sadece şikayet ve itirazen şikayet süreci başladıktan sonra gerçekleştirdiği ihale iptallerini kapsamaktadır.

İdare, kendisine ulaşmış bir şikayet başvurusu yokken, kendi tespit, takdir ve değerlendirmelerine göre her hangi bir aşamada ihaleyi iptal etmişse bu işlem dolayısıyla Kamu İhale Kurumu'na başvurulamayacaktır. Ancak idare, kendisine ulaşmış bir şikayet başvuru süreci devam ederken veya Kamu İhale Kurumu itirazen şikayet süreci sonunda düzeltici işlem veya şikayet başvurusunun uygun bulunmadığı yönünde bir karar verdikten sonra ihaleyi iptal etme kararı almışsa, bu karar ilgililerce doğrudan Kamu İhale Kurumu'na başvuru konusu yapılabilecek ve Kurum idarenin iptal gerekçelerinin hukuka uygunluğunu incelemek suretiyle, gerekçeyi uygun bulmazsa iptalin iptaline veya iptal gerekçesini uygun bulursa itirazen şikayet başvurusunun reddine karar verebilecektir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile idarenin ihalenin iptaline ilişkin işlem ve kararlarından, sadece şikayet ve itirazen şikayet üzerine alınanların itirazen şikayete konu edilebileceği, böyle bir düzenlemenin idareye keyfi uygulamalara yol açabilecek çok geniş takdir yetkisi verdiği, aynı zamanda Kamu İhale Kurumu'nun yetki ve görev alanı daraltıldığından kamu yararına dayanmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4734 sayılı Kanun'un 11., 16., 39. ve 40. maddelerine dayanarak idare tarafından re'sen ya da 54. maddesi uyarınca şikayet üzerine ihalenin iptali mümkün bulunmaktadır.

İptali istenen kuralda, şikayet ve itirazen şikayet üzerine idarenin alacağı iptal kararının itirazen şikayete konu edilebileceği, buna karşılık Kanun'un diğer

hükümlerine dayanılarak alınacak iptal kararlarına karşı ise itirazen şikayet yoluna başvurulamayacağı öngörülmektedir.

5812 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu, 4734 sayılı Kanun'un 11., 16., 39. ve 40. maddelerinde bulunan ihale işlemlerinin iptali ile ilgili düzenlemelere dayanılarak ihalenin idarece iptaline karar verilmesi halinde, geçmişe yönelik olarak ihale işlemleri geçersiz sayılacağından ve artık ortada bir ihaleden ve ihaleye ilişkin bir süreçten bahsetme olanağı kalmadığından, anılan maddelere dayanılarak tesis edilen ihalenin iptali işlemine yönelik olarak, Kamu İhale Kurumu'na bir itirazen şikayet başvurusunda bulunma olanağından söz edilemeyecek, ancak bu işlemlerin idari yargıda dava konusu edilmesi mümkün olabilecektir.

4734 sayılı Kanun'un 11., 16., 39. ve 40. maddeleri hükümleri uyarınca ihalenin idarece iptali işlemine karşı doğrudan yargı yoluna başvurulabileceği, 54. maddesi uyarınca şikayet üzerine idarenin alacağı karar ile itirazen şikayet üzerine Kurul tarafından alınan kararlara karşı itirazen şikayet başvurusunda bulunulabileceği göz önüne alındığında ve doğrudan idarece iptal edilen ihaleden sonra aynı amaçla açılan ihalelerin de idari ya da yargısal başvurulara konu edilmesi her zaman mümkün bulunduğundan, söz konusu düzenlemenin idareye keyfi uygulamalara yol açabilecek şekilde çok geniş takdir yetkisi verdiği söylenemez. Değişiklikten önce Kurumun bu yetkiyi geniş ve etkin biçimde kullanması tartışmaları neticesinde, idareyi ihale yapmaya zorlama anlamına gelecek bu tür tasarrufların sınırlandırılması kanun koyucunun takdirinde olup, düzenleme, hukuk devletinin gereği olarak gözetilmesi gereken kamu yararına aykırılık oluşturmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

b- İkinci Fıkrasının Son Cümlesinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

4734 sayılı Kanun'un 54. maddesi uyarınca şikayet başvurusu üzerine idarenin alacağı karar ile itirazen şikayet üzerine Kamu İhale Kurulu tarafından alınan kararların uygulamasından kaçınmak üzere ihalenin iptaline karar verilmesi halinde, bu kararlara karşı Kamu İhale Kurumuna yapılan itirazen şikayet başvurusu üzerine, ihalenin iptaline ilişkin olarak idarece tesis edilen işlemin ihale mevzuatına uygunluğunun Kamu İhale Kurumunca yapılan

denetiminin, idari işlemin unsurları ve idarece iptal nedeni olarak gösterilen gerekçeler ile sınırlı olarak yapılması öngörülmüştür.

Söz konusu değişiklikle, Kurumun ilk başta "re'sen inceleme" ve daha sonra "bağlantılı inceleme" adı altında uygulaya geldiği şikayet konuları dışına taşan denetim yetkisine son verilmiştir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen düzenleme ile İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvurularının idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak incelenmesi öngörülerek Kamu İhale Kurulu'nun görev alanı daraltıldığından kamu yararına dayanmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural ile İdare tarafından şikayet veya itirazen şikayet üzerine alınan ihalenin iptal edilmesi işlemine karşı yapılacak itirazen şikayet başvurusu üzerine, Kamu İhale Kurumu tarafından yapılacak incelemenin, idarenin iptal gerekçeleriyle sınırlı olması öngörülmektedir.

Şikayet başvurusu üzerine ihalenin idare tarafından iptali durumunda, ihale süreci sona ermekte ve bu süreçte tesis edilmiş idari işlemler tesis tarihi itibariyle ortadan kaldırılmaktadır.

İdareye yapılan şikayet başvurusu üzerine idarece ihalenin iptaline karar verilmesi işlemine karşı yapılan itirazen şikayet başvurusunun Kamu İhale Kurumu tarafından incelenmesi sonucunda, ihalenin iptali işleminin iptaline karar verilmesi halinde, ihale sürecinde iptal edilen işlemden önceki süreçte yapılan ihale işlemlerinden mevzuata aykırı olarak tesis edilenler kaldırılarak mevzuata uygun hale getirilmek suretiyle ihalenin kaldığı yerden devam etmesi sağlanmaktadır.

İhalenin iptaline ilişkin kararın kaldırılmasından sonraki aşamada idarece ihale sürecinde tesis edilen işlemlerden dolayı bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler tarafından tekrar şikayet ve itirazen şikayet yoluna başvurulması mümkün olup, yapılacak başvuru neticesinde ihale sürecinde idarece tesis edilen işlemler yeniden denetlenebilecektir.

Düzenlemenin, idari başvuru yolunun amaca uygun biçimde kullanılmasını temin bakımından iptal gerekçeleriyle sınırlı olarak incelenmesinin, aynı zamanda inceleme sürecinin kısa sürede sonuçlandırılmasını amaçladığı anlaşıldığından, kuralın kamu yararına aykırı olarak yasalaştırıldığından söz edilemez. Bu nedenle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

6- Kanun'un 27. Maddesiyle, 4734 Sayılı Kanun'un Değiştirilen Ek 2. Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesinde Yer Alan "…ile yapım işlerine…" İbaresinin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

4734 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesinde yapılan değişiklikle Kanun kapsamındaki idarelerin ihtiyaç duydukları mal ve hizmet alımı ile yapım işlerinin, açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulünü kullanmak ve 4734 sayılı Kanun'un 13. maddesinde belirtilen ihale ilan süreleri ve kurallarına uymak kaydıyla ve belli bir süre için, her defasında ihale yapmak yerine "Çerçeve Anlaşma"ya taraf olan isteklilerden temin etmelerine imkan sağlanmaktadır.

Kanun'un değişiklik öncesi halinde yalnızca sağlık hizmeti sunan idarelerin mal ve hizmet alımlarında çerçeve anlaşma yöntemini kullanabilecekleri ifade edilirken, değişiklik sonrası tüm idarelerin ihtiyaç duyduklarında mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini çerçeve anlaşmalar yaparak temin edebilecekleri/ yaptırabilecekleri hüküm altına alınmış ve çerçeve anlaşmaların kapsamı genişletilmiştir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile yapım işlerinin de Kanun kapsamındaki tüm idareler için çerçeve anlaşma içinde başvurulacak bir yol olarak öngörülmesinin, 4734 sayılı Kanun'un rekabet ilkesi ile eşit muamele ilkesini zedelediği, böyle bir düzenlemenin, yapım işleri ihalelerinin idarenin belirleyeceği isteklilere verilmesinin önünü tümüyle açan bir düzenleme olduğu, bu nedenle Anayasa'nın 2., 11. ve 167. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 167. maddesinin ilk fıkrasında; "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*" denilmektedir. Maddede yalnız, tekelleşme değil, tekel oluşturmayan üretim ve hizmet kuruluşlarının 'fiyat anlaşmaları', 'coğrafi bölge paylaşma' ve 'benzeri suretle' gerçekleştirilecek kartelleşme de yasaklanmış; Devlet, bunu engelleyici önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Böylece rekabetin ortadan kaldırılması, tekellerin ve kartellerin fiyatları oluşturması ve etkilemesi önlenmek istenmiştir.

Devletin tekelleşmeyi ve kartelleşmeyi önlemek görevi, temelde tüketiciyi koruma amacı gütmektedir. Bu da ancak, tekelleşme ve kartelleşmelerin önlenerek özgür rekabet ortamının sağlanması ile güvenceye alınabilir. Piyasa ekonomisinin etkinliği, serbest rekabet koşullarının varlığına bağlıdır. Tekelleşmeye veya kartelleşmeye olanak veren ortamlarda piyasa ekonomisi etkinliğini yitirir. Bu nedenle, yasal düzenlemelerde, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemeye, dolayısıyla bireyleri ve toplumu korumaya yönelik kuralların bulunması zorunludur. Bu husus, Anayasa'nın 5. maddesindeki Devlet'in 'kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak' görevleri ile de doğrudan ilgilidir.

İptali istenilen kuralla, tüm idarelerin ihtiyaç duyduklarında mal ve hizmet alımları ile yapım işlerini çerçeve anlaşmalar yoluyla temin edebilecekleri ya da yaptırabilecekleri hüküm altına alınmıştır.

Maddede; çerçeve anlaşmaların süresinin 4 yılı geçemeyeceği, çerçeve anlaşma kapsamında temin edilecek mal ve hizmet alımları ile yapım işlerinin ilan edileceği, anlaşma kapsamında karşılanması planlanan tahmini ihtiyaç miktarlarının ilanda gösterileceği, çerçeve anlaşmaların rekabeti engelleyici, bozucu veya sınırlayıcı şekilde kullanılamayacağı, bu anlaşmalara dayalı olarak yapılacak alımlarda çerçeve anlaşmanın kurallarının değiştirilemeyeceği ve çerçeve anlaşma yapılmış olmasının, idareye alım yapma yükümlülüğü getirmeyeceği ve idare tarafından gerekli görülmesi halinde, çerçeve anlaşma kapsamındaki ihtiyaçların bu Kanun'da yer alan diğer usulleri kullanmak suretiyle de temin edebileceğine ilişkin düzenlemelere yer verilmek suretiyle, tekelci bir piyasa yapısının oluşmasının önlenmesine yönelik düzenlemeler yapıldığı görülmektedir.

Çerçeve anlaşmaların yapılma süreci 4734 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesi ile Kanun'da yer alan açık ihale ve belli istekliler arasında ihale usulüne tabi tutulduğundan çerçeve anlaşmanın kapsamı ve ihale önceden ilan edilmekte ve tüm isteklilerin dahil olabilecekleri süreçler başlamaktadır. Çerçeve anlaşma ile kanun koyucunun süreklilik arz eden işlerde her yıl ihale yapılarak emek, zaman ve maliyet kaybına yol açan ihale tekrarlarını önlemek ve çerçeve anlaşma kapsamında uzun süreli (en fazla dört yıl) alım yapabilme imkanı sağlamak istediği anlaşılmaktadır.

4734 sayılı Kanun'un ihale süreçlerine tabi bir uygulama, Kanun'un özü gereği rekabete açık bir ortamda ihale süreçlerinin gerçekleştirilmesini hedeflediğinden tekelci bir piyasa oluşturulması mümkün görünmemektedir. Ayrıca, idarelerce bu işlemlerin hem kanuna hem de Kurum tarafından yayınlanan yönetmelik, tebliğ, tip şartname, tip sözleşme ve düzenleyici kararlara uygun olarak yapılmaması halinde, ihale sürecindeki hukuka aykırı işlem veya eylemler nedeniyle bir hak kaybına veya zarara uğradığını veya zarara uğramasının muhtemel olduğunu iddia eden aday veya istekli ile istekli olabilecekler, şikayet ve itirazen şikayet başvurusunda bulunabilecekleri gibi alınan kararlar da yargı denetimine tabi bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 167. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

7- Kanun'un 30. Maddesiyle, 4734 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 10. Maddenin İncelenmesi

Anlam ve Kapsam

İptali istenen düzenleme ile Kamu İhale Kurulu'nun mevcut başkan ve üyelerinden 5812 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atanmış olanların görev sürelerinin atandıkları tarihten itibaren beş yıl olarak uygulanacağı belirtilmiştir.

Değişikliğin gerekçesine bakıldığında, "Kanunun 53 üncü maddesinde yapılan ve kalan sürenin tamamlanması şeklindeki düzenlemeyi yürürlükten kaldıran hükmün, bu değişiklikten önce atanan ve halen görev yapmakta olan üyeler için de geçerli olması sağlanmaktadır." şeklinde bir açıklamaya yer verildiği ve bu haliyle de yapılan değişikliğin müstakil bir değişiklik

olmadığı 53. maddede yapılan değişiklik ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği görülmektedir.

Atıfta bulunulan 53. maddeye ilişkin değişikliğin ise anılan maddenin (c) fıkrasının üçüncü bendinin son cümlesinde yer alan "Bu durumlarda atanan üye, yerine atandığı üyenin görev süresini tamamlar." düzenlemesini yürürlükten kaldırdığı görülmektedir. Bu düzenleme sonrasında Kanun'da sayılan nedenlerden dolayı görevden alma nedeniyle veya süresi dolmadan herhangi bir sebeple boşalan Kurul üyeliklerine bir ay içerisinde Kanun'da belirtilen esaslara göre yeniden atama yapılacağı belirtilmekte ve yapılan düzenleme neticesinde Kurul üyeliğine bu şekilde atananların da yerine atandıkları üyenin görev süresinden bağımsız olarak aynen ilk kez atama yapılanlarda olduğu gibi beş yıl bu görevi yapmasının sağlandığı ve bundan sonra yapılacak tüm atamaların da bu çerçevede yapılacağı ve her ne sebeple olursa olsun kurul üyeliğine atanacakların görev süresinin eşit düzenlendiği görülmektedir.

İptali istenen kural ile de geleceğe yönelik bu genel düzenleme yapılırken halen görev yapmakta olan başkan ve üyelerden aynı durumda olan üyelerin de bu genel düzenlemeye tabi olacağına yer verilmiştir.

Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralla kişiye özel düzenleme yapıldığı ve belirli kişilere ayrıcalık tanındığı, bu nedenle Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanunların, ilke olarak genel ve nesnel nitelikte olmaları gerekir. Kanunların genelliği olarak adlandırılan bu ilke, hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucu olarak kabul edilmektedir. Kanunun genelliği, onun belli bir kişiyi hedef almayan, özel, aktüel, geçici bir durumu gözetmeyen fakat önceden saptanmış olup, soyut şekilde, uygulanabileceği bütün kişilere hitap eden hükümler içermesi demektir. Kanun, genel hukuk kuralları koymalı, kişiye özel hükümler içermemelidir.

Her kanunun sonuç itibarıyla belli bir grup ya da kişiye haklar ya da mükellefiyetler getirmesi kaçınılmazdır. Burada aslolan, yapılan bu geçici düzenlemenin aynı durumda bulunan herkesi kapsamına alıp almadığı ve kişilere özel çıkar sağlayıp sağlamadığıdır. Bir başka ifadeyle yapılan

düzenlemenin kanunların genelliği ilkesine aykırılığının saptanmasında, kanunun kapsamına aldığı kişilerin bazılarına ayrıcalık yapıp yapmadığı ile kapsamına aldığı kişilerin tümüne ayrıcalık yapıp yapmadığına bakılmalıdır.

İptali istenen düzenleme genel düzenlemenin bir parçasıdır. Düzenleme öncesi dönemde aynı usul ile seçilen üyelerden bazıları beş yıllık bir süre için görev yaparken süresi bitmeden boşalan üyenin yerine yeni atanan üyeler beş yıldan az üyelik yapmaktaydı. Bu yasal düzenlemeden sonra başka bir üyenin görev süresini tamamlamak üzere atananlar, Kanun'da belirlenen 5 yıl için görev yapacaklardır. Esasen değişiklik öncesi dönemde aynı statüde bulunan şahıslar arasındaki farklılıklar, bu düzenleme ile giderilmiştir. Ayrıca değişiklik ile aynı durumda bulunan başka şahıslar için farklı uygulama oluşturabilecek bir husus da öngörülmemiş, kapsamına aldığı kişiler arasında bir ayırım yapılmadığı gibi, kapsamına aldığı kişilere özel bir çıkar da sağlanmış değildir.

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

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN İNCELENMESİ

20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 3. maddesiyle 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "… en fazla beşte bir oranında …" ibarelerine,

2- 6. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "… ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri …" ibaresine,

b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümleye,

3- 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; …" ibaresine,

4- 20. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin;

a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafa,

b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendine,

5- 23. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son cümlesine,

b- İkinci fıkrasının son cümlesine,

6- 27. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "… ile yapım işlerine …" ibaresine,

7- 30. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddeye,

yönelik iptal istemleri 16.6.2011 günlü, E. 2009/9, K. 2011/103 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, bent, paragraf, cümle ve ibarelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 16.6.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

20.11.2008 günlü, 5812 sayılı Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 3. maddesiyle, 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "… en fazla beşte bir oranında …" ibarelerinin,

2- 6. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "… ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri …" ibaresinin,

b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümlenin,

3- 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; …" ibaresinin,

4- 20. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin;

a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafın,

b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendinin,

5- 23. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son cümlesinin,

b- İkinci fıkrasının son cümlesinin,

6- 27. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "… ile yapım işlerine …" ibaresinin,

7- 30. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddenin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin 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 : 2010/10
Karar Sayısı : 2011/110
Karar Günü : 30.6.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon 2. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının "*anonim şirketler*" yönünden, Anayasa'nın 2., 10., 20., 38. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Trabzon Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından tebliğ edilen idari yaptırım kararına karşı yapılan itirazda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Anayasanın 2. maddesinde yeralan hukuk devleti ilkesinin gereği olarak özellikle kanunda ceza yaptırımına bağlanan eylemlerin kapsamının açık ve net olarak düzenlenmesi ve tereddüt oluşturmaması gerekmektedir, iptali istenen madde ile getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu kapsamı açık ve net değildir. 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 35. maddesinde yalnız avukatların yapacağı işler olarak hukuki danışmanlık hizmeti, dava ve iş takip hizmeti belirlenmiş olup anılan yasa maddesinin zorunlu sözleşmenin hangi hizmeti veya hizmetleri kapsayacağı açık ve net olarak belirlenmemiştir. Yasal düzenlemede, düzenleniş şekli ve düzenleme öncesi cümle dikkate alındığında anonim şirketin açtığı ve hakkında açılan davada avukat sözleşmesi

zorunluluğu öngörüldüğü izlenimi vermekte ise de, uygulamada danışmanlık hizmeti sözleşmesi yapılması istenmekte ve bu şekilde uygulama yapılmaktadır. İptali istenen yasa maddesinde sözleşme konusu hizmetin niteliği belirtilmemiş olması farklı yorum ve uygulamaya yolaçmakta hukuki kargaşa ve karmaşaya sebebiyet vermektedir. Özel hukuka ilişkin ve sözleşme özgürlüğü kapsamında bulunan tarafların özgür iradeleri ile yapmaları veya yapmamaları gereken bir hukuki ilişkinin kanunla zorunlu tutularak yaptırıma bağlanması ve bu düzenlemenin de kapalı ifadeler ile uygulamada karmaşa oluşturacak şekilde yapılması öncelikle Anayasanın 2. maddesi düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

2- İptali istenen kanun hükmü ile, sermayesi belli bir miktarı geçen anonim şirketler için sözleşmeli avukatlık zorunluluğu getirilmesi, diğer şirketler için benzer düzenleme getirilmemiş olması Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

3- Anayasanın 48. maddesinde sözleşme özgürlüğü düzenlenmiş olup sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasaya yansıması olup özel hukuk alanında kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak istedikleri sonuca ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Bu anlamda bir grup anonim şirket için belli meslek grubu mensupları ile sözleşme zorunluluğu getirilmesi ve uyulmaması halinde idari para cezası yaptırımı öngörülmesi sözleşme özgürlüğüne müdahale niteliğindedir. Sermayesi belli bir miktarı aşan anonim şirketler zorunluluk olması bile avukat ile sözleşme yapmakta kendilerini davalarda avukat vasıtası ile temsil ettirmektedir. Bu kanun hükmüne dayanılarak Avukatlık Kanunu Yönetmeliğinde yapılan değişiklik ile, sözleşmenin ne şekilde yapılacağı, hangi şartları ihtiva edeceği, anlaşmazlık durumunda ne şekilde çözümleneceğine dair sözleşmeye konacak hükümler belirlenerek yazılı sözleşme ile serbest meslek makbuzunun baroya verilmesi gibi hususlara yer verilmiştir. HUMK, CMUK gibi temel usul yasalarında dahi temsil için avukatın herhangi bir makama sözleşmenin verilmesi öngörülmemiş ve vekaletnamenin verilmesi yeterli görülmüş iken bu yasa hükmü ile Avukat ile müvekkili arasında ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılarak hiç gerekmediği halde sözleşmenin bir yerlere verilmesinin öngörülmesi hem sözleşme özgürlüğüne hem de Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırıdır.

4- İptali istenen yasa maddesinde düzenlenen eylemin yaptırımının 4857 sayılı oluşturulmuş Asgari Ücret Tespit Komisyonu belirlediği asgari ücrete endekslenmiş olması Anayasanın 38/3. maddesinde konulan ceza ve ceza yaptırımı yerine geçen güvenlik tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi ilkesine aykırıdır.

SONUÇ VE TALEP:Yukarıda Anayasa'ya aykırılık nedenlerini ayrıntılı olarak belirttiğimiz 1136 sayılı Kanunun 35/3. maddesinin mahkememizde görülen davanın Anonim Şirketler ile ilgili olması nedeniyle anonim şirketler ile sınırlı olarak İPTALİNE karar verilmesini saygı ile arz ederim. 22.01.2010"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrası şöyledir:

"Dava açmaya yeteneği olan herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir. Ancak, Türk Ticaret Kanununun 272 nci maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketler ile üye sayısı yüz veya daha fazla olan yapı kooperatifleri sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorundadır. Bu fıkra hükmüne aykırı davranan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan, asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 20., 38. ve 48. 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 katılımlarıyla 25.2.2010 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 kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, itiraz konusu fıkra ile Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde belirtilen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin, aksine davrananların idari para cezası ile cezalandırılacakları belirtilerek, avukatlık sözleşmesi yapmaya zorlanmalarının ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yalnız avukatların yapacağı işlerin hukuki danışmanlık ile dava ve iş takip hizmetleri olarak belirlenmesi karşısında, anonim şirketler için getirilen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık bir şekilde belirlenmemesinin, Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletine ve 48. maddesinde düzenlenen sözleşme özgürlüğüne; bu zorunluluğun sadece esas sermayesi belirlenen miktarı geçen anonim şirketler için getirilmiş olmasının Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine; idari para cezasının miktarının Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından belirlenen asgari ücrete endekslenmiş olmasının Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen ceza ve ceza yaptırımı yerine geçen güvenlik tedbirlerinin yasayla düzenlenmesi ilkesine; ayrıca Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde itiraz konusu fıkraya dayanılarak yapılan değişiklik ile avukatlık sözleşmenin ne şekilde yapılacağına, hangi şartları ihtiva edeceğine, sözleşmeden doğan anlaşmazlıkların nasıl çözümleneceğine ve yazılı sözleşme ile serbest meslek makbuzunun baroya verilmesi gerektiğine dair hükümlere yer verilerek avukat ile müvekkili arasında ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılmasının, sözleşme özgürlüğüne ve Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrasında dava açmaya yeteneği olan herkesin kendi davasına ait evrakı düzenleyebileceği, davasını bizzat açabileceği ve işini takip edebileceği

belirtildikten sonra, Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorunda oldukları, bu zorunluluğa uymayan kuruluşlara Cumhuriyet savcısı tarafından sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için, sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı kadar idarî para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nu 269. ve devamı maddelerinde düzenlenen anonim şirket, en az beş kişinin belli bir iktisadi gaye ve konu ile uğraşmak üzere bir unvan altında kurdukları, esas sermayesi belirli ve paylara bölünmüş, borçlarından dolayı yalnız mameleki ile sınırlı sorumlu ve ortaklarının sorumluluğu yüklendikleri sermaye payları ile sınırlandırılmış bulunan, hak ehliyeti işletme konusu ile sınırlı, tüzel kişiliğe sahip bir ticaret şirketidir.

Küçük sermaye birikimlerini büyük malî, ticarî ve sanayi kuruluşlar durumunda toplayan anonim şirketler, günümüzde en önemli iktisadî ve sosyal müesseseler arasında yer almışlardır. Bünyelerinde pay sahiplerine, şirket çalışanlarına, şirket alacaklılarına ve topluma ait birbiriyle çatışan farklı çıkarları barındıran anonim şirketler, sağladıkları büyük sermayelerle, sınırlı sorumluluğun ve tüzelkişi olmanın verdiği olanaklardan da yararlanarak, önemli girişimler gerçekleştirmişler ve ülkelerinin kalkınmalarında yararlı olmuşlardır. Bu bakımdan özelikle esas sermayesi büyük olan anonim şirketlerin, bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında denge kurulabilmesi ve halkın bu şirket türüne olan güveninin sarsılmaması için kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılmaları büyük önem taşımaktadır. Anonim şirketlerin çok sayıda ortağı ilgilendiren faaliyetleri, bu kuruluşların toplumda pay sahibi ve yatırımcı kitlesini, çalışanları ve üretilen mal ve hizmetlerin pazarlandığı piyasayı aşan sosyal ve ekonomik etkiler oluşturmalarına yol açmıştır.

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan, *"...kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak..." (madde 5), "...Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır (madde 48); ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı... planlamak...." (madde 166); Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır..."*

(madde 167); şeklindeki hükümler, Devletin ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek ve gerektiğinde bu alana müdahalede bulunmakla görevli kılındığını ortaya koymaktadır.

İtiraz konusu fıkranın ikinci cümlesi ile Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde öngörülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazla esas sermayesi bulunan anonim şirketlerin sözleşmeli bir avukat bulundurmak zorunda oldukları belirtilerek, esas sermayesi belli büyüklüğe ulaşmış anonim şirketlerin, kurumsal varlıklarını bünyelerinde barındırdıkları farklı çıkarlar arasında adil bir denge kurarak devam ettirebilmeleri için başlangıçtan itibaren yaptıkları her türlü işlemin daha sonra hukuki uyuşmazlığa yol açmayacak şekilde, sağlam bir hukuk temelinde yapılması ve bu şekilde kârlılık ve çağdaş işletmecilik esaslarına uygun olarak verimli biçimde çalıştırılabilmeleri amaçlanmıştır. Başvuru kararında itiraz konusu kural ile getirilen avukat bulundurma zorunluluğunun kapsamının açık ve net olarak belirlenmediği ileri sürülmekte ise de, itiraz konusu kuralın gerekçesinde yargı önüne giden uyuşmazlıkların büyük bir kısmının hukukî ilişki kurulurken gerekli özenin gösterilmemesinden kaynaklandığı belirtildiğinden, yapılan düzenleme ile anonim şirketlerin sadece taraf oldukları davalarda değil, hukuki uyuşmazlık doğmadan önce de avukat bulundurarak, avukatın hukuki yardımından yararlanmalarının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. 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 zedelenmiş olmaz.

Yasal unsurları açısından aynı yapısal özelliklere sahip olmakla birlikte, esas sermayeleri büyük miktarlara ulaşan anonim şirketler, sosyal ve ekonomik

hayattaki işlevleri bakımından diğerlerine göre farklılık arz etmektedir. Bu nedenle toplumun sosyal ve ekonomik düzenini önemli ölçüde etkileyebilecek büyüklüğe sahip olan anonim şirketlerin işlevlerini sağlıklı bir şekilde yerine getirebilmeleri için kamu otoritesi tarafından bu şirketlerin faaliyetlerine diğerlerine göre farklı şekillerde müdahale edilebilmektedir. Yasakoyucu itiraz konusu kural ile anonim şirketlerin işlevlerinin farklılaşmasına yol açan sermaye miktarının sınırını *"Türk Ticaret Kanunu'nun 272. maddesinde ön görülen esas sermaye miktarının beş katı veya daha fazlası"* olarak takdir etmiştir. Bu kapsamda esas sermayesi bu miktar ya da üzerinde olan anonim şirketler ile esas sermayesi bu miktardan az olan anonim şirketler, toplumun sosyal ve ekonomik düzenini etkileyecek işlevsel özelliklere sahip olmaları bakımından aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından, bunlara farklı kurallar uygulanması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Yasakoyucunun ceza alanında yasama yetkisini kullanırken Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılırsa hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımıyla karşılanmaları gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisi vardır. Bu yetki, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir.

Anayasa'nın 38. maddesinde *"…Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur…"* denilerek suç ve cezanın yasallığı ilkesine yer verilmiştir. Bu ilkenin zorunlu sonuçlarından biri de belirlilik ilkesidir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesi, suçun unsurlarının ve verilecek cezanın tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir, nesnel, makul bir düzeyde öngörülebilecek ve keyfi uygulamalara yol açmayacak biçimde belirlenmiş olmasını gerektirir.

İtiraz konusu fıkranın üçüncü cümlesi ile sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna uymayan anonim şirketlere verilecek idari para cezasının miktarı, sözleşmeli avukat tayin etmedikleri her ay için sanayi sektöründe çalışan onaltı yaşından büyük işçiler için suç tarihinde yürürlükte bulunan asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı olarak belirlenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 39. maddesinde asgari ücretin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile en geç iki yılda bir belirleneceği, Komisyon kararlarının kesin olduğu ve Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

İptali istenen Yasa kuralı uyarınca, sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna uymayan anonim şirketlere verilecek idari para cezasının hesabında, sanayi sektöründe onaltı yaşından büyük işçiler için belirlenen yürürlükteki asgarî ücretin iki aylık brüt tutarı esas alınacağından, kişiye suç işlediği zaman o suç için öngörülen ceza, suç gününden önce belirlenmiştir. Bu nedenle kuralın cezaların yasallığı ilkesine ve Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Başvuru kararında Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nde itiraz konusu fıkraya dayanılarak yapılan değişiklik ile avukatlık sözleşmenin ne şekilde yapılacağına, hangi şartları ihtiva edeceğine, sözleşmeden doğan anlaşmazlıkların nasıl çözümleneceğine ve yazılı sözleşme ile serbest meslek makbuzunun baroya verilmesi gerektiğine dair hükümlere yer verilerek avukat ile müvekkili arasında ticari sır niteliğinde bulunan sözleşmenin sır olmaktan çıkarılmasının, hem sözleşme özgürlüğüne hem de Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliği ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, Anayasa Mahkemesinin yönetmeliklerin Anayasa'ya uygunluğunu denetleme görevi bulunmadığından, ileri sürülen aykırılık nedenleri inceleme konusu yapılmamıştır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 10., 38. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının "anonim şirketler" yönünden, 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 : 2010/51
Karar Sayısı : 2011/137
Karar Günü : 12.10.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Akçaabat Sulh Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1.7.2003 günlü, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 513. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…Bakanlıkça…" sözcüğünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Yasa dışı avlanan davalıya karşı Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından açılan tazminat davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizce görülmekte olan davada uygulanacak olan Kara Avcılığı Kanununun 28. maddesinin son fıkrasında geçen "Bu madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmiş olsa bile, yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle hükmolunacak tazminat av hayvanı türlerine göre, "Bakanlıkça" tespit edilen değerler üzerinden hesaplanır" ibaresinin yapılan incelemesi sonucunda; tazminata esas alınacak zarar miktarında "Bakanlık" tarafından belirlenen değerler üzerinden hesaplanması kriterinin esas alındığı, açılan davada "Çevre ve Orman Bakanlığının" da "davacı taraf" olduğu dikkate alındığında, bu fıkranın uygulanması, davada, "davacı taraf" olan Bakanlık tarafından belirlenen kriterler üzerinden tazminat miktarını belirleme sonucunu doğuracağı, bunun

ise Anayasa'nın 10. maddesinde anlamını bulan "Kanun önünde eşitlik" ilkesine açıkça aykırı olduğu anlaşılmakla; bu konuda bir karar vermek üzere Anayasa'nın 152. maddesi gereğince; dosyanın Yüce Mahkemenize gönderilmesinin uygun bulunduğu arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun itiraz konusu sözcüğü de içeren 28. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunla yasak edilen fiilleri işleyenler derhal avdan men edilir.

Bu Kanunun 20 nci maddesi kapsamında elkonulan av hayvanları ve türevleri ile sair eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesine mahallî mülkî amir tarafından karar verilir.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesine karar verilen cansız av hayvanları ile, avlanan hayvanlardan elde edilen ürünler ve sair eşya Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından satılarak bedeli Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilir.

Canlı olarak el konulan ve özel bakım ve tedaviye muhtaç olmayan av hayvanları, Bakanlık yetkilileri tarafından başka bir şekilde değerlendirilmesine karar verilmediği takdirde, doğal yaşama ortamlarında serbest bırakılır.

Bu madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmiş olsa bile, yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle hükmolunacak tazminat av hayvanı türlerine göre **Bakanlıkça** tespit edilen değerler üzerinden hesaplanır. Hükmolunan tazminat, Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 36. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, 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 3.6.2010 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından 1.7.2003 günlü, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 513. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin son fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "…Bakanlıkça…" sözcüğünün esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı 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:

A- Anlam ve Kapsam

4915 sayılı Kanun, sürdürülebilir av ve yaban hayatı yönetimi için av ve yaban hayvanlarının doğal yaşam ortamları ile birlikte korunmaları, geliştirilmeleri, avlanmalarının kontrol altına alınması, avcılığın düzenlenmesi, av kaynaklarının milli ekonomi açısından faydalı olacak şekilde değerlendirilmesi amacına yönelik olarak çeşitli esaslar, önlemler, yasaklar ve yaptırımlar içermektedir.

Yasa'nın "Avdan men etme ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi" başlıklı 28. maddesinin itiraz konusu sözcüğün yer aldığı son fıkrasında, bu madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmiş olsa bile, yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle hükmolunacak tazminatın, av hayvanı türlerine göre Bakanlıkça tespit edilen değerler üzerinden hesaplanacağı ifade edilmiştir.

Anılan fıkra, belirtilen koşulların varlığı halinde Bakanlığa, yasak avlanan kişiden tazminat talep etme hakkı vermekte ve bu durumda Mahkemece hükmedilecek tazminat miktarının av hayvanı türlerine göre "Bakanlıkça" tespit edilen değerler üzerinden hesaplanması öngörülmektedir.

Kara Avcılığı Kanunu'nun 2. maddesinde, "Bakanlık" kavramının Çevre ve Orman Bakanlığını ifade ettiği belirtilmekte ise de 4.7.2011 günlü, 27984 sayılı mükerrer Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 29.6.2011 günlü, 645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 8. maddesinde yaban hayatının korunması ve geliştirilmesi ile kara avcılığının düzenlenmesi ile ilgili her türlü iş ve işlemleri yapmak veya yaptırmak, Orman ve Su İşleri Bakanlığının hizmet birimlerinden olan Doğa Koruma ve Milli Parklar Genel Müdürlüğünün görevleri arasında sayıldığından ve 30. maddesinde de "Mevzuatta bu Kanun Hükmünde Kararname ile Orman ve Su İşleri Bakanlığına devredilen birimlerle ilgili görevler nedeniyle Çevre ve Orman Bakanlığına yapılmış olan atıflar Orman ve Su İşleri Bakanlığına, Çevre ve Orman Bakanına yapılmış olan atıflar Orman ve Su İşleri Bakanına yapılmış sayılır." denildiğinden 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun iptali istenilen kuralında yer alan "Bakanlık" sözcüğünün, 645 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girmesinden sonra Orman ve Su İşleri Bakanlığını ifade ettiğinin kabulü ve bu kural uyarınca hükmolunacak tazminatın hesaplanmasında av hayvanı türlerine göre Orman ve Su İşleri Bakanlığınca tespit edilen değerlerin esas alınması gerekmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kural uyarınca yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle mahkemece tespit edilecek zarar miktarının ve hükmolunacak tazminatın hesaplanmasında Bakanlık tarafından belirlenen değerlerin esas alınmasının gerektiği, Kara Avcılığı Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca açılan tazminat davalarında Çevre ve Orman Bakanlığının davacı taraf olduğu dikkate alındığında, davanın taraflarından biri olan Bakanlıkça belirlenen değerler üzerinden mahkemece tazminat miktarının tespit edilmesinin kanun önünde eşitlik ilkesinin yer aldığı Anayasa'nın 10. maddesine 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 36. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşrû 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, adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki öğesini oluşturan, sav ve savunma haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyecek ve adil yargılanmaya engel olacak yasa kurallarının Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı tartışmasızdır.

Anayasa'nın 56. maddesinde de herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmiştir. Av ve yaban hayvanları ve bunların doğal yaşam ortamları da bu madde çerçevesinde korunması ve geliştirilmesi gereken doğal kaynaklardandır. 4915 sayılı Yasa'ya göre de av ve yaban hayvanlarını ve doğal yaşam ortamlarını koruma, geliştirme, bu konuda her türlü tedbiri alma ve uygulama, gerekli düzenlemeleri yapma yetkisi Bakanlığa aittir.

İtiraz konusu kural, av hayvanlarının 4915 sayılı Yasa hükümlerine aykırı olarak avlanması ile yaban hayatında ve ekosistemde tahribat ve eksilme meydana gelmesi halinde Bakanlığın tazminat talebinde bulunması üzerine mahkemenin tazminata doğrudan hükmetmesini zorunlu kılmamaktadır. Diğer bir anlatımla kural, yaban hayatında ve ekosistemde tahribat ve eksilme meydana getiren yasak avlanma fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda mahkemenin inceleme ve değerlendirme yapmasına engel oluşturmamaktadır.

Yapılacak inceleme ve değerlendirme sonucunda anılan fiilin gerçekleşmiş olduğu kanaatine ulaşılması halinde mahkemece hükmolunacak tazminatın, bu alanda yetkili ve uzman olan Bakanlıkça av hayvanı türlerine göre tespit edilen değerler üzerinden hesaplanmasına ilişkin kural, olayın niteliğine, teknik boyutuna ve av ve yaban hayatının dinamik ve değişken yapısına uygun olup kuralın hak arama özgürlüğünü, savunma hakkını sınırlayan ve adil yargılanma hakkını zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU bu görüşe katılmamıştır.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

1.7.2003 günlü, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 513. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "… Bakanlıkça …" sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 12.10.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	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

4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nun "Avdan men etme ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi" başlıklı 28. maddesinin itiraz konusu son fıkrasında, "Bu madde hükümlerine göre mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmiş olsa bile, yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle hükmolunacak tazminat av hayvanı türlerine göre Bakanlıkça tespit edilen değerler üzerinden hesaplanır. Hükmolunan tazminat, Döner Sermaye İşletmesine gelir kaydedilir." denilmektedir. Buna göre, mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararı verilmiş olsa bile yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle idare (Çevre ve Orman Bakanlığı), önceden kendi tespit ettiği değerler üzerinden tazminat talep edebilecek, bu tazminatın sadece tahsiline mahkeme karar verecektir. Tazminatın miktarıyla ilgili kişilere itiraz hakkı tanınmadığı gibi

mahkemeye de takdir yetkisi verilmemiştir. Av ve yaban hayatının korunması, geliştirilmesi ve sürdürülmesine yönelik tedbirler, esaslar ve yaptırımlar öngören Kara Avcılığı Kanunu'nda yer alan itiraz konusu kural ile belirlenen tazminatın, yasak avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilmeden doğan zararın giderilmesine ve bu alanda yapılacak giderlerin bir kısmının zarar verenlerce karşılanmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen 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, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuk güvenliği ile bağlantılı olup, bireyin kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilmesi ve davranışlarını buna göre ayarlayabilmesi için hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığının, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğinin önceden bilmesini zorunlu kılar.

İtiraz konusu kuralla 4915 sayılı Yasa'ya aykırı avlanma ile yaban hayatında ve ekosistemde meydana gelen tahribat ve eksilme nedeniyle talep halinde hükmolunacak tazminatın av hayvanı türlerine göre Bakanlıkça tespit edilen değerler üzerinden hesaplanması öngörülmüş, ancak av hayvanı türlerine göre değer tespit edilirken gözetilmesi gereken, avlanan, öldürülen ya da yaralanan hayvanın sayısı, avlanma bedeli, ülkemizde bulunduğu bölgeler, neslinin tükenmekte olup olmadığı, üreme durumu, av turizmi yönünden önemi ve avlanma ve pazar değeri, ekolojik sistemdeki yeri, gelecekteki durumu, yeniden yetiştirilip doğaya salınması için gerekli masraflar gibi somut ölçütlere yer verilmemiştir. Ayrıca, bu değerlerin, bir kez mi yoksa belirli dönemlerde yeniden mi tespit edileceği belirtilmediğinden, bu konuda Bakanlığa, keyfiliğe yol açabilecek şekilde, geniş, sınırsız ve ölçüsüz bir takdir yetkisi tanınmıştır.

Anayasa'nın 36. maddenin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" denilmiştir. "Sav ve savunma hakkı", birbirini tamamlayan ve biri diğerinden ayrılmaz bir bütün oluşturan niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelidir.

İtiraz konusu kuralla anılan tazminatın alacaklısı durumunda olan idareye av hayvanı türlerine göre tazminat değeri belirleme konusunda geniş ve belirsiz bir yetki verilmekte, hakim de hükmedilecek tazminat miktarının hesabında, Bakanlıkça takdire dayalı olarak belirlenen bu değerlere bağlı kalmak zorunda bırakılmaktadır. Böylece, davalının tazminat miktarına itirazı olanaksız hale getirilerek savunma hakkı engellenmektedir.

Öte yandan, tazminatın, onu talep eden Bakanlıkça tespit edilen değerler üzerinden hesaplanması, adaletli ve hakkaniyete uygun bir hukuk düzeni kurup, bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde kabul edilemez bir durumdur.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Esas Sayısı : 2010/28
Karar Sayısı : 2011/139
Karar Günü : 20.10.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinin ***"Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak,"*** biçimindeki (j) alt bendinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, hakkında öngörülen kademe ilerlemesinin durdurulması 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:

"A) MADDİ OLAY: Diyarbakır Çocuk Hastalıkları Hastanesinde Teknik İşler ve Satın Alma memuru olarak görev yapan davacının, satın aldığı araca ilişkin (1) ay içinde ek mal bildiriminde bulunmaması sebebiyle verilen 1 yıl süreyle kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına ilişkin Diyarbakır Valiliği tarafından tesis edilen 24.9.2009 tarih ve 2009/19 sayılı işlemin; cezaya konu aracı banka kredisiyle aldığı ve ödemenin devam etmesi sebebiyle mal varlığında kesin bir artış meydana gelmediği ileri sürülerek işlemin iptali ve yürütmesinin durdurulması istenilmektedir.

B) İPTALİ İSTENEN KANUN MADDESİ:

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin (D) bendinin (j) fıkrasında yer alan; "Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" hükmünün iptali istenilmektedir.

C) ANAYASAYA AYKIRILIK SEBEPLERİ:

1- ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin unsurlarından biri "suç ve cezalar arasında ölçülülük" ilkesidir. Buna göre, öncelikle yasakoyucu norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. İlke, ceza hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler açısından bir suç için öngörülen cezanın, bu suçun işlenmesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacına elverişli, gerekli ve bu amaçla orantılı olması şeklinde tanımlanabilir. Bir başka deyişle "Yasakoyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur. ... Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak, adaletli bir ölçü içerisinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindendir." "Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu orantısallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasakoyucu cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır." Yine kural olarak, suçun ve ortaya çıkan toplumsal ve şahsi zararın ağırlığına, failin kişiliğine ve fiilin özelliklerine göre cezanın şahsileştirilmesi olanağının hâkime verilmesi de ölçülülük ilkesinin gereğidir. Yasakoyucunun bu kuralları açıkça ihlal eder nitelikte yasa koyması Anayasa'ya aykırı olacaktır.

İptali istenilen fıkrada; "belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirmektedir. 657 sayılı Yasada disiplin cezaları; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet Memurluğundan Çıkarma cezası olarak beş kategoride düzenlenmiştir. Maddedeki ceza sıralamasının en hafif olandan,

en ağır olana şeklinde olduğu göz önünde tutulursa, kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının ağır bir disiplin cezası olduğu söylenebilir. Nitekim cezayı gerektiren diğer eylemlere bakıldığında (örneğin; (b) fıkrasında; özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek), sözü edilen disiplin cezasına konu edilen eylemlerin kamu görevlisi için, Devlet memurluğuyla ilişkisini kesebilecek nitelikte, ancak o kadar da ağır olmadığı söylenebilir. Şöyle ki 657 sayılı Yasanın Memurluğun Sona Ermesi başlığı altında yer alan 4. bölümde bulunan 94. maddesinde "çekilme" konusu düzenlenmiş, buna göre; mezuniyetsiz veya kurumlarınca kabul edilen mazereti olmaksızın görevin terk edilmesi ve bu terkin kesintisiz 10 gün devam etmesi halinde, yazılı müracaat şartı aranmaksızın, çekilme isteğinde bulunulmuş sayılacağı kuralına yer verilmiştir. Özürsüz ve kesintisiz 9 gün göreve gelmemek kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektirirken, aynı şekilde 10 gün gelmemek ise Devlet memurluğundan çekilme sonucunu doğurmaktadır. Bu durum; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile, kamu görevlisi için ne kadar ağır sayılabilecek eylemlerin düzenlendiğini göstermektedir. İdareci olarak atanabilmek için aylıktan kesme cezası ve kademe ilerlemesinin durdurulması cezası almamak koşulunun arandığı dikkate alındığında, bu cezanın ağır bir disiplin cezası olduğu söylenebilir.

Sözü edilen cezanın diğer disiplin cezaları arasındaki ağırlığı bu şekilde ortaya konulduktan sonra, bu ağırlıkla iptali istenilen fıkrada yer alan eylemin karşılaştırması yapılabilir. Öncelikle belirtilmelidir ki, fıkrada düzenlenen; "belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" eylemi "şekli" bir suçtur. Şekli suçların kasıttan soyut olamayacağı bilinen ceza kuralıdır. Mal bildiriminde bulunmamak ya da süresi içerisinde bulunmamak eylemleri olayına özgü değerlendirilmelidir. Memurun görevini yerine getirirken kamu görevi yapmanın verdiği yetkiyi kullanarak elde etmiş olduğu malvarlığını bildirmeme veya geç bildirmedeki kastı ve buradaki eylemin ağırlığı ile memurun kredi ile almış olduğu bir aracı bir ay geçtikten sonra (örneğin 31. Günde) bildirmesi aynı derecede ağır değildir. Bu iki örnekte, eylemin ağırlığını belirleyen bildirilmeyen malın niteliği ile memurun bildirmeme ya da süresinden sonra bildirmedeki kastı oluşturmaktadır. İlk örnekte eylemin ağırlığının kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının gerektirdiği tereddütsüz söylenebilir ise de, ikinci örnekte aynı yargıya varmak haksızlık olur. Kanun koyucu iptali istenen fıkrayı, suistimalleri önlemek için en ağır hali düşünerek düzenlemiştir. Halbuki hiç bir kötü niyet olmaksızın memurun sırf dikkatsizliği, özensizliği ya da kayıtsızlığından dolayı basit bir edinim kanunda yer alan süreden bir veya iki gün sonra bildirilmiş olabilir. Ya da; yine hiç bir kötü niyeti olmaksızın beyanda

bulunulması gereken edinimin hukuken hangi tarihte gerçekleştiğini memur bilemeyebilir. (Örneğin; rehinli araba ne zaman gerçekte edinilmiş sayılır?) Bu gibi durumlarda da aynı cezanın verilmesi, suç ile ceza arasındaki orantısızlığın göstergesi olup, bu sebeple maddenin iptali gerekir.

2- ANAYASANIN 38. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan 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 vurgulanmıştır.

"Suç ve cezanın yasallığı" ilkesi; Anayasa'nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı, gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ilişkin olmasını zorunlu kılar. Bu ilkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılması da yeterli olmayıp, kuralların kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir.

Bununla birlikte ele alınabilecek bir başka hüküm; Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan "belirlilik" ilkesidir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi 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 bilmelidir. 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.

İptali istenen fıkrada "belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" eylemi cezaya konu edilmekle birlikte, belirlenen durum

ve sürelerin ne ya da neler olduğu ceza maddesinde açık ve net olarak düzenlenmemiştir. Her ne kadar 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanununda ve Mal Bildiriminde Bulunulması Hakkında Yönetmelik de, hangi durumlarda ve hangi sürede mal bildiriminde bulunulması gerektiği düzenlenmiş ise de, sözü edilen "belirlilik" ilkesi gereği, bu durum ve sürelerin, başka kanun ve yönetmeliklerde değil, cezanın verildiği madde içerisinde yer alması gerekmektedir. Cezaya konu eylemin oluşup oluşmadığının ya da hangi hallerde oluştuğu konusunun açıklığa kavuşması için ilgililer mevzuatı araştırma gereği duyuyorsa, bu ceza maddesinin açık ve net olduğundan söz edilemez.

Bununla birlikte, 3628 sayılı Kanunda yer almakla birlikte; hangi hallerin mal edinme sayıldığı ve hangi tarihte mal edinmenin gerçekleştiğinin tespiti noktasında da bir açıklık bulunmamaktadır. Maddi olayda olduğu gibi, kredi ile alınan dolayısıyla rehinli olan aracın, rehin kalktığında mı yoksa tescil tarihinde mi malın edinilmiş sayıldığı açıkça düzenlenmemiştir. Böyle bir durum kanunda açık ve net olarak düzenlenmeli ilgililerin hukuki yorumuna ve bilgisine bırakılmamalıdır. Yine; hisse senedi, tahvil, bono, gayrimenkul vs.nin hangi hallerde edinilmiş sayılacağı ve buna göre de bildirilmesi gerektiği konusu da ilgililerin hukuki yorum ve bilgisine bırakılmaktadır. Halbuki her bir mal çeşidine göre bildirim için geçerli olan sürenin hangi tarihte başlayacağının ceza maddesinin de net olarak belirlenmesi gerekmektedir.

İptali istenen fıkrada, bu şekilde bir açıklık bulunmadığından bu fıkra, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

SONUÇ VE İSTEM:

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca; 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin (D) bendinin (j) fıkrasında yer alan; "Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" ibaresinin iptali istemiyle dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve anılan yasa hükmünün iptalinin istenilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesine sunulmasına, işbu karar aslı ile dosya suretinin yüksek mahkemeye tebliğinden itibaren beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre dosyanın görüşülmesine, 10/02/2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu (j) alt bendini de içeren (D) bendi şöyledir:

"D- Kademe ilerlemesinin durdurulması: Fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademede ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulmasıdır.

Kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır.

a) Göreve sarhoş gelmek, görev yerinde alkollü içki içmek,

b) Özürsüz ve kesintisiz 3 - 9 gün göreve gelmemek,

c) Görevi ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak,

d) Amirine veya maiyetindekilere karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak,

e) Görev yeri sınırları içinde herhangi bir yeri toplantı, tören ve benzeri amaçlarla izinsiz kullanmak veya kullandırmak,

f) Gerçeğe aykırı rapor ve belge düzenlemek,

g) (...) (Madde 125 in (D) bendinin (g) alt bendi, 21.9.2004 tarih ve 25590 sayılı R.G.'de yayımlanan, 17.9.2004 tarih ve 5234 sayılı Kanunun 33. maddesinin (f) bendi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.)

h) Ticaret yapmak veya Devlet memurlarına yasaklanan diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunmak,

ı) Görevin yerine getirilmesinde dil, ırk, cinsiyet, siyasî düşüncü, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı yapmak, kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak,

j) Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak,

k) Açıklanması yasaklanan bilgileri açıklamak,

l) Amirine, maiyetindekilere, iş arkadaşları veya iş sahiplerine hakarette bulunmak veya bunları tehdit etmek,

m) Diplomatik statüsünden yararlanmak suretiyle yurt dışında, haklı bir sebep göstermeksizin ödeme kabiliyetinin üstünde borçlanmak ve borçlarını ödemedeki tutum ve davranışlarıyla Devlet itibarını zedelemek veya zorunlu bir sebebe dayanmaksızın borcunu ödemeden yurda dönmek,

n) Verilen görev ve emirleri kasten yapmamak,

o) Herhangi bir siyasî parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 38. 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 katılmalarıyla 1.4.2010 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; yasa koyucunun iptali istenen fıkrayı suistimalleri önlemek için en ağır hali düşünerek düzenlediği, halbuki hiçbir kötü niyet

olmaksızın memurun sırf dikkatsizliği, özensizliği ya da kayıtsızlığından dolayı basit bir edinimin kanunda yer alan süreden bir veya iki gün sonra bildirilmiş olabileceği ya da yine hiçbir kötü niyet olmaksızın beyanda bulunulması gereken edinimin hukuken hangi tarihte gerçekleştiğinin memur tarafından bilinemeyebileceği, bu gibi durumlarda da kademe ilerlemesinin durdurulması cezasının verilmesinin suç ve ceza arasındaki orantısızlığın göstergesi olduğu, iptali istenen fıkrada öngörülen belirlenen durum ve sürelerin ne ya da neler olduğunun ceza maddesinde açık ve net olarak düzenlenmediği, belirlilik ilkesi gereği bu durum ve sürelerin başka kanun ve yönetmeliklerde değil, cezanın verildiği madde içersinde yer alması gerektiği, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak eylemi kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren fiil ve hallerden birisi olarak belirtilmektedir.

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.

Disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır. Kamu hizmetlerini yürüten kamu görevlilerinin görev anlayışları, yetki ve sorumlulukları kamu hizmeti ve hizmet gerekleri ile sınırlandırılmış, bu sınırlar dışına çıkanların ise disiplin cezaları ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Bu bağlamda 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 124. maddesinde, kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin devlet memurlarına yüklediği ödevleri yurt içinde ve yurt dışında yerine

getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, 125. maddede sıralanan disiplin cezalarından birinin verileceği hükme bağlanmıştır.

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. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.

Anayasa'nın 71. maddesi ile kamu hizmetine girenlerin mal bildiriminde bulunmaları ve bu bildirimlerin tekrarlanma sürelerinin kanunla düzenleneceği, yasama ve yürütme organlarında görev alanların bundan istisna edilemeyecekleri belirtilmiştir.

Kamu görevlilerinin mal bildiriminde bulunması ile ilgili yasal düzenlemelerden yasa koyucunun bu konuya büyük önem verdiği anlaşılmaktadır. 657 sayılı Kanun'un "mal bildirimi" başlıklı 14. maddesinde ***"Devlet memurları, kendileriyle, eşlerine ve velayetleri altındaki çocuklarına ait taşınır ve taşınmaz malları, alacak ve borçları hakkında, özel kanunda yazılı hükümler uyarınca, mal bildirimi verirler."*** hükmü yer almaktadır. Bu hükümle mal bildiriminde bulunmak memurun ödev ve sorumluluklarından birisi olarak sayılmakta, 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinde de, belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren bir eylem olarak öngörülmektedir.

657 sayılı Kanun'un 14. maddesinde bahsi geçen özel kanun ise 19.4.1990 günlü, 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'dur. Bu Kanunun amacı, mal bildiriminde bulunmayı sağlayarak rüşvet ve yolsuzluklarla mücadele etmek olup, Kanun'da mal bildirimine ilişkin esaslar açıklanmaktadır. 3628 sayılı Kanunda, mal bildiriminde bulunacaklar, bildirimlerin konusu, zamanı, birden fazla mal bildiriminde bulunulması, bildiriminin yenilenmesi, bildiriminin verileceği merciler ve bildirimlerin gizliliğine ilişkin hususlar belirtilmekte, ayrıca mal beyanında bulunmamak eylemi hapis cezasını gerektiren bir suç olarak kabul edilmektedir.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi disiplin hukuku açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifleştirici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu nedenle mal beyanında bulunmamak disiplin suçunun ne şekilde cezalandırılacağı hususu yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kalmaktadır.

İtiraz konusu kuralla, "belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak" eylemi disiplin suçu olarak kabul edilerek bu suçun unsurları ve şartları atıf yapılan 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüşvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu'nda düzenlenmiş ve bu eylem nedeniyle verilecek disiplin cezası itiraz konusu kuralla açıkça belirlenmiştir. Gerek suçun gerekse yaptırımın kanunla düzenlenmiş olması karşısında, itiraz konusu kuralda bir belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceğinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. 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 birinci fıkrasının (D) bendinin " Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak," biçimindeki (j) alt bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 20.10.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/55
Karar Sayısı : 2011/140
Karar Günü : 20.10.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Aydın Bölge İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin dördüncü fıkrasının "*Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler*" biçimindeki dördüncü cümlesinin Anayasa'nın 2., 36., 125., 141. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Akaryakıt satışı faaliyetinde bulunan şirketin işyerinde yapılan incelemede defter ve belgelerin incelemeye ibraz edilmemesi nedeniyle kesilen idari para cezasına karşı İdare Mahkemesi'nde açılan davanın kabul edilerek cezanın kaldırılmasına ilişkin kararın itiraz incelemesinde, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Bölge İdare Mahkemesi iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"A) MADDİ OLAY VE UYGULANACAK HÜKÜM KONUSU:

Anayasanın 152/1. maddesinde "Bir davaya bakmakta 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." hükmüne yer verilmektedir.

Ancak bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenilen kuralların da, o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır. (AYM-5.4.2007 – E.2007/35, K.2007/36)

Dava konusu ihtilafta davacı şirketin işyerinde, yeterli işçilik bildirip bildirmediği hususunun tespiti amacıyla kurum müfettişi tarafından denetim yapılarak, asgari işçilik inceleme raporu düzenlendiği ve bu rapor doğrultusunda davacı şirket hakkında, re'sen prim tahakkuku ve idari para cezası tahakkuku yapıldığı, idari para cezasına yapılan itirazın reddi üzerine Muğla 1. İdare Mahkemesinde dava açıldığı, Mahkemece, 16.12.2009 gün ve E.2009/1838, K.2009/2721 sayılı kararla işlemin (cezanın) 5510 sayılı Kanunun 86. ve 102. maddeleri uyarınca iptaline karar verildiği ve bu karara karşı mahkememize itiraz edildiği görülmektedir.

2577 sayılı Yasanın 45/3. maddesi uyarınca itiraz temyizin şekil ve usullerine tabi olup, aynı Yasanın 49/1-a maddesi uyarınca da temyiz (itiraz) incelemesi "görev ve yetki dışında bir işe bakılıp bakılmadığı" hususunu da kapsamaktadır.

Bu bağlamda, mahkememizce yapılan itiraz incelemesi sırasında, itiraz konusu karar, mahkemenin görevi noktasında da incelenmiş olup, idare mahkemesince 5510 sayılı Kanunun 102/k-4. maddesine göre karar verilmiş olup, bu madde ihtilafta uygulanan yasa maddesi olmakla, mahkememizce anılan maddenin Anayasaya aykırı olduğu sonuç ve kanaatine varılmıştır.

B) İLGİLİ KANUN MADDESİ:

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesinin 5754 sayılı Kanunun 60. maddesi ile değişmiş olup (8.5.2008-26870/RG.) 5917 sayılı Kanunun 42. maddesi ile bir bent eklenerek (k) bendinin 4. fıkrası halini almıştır. 102. maddenin (k) bendinin 4. fıkrasının "Kurumca itirazı

reddedilenler kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler." cümlesinin iptali istenilmektedir.

C) ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ:

1) ANAYASANIN 2. VE 36. MADDELERİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın 2. maddesinde "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." hükmüne yer verilmektedir. Yine Anayasanın, 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" hükmü düzenlenmiştir.

Bunun yanında, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı Anayasanın 36. maddesinde düzenlendiği gibi, Anayasanın 90. maddesi uyarınca yasa üstü bir konumda olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ve 13. maddelerinde de düzenlenmiştir.

Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan bütün işlem ve eylemlerinde yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Hukuk devleti ilkesi, Devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir. (AYM.22.12.2006 E.2001/226, K.2006/119)

Hukuk Devletinin unsurları doktrinde belirlenmiş olup, bunlardan konuyla ilgili iki tanesi "belirlilik" ve "hukuki güvenlik" ilkesidir. (Doç. Dr. Bahtiyar Akyılmaz-İdare Hukuku-2003) Bunlardan belirlilik ilkesinin gereği ise; maddi hukuk ve usul kurallarının önceden öngörülebilir bir açıklıkta ve kişilerin haklı beklentilerini bariz bir şekilde bertaraf etmeyecek bir şekilde düzenlenmesini gerektirir.

Hukuki güvenlik ise; devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olmasını gerektirir. Bu sebeple Devlet faaliyetleri önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmeli ve mümkün olduğunca "hukuki istikrar" sağlanmalıdır.

Bu bağlamda konu ele alınacak olursa, sosyal güvenlik ihtilaflarında tam bir istikrarsızlık, belirsizlik ve (çok yargılılık sebebiyle de) tam bir güvensizlik ortamı oluşmuştur. Bu olguyu açıklamak için yasal düzenlemenin kısaca kronolojik gelişme sürecine bakacak olursak: 17.07.1964 tarihinden 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girinceye kadar (01.01.2008) 506 sayılı Kanun hükümleri uygulanmıştır. Bu Kanun'un 140. maddesinde "...7 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." hükmü yer almakta iken bu hüküm Anayasa Mahkemesinin 8.10.2002 gün ve E.2001/225, K.2002/88 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. 4458 sayılı Kanunla "60 gün içinde idare mahkemesine başvurabilirler" hükmü getirilmiştir. Ancak bu hüküm 5454 sayılı Kanunla değiştirilerek "… 15 gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu hüküm de Anayasa Mahkemesinin 04.10.2006 gün ve E.2006/75, K.2006/94 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. 5655 sayılı Kanun ile tekrar "...30 gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler" hükmü getirilmiştir.

Ancak bu arada anılan hüküm 13.03.2005 gün ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 3. ve 27. maddeleri sebebiyle tekrar geçersiz hale gelmiş ve idari yaptırımlarda genel görevli hale gelen sulh ceza mahkemeleri görevli hale gelmiştir. Kabahatler Kanununun 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptalinden sonra 5560 sayılı Kanun uyarınca (06.12.2006) 506 sayılı Kanunun 140. maddesi tekrar yürürlük kazanmış ve idare mahkemeleri tekrar görevli hale gelmiştir. Bu süreç içerisinde şunu vurgulamak gerekir ki, 4-5 yıl görevli mahkeme sorunu çözülmeyen dosyalar olmuştur.

Nitekim anılan hüküm 5510 sayılı Kanunun ilk yürürlüğe girdiği 01.01.2008 tarihine kadar uygulanmıştır. 5510 sayılı Kanun 506 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmış olup para cezaları 102. maddede düzenlenmiştir. 102. maddenin 01.01.2008 de yürürlüğe giren metninde de; (L-4 bendinde) "on beş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" hükmü düzenlenmiştir. Anılan hüküm 5754 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 08.05.2008 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Halen yürürlükte olan ve iptalini istediğimiz 5754 sayılı Yasa ile değişik (k-4) bendinde ise "…otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler" hükmü yer almaktadır.

Görüldüğü gibi, sosyal güvenlik ihtilaflarında gerek 506 sayılı Yasa zamanında gerekse 5510 sayılı Yasa zamanında tam bir karmaşa, belirsizlik ve güvensizlik yaratan süreç izlenmiştir. Bu belirsizliğin ve güvensizliğin 5510 sayılı Yasa ile son bulacağı ve istikrar kazanacağı da söylenemez. Çünkü yasa koyucunun son zamanlarda oluşan iradesi doğrultusunda ortaya çıkan idari yaptırımlarla ilgili genel hukuki rejim ile bu hüküm çelişmektedir.

Bilindiği üzere 5326 sayılı Kabahatler Kanunu ile yasa koyucu idari yaptırımları tekbir hukuki rejime tabi kılmıştır. Nitekim anılan Yasadan önce 4854 sayılı Yasa ile (2003 tarihinde) 55 civarında Kanunda geçen adli ceza idari cezaya dönüşmüş ve idari yargıya itiraz yolu öngörülmüş idi. Ancak Kabahatler Kanunu ile yasa koyucu bu konuda vizyon değiştirmiş olup, idari cezaların büyük çoğunluğunu adli yargı rejimine tabi kılmıştır. Yasanın 3. maddesinde 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile sadece "diğer kanunlarda aksine hüküm bulunan hallerde" idari yargı görevli kılınmıştır. Nitekim 5510 sayılı Kanunun 102. maddesi de bu istisnai düzenlemelerden birisi olup; açıkça idari yargıyı görevli kılan bir maddedir. Bu haliyle de ilk bakışta hem Anayasanın yargı ayrılığı rejimini benimseyen ilkeleriyle hem de Kabahatler Kanunu'nun anılan istisnai hükmüyle çelişmemektedir. Ancak, bu husus hukukçular yönünden böyle olup hak arayan vatandaşlar yönünden genel idari yaptırım rejiminin dışında, istisnai bir durum olup belirsizlik ve güvensizliğe yol açmaktadır.

Çünkü bu yasa hükmü, hem yargı yoluna ilişkin yasanın diğer hükümleri ile (kendi içinde) çelişmekte hem de, idari yaptırımlarla ilgili genel düzenleme ile çelişmekte ve hukuki belirsizlik ve güvensizliğe yol açmaktadır.

Nitekim sosyal güvenlik mevzuatında yer alan bu müeyyidenin sebep unsurunu; işyerlerinde denetim elemanlarınca hazırlanan rapor ve tespitler oluşturmaktadır. Bu raporlar uyarınca, bildirimde bulunmama ve/veya eksik bildirim sebebiyle hem re'sen prim tahakkuku yapılmakta hem de idari para cezası tahakkuk ettirilmekte ve bilahare ödeme emri düzenlenmektedir.

Aynı denetim raporu sonucu aynı işveren hakkında aynı maddi olay sebebiyle düzenlenen re'sen prim tahakkuk işlemine karşı Yasanın 101. maddesi uyarınca iş mahkemelerinde, idari para cezalarına karşı Yasanın 140. maddesi uyarınca idare mahkemelerinde, ödeme emirlerine karşı ise kurumun alacaklı biriminin bulunduğu yer iş mahkemesinde dava açılmaktadır.

Görüldüğü üzere aynı işyeri, aynı maddi olay ve aynı denetim raporu uyarınca tesis edilen üç ayrı işlem için üç ayrı mahkeme görevli kılınmıştır. Bunun gerçek hayata yansıması ise tam bir belirsizlik ve güvensizlik yaratmaktadır. Çünkü maddi olayda haklı olduğunu düşünen işveren aynı maddi olay ve aynı denetim raporundaki haklılığını üç ayrı mahkemede üç ayrı yargılama usulüne göre anlatmaya çalışmaktadır. Bunun sonucu her mahkemenin de usul ve inceleme tarzındaki farklılık sebebiyle, sübut konusundaki tespitleri farklı olabilmektedir.

Hatta idari para cezaları da kendi içinde iki ayrı prosedüre tabi olmaktadır. Çünkü aynı işyeriyle ilgili birden fazla (farklı) fiil tespit edilmiş ise birden fazla ceza verilmektedir. Bu cezaların 7.870.-TL ye kadar olanını tek hâkim çözümlemekte ve üç kişilik heyetten oluşan Bölge idare Mahkemesine itiraz edilebilmektedir. Bu rakamdan fazla olan ihtilaflar ise heyet halinde çözümlenip Danıştay'a temyiz yoluna başvurulabilmektedir. Bu durumda da aynı maddi olay ve denetim raporuna dayalı ihtilafı önce üç kişilik heyet karara bağlamakta sonra da beş kişilik yüksek hâkimden oluşan Danıştay heyeti karara bağlamaktadır. Bu halde ise para cezası konusunda farklı hükümler ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla böyle bir ihtilafta davacı, aynı maddi olay için dört ayrı yargı yerinde haklılığını ispatlamaya çalışmakta ve maalesef farklı kararlarla karşılaşabilmektedir.

Bu risk ve çelişkiyi gören bazı yargı yerleri ise karşılıklı olarak birbirlerini bekletici mesele yapmayı tercih etmektedir. Örneğin son zamanlarda sık rastlanan uygulama; idare mahkemelerinin iş mahkemesindeki davaları bekletici mesele yapması ve ona göre karar vermesidir. Oysa bu hem yargılamanın çabukluğuna zarar vermekte hem de yargı ayrılığı rejimiyle bağdaşmamaktadır. Buna göre vatandaş nezdinde; olayın hukuki niteliğinin inceliklerinden ziyade, aynı işyeri, aynı maddi olay ve aynı denetim raporu sonucuna göre dört ayrı yargı kolunda haklılık mücadelesi vermek zorunda kalması ve çoğu zaman da birbirinden farklı kararlar alması önem arz etmektedir. Bu netice ise; davacılar yönünden hem hukuk devleti (belirlilik ve hukuki güvenlik) ilkelerinin hem de adil yargılanma ve etkili başvuru ilkelerinin ihlali anlamına gelmektedir.

Bu çelişkinin giderilmesi için ise aynı maddi olaya dayalı yaptırımlarla ilgili tüm uyuşmazlıkların tek yargı kolunda toplanmasında kamu yararı bulunmaktadır. Bu yargı kolunun ise adli yargı olmasında kamu yararı ve HAKLI SEBEPLER mevcuttur. Gerçi aynı konuda yasa koyucu tarihi süreç

içinde sürekli adli yargı yönünde irade belirtmiş ve Anayasa Mahkemesi de iptal kararları vermiştir. Anayasamızın yargı ayrılığı rejimi tercihi sebebiyle Anayasa Mahkemesinin bu kararları doğrudur. Ancak Kabahatler Kanunundan sonra hem yasa koyucunun hem Anayasa Mahkemesinin bu konudaki anlayışının değiştiği düşünülmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi son kararlarında "idari yargının denetimine bağlı olması gereken bir uyuşmazlığın çözümü haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir" gerekçesine yer vermektedir. (AYM.22.12.2006, E.2001/226 K.2006/119 – 11.06.2009, E.2007/115, K.2009/80 sayılı kararları). Yukarıda ayrıntılı izah edildiği üzere, sosyal güvenlik yaptırımlarında, çok yargılılık mevcut olup, ana ihtilaf diyebileceğimiz konularda yetkili-görevli uzman mahkeme olan İş Mahkemesinde tüm ihtilafların birleştirilmesinde haklı neden ve kamu yararı koşulları oluşmuştur.

Açıklanan nedenlerle anılan Yasa hükmünün Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

2) ANAYASANIN 125/1. VE 155/1. MADDELERİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın 125/1. maddesinde "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmüne, 155/1. maddesinde de "Danıştay idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre öncelikle idarenin kamu hukuku, özel hukuk ayrımı olmaksızın tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine açık olduğu kuşkusuzdur. Bunun yanında, Anayasa, yargı ayrılığı rejimini benimsemiş olup, kural olarak; idari eylem ve işlemlerin idari yargıda, özel hukuk işlemlerinin ise adli yargıda denetlenmesi gerekmektedir. Ana ilke bu olmakla birlikte Anayasa Mahkemesi'nce; HAKLI NEDEN VE KAMU YARARI bulunması halinde, bu kuralın istisnası olabileceği kabul edilmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesine göre: "tarihsel gelişime paralel olarak, Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleri ile Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının

görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdari yargının denetimine bağlı olması gereken bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakabilir." (AYM 11.06.2009-E.2007/115, K.2009/80)

Buna göre ana ilke; idari işlemlerin idari yargı denetimine tabi olması gerektiği olmakla birlikte, haklı neden ve kamu yararı mevcut ise; yasa koyucu adli yargıyı görevli kılabilir. Hatta bize göre haklı neden ve kamu yararı unsurunun ağırlık ve yoğunluğuna göre, bazı durumlarda yasa koyucu için bu husus bir takdiri hak değil mecburi görev olmalıdır.

Bu bağlamda somut ihtilaf ele alınacak olursa:

Öncelikle, yukarıda ayrıntılı ve somut örneklerle izah edildiği üzere, sosyal güvenlikle ilgili yaptırımlarda hâlihazırda dört ayrı yargı organı aynı maddi olayda görevli olup bu husus yargı ayrılığı rejimiyle izah edilemez. Kaldı ki, vatandaşın adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı, yargı ayrılığının sağladığı güvenceden önce gelir. Nitekim aynı olayla ilgili dört ayrı yargı yerinden farklı kararlar çıkması, birbirlerini bekletici mesele yapmaları ve davaların sürüncemede kalması, farklı neticelere varmaları vatandaş nezdinde yargıya olan güvenin sarsılması ve hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla işlem her ne kadar idari nitelikte ise de, burada haklı neden ve kamu yararı unsuru çok yoğun şekilde gerçekleşmiş olup, yasa koyucunun bu ihtilafları uzman mahkeme olan iş mahkemesinde birleştirmesi takdir hakkından öte Anayasal bir görev halini almıştır.

Bunun yanında, sosyal güvenlikteki idari para cezaları, il müdürlükleri düzeyinde örgütler tarafından tesis edilmekte olup idari yargının örgütlenme şekli her ili kapsamamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi idari bir yaptırımın adli yargıya verilmesinde bu hususu da haklı neden saymaktadır. Yüksek Mahkeme "Kabahat konusu eylemlerin çeşitliliği ve idari yaptırımların uygulama alanı dikkate alındığında idari yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağının tanınmasının hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı ve idari yaptırımlara karşı sulh ceza mahkemelerine başvurulabileceği yolunda getirilen düzenlemenin haklı nedenini oluşturduğuna sonucuna varılmıştır." gerekçesine yer vermektedir. (AYM.22.12.2006 E.2001/226,

K.2006/119) Nitekim bu gerekçede belirtilen sulh ceza yerine İş (Asliye Hukuk) Mahkemesini ikame etmek olanaklıdır. Bu gerekçe doğrultusunda da bu ihtilafta haklı sebep oluşmuştur.

Öte yandan, 5510 sayılı Yasadan sonra sosyal güvenlik yaptırımlarının, hukuki niteliği de farklılaşmıştır. Bunu tanımlamak için kısaca süreci ortaya koymak gerekirse: 5510 sayılı Yasa ile Türk Sosyal Güvenlik sistemi köklü bir değişime uğramıştır. Daha önce üç ayrı sosyal güvenlik sistemi mevcut olup, kamu görevlileri, işçiler ve çiftçi-esnaf grubu ayrı mevzuata tabi idi. Dolayısıyla ihtilafların niteliği ve yargı yolu da buna göre tanımlanabiliyordu. Oysa yeni rejimle sosyal güvenlik tek çatı altında toplanmış ve hem kamu hem özel alanın karması özgün bir kuruma dönüşmüştür. Hatta özel hukuk niteliği ağır basan kendine özgü bir sosyal güvenlik hukuk alanı oluşmuştur. Bu sebeple anılan kuruluş her ne kadar kamu kuruluşu ise de işlem ve eylemleri kamu hukukundan ziyade özel hukuk (sosyal güvenlik hukuku) ağırlıklıdır. Bu sebeple, yargı yolu olarak genel kural olan 101. maddede iş mahkemeleri genel görevli ve yetkili kılınmıştır. Bunun tek istisnası ise idari para cezaları ile ilgili 140. madde hükmüdür. Nitekim yasa koyucu bu konuda da tarihi süreç içerisinde sürekli adli yargıyı görevli kılmak istemiştir. Anayasa Mahkemesi önceki hukuk rejiminin gereklerine uyarak (sosyal güvenlik ve idari yaptırımlarla ilgili önceki rejim) yasa koyucunun iradesini iptal etmiştir. Nitekim bu konudaki en son iptal kararı 04.10.2006 gün ve E.2006/75, K.2006/99 sayılı karardır. Bu kararda "…idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, idare tarafından kamu gücü kullanılarak yasada belirtilen kurallara uymayanlar idari yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının görevli kılınması gerekir" gerekçesine yer verilmiştir.

Anayasanın 153. maddesi gereği, yasama organı, yapacağı düzenlemelerde, daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını göz önünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, "Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca idari yargıya bırakılan bir konunun adli yargıya verilmesini istemek bu hükümle çelişmeyecek midir?" sorusu akla gelebilir. Bu çelişki ve aykırılık oluşmayacaktır. Çünkü bu ilkenin istisnasını Anayasa Mahkemesi şu şekilde ortaya koymuştur. "Bir yasa kuralının Anayasanın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi

için iptal edilen önceki kural ile "aynı" ya da "benzer nitelikte" olması bunların saptanabilmesi için de, öncelikle, aralarında "özdeşlik" yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığının incelenmesi gerekir. (AYM. 11-6-2009, E.2007/115, K.2009/80)

Bu bağlamda konuyu ele alacak olursak:

Öncelikle Anayasa Mahkemesi kararına konu olan kanunlar aynı değildir. Önceki ihtilaf 506 sayılı Kanunun 140. maddesi iken bu ihtilaf 5510 sayılı Kanunun 102. maddesidir. Konu ve içeriğinin de aynı olduğundan söz edilemez. Çünkü 506 sayılı Kanundan sonra yukarıda izah edildiği üzere sosyal güvenlik rejimi tümden değişmiş, tek çatılı hale gelmiş, işçi-memur-esnaf-çiftçi ayrımı kaldırılmış ve özel hukuk ağırlıklı yeni bir sistem kurulmuştur. Nitekim 101. madde ile de, iş mahkemeleri genel görevli mahkeme halini almıştır. Nitekim AYM. nin 2006 tarihli kararından sonraki kararlarında; yargı ayrılığı rejiminin mutlak olmadığı "haklı nedenler"in varlığı halinde adli yargının görevli kılınabileceği görüşü geliştirilmiştir. Hal böyle olunca, "Aynı konuda Anayasa Mahkemesinin aleyhe kararı varken değişiklik talebi AY. 153 maddesine aykırı olur" denilemez. Çünkü özetle; önceki kural, konu ve düzenleme alanı ve koşulları ile şimdiki aynı değildir. Bu sebeple, anılan kuralın Anayasaya aykırılık iddiası ve iptali ile "aynı konuda aleyhe Anayasa Mahkemesi kararı bulunduğundan AY. nin 153. maddesine aykırı olma" sonucu doğmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle anılan yasa hükmünün Anayasanın 125/1. ve 155/1. maddelerine aykırı olduğu düşünülmektedir.

3) ANAYASANIN 141/4. MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın 141/4. maddesinde; "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir" hükmü düzenlenmektedir. Bu hüküm, sadece yargı yerlerine ve Yargıçlara görev yükleyen ve onlara "gereksiz usul yollarıyla davayı uzatmamayı" telkin eden bir emirden ibaret değildir. Anayasa genel olarak devletin yetki ve görevlerini belirlemektedir. Dolayısıyla, bu hükümle de Devlete, pozitif ve negatif yükümlülükler yüklemektedir. Buna göre Devlet; "davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının önündeki engelleri kaldırmak (pozitif yükümlülük) ve buna sebep olan iş ve işlemlerden bizzat kendisi de kaçınmak (negatif yükümlülük) zorundadır. Başka bir ifade ile Devlet (yasama-yürütme yargı bir bütün olarak) davaların

uzamasına ve gereksiz masraflı olmasına sebep olan engelleri kaldırmak zorundadır.

Bu bağlamda konu ele alınacak olursa: Yukarıda izah edilip örneklendirildiği üzere, aynı işyeri için aynı maddi olayla ilgili aynı denetim raporuna göre aynı kurum tarafından tesis edilen işlemlere karşı dört ayrı yargı yerinde hak arama hali söz konusudur. Böyle olunca vatandaş yönünden dört ayrı yerde; maliyeti, süresi ve zamanı belirsiz bir süreç başlamaktadır. Nitekim bazı mahkemeler birbirlerini bekletici mesele yapmakta veya görev ihtilafları çıkmakta ve gerek dava süresi gerekse maliyeti artmaktadır. Oysa aynı maddi olay ve aynı hukuki rejime tabi olan bu ihtilafların konuyla ilgili genel görevli uzman mahkeme olan adli mahkemede görülmesi, hem uzmanlık gereği hukuki niteliğin artmasını, hem de davaların az maliyetle daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlayacaktır.

Açıklanan nedenlerle anılan yasa hükmünün Anayasanın 141/4. maddesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

D) YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI TALEBİ:

5510 sayılı Yasa ile sosyal güvenlik rejimi yeniden yapılandırılmış olup halen müesseseleşme sürecindedir. Yeni yapı ile kapsadığı kitlede kamu-özel ayrımı kalktığı gibi, hukuki rejim olarak da, özel hukuk ağırlıklı özgün bir sosyal güvenlik hukuk alanı doğmuştur. Dolayısıyla 101. maddede, adli yargının genel görevli mahkemesi yanında, özel ve uzman mahkeme olan iş mahkemesi genel görevli ve yetkili kılınmıştır.

Yasanın 01.01.2008 tarihinde yürürlüğe giren ilk halinde (102. maddede) sulh ceza mahkemeleri görevli kılınmışken 5754 sayılı Kanunla 08.05.2008 tarihinde değişiklik yapılmış ve istisnai bir hükümle idari yargı görevli kılınmıştır. Bu arada 2005–2009 yılları arasında Kabahatler Kanunundan kaynaklanan belirsizliğin de verdiği kavram kargaşasıyla bu ihtilaflarda tam bir görev karmaşası yaşanmış ve 3–4 yıl görev sorunu hallolmayan dosyalar ortaya çıkmıştır.

Yukarıda izah edilen çok yargılılık sebebiyle adli ve idari mahkemeler ile Bölge İdare Mahkemeleri ve Danıştay da görülen aynı konudaki davalarda karşılıklı bekletme kararları ile davalar ertelenmektedir.

Bu belirsizlik ve yargı karmaşası davacılarda yargıya karşı güvensizliğe ve umutsuzluğa, yargı camiasında ise düzensizliğe ve çelişkilere sebep olmaktadır. Bu güvensizlik ve belirsizlik ortamının bertaraf edilmesi için öncelikle yürürlüğün durdurulması kararı verilmesi gerekmektedir.

SONUÇ VE TALEP:

Dava, davacıya 5510 sayılı Kanunun 102. maddesi uyarınca verilen para cezasının iptali istemiyle açılmış olup, Kanunun (K) bendinin (4) fıkrası uyarınca görevli olan idare mahkemesince karar verilmiş ve bu karara mahkememiz nezdinde itiraz edilmiştir.

İtiraz üzerine 2577 sayılı Kanunun 49/1-a maddesi uyarınca konu mahkemenin görevi yönünden de incelenmiş ve mahkemeyi görevli kılan 5510 sayılı Kanunun 102. maddesinin (k-4) bendinde düzenlenen "kurumca itirazı reddedilenler kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler" hükmünün Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca 5510 sayılı Kanunun 102. maddesinin (k-4) bendinde düzenlenen hükmün; Anayasanın 2, 36, 125/1, 141/4 ve 155/1. maddelerine aykırı olduğundan, iptali istemiyle re'sen Anayasa Mahkemesine itiraz başvurusunda bulunulmasına, yasa hükmünün yürürlüğü halinde telafisi güç zararlar doğacağından öncelikle yürürlüğün durdurulmasının talep edilip bilahare iptalinin istenilmesine dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesine sunulmasına, işbu karar aslı ile dosya suretinin Yüksek Mahkemeye sunulmasından sonra beş ay beklenilmesine, beş ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre davanın görülmesine, kararın taraflara tebliğine 05/05/2010 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen, itiraz konusu kuralı da içeren 102. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"İdari para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. ***Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler.*** *Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idari para cezası kesinleşir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 36., 125., 141. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN ile Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 24.6.2010 gününde 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:

A- Anlam ve Kapsam

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesinde, aynı Kanunda öngörülen bazı yükümlülüklerin zamanında ya da usulünce yerine getirilmemesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından verilecek idari para cezaları düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında hangi eylemlere ne miktarda idari para cezası verileceği, itiraz konusu dördüncü fıkrasında ise bu cezaların ne şekilde tahakkuk edeceği ve ödeneceği, buna karşı ödeme süresi içinde Kuruma itiraz edilebileceği, itirazın takibi durduracağı, itirazın reddi üzerine de kararın tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurulabileceği belirtilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi bağlamında "aksine hüküm" içeren bir düzenleme olduğu görülmektedir. Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunup bulunmamasına ilişkin ibareden, diğer kanunlarda yer alan ve idari yaptırım kararlarına yönelik itirazları inceleme görevini idari yargı yerlerine veren düzenlemelerin kastedildiği açıktır. 5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin idari para cezalarında görevli mahkemeyi belirleyen itiraz konusu cümlesi, Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra, açıkça idari yargıyı görevli kılan istisnai düzenlemelerden birisidir.

5510 sayılı Kanun'un getirdiği yeni sistemle, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, hizmet akdine göre ücretle çalışanlar, tarım işlerinde ücretle çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar ve tarımda kendi hesabına çalışanları kapsayan beş farklı emeklilik rejimi, aktüeryal olarak hak ve yükümlülükler yönünden tek bir sosyal güvenlik rejimi altında toplanmıştır. Bu Yasa, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri, işverenleri, sağlık hizmeti sunucularını, bu Yasa'nın uygulanması bakımından gerçek kişiler ile her türlü kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği olmayan diğer kurum ve kuruluşları kapsamaktadır.

Sosyal Güvenlik Kurumu; farklı emeklilik rejimlerinin, aktüeryal olarak hak ve yükümlülükler yönünden tek bir emeklilik rejimine dönüştürülebilmesi için Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı, Bağ-Kur Genel Müdürlüğü ve Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nü aynı çatı altında toplayan 16.5.2006 günlü, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile kurulmuştur. Kurum, kamu tüzel kişiliğini haiz, idarî ve malî açıdan özerk, 5502 sayılı Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tâbidir; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kuruluşudur.

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 5510 sayılı Kanunu'nun 102. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, Kanunda belirtilen yükümlülüklere aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve maddenin birinci fıkrasında sayılan işlem ve eylemlere uygulanan yaptırımlardır. İdari para cezasını gerektiren eylemin işlendiğini saptamak ve Kanunda gösterilen şekilde asgari ücretle bağlantılı olarak cezanın tutarını belirlemek tamamıyla idari makam olan Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kararıyla oluşmaktadır. Yaptırım,

tümüyle idari işleme dayanmaktadır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan, kamu gücüne dayanılarak, idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır.

Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye geniş ve değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmakta, önemsiz görülen bazı fiiller ceza hukuku alanından çıkarılarak idari yaptırımlara konu edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında idari yaptırım, "idarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği bir yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya uyguladığı yaptırımlar", idari yaptırımlar içinde önemli bir yer tutan idari para cezaları ise, "toplumsal düzene aykırılık oluşturan eylemler nedeni ile yasanın açıkça izin verdiği durumlarda idarenin yargı organına başvurmadan kendisinin bizzat uyguladığı ve bir miktar paranın alınması biçiminde gerçekleştiren mali nitelikte yaptırımlar" olarak tanımlanmaktadır. İdari yaptırımların, bir idari organ veya makam tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan tek yanlı idari bir işlem olması ve yasal veya düzenleyici idari işleme uyulmamasının bir ceza içermesi olmak üzere belirleyici iki özelliği bulunmaktadır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, sosyal güvenlik uyuşmazlıklarında karmaşa, belirsizlik ve güvensizlik olduğu, aynı işveren hakkında aynı işyeri, aynı maddi olay ve aynı denetim raporu uyarınca tesis edilen ayrı işlemler için farklı mahkemenin görevlendirildiği, davacının her bir yargı yerinde haklılığını ayrı ayrı ispatlamaya çalıştığı, farklı yargı yerlerinin birbirlerini bekletici mesele yapmayı tercih etmesinin yargılamanın çabukluğuna zarar verdiği, aynı işyeri ve aynı maddi olaya göre farklı yargı kolunda haklılık mücadelesi verilmesi sonucu, hem belirlilik ve hukuki güvenlik ilkelerinin hem de adil yargılanma ve etkili başvuru ilkelerinin ihlal edildiği, işlem her ne kadar idari nitelikte ise de, aynı maddi olaya dayalı yaptırımlarla ilgili tüm uyuşmazlıkların tek yargı kolunda toplanmasında haklı neden ve kamu yararı bulunduğu, yargı yerlerinden farklı kararlar çıkmasının yargıya olan güvenin sarsılması ve hak arama özgürlüğünün ihlali anlamına geldiği, 5510 sayılı Kanun'dan sonra sosyal güvenlik yaptırımlarının hukuki niteliğinin de farklılaştığı, yeni rejimle özel hukuk niteliği ağır basan sosyal güvenlik hukuku alanı oluşturulduğu,

Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işlem ve eylemlerinin kamu hukukundan ziyade özel hukuk ağırlıklı olduğu, aynı maddi olay ve aynı hukuki rejime tabi olan ihtilafların uzman mahkeme olan adli mahkemede görülmesinin davaların az maliyetle daha kısa sürede sonuçlanmasını sağlayacağı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 36., 125., 141. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinde Kanunda öngörülen bazı yükümlülüklerin zamanında ya da usulüne uygun yerine getirilmemesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından verilecek idari para cezaları ile ilgili yaptırımlar düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında hangi eylemlere ne miktarda idari para cezası verileceği, itiraz konusu cümleyi de içeren dördüncü fıkrasında ise bu cezaların ilgiliye tebliği ile tahakkuk edeceği, tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde ödeneceği veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebileceği, itirazın reddi üzerine de otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurulabileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen 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.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"*; 140. maddesinin birinci fıkrasında, *"Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"*; 142. maddesinde, *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"*; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, *"Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar"* kurallarına yer verilmiştir.

Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Yargı denetimi demokrasinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Anayasa'nın "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralıyla benimsediği husus da etkili bir yargısal denetimdir. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal kaynakları zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdarî cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir.

Yasa koyucu, 102. madde kapsamında verilen idari para cezalarında görevli yargı yerini idare mahkemesi olarak belirtirken, söz konusu idari para cezalarına karşı dava açma süresini idare mahkemelerinde dava açma süresinden farklı belirleyerek sosyal güvenlik konusunun niteliğine uygun önlemini de almıştır.

Yargılamanın ekonomikliği nedeniyle 5510 sayılı Kanun kapsamındaki tüm işlemlerin tek yargı yerinde toplanması önerisi, Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan, Anayasa Mahkemesi'nin "kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesisi edemez" kuralı karşısında Anayasa yargısının konusu olmadığı gibi, itiraz konusu kuralda, idari işlemlerin idarî yargının dışına çıkarılarak adlî yargıya bırakılması da söz konusu değildir. İtiraz konusu kuralda olduğu gibi, Anayasa'ya ve Anayasa Mahkemesi kararlarına uygun olarak düzenlenen bir konunun, farklı gerekçeler ya da nedenlerle farklı düzenlenmesi gerektiği savı Anayasa'ya aykırılık konusu olamaz. Niteliği gereği idari olan eylem ve işlemlere ilişkin davaların, Anayasa gereği, idari yargı yerlerinde görülmesi esastır. Yasaların, belirsizlik ve kargaşa yaratması değil önlemesi esas olduğuna göre, yasa koyucunun da Anayasa'daki

idarî ve adlî yargı ayrılığını esas alması, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin, idari yargı denetimine tabi olması Anayasa'ya uygunluğun gereğidir.

İtiraz başvurusuna konu olan idarî para cezası, idare tarafından kamu gücü kullanılarak Kanunda belirtilen kurallara uymayanlara idarî bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idarî yargının görevli kılınmasında Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin dördüncü fıkrasının "*Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler*" biçimindeki dördüncü cümlesi Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın, yargı yerini belirten niteliği nedeniyle Anayasa'nın 36. ve 141. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin dördüncü fıkrasının *"Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler."* biçimindeki dördüncü cümlesine yönelik iptal istemi, 20.10.2011 günlü, E.2010/55, K.2011/140 sayılı kararla reddedildiğinden, bu cümleye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 20.10.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Yasa'nın 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin dördüncü fıkrasının *"Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler."* biçimindeki dördüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 20.10.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Başkanvekili Serruh KALELİ
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Alparslan ALTAN	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/71
Karar Sayısı : 2011/143
Karar Günü : 27.10.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Van Aile Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasının *"...hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar."* bölümünün, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 36., 40. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından açılan babalık davasında, Cumhuriyet savcısının itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"4720 sayılı TMK'nun 303/2. maddesindeki "Hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." ibaresinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 36., 40. ve 41. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal başvurusu

Mahkememizde yargılaması yürütülen 2010/356 esas sayılı dava dosyasında; davacının babasının ... olduğu, babası ile annesinin resmi nikahları olmadan evlilik dışı birliktelik yaşadıklarını ancak babasının resmi nikahını yapmadan öldüğünü bu nedenle babasının nüfusuna yazılmak istediğini beyan ederek dava açmıştır. Açılan bu dava soybağının tespitine ilişkin dava olduğundan TMK'nun 303/2. maddesindeki hak düşürücü süre nedeniyle davanın reddedilmesi gerekeceğinden; duruşmaya çıkan C. Savcısı bu

maddenin Medeni Kanundaki 289. madde ile benzer olduğunu, 289. maddedeki baba yönünde getirilen hak düşürücü sürenin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildiğini, bu maddedeki ibarenin de iptal edilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesini talep etmiştir.

Bu hususla ilgili olarak davalı nüfus idaresi temsilcisini ve davacının da Anayasaya aykırılık iddiasına karşılık beyanları alınmış, davalı nüfus idaresi temsilcisi ve davacı aykırılık iddiasına katılmışlardır.

Anayasa'nın 152. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 28. maddesine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı olduğunu görür veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yetkilerinin olduğu belirtilmektedir. Bu kurallar gereğince bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için o mahkemede yargılaması devam eden ve usulünce açılmış, mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması iptali istenen hükmünde bu dava da doğrudan uygulanacak hüküm olması gerekmektedir.

Mahkememizde açılan 2010/356 esas sayılı dava dosyasının derdest olduğu, yargılamasının devam ettiği, TMK'nun 303/2. maddesi bu dava da doğrudan uygulanan ve bu davanın sonucunu etkileyen bir hüküm olması nedeniyle C.savcısının talebi de dikkate alınarak hükmün iptali amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine karar verilmiştir.

HUKUKSAL OLAY:

TMK'nun 303/2. maddesinde düzenlenen babalık davasının, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabileceğini, annenin dava hakkının doğumdan başlayarak 1 yıl geçmekle düşeceğini belirtmiştir. Anne açısından biyolojik olarak nesebin karışıklığa yol açması mümkün değildir. Zira çocuğu doğuran çocuğun annesidir. Ancak bu imkan biyolojik olarak baba ve çocuk için mümkün değildir.

Soybağı hem kamu düzenini ilgilendirmekte, hem de hısımlık hukukunu doğrudan ilgilendirmektedir. Soybağı ilişkisi aile hukukunun en önemli konularından birisidir. Çocuğun fiziksel ve psikolojik gelişimi üzerinde doğrudan etkisi olan bir husustur.

Soybağının kurulması, tespiti ve reddi gibi hususlar yenilik doğrucu haklardandır. Soybağında istikrarı sağlamak ve çocuğun çıkarlarını güvence altına almak sağlıklı aile yapısı oluşturmak ve sağlıklı toplum oluşturmak için çok önemli hususlardandır.

Soybağı çocuk ile anne ve baba arasındaki bağlantıyı ifade ettiği gibi çocuğun ecdadı, üst soyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı da ifade eder.

4721 sayılı TMK'na göre anne ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulur. Baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi ile anne ile evlilik, tanıma veya hakim hükmü ile kurulacağını düzenlemiştir. Açılan davada soybağının hakim hükmüyle kurulması talep edilmiştir.

ANAYASA'YA AYKIRILIĞI İDDİA EDİLEN KANUN MADDESİ:

Davacı hakkında uygulanacak olan TMK'nun 303/2. maddesinde düzenlenen "Hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." kanun maddesindeki ibarenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıdır.

İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ:

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen; Türkiye Cumhuriyeti, İnsan Hakları'na ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir. demek suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin Anayasasının 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olduğu insan haklarına dayandığı, hak ve özgürlüklerin güçlendirerek koruma altına aldığı, idarenin her türlü eylem ve işlemini hukuka uygun olması gerektiği Anayasa'ya aykırı olan tutum ve davranışlardan kaçındığı hukuku tüm devlet organlarına egemen kıldığı, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı saydığı, yargı denetiminin açık olduğu bir devlettir. Bu nitelikleri nedeniyle Anayasa'ya aykırı olan bir hükmün davada uygulanamayacağı bir gerçektir.

Anayasa'nın 5. maddesinde; Devletin temel amaçları ve görevleri düzenlenmiştir. Bu temel amaç ve görevlerden kişilerin refah ve huzuru ile hak ve hürriyetlerinin güvence altına almak, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, maddi ve manevi varlığını geliştirip güçlendirmesi için gerekli koşulları hazırlamak ve bunun için çalışmak görevi verilmiştir. Bu madde gereğince soybağının doğru tespit edilmesi kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi

ile doğrudan ilgilidir. Kişinin soybağını tespitine yönelik sınırlandırma getirmek bu maddenin özü ve sözü ile bağdaşmamaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde; herkesin ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu hususu düzenlenmiştir. Daha önce Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusu ile TMK'nun 289. maddesi ile ilgili olarak yapılan başvuruyu, Anayasa Mahkemesi baba yönünden doğumdan itibaren işleyecek 5 yıllık süreyi iptal etmiştir. Ekonomik ve sosyal açıdan daha güçlü durumda olan baba için Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği yasa maddesi ile TMK'nun 303/2. maddesindeki ibare arasında doğrudan ilişki olması nedeniyle bu ibarenin iptal edilmemesi durumunda çocuk için soybağının tespiti açısından bu maddenin lafzına ve yorumuna aykırı bir durum yaratılmış olacaktır.

Anayasa'nın 13. maddesinde; temel hak ve özgülüklerin ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamanın da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmayacağı şeklinde sınırlamanın olabileceğini hükme bağlamıştır. Kişinin soybağını bilmesi en temel haklarından birisidir. Kişinin babası olmayan birisinin üzerine nüfusa tescil edilmiş olması kişinin daha sonra bunu öğrenmesi durumunda belli bir süre ile sınırlandırmak Anayasa'nın temel ilkelerine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun değildir. Bu nedenle TMK'nun 303/2. maddesindeki ibarenin bu maddeden çıkarılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 17. maddesinde; herkesin maddi ve manevi varlığını koruma, geliştirme hakkına sahip olduğu, bunu engellemenin Anayasa'nın temel ilkeleri ile demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı açıkça ortadadır.

Anayasa'nın 36. maddesinde; hak arama hürriyeti düzenlenmiş, herkesin yargı mercileri önünde davacı ve davalı sıfatıyla hak arama hürriyetine sahip olduğunu düzenlemiştir. Hiç kimsenin hak arama hürriyeti engellenemeyeceği bir Anayasa kuralı haline getirmiştir. Hak arama hürriyetinin belli bir süreyle kısıtlamanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen Adil Yargılanma Hakkına aykırı olacağı yadsınamaz bir gerçektir.

Anayasa'nın 40. maddesinde; Temel Hak ve Hürriyetlerin korunması düzenlenmiştir. Kişinin fiili hayatta sahip olmuş olduğu soy bağını nüfusa tescil ettirmemesi bu madde ile açıkça çelişmektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde düzenlenen özgürlük ve güvenlik hakkına da açıkça aykırı olduğu bir gerçektir.

Anayasa'nın 41. maddesinde; Ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, Devletin ailenin huzurunu sağlamak zorunda olduğu, özelikle annenin ve çocukların korunması için devlete bir yükümlülük getirdiği görülmektedir. Kişinin mensup olmadığı bir aile de, nüfus kayıtlarında bu ailenin bir ferdi olarak görülmesi hem ailenin sağlıklı gelişimini, hem de çocuğun sağlıklı bir birey olarak gelişimini engelleyecektir. Ayrıca Aile Hukukunu ilgilendiren Medeni Kanunun getirmiş olduğu yükümlülükler ve haklar açısından da ölçüsüz bir durum ortaya çıkacaktır.

Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına göre usulüne uygun olarak yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler yasal mevzuatımız niteliğinde olduğu için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi değerlendirildiğinde, yukarıda kısaca özetlenen Anayasa hükümleri ile bu maddenin uyum içinde olduğu TMK'nun 303/2.deki "Hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." ibaresi hem Anayasamıza hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. ve yukarıda zikredilen diğer maddelerine açıkça aykırı olduğu görülmektedir.

UYGULAMADA HAKKANİYETİN SAĞLANMASI:

Anayasa Mahkemesi'nin 25/06/2009 tarihli, 2008/30 esas, 2009/96 sayılı kararı ile TMK'nun 289/1. maddesindeki "Her halde doğumda başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır." ibaresindeki 5 yıllık süreyi iptal etmiştir. Baba çocuğun kendi çocuğu olmadığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde davasını açabilecektir. Baba için tanınan bu imkanın çocuk için tanınmaması hakkaniyet ve nesafet ölçütlerine aykırı olacaktır. Yapılacak değerlendirmede bu hususun da gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Aksine babası olmadığını bildiği bir kişiye mirasçı olunabilecek bu da hem bu kişinin mirasçıları açısından aleyhe bir durum oluşturacak, hem de dava açacak olan kişinin mirasçıları lehine bir duruma sebebiyet verecektir. Van gibi Ülkemizin Doğusu ve Güneydoğusunda Feodal Toplum Düzeninin henüz tam çözülmemiş olması, ülkemizde son yıllarda gelişen ekonomik ve sosyal durum, insanların eğitim ve bilinç düzeyini yükseltmiş olması, *e- devlet* projesinin bir çok kurumda işler hale gelmiş olması nedeniyle bu yöre de gerçek hayatta düz çizgi hısımı olmadıkları halde nüfus kaydında evli görünen çok sayı da kişinin olması bununla birlikte mahkemelere soybağı ile ilgili olarak çok sayıda davanın açılmış olması, açılan bu davaların büyük bir çoğunluğunun TMK'nun 303/2. maddesindeki hak düşürücü süre nedeniyle reddedildiği bir gerçektir.

Hak düşürücü süre re'sen gözönünde bulundurulması gereken, davanın şartlarından olan bir husus olması nedeniyle taraflar hak düşürücü süreyi ileri sürmeseler bile hakim tarafından re'sen gözönünde bulundurma zorunluluğu nedeniyle davalar reddedilmektedir. Bu hususta toplumda miras, aile ilişkileri, aile hukuku gibi konularda karışıklığa neden olmaktadır. Bu karışıklığı gidermek ancak TMK.nun 303/2. maddesindeki "hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." ibaresinin iptali ile mümkün olabilecektir.

SONUÇ:

Yukarıda izahı yapılan TMK.nun 303/2. maddesindeki "Hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." cümlesi Anayasa'nın zikredilen maddeleri uygulamadaki sorunlar dikkate alındığında, mahkememizde yargılanması devam eden davacının davasında uygulanacak olan TMK.nun 303/2. maddesindeki "Hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." cümlesi Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırı olduğu, TMK.nun 303/2. maddesindeki "Hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." ibaresinin yasal metinden çıkarılarak iptal edilmesini saygılarımla arz ve talep ederim. 16.7.2010"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 303. maddesi şöyledir:

*"**MADDE 303.-** Babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Ananın dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer.*

*Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde; **hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar.***

Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar.

Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 36., 40. ve 41. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla 22.9.2010 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:

A- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

Soybağı terimi, 743 sayılı önceki Medenî Kanundaki nesep sözcüğünün yerine 4721 sayılı Türk Medenî Kanun'u (TMK.) tarafından hukuk diline kazandırılan bir terim olup, biri geniş diğeri dar olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır.

Geniş anlamda soybağı, bir kimse ile onun ecdadı, üstsoyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı ifade eder. Dar anlamda soybağı ise, sadece çocuklar ile ana ve babaları arasındaki bağlantıyı, başka bir deyişle çocuğun ana ve babasına nisbetini ifade eder ki, Medenî Kanunun *"Aile Hukuku"* başlıklı ikinci kitabında düzenlenmiş olan soybağı da bu dar anlamdaki soybağıdır.

4721 sayılı TMK.'nun soybağının hükümlerini düzenleyen 282. maddesinde, çocuk ile ana arasındaki soybağının doğumla, çocuk ile baba arasındaki soybağının ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu maddeye göre, soybağı evlat edinme yoluyla da kurulabilir. Çocuk ile babası arasında, anne ile evlenme, tanıma ve evlat edinme

yoluyla soybağı ilişkisi kurulmasında babanın rızası bulunmaktadır. Babanın rızasının bulunmadığı durumlarda, çocuk ile babası arasında soybağının kurulması için hakim kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Çocuk ile babası arasında soybağının kurulması için açılan bu davaya babalık davası denilmektedir.

Babalık davası ile ilgili hükümler 4721 sayılı TMK'nun 301-304. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TMK.'nun 301. maddesinin birinci fıkrasında, çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ile çocuğun isteyebileceği belirtilmiştir. TMK.'nun 303. maddesinin birinci fıkrasında ise babalık davasının, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabileceği, ananın dava hakkının, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşeceği, itiraz konusu kuralı da içeren ikinci fıkrasında, çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa çocuk hakkında bir yıllık sürenin atamanın kayyıma tebliği tarihinde, hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı, üçüncü fıkrasında, çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa bir yıllık sürenin bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlayacağı, dördüncü fıkrasında ise, bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabileceği öngörülmektedir.

TMK.'nun 303. maddesinde babalık davası için öngörülmüş olan süreler hak düşürücü sürelerdir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, kişinin soybağını bilmesinin en temel haklarından birisi olduğu, kişinin babası olmayan birinin üzerine kaydedilmesi ve bunu daha sonra öğrenmesi durumunda dava açma hakkının itiraz konusu kural ile belli bir süreyle sınırlandırılmasının Anayasa'nın temel ilkeleri ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık teşkil ettiği ve hak arama özgürlüğünü sınırladığı, Anayasa Mahkemesi'nin 25.6.2009 günlü, 2008/30 Esas, 2009/96 Karar sayılı kararıyla TMK.'nun 289. maddesindeki *"Her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde açmak zorundadır."* ibaresindeki beş yıllık sürenin iptal edildiği, baba için tanınan bu imkânın çocuk için de tanınması gerektiği belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 36., 40. ve 41. 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, hukuk güvenliğini sağlayan, 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 *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* başlıklı 17. maddesinde, *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* denilmektedir. Buna göre kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete görev olarak verilmiştir. Güçlüler karşısında güçsüzleri koruyacak olan devlet gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece sosyal niteliğine ulaşacaktır. Bu itibarla kişilerin yaşayışlarına ilişkin yasal düzenlemeler *"yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma hakları"*nı önemli ölçüde zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içermemelidir.

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, çocuk hakkındaki bir yıllık babalık davası açma süresinin çocuğa doğumdan sonra hiç kayyım atanmamışsa, çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlayacağı öngörülmektedir. Kuralda öngörülen dava açma süresi, yargılama usulüne ilişkin olup, soybağı davalarında dava açma süresini belirleyip belirlememe yetkisi, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir.

Yasa koyucu, soybağı davalarında dava açma süresine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise *"elverişlilik"*, "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *"Elverişlilik"*, getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli

olmasını, "*gereklilik*", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise getirilen kural 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. Anayasa'da düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Devlet'in herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlama görevi göz önüne alındığında; kişi evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir.

İtiraz konusu kural ile çocuğun babalık davasını açma hakkının hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren bir yıllık süre ile sınırlandırılmasının gerekçesinin, davalı babanın sürekli olarak dava tehdidi altında kalmamasını sağlamaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Davalı babanın veya ailesinin uzun süre dava tehdidi altında bulunmaması, diğer yandan da çocuğun ana babasını bilme, babasının nüfusuna yazılma ve hak arama özgürlüklerinin zarar görmemesi amacıyla, her iki taraf açısından yasa koyucunun süre koyma konusundaki takdir yetkisini makul bir süre olarak belirlemesi gerekmektedir. Hak düşürücü niteliğinden dolayı itiraz konusu kuralda öngörülen sürenin geçmesinden sonra çocuğun babası ile arasındaki soybağını kurma olanağını yitirmesi hususu göz önüne alındığında, çocuk hakkında hiç kayyım atanmamışsa ergin olduğu tarihten itibaren işleyecek olan bir yıllık dava açma süresi yeterli ve makul olmadığı gibi, ölçülü de değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2., 17. ve 36. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, Anayasa'nın 5., 10., 13., 40. ve 41. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Nuri NECİPOĞLU bu görüşe katılmamışlardır.

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.

4721 sayılı Kanun'un 303. maddesinin ikinci fıkrasının *"...hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar."* bölümünün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı cümlede yer alan *"Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde; ..."* bölümünün de 6216 sayılı Yasa'nın 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince iptali gerekir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

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 iptal 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.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 303. 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 iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

A- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasının, "… hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Nuri NECİPOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 4721 sayılı Kanun'un 303. maddesinin ikinci fıkrasının, "… hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." bölümünün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan aynı fıkrada yer alan "Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde; …" bölümünün de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 4721 sayılı Kanun'un 303. 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 bu fıkraya ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

27.10.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	

KARŞI OY GEREKÇESİ

İptal istemine konu kural, babalık davasının hiç kayyım atanmamış olması halinde, çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin olup; onsekiz yaşın doldurulmasından itibaren bir yıl içinde bu davanın açılması gerektiği maddede hüküm altına alınmaktadır.

4721 sayılı Medeni Kanunun 303. maddesinin iptal istemine konu yapılmayan son fıkrasında ise "Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir." denilmektedir. Bu fıkra, maddenin ilk üç fıkrası bakımından ortak olup, ikinci fıkranın dava konusu bölüm yönünden de değerlendirilmesi gereken bir kural mesabesindedir.

303. madde bir bütün olarak incelendiğinde; yasa koyucunun dengeli bir kural getirdiği, "gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa" ibaresiyle de, bir yıllık süre dışındaki hukuken meşru nedenlerle her zaman babalık davası açılabilmesine imkân tanıdığı anlaşılmaktadır.

Çocuk ile baba arasındaki soybağının bir temel hak olduğu kuşkusuz ise de, itiraz konusu kuralın bu hakkı ihlâl ettiğini söyleyebilmek imkânı yoktur. Madde metni bütünsel biçiminde değerlendirildiğinde, yasa koyucunun değişik

durum ve ihtimalleri gözeterek ilgililere yeteri kadar dava hakkı tanıdığı açıkça görülmektedir. İptal istemine konu kuralın, maddenin diğer bölümleri dikkate alınmadan yorumlanması ve sonuca bu şekilde varılması isabetli olmayacaktır.

Açıklanan nedenlerle; kuralın bir temel hakkı ihlâl eden, adil yargılanma hakkını ortadan kaldıran mahiyeti bulunmadığı ve yasa koyucunun takdir hakkı çerçevesinde yapılan düzenlemenin Anayasa'ya aykırı bir yönünün olmadığı kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun iptal yönündeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Nuri NECİPOĞLU

Esas Sayısı : 2011/46
Karar Sayısı : 2011/145
Karar Günü : 27.10.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Narman İcra Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1- 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *"7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere…"* bölümünün,

2- 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesiyle 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesine eklenen fıkrada yer alan *"…bu Kanunda öngörülen…"* ibaresinin,

Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

4207 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre tütün mamullerinin tüketilmesinden dolayı 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 39. maddesine istinaden verilen idari para cezasının, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Kanun ile getirilen af kapsamı dışında bırakılmasını ve 6217 sayılı Kanun'un 6. maddesiyle 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesine eklenen fıkrada yer alan *"…bu Kanunda öngörülen…"* ibaresini Anayasa'ya aykırı bulan mahkeme iptal istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

" I. İşin Mahiyeti ve Yeniden Değerlendirme Nedenleri: Öncelikle eldeki işin niteliğinin irdelenmesi gerekmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 7/2. maddesinde, suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunacağı düzenlenmiştir. Somut olayda, Narman Malmüdürlüğünce 69,00 TL. idari para cezasının 6183 sayılı A.A.T.U.H.K. hükümleri uyarınca tahsili için 09.06.2010 tarihinde borçluya ödeme emri tebliğ edildiği, ancak adı geçen borçlunun süresi içinde borcunu ödemediği gibi mal beyanında da bulunmadığı anlaşılmakla şikayet üzerine mahkememizin 09.07.2010 tarihli ve 2010/94 D.İş sayılı kararı ile borçlunun 6183 sayılı A.A.T.U.H.K.'nun 60. maddesine göre mal beyanında bulununcaya değin ve üç ayı geçmemek üzere hapsen tazyikine karar verilmiş, ancak hüküm tarihinden sonra 25/02/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 17. maddesinin birinci fıkrası ile, 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39. maddesi uyarınca verilen idari para cezaları hariç olmak üzere miktarı 120,00 TL.'den az olan idari para cezalarının tahsilinden vazgeçilmiş, yine 14/04/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6. maddesi ile de, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununa göre verilen nafaka alacakları hariç olmak üzere alacak miktarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında kalan takiplerde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununda öngörülen disiplin ve tazyik hapsi uygulanmayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, mahkememizce borçlu Ahmet Mete hakkında daha önce verilen 6183 sayılı anılan Kanuna göre mal beyanında bulunmama eyleminden ötürü hapsen tazyikine ilişkin hükümden sonra yukarıda anılan yasa maddeleri ile hukuksal durumunda bir değişiklik olup olmadığının 5237 sayılı T.C.K.'nun 7/2. maddesine göre değerlendirilmesi zorunlu görülmüştür.

II. Usul Yönünden: Yukarıda da zikredildiği üzere, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesinde, "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 Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır..." hükmü yer almakta olup; benzer şekilde 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinde, "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa" şeklindeki bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu sebeple; her ne kadar işbu başvuruya konu iptali istenen hükümler teknik anlamda bir "dava"da uygulanacak maddeler olmasa da; işin mahiyeti gereği hukuki bir talep karşısında hukuki bir "karar"da uygulanacak olan bir yasa maddesidir. İşin niteliği dikkate alındığında böylesi talepler böylesi bir hukuki işleme (Değişik iş esas kaydına) konu olabilecektir. Bu bakımdan; talebi olumlu ya da olumsuz şekilde sonuçlandırmanın mahkememize ait bir görev oluşu, böylesi taleplerin hukuken bu şekilde ele alınmasının zorunlu oluşu, Anayasa'ya aykırı olduğuna inanılan bir yasa maddesini bir hakimin bu teknik ayrıntı nedeniyle uygulamak zorunda bırakılamayacağı gibi hususlar nazara alınarak; işbu başvurunun geniş anlamda yorumlanabilecek bir "dava" gibi yorumlanarak talebin esastan değerlendirilmesi Yüksek Mahkemenizden arz ve talep olunur.

Ayrıca, işin mahiyeti itibariyle sonucunda borçluya hürriyetini yoksun kılacak şekilde hapsen tazyikine karar verilmesi söz konusu olduğundan ve esasın usûle feda edilemeyeceği kuralı da dikkate alındığında, hakimin ortada sırf teknik anlamda bir "dava" olmadığı için Anayasa'ya aykırı olduğuna inandığı bir yasa maddesini uygulamak zorunda bırakılması halinde kişinin hürriyetini haksız yere yoksun bırakılmasına yol açılacağı da değerlendirilerek, işin geniş anlamda bir dava olduğu gözetilmek suretiyle mahkememizce ciddi görülen Anayasa'ya aykırılık iddiasının esastan incelenmesi yerinde olacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 22.02.2006 tarihli ve 2003/29-2006/24 esas ve karar sayılı kararı ile, Hamur Sulh Ceza Mahkemesinin bir değişik iş dosyasındaki başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesince; ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından bahisle işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

III. Esas Yönünden:

1- 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 17. Maddesi Yönünden:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, somut olayda mal beyanında bulunmama eylemine konu idari para cezası 69,00 TL. olup, bu tutarın anılan maddenin birinci fıkrasındaki tahsilinden vazgeçilen 120,00 TL.'nin altında olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca, söz konusu idari para cezasının tütün mamüllerinin tüketilmesi kabahati nedeniyle verildiği anlaşılmaktadır. Anılan maddenin birinci fıkrasında, 120,00.-TL.'nin altında olan idari para cezalarının tahsilinden vazgeçildiği belirtilmiş, ancak 7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları istisna tutulmuştur. Dolayısıyla, eğer tütün mamüllerinin belirli mahallerde tüketilmesi kabahatine ilişkin idari para cezaları istisna tutulmasaydı, işbu davaya konu eylem yönünden de eylemin kaynağı olan borcun tahsilinden vazgeçilmesi nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verileceğinden, işbu maddenin somut olayda uygulanması söz konusudur.

Bilindiği üzere, kabahatler ve idari yaptırımları, genel esasları itibariyle 5326 sayılı Kabahatler Kanununda düzenlenmiş olup, bu Kanunda Ve çeşitli özel Kanunlarda kabahat teşkil eden eylemler ve idari yaptırımları ayrıca belirtilmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 2. maddesinde; kabahat, "kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır." şeklinde tanımlanmış, anılan Kanunda, emre aykırı davranış, dilencilik, kumar, sarhoşluk, gürültü, rahatsız etme, işgal, tütün mamüllerinin tüketilmesi, kimliği bildirmeme, çevreyi kirletme, afiş asma gibi eylemler kabahat olarak düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, 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 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 çiğnenmesi yasaklanmıştır. Diğer yandan, eşitlik temeline dayanan adil bir hukuk düzeni kurmak, hukuk devletinin en önemli işlevlerinden biri olduğundan hukuksal eşitlik sağlanmadan hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmeyeceği açıktır.

Yasakoyucu, kuşkusuz, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç veya kabahat sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın türü ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabileceği gibi verilen idari para cezalarının tahsilinden vazgeçilmesini de öngörebilir. Ancak böyle bir düzenleme yapılması durumunda, eşitlik ilkesi, bundan aynı durumda bulunan herkesin eşit olarak yararlandırılmasını gerektirir.

Somut davada yeniden değerlendirmeye konu olaya uygulanacak kanun maddesi olan 6111 sayılı anılan Kanunun 17. maddesi ile hemen tüm idari para cezaları yönünden, üstelik daha ağır idari yaptırımı gerektiren kabahatlar yönünden dahi, tahsilinden vazgeçilmesi sağlanmış, yalnızca tütün mamüllerinin tüketilmesine ilişkin kabahat yönünden verilen idari para cezaları kapsam dışı bırakılmıştır. Bu itibarla, benzer nitelikteki hatta daha hafif idari yaptırımı gerektiren kabahati işleyenler için farklı uygulama öngören bu düzenlemenin haklı bir nedeni bulunmadığı açıktır.

Diğer yandan, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde, yalnız kabahat ve cezaların saptanmasında adil ölçülerin gözetilmesiyle yetinilemez; bunların kaldırılması, değiştirilme ya da kimi olanakların tanınmasını söz konusu olduğunda da aynı ölçülerin esas alınması zorunludur. Dava konusu düzenlemeyle daha fazla idari yaptırımı gerektiren kabahati tahsilinden vazgeçme kapsamına alıp, hafif olanında bu olanakları yararlandırmamanın adil olduğu ileri sürülemez. Bu nedenlerle, 25/02/2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 17. maddesinin birinci fıkrasındaki, "7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere," ibarelerinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştı.

2- 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6. Maddesi Yönünden: Anılan madde ile, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 354. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, nafaka alacakları istisna tutulmak suretiyle alacak miktarı Asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında kalan takiplerde bu Kanunda öngörülen disiplin ve tazyik hapsi uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Somut olayda, idari para cezasının miktarının 69,00 TL. Olduğu, 2011 yılı için öngörülen aylık brüt asgari ücret tutarının 697,50 TL. olduğu, dolayısıyla söz konusu idari para cezasının 2004 sayılı İ.İ.K.'nun 354. maddesine eklenen fıkrada belirtilen tutarın altında olduğu, dolayısıyla eğer 6183 sayılı Kanun kapsam dışında bırakılmamış olsaydı anılan hükmün somut olaya uygulanması ihtimali bulunduğu açıktır.

İcra ve İflas Kanununda disiplin ve tazyik hapsini gerektiren eylemler, anılan Kanunun 331. ve devamı maddelerinde, ödeme şartını ihlal (madde 340), nafaka yükümlülüğüne uymama (madde 344), çocuk teslimi emrine muhalefet (madde 341) v.b. şeklinde belirtilmiş, aynı Kanunun 76. maddesinde de, "Mal beyanında bulunmıyan borçlu, alacaklının talebi üzerine beyanda bulununcaya kadar icra mahkemesi hakimi tarafından bir defaya mahsus olmak üzere hapisle tazyik olunur. Ancak bu hapis üç ayı geçemez." şeklinde İ.İ.K. hükümlerine tabi borçlar yönünden mal beyanında bulunmama eyleminin hapsen tazyik ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Öte yandan, 6183 sayılı A.A.T.U.H.K.'nun 60. maddesinde ise, bu Kanun hükümlerine tabi borçlar yönünden eylemin hapsen tazyiki gerektirdiği düzenlenmiştir.

6217 sayılı anılan Kanunun 6. maddesi ile 2004 sayılı İ.İ.K.'nun 354. maddesine eklenen fıkra ile, "Bu Kanunda öngörülen" denilmek suretiyle yalnızca İ.İ.K.'ndaki borçlar yönünden belirli bir tutarın altındaki alacaklar bakımından tazyik hapsi uygulanmayacağı belirtilmekle, 6183 sayılı A.A.T.U.H.K. hükümleri kapsamındaki alacaklar kapsam dışında bırakılmıştır. Diğer bir anlatımla, 2004 sayılı İ.İ.K. hükümleri kapsamındaki alacaklar bakımından anılan Kanunun 354. maddesine 6217 sayılı Kanunun 6. maddesi ile eklenen fıkra uyarınca brüt asgari ücretin altında olmak kaydıyla bu Kanundaki (2004 sayılı İ.İ.K.'daki) eylemler bakımından tazyik hapsi verilmeyeceği belirtilmiş, ancak 6183 sayılı A.A.T.U.H.K. hükümlerindeki hapsen tazyiki gerektiren eylem kapsama dahil edilmemiştir. Böylelikle, 2004 sayılı İ.İ.K.'nun 76. maddesine göre mal beyanında bulunmayan borçlunun eylemi ile 6183 sayılı A.A.T.U.H.K.'nun 60. maddesine göre mal beyanında bulunmayan borçlunun eylemi niteliği itibariyle

tamamen aynı olduğu halde sırf borcun kaynağı nedeniyle farklı hükümlere tabi olacaktır. Hatta, mal beyanında bulunmama eylemine göre daha ağır sonuçları bulunan İ.İ.K.'daki kimi eylemler bakımından dahi belirli bir tutarın altındaki alacaklar bakımından ceza verilemeyecek iken, salt 6183 sayılı anılan Kanunda düzenlenen mal beyanında bulunmama eyleminden ötürü belirtilen alacak miktarı gözetilmeden, her durumda, ceza verilmesi söz konusudur. Bunun da, açıkça Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerinde düzenlenen eşitlik ve hukuki devlet ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6. maddesi ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 354. maddesine eklenen fıkradaki "bu Kanunda öngörülen" ibarelerinin iptalinin gerektiği mahkememizce değerlendirilmiştir.

Tüm bu nedenlerle, söz konusu yasa maddelerinin bazı kısımlarının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmak üzere aşağıdaki karar verilmiştir.

KARAR: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1- İşbu davanın çözümü için uygulanması gerekebilecek olan;

a) 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 17. maddesinin birinci fıkrasındaki, "7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere," ibarelerinin,

b) 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 6. maddesi ile 2004 sayılı icra ve İflas Kanununun 354. maddesine eklenen fıkradaki "bu Kanunda öngörülen" ibarelerinin,

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden, iptali için Anayasa Mahkemesine BAŞVURULMASINA,

2- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152/3. maddesi uyarınca beş ay içinde Anayasa Mahkemesince bir karar verilmemesi durumunda, beş ay sonra işbu dosyanın yeniden ele alınarak yürürlükteki kurallar uyarınca davanın karara bağlanmasına,

Karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un itiraz konusu bölümü de içeren 17. maddesinin bir numaralı fıkrası şöyledir:

"**7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere,** 31/12/2010 tarihinden (bu tarih dâhil) önce idari yaptırım kararı verildiği halde bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ilgilisine tebliğ edilmemiş olan ve genel bütçeye gelir kaydı gereken ve her bir kabahat için 120 Türk Lirasının (bu tutar dâhil) altında kalan idari para cezaları tebliği edilmez, tebliğ edilmiş olanların ve buna bağlı fer'i alacakların tahsilinden vazgeçilir. Bu fıkra kapsamına giren ve mülga 5539 sayılı Kanun ile 6001 sayılı Kanun gereğince verilen idari para cezası ile birlikte ilgilisine tebliği gereken ve tutarı 12 Türk Lirası ve altında kalan geçiş ücretleri için de bu fıkra hükmü uygulanır."

2- 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un itiraz konusu ibareyi de içeren 6. maddesi şöyledir:

"2004 sayılı Kanunun 354 üncü maddesinin başlığı "Davanın ve cezanın düşmesi ile ceza verilemeyecek haller" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Nafaka alacaklarına ilişkin talepler hariç, alacak miktarı asgari Ücret Tespit Komisyonu tarafından her yıl belirlenen aylık en yüksek brüt asgari ücret tutarının altında kalan takiplerde **bu Kanunda öngörülen** disiplin ve tazyik hapsi uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, 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, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'nın katılımlarıyla 18.5.2011 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 31.3.2011 günlü 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesiyle, 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesine eklenen fıkrada yer alan *"….bu Kanunda öngörülen…"* ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nce iptali halinde, belli bir miktarın altında kalmak kaydıyla takibi için hapsen tazyik cezası verilen alacakların kamu-özel ayrımı

olmaksızın tüm alacaklar için kaldırılacağını, dolayısıyla borçlu şahıs hakkında, 4207 sayılı Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendine göre tütün mamullerinin tüketilmesinden dolayı verilen idari para cezasının tahsili için 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'un 60. maddesi uyarınca verilen hapsen tazyik cezası da uygulanamayacağından söz konusu ibarenin davada uygulanacak kural olduğunu ileri sürmektedir.

6217 sayılı Kanun ile getirilen değişiklik incelendiğinde; değişikliğin tüm alacakların takibinde hapsen tazyik cezasını kaldıran genel amaçlı bir düzenleme olmadığı, aksine belirli bir kanuna münhasır olmak üzere 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen ve belli bir miktarın altında kalan alacakların takibi hakkında olduğu, diğer bir anlatımla kanun koyucunun kamu-özel ayrımı olmaksızın tüm alacaklar için hapsen tazyik cezasını kaldırmak amacıyla değişikliğe gitmediği, sadece İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenen nafaka alacakları hariç olmak üzere diğer alacakların takibi hakkında belli bir miktarın altında kalmak kaydıyla hapsen tazyik cezasını kaldırdığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesine eklenen fıkrada yer alan *"...bu Kanunda öngörülen…"* ibaresi bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliği taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle,

1- 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesiyle, 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesine eklenen fıkrada yer alan *"… bu Kanunda öngörülen…"* ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin *"7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere…"* bölümünün, 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, adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devletinde, yalnız kabahat ve cezaların saptanmasında adil ölçülerin gözetilmesiyle yetinilemeyeceği, bunların kaldırılması, değiştirilme ya da kimi olanaklar tanınması söz konusu olduğunda da aynı ölçülerin esas alınmasının zorunlu olduğu, dava konusu düzenlemeyle daha fazla idari yaptırımı gerektiren kabahat nedeniyle verilen idari para cezasının tahsilinden vazgeçilmesine rağmen, hafif olanın da tahsilden vazgeçilmemesinin adil olmadığı, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesinin, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğu, bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörüldüğü, eşitlik ilkesinin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu, oysa somut davada yeniden değerlendirmeye konu olaya uygulanacak kural ile hemen tüm idari para cezaları yönünden, üstelik daha ağır idari yaptırımı gerektiren kabahatler yönünden dâhil, tahsilinden vazgeçilmesi sağlanmış olmasına rağmen, yalnızca tütün mamullerinin tüketilmesine ilişkin kabahat yönünden verilen idari para cezalarının kapsam dışı bırakıldığı ve dolayısıyla benzer nitelikte hatta daha hafif idari yaptırımı gerektiren kabahati işleyenler için farklı uygulama öngören bu düzenlemenin haklı bir nedeninin bulunmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu bölümü de içeren 6111 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, 7/11/1996 günlü ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5. maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 günlü ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 39. maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere, 31/12/2010 tarihinden (bu tarih dâhil) önce idari yaptırım kararı verildiği halde bu Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla ilgilisine tebliğ edilmemiş olan ve genel bütçeye gelir kaydı gereken ve her bir kabahat için 120 Türk Lirasının (bu tutar dâhil) altında kalan idari para cezalarının tebliğ edilmeyeceği, tebliğ edilmiş olanların ve bunlara bağlı fer'i alacakların tahsilinden vazgeçileceği kural altına alınmıştır. Böylece 4207 sayılı Kanun'un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamında 5326 sayılı Kabahatler

Kanunu'na atıf yapılarak bu Kanun'a göre verilen idari para cezaları af kapsamı dışında tutulmuştur.

Anayasa'nın, Cumhuriyetin niteliklerinin belirlendiği 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre 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.

İtiraz konusu kuralda yasama organı siyasal bir yetki olan hukuk politikası anlayışı gereği, bazı kabahatlerin yaptırımı olarak uygulanan idari para cezalarını, belli bir tutarın altında kalmak kaydıyla, af kapsamına almış ancak bu arada tütün mamullerinin tüketilmesi sonucu uygulanan idari para cezalarını af kapsamı dışında bırakmıştır. Yasama organının söz konusu af politikasını oluştururken, uygulanan yaptırımların sebebi olan kabahatlerin hafif ya da ağır olup olmadığından değil, kabahatlerin niteliklerini göz önüne alarak hareket ettiği ve bu doğrultuda yasal düzenlemede bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu anlamda yasa koyucunun kamu yararını sağlama adına kabahatlerin niteliklerinden hareketle bu kabahatlerin yaptırımı olan idari para cezalarının kaldırılmasına ilişkin bir af politikası oluşturması yasama organının takdir yetkisi içindedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere yasa koyucu, genelde hukuk politikası özelde de ceza politikası gereği Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç veya kabahat sayılacağını ve bunlara verilecek ceza veya yaptırımın türü ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabileceği gibi verilen idari para cezalarının tahsilinden vazgeçilmesini de öngörebilir.

Diğer taraftan Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. 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 zedelenmiş olmaz.

İtiraz konusu kural ile, belirli bir tutarın altında kalan idari para cezaları af kapsamına alınmış, ancak 4207 sayılı Yasa kapsamında verilen idari para cezaları af kapsamı dışında bırakılmıştır. Af kapsamı belirlenirken kabahatlerin niteliğinden hareket edilmiş, farklı kabahatler ile farklı yasal düzenlemeleri ihlal eden dolayısıyla da farklı hukuksal konum ve statüde bulunan bireyler açısından bir ayrımda bulunulmuştur.

Bu nedenle itiraz konusu kural ile öngörülen affa konu kabahatler arasındaki ayrımın Anayasa'da güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu söylenemez. Zira yasa koyucu idari para cezalarının affı konusunda ayrım yaparken, kabahatleri işleyen bireylerin sahip oldukları farklı hukuki konum ve statüleri göz önüne almış, farklı konum ve statüleri doğuran farklı kabahat eylemleri ve bu eylemler dolayısıyla ihlal edilen farklı yasal düzenlemeleri af politikasına esas aldığından kanun önünde eşitlik ilkesi ihlal edilmemiştir. Ayrıca itiraz konusu kural ile getirilen düzenleme bireylerin temel hak ve özgürlüklerini tümüyle ortadan kaldıran veya hak ve özgürlüklerin kullanımını özü itibarıyla imkânsız kılan bir yasama tasarrufu niteliğinde değildir.

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

VI- SONUÇ

13.2.2011 günlü, 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 27.10.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

E: 2011/46, K: 2011/145

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	

Esas Sayısı : 2011/55
Karar Sayısı : 2011/146
Karar Günü : 27.10.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 6. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 7.6.1985 günlü 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Türk Diş Hekimleri Birliği Genel Kurulu'na İstanbul Diş Hekimleri Odası'ndan gönderilecek delege sayısının 10 kişi ile sınırlı tutulması konusundaki işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İstanbul Diş Hekimleri Odası vekili Av. Behlül ABLAK tarafından, İstanbul Diş Hekimleri Odasının 2010 yılında yapılacak Türk Diş Hekimleri Birliği Genel Kuruluna katılacak delege sayılarının odaların üye sayıları ile orantılı olarak yeniden belirlenmesi istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin Türk Diş Hekimleri Birliği Merkez Yönetim Kurulunun 06-07.01.2009 tarih ve 4 sayılı kararının iptali istemiyle Türk Diş Hekimleri Birliğine karşı açılan davada, uyuşmazlığa uygulanacak 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olduğu düşüncesine varılarak 2949 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca dava dosyası incelendi;

3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında, "Odalar iki yıllık bir dönem için Birlik Genel Kurul toplantılarına katılmak üzere, gizli oyla, üye sayısı, ikiyüze kadar olanlar beş, beşyüze kadar olanlar yedi, beşyüzden fazla olanlar onar asıl ve yedek delege seçerler." hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmektedir.

Demokrasinin en belirgin özelliği, adil bir katılımı gerçekleştirmeye yönelik serbest, eşit, genel oy ilkesine dayanan ve temsilde adaleti de gözeten seçimlerdir.

Anayasa'nın 135. maddesinde; "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 tüzelkişilikleridir" hükmüne yer verilmiştir.

Anılan maddede öngörülen seçim ile demokratik ilkelere uygun bir seçimin amaçlandığı kuşkusuzdur.

Dava dosyasının incelenmesinden; İstanbul Diş Hekimleri Odasının 2010 yanında yapılacak Türk Diş Hekimleri Birliği Genel Kuruluna katılacak delege sayılarının odaların üye sayıları ile orantılı olarak yeniden belirlenmesi istemiyle yaptığı başvurunun Türk Diş Hekimleri Birliği Merkez Yönetim Kurulunun 06-07.01.2009 tarih ve 4 sayılı kararı ile reddedildiği anılan kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan Anayasa kuralı kamu kurumu niteliğindeki, meslek kuruluşlarının seçimle işbaşına gelme usulünü benimsemektedir. Herhangi bir kuruluşlarının "…kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı denetimi altında, gizli oyla seçilen…" tüzelkişiler olduğunu öngörmekte ve bunların kuruluşunda organlarının seçimle işbaşına gelme usulünü benimsemektedir. Herhangi bir kuruluşun oluşmasında

demokrasinin temel kuralı olan seçime yer verilmişse, bu kuruluşun yönetim ve işleyişinin de demokratik kurallara aykırı olamayacağının kabulü gerekir. 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, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi, diğer seçimler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesine bağlıdır. Adil temsilin sağlanmadığı bir seçimin demokratik olmasından ve hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edilemez.

Demokratik seçimin en önemli niteliği, adil bir temsil ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel oy esasını içermesidir. Bu bağlamda, dava konusu uyuşmazlıkta uygulanması gereken 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası hükmü ile sayısı kaç olursa olsun beşyüzden fazla üyesi olan dişhekimi odalarının Birlik Genel Kuruluna katılmasının on temsilciyle sınırlandırılması nedeniyle Türk Diş Hekimleri Birliğinin en önemli organının oluşumunda adil temsilin önlenmesi sonucu doğacağından söz konusu düzenleme Diş Hekimleri Odalarının iç işleyişinde demokrasiye aykırı düşen bir düzenlemedir.

Bu nedenle 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28/2. maddesi uyarınca, Anayasaya aykırılık hakkında karar verilmek üzere, dosyada bulunan belgelerin onaylı örnekleriyle birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine 30/12/2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu kuralı da içeren 3224 sayılı Yasa'nın 7. maddesi şöyledir:

"Madde 7 - Oda Genel Kurulunun görevleri şunlardır:

a) Oda Yönetim Kurulunun geçmiş dönem faaliyetleri ve bilançosunu gösteren raporu ile Oda Denetleme Kurulunun raporunu görüşmek ve bu Kurulların ibra edilip edilmemesine karar vermek,

b) Oda Yönetim Kurulu tarafından hazırlanan gelecek dönem tahmini bütçesini görüşüp karara bağlamak,

c) Oda Yönetim, Disiplin ve Denetleme Kurullarının asıl ve yedek üyeleri ile Birlik Genel Kurulu delegelerini seçmek,

d) Oda için gerekli taşınmazların satın alınması veya mevcut taşınmazların satılması hususunda Yönetim Kuruluna yetki vermek,

e) Gündemindeki diğer konuları görüşüp karara bağlamak,

f) Kanunlarla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Odalar, iki yıllık bir dönem için Birlik Genel Kurul toplantılarına katılmak üzere, gizli oyla, üye sayısı ikiyüze kadar olanlar beş, beşyüze kadar olanlar yedi, beşyüzden fazla olanlar onar asıl ve yedek delege seçerler."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine dayanılmış, 67. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 2.6.2011 gününde 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 ve ilgili görülen Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, Anayasa'nın 135. maddesine göre kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının, belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlerine uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ilişkilerinde güveni ve dürüstlüğü hâkim kılmak ve meslek disiplin ve ahlâkını korumak üzere kuruldukları, anılan maddede demokratik ilkelere uygun bir seçimin yapılmasının öngörüldüğü, oysa, itiraz konusu kural ile sayısı kaç olursa olsun beşyüzden fazla üyesi olan diş hekimleri odalarının Birlik Genel Kurulu'na katılacak delege sayısının on temsilciyle sınırlandırıldığı ve böylece Türk Diş Hekimleri Birliği'nin en önemli organının oluşumunda adil temsilin önlendiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 135. 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 67. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kural uyarınca, iki yıllık bir dönem için Türk Diş Hekimleri Birliği Genel Kurul toplantılarına katılmak üzere, ikiyüze kadar üyesi olan diş hekimleri odaları beş, beşyüze kadar üyesi olan odalar yedi ve beşyüzden fazla üyesi olan odalar ise on delege seçmektedirler. Böylece çok sayıda diş hekiminin kayıtlı olduğu diş hekimleri odaları, Genel Kurul'da üye sayıları oranında değil, sınırlı sayıda delege ile temsil edilmiş olmaktadırlar.

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.

Anayasa'nın *"Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları"* başlıklı 67. maddesinin altıncı fıkrasında *"Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir"* denilmektedir.

Anayasa'nın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla 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 oldukları belirtilmiştir. Bu kuralla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının *"... kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı denetimi altında, gizli oyla seçilen ..."* tüzelkişiler olduğu öngörülmekte ve bunların kuruluşunda organlarının seçimle işbaşına getirilmesi usulü benimsenmektedir. Herhangi bir kuruluşun oluşmasında demokrasinin temel kuralı olan seçime yer verilmişse, bu kuruluşun seçim sisteminin, yönetim ve işleyişinin de demokratik kurallara aykırı olamayacağının kabulü gerekir.

Demokrasinin olmazsa olmaz kuralı seçimdir. Demokratik seçimin en önemli niteliği ise adil bir temsil ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel-oy esasını içermesidir. Hukuk devletinin bir gereği olarak adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi de, diğer seçimler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesine bağlıdır. Temsilde adaletin sağlanamadığı bir seçimin demokratik olmasından ve hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edilemez.

İtiraz konusu kural ile sayısı kaç olursa olsun beşyüzden fazla üyesi olan diş hekimleri odalarının Genel Kurul'a katılımlarının on delegeyle sınırlandırılması ve böylece Türk Diş Hekimleri Birliği'nin en önemli organının oluşumunda temsilde adaletin önlenmesi, demokrasiye aykırı düşen bir düzenlemedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 67. ve 135. maddelerine 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, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

İtiraz konusu kuralın iptal edilmesi nedeniyle doğan boşluk, kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden iptal hükmünün, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

1- 7.6.1985 günlü, 3224 sayılı Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 3224 sayılı Kanun'un 7. 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,

27.10.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Fettah OTO
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	

Esas Sayısı : 2010/114
Karar Sayısı : 2011/148
Karar Günü : 3.11.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hava Kuvvetleri Komutanlığı Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 19.06.2010 günlü, 6000 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen 19. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemidir.

I- OLAY

Emre itaatsizlikte ısrar 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:

"Sanık Hv.Ulş.Er A. K.'nın As.C.K'nun 87/1 madde ve fıkrasının 1'inci cümlesi gereğince Askeri Mahkememizde yargılanması için Askeri Savcılık tarafından düzenlenen iddianame ile dava açılmıştır. Sanığın cezalandırılması talep edilen As.C.K.'nun 87/1 madde ve fıkrasının 1'inci cümlesinde hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişilerin bir aydan bir seneye kadar cezalandırılacakları belirtilmiştir. 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 'Tek hakimle ve Kurulla bakılacak işler' başlıklı 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrası aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

'Subay ve astsubayların işledikleri suçlara ait davalar ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ait davalar hariç olmak üzere, üst sınırı beş yıla kadar (beş yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarını ve güvenlik tedbirlerini gerektiren Askeri Ceza Kanununda ve diğer kanunlarda yazılı suçlara ait davalara ve suç konusu olmayan eşyanın müsaderesine tek hakim tarafından bakılır.'

353 sayılı Kanunun yukarıda belirtilen 19/1 madde ve fıkrası gereğince tek hakimden kurulu mahkeme heyeti sanığı yargılamaya başlamıştır. Sanıkta bu durumun Anayasa'ya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

6000 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 353 sayılı Kanunun 19'uncu maddesinin 1 'inci fıkrası yukarıdaki şekilde düzenlenmiştir.

Buna göre subay ve astsubaylar işledikleri bütün suçlar sebebi ile 3 hakimden oluşan kurul halindeki Askeri Mahkemede yargılanmaktadırlar. Ağır Ceza Mahkemesinin görevine giren suçlar hariç olmak üzere üst sınırı 5 yıla kadar hapis cezası olan suçları işledikleri iddia olunan Uzman Jandarma, Uzman Erbaşlar, Erbaş ve Erler ise tek hâkimden oluşan Askeri Mahkemede yargılanmaktadırlar. Adliye Mahkemelerinin görev ve yetkilerini düzenleyen 5235 sayılı Kanunda Sulh Ceza, Asliye Ceza ve Ağır Ceza Mahkemelerinin görevleri sayılmıştır. Bu mahkemelerin görevleri belirlenirken verilecek cezanın sınırları ile suçların vasıfları tek tek sayılmıştır. Bu mahkemelerde yargılanacak sanıkların statüleri dikkate alınmamıştır. Yalnızca cezanın süresi ve suçun vasfı dikkate alınmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere 353 sayılı Kanunun 19/1 madde ve fıkrasında ise Askeri Mahkemede yargılanacak sanıkların statüleri dikkate alınmıştır. Kurul halinde yargılama yapan mahkemelerin daha teminatlı olduğu bilinen bir durumdur. Ceza süresi fazla olan suçları işleyen sanıklar kuruldan oluşan Ağır Ceza Mahkemelerinde yargılanmaktadırlar.

Askeri Mahkemelerde subay ve astsubayların işledikleri her suçtan kurul halindeki mahkemede yargılanmaları ve Uzman Çavuşlar ile Erbaş ve Erlerin 5 yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlarda tek hakimden oluşan mahkemede yargılanmaları hukuka aykırı olarak değerlendirilmiştir. Bir subay ile uzman çavuşun veya astsubay ile bir erin birlikte veya ayrı olarak aynı suçu

işlemeleri halinde farklı mahkemelerde yargılanmaları gerekmektedir. Bu ise hukukun evrensel ilkelerine ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırıdır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2 ve 10'uncu maddeleri aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

'MADDE 2. Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir.'

'MADDE 10. Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorundadırlar.'

Anayasasının 2 ve 10'uncu maddelerinden anlaşıldığı üzere Türkiye Cumhuriyeti bir Hukuk Devleti olup kanun önünde herkes eşittir.

Tüm bu sebepler dikkate alınarak 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 19/1 madde ve fıkrasının Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sına aykırı olduğu değerlendirilmiş ve Anayasa Mahkemesine 353 sayılı Kanunun 19'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının iptali için başvurulmasına karar verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu fıkrayı da içeren 353 sayılı Kanunu'nun *"Tek hâkimle ve kurulla bakılacak işler"* başlıklı 19. maddesi şöyledir:

"Subay ve astsubayların işledikleri suçlara ait davalar ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ait davalar hariç olmak üzere, üst sınırı beş yıla kadar (beş yıl dahil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarını ve güvenlik tedbirlerini gerektiren Askeri Ceza Kanununda ve diğer kanunlarda yazılı suçlara ait davalara ve suç konusu olmayan eşyanın müsaderesine tek hakim tarafından bakılır.

Kurulla veya tek hâkimle bakılacak işlerin belirlenmesinde, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin, kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur.

Bir kimse tarafından işlenmiş müteaddit fiillerin yargılanması görevinin belirlenmesinde, en ağır cezayı gerektiren fiil esas alınır. Fiilde veya failde bağlantı halinde de kurulla veya tek hâkimle bakılacak işler, birinci fıkra hükmüne göre belirlenir.

Tek hakim tarafından bakılan davalarla ilgili soruşturmalarda, hakim kararı gerektiren her türlü işleme ait kararlar, tek hakim tarafından verilir. Bu kararlara karşı itirazları incelemeye en yakın askeri mahkeme yetkilidir.

İddianamenin kabulünden sonra, yargılamanın tek hakim tarafından yürütülmesi gerektiği gerekçesi ile görevsizlik kararı verilemez.

Görülmekte olan davalar nedeniyle tek hakim ile askeri mahkeme kurulu arasında çıkan görev uyuşmazlıklarını, Askeri Yargıtay çözümler."

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, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılmalarıyla 6.1.2011 günü 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- 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, sanığın er olması sebebiyle iptali istenilen kural gereğince tek hâkimden oluşan mahkemede yargılandığı, oysa aynı suçu subay veya astsubayların işlemesi halinde, bu kişilerin üç kişilik hâkim heyetinden oluşan mahkemede yargılanacağı, kuralla mahkemede yargılanacak sanıkların statüleri dikkate alınarak bir ayırım yapıldığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural subay ve astsubayların işledikleri suçlara ait davalar ile ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlara ait davalar hariç olmak üzere, üst sınırı beş yıla kadar (beş yıl dâhil) hapis cezaları ve bunlara bağlı adli para cezaları ile bağımsız olarak hükmedilecek adli para cezalarını ve

güvenlik tedbirlerini gerektiren Askeri Ceza Kanunu'nda ve diğer kanunlarda yazılı suçlara ait davalara ve suç konusu olmayan eşyanın müsaderesine ilişkin davalara, tek hâkim tarafından bakılmasını düzenlemektedir.

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 yargılamasına 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. Yasa koyucu, 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 konusunda takdir hakkına sahip olduğu gibi, ceza yargılamasına ilişkin kurallar belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında da Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Nitekim konuyla ilgili Anayasa'nın "*Askeri yargı*" başlıklı 145. maddesinin birinci fıkrasında; askeri yargının askeri mahkemeler ve disiplin mahkemeleri eliyle yürütüleceği, son fıkrasında; askeri yargı organlarının kuruluşu ve işleyişinin, kanunla düzenleneceği, 142. maddesinde ise; mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

Bu çerçevede kuralın, kanun koyucunun takdir hakkı kapsamında yaptığı bir düzenleme olması nedeniyle hukuk devleti ilkesiyle çelişir bir yönü olmadığı gibi, esasen mahkemelere verilen görev ve yetkileri kullanan hâkimlerin, tarafsızlığı, bağımsızlığı, Anayasa ve yasalara bağlılıkları açısından, birden fazla hâkimden oluşan mahkemeler ile tek hâkimden oluşan mahkemeler arasında güven yönünden bir farklılık olduğu da kabul edilemez.

Öte yandan Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesinin, ceza yargılaması alanında uygulanması, kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri göz ardı edilip her yönden aynı kurallara bağlı tutularak yargılanmaları anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, 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 ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanmasını gerektirebilir.

İtiraz konusu kuralda ayırıma gidilen iki grup asker kişinin hukuksal statüsü aynı değildir. Çağdaş hukuk sistemlerinde, ceza yargılaması alanında, yaş, görev, unvan gibi kişilerin belli vasıfları dikkate alınarak genel soruşturma ve kovuşturma usullerinden ayrı özel bir soruşturma ve kovuşturma usulü belirlenebilmektedir. Bu tür kuralların getiriliş amacı genel olarak daha adil bir yargılama yapılmasını sağlamaktır. İtiraz konusu kural yönünden de; 353 sayılı Yasa'nın ilk defa yürürlüğe girdiği tarihte, dava ve işlere tek hâkimle bakılması kuralının bulunmadığı, zaman içerisinde artan iş yükü karşısında her davaya üç hâkimle bakılmasının yarattığı yetişmiş personel sorununun ve dolayısıyla yargılamanın yavaşlaması tehlikesinin bertaraf edilmesi amacıyla bu düzenlemenin yapıldığı, düzenlemenin bazı kişiler yönünden diğer kişilere karşı kanun önünde eşitlik ilkesini bozmadığı anlaşılmaktadır.

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

VI- SONUÇ

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun, 19.6.2010 günlü, 6000 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 19. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 3.11.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

E: 2010/114, K: 2011/148

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/1
Karar Sayısı : 2011/149
Karar Günü : 3.11.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Zile Asliye Ceza Mahkemesi (Esas: 2010/1)
2- Aliağa Asliye Ceza Mahkemesi (Esas: 2010/36)

İTİRAZLARIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

1- 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkrasının,

2- 325. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı sadece itiraz kanun yolunun öngörülmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesi hakkında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için itiraz yoluna başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A) E.2010/1 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"CMK'nun 231. maddesinin 5-14. fıkralarında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı düzenlenmiş olup; bu hükümlere göre sanığa verilen ceza 2 yıl veya daha az süreli hapis veya para cezası ise sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış olması, mahkemece sanığın kişiliği ve davranışları dikkate alınarak yeniden suç işlemeyeceği, yönünde olumlu kanaate varılmış olması ve mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade veya eski hale getirme şeklinde giderilmesi şartlarının gerçekleşmesi halinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecek olup bu halde 5 yıllık denetim süresi belirlenerek bu karar verilecek bu süre içinde sanığa belli bir eğitim programına devam etmek, belli bir meslek veya sanat sahibi olması halinde gözetim altında çalıştırılma, belli yerlere gitmekten yasaklanma veya devam etme şeklinde bir tedbire de ek olarak karar verilebilecek; bu beş yıllık denetim süresi içinde belirlenmişse denetimli serbestlik tedbirlerine uymak ve kasıtlı bir suç işlememek halinde davanın düşmesine karar verilecek aksi halde mahkemece açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacak; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi halinde verilen hapis cezası ertelenemeyecek ve para cezası gibi seçenek yaptırımına çevrilemeyecek ancak açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanırken sanığın durumu değerlendirilerek ceza yarısına kadar indirilmesine veya bir kısmının infaz edilmemesine veya koşulların gerçekleşmesi halinde hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımına çevrilmesine karar verilerek hüküm açıklanabilecektir.

Halen Ceza Mahkemelerince verilen kararların temyizinde 1412 sayılı CMUK'un 305-326. maddeleri tatbik edilmekte olup, bu hükümlerden 305. madde kapsamı dışında kalan kararlar cezanın tür ve mahiyetine göre re'sen veya başvuru üzerine temyiz incelemesine tabi iken, mahkumiyet hükmü verilen kararlar için 5271 sayılı CMK'nun 231. maddesinin 12. fıkrasında bu kararlara karşı itiraz yolunun açık olduğuna hükmedilerek temyiz yolu kapatılmıştır. Bir an için bu düzenlemenin hükmün açıklamasının geri bırakılması kararına temyiz yolunu kapattığı mahkumiyeti belirleyen karara karşı temyiz yolunun hala açık olduğu ileri sürülebilir ise de, kanun metni karşısında bu düşünceyi savunmak güç olduğu gibi uygulamada da Yargıtay kararları ve mahkemeler uygulamasında bu düzenlemenin karara karşı temyiz incelemesi yolunu kapattığı kabul edilmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına

itiraz edildiğinde de itiraz mercii sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması şartlarının oluşup oluşmadığı yönünden inceleme yapmakta, mahkumiyet kararının yerindeliğine ilişkin bir belirleme ve karar vermemektedir. CMK'nun 231. maddesinin 5. fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararın kurulan hükmün sanık açısından bir hukuki sonuç doğurmayacağı açıklanmış ise de, müsadere, yargılama gideri gibi konularda verilen kararlar kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını doğurmakta, bu yönlerden itiraz sırasında değerlendirme yapılamadığı veya yapılmadığı temyiz yolunun ise kapalı olması sebebi ile adeta kesin olarak verilen bir karar gibi işlem yapılmaktadır. Yargılama giderlerine ilişkin olarak CMK'nun 325. maddesinin 2. fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde tüm giderlerin sanığa yükletileceği açıkça öngörülmüştür. Bu hükme dayanarak hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanığa vekalet ücreti de yükletilmektedir.

Anayasamızın devletin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesinde devletimizin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğu açıklanmaktadır. Devletimiz insan haklarına riayet etmek konusunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine de taraf olmuştur. Taraf olunan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki haklara uygun düzenlemeler yapmak hem bu sözleşmeye taraf olmanın bir gereği, hem de Anayasamızın 2. maddesinin bir gereğidir. Bir karara karşı temyiz kapalı olması ancak temyize tabi olup da kesinleşen kararlar gibi sonuçlar doğurması İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesince kabul edilen adil yargılanma hakkını teminat altına alan düzenlemelerine de aykırı sayılmalıdır. Bu gibi sebeplerle CMK'nun 231. maddesinin 11. fıkrasının ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık açısından bir hukuki sonuç doğurmayacağı CMK'nun 231. maddesinin 5. fıkrasında açıklanmasına rağmen, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde tüm giderlerin sanığa yükletileceğine ilişkin CMK'nun 325/2. fıkrasını Anayasamızın devletin niteliklerini açıklayan 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Ayrıca CMK'nun 325/11. maddesi, tekerrüre esas sabıkası olduğu için hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyen ve hakkında verilen karara karşı temyiz hakkı verilen sanıklar ile, sabıkası olmadığı için hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması verilen ama temyiz hakkı tanınmayan sanıklar arasında eşitsizlik yaratmaktadır. Bir eşitsizlik olacak ise bunun sabıkası olamayan kişiler lehine olması gerekli iken tersi sözkonusudur. Bu sebeple CMK'nun 325. maddesi Anayasamızın kanun önünde eşitlik konulu 10. maddesine de aykırıdır.

Dosyamızda sanık sabıkasız olup, sanığın mahkumiyetine ilişkin mahkememizce verilen 2006/365 esas, 2006/649 karar sayılı karar temyiz mahkemesince, karardan sonra 08.08.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5278 sayılı Kanun ile değişik CMK'nun 231. maddesi gereğince sanık hakkında hükmün açıklanmasının gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesi amacı ile bozulmuş, mahkememizce bu bozma ilamına uyulmuş ve 31.12.2009 tarihli celsede C. Savcısı sanık hakkında mahkumiyet kararı verilip sanığın sabıkasız geçmişi, sanığın şikayetçi kurum zararını ödemiş olması sebebi ile hakkında CMK'nun 231. maddesi gereğince hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesini talep etmiştir. Bu sebeple CMK'nun 231. maddesinin 11. fıkrası ile 325. maddesinin 2. fıkrası mahkememizce sanık hakkında tatbiki gerekebilecek hükümlerdir.

Özet olarak açıkladığımız düşüncemiz dikkate alınarak Anayasamızın 152. maddesi gereğince inceleme yapılarak 5271 sayılı CMK'nun 231. maddesinin 11. fıkrası ile 325. maddesinin 2. fıkrasının iptaline karar verilmesini talep ederiz."

B) E.2010/36 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"1- Ceza Muhakemesi Kanununun 325/2. maddesinin Anayasa'nın **2. maddesine** aykırılığı:

Anayasamızın 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, sosyal bir hukuk Devletidir" şeklindedir.

Görüldüğü üzere; Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu maddede belirtilmektedir.

Hukuk devleti "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun davranan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet olarak" tanımlanabilir.

Bu tanıma göre; henüz hakkındaki mahkumiyet hükmü kesinleşmeyen sanığın mahkumiyet hükmünün sonucu olan yargılama giderlerinden sorumlu tutulmasının evrensel hukuk anlayışına ve kurallarına uygun düşmeyeceği açıktır.

Öte yandan; hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı her ne kadar itiraz yolu açık ise de; yapılacak denetimin şekli bir denetim olacağı açıklandığından inceleme mercinin isnat olunan eylemin sübut bulup bulmadığı yönünde bir değerlendirme yapmayacak oluşu ve yargılama giderlerine ilişkin de yapılacak başvuruyu da bu nedenle inceleyemeyeceği dikkate alındığında, belirtilen yasa maddesinin Anayasamızda belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu görülecektir.

Yine hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verildiği takdirde kişi 5 yıl süre ile denetim süresine tabi tutulacak, bu süre içerisinde kasıtlı suç işlemediği takdirde hükmolunan ceza düşecektir. Ancak daha önceden ödemek zorunda kaldığı yargılama giderlerini geri alabilmek için kamuya dava açmak zorunda kalacaktır.

Bu durumun da hukuk devleti anlayışına uygun olmadığı düşünülmektedir.

2- Ceza Muhakemesi Kanununun 325/2. maddesinin Anayasanın **10. maddesine** aykırılığı:

Anayasamızın 10. maddesinde eşitlik ilkesi tanımlanmıştır.

Buna göre herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep vb. benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Yukarıda vurgulandığı şekilde ancak hükmün açıklandığı takdirde içerik itibariyle yasa denetimine izin vermeyen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu nedeniyle sanığa yargılama gideri yükletmek, henüz suçlu olduğu kesinleşmeyen kişiyi, hakkında dava açılması nedeniyle diğerlerinden farklı bir konuma sokmaktadır. Bu durum, hakkında dava açılan kişiyi ileride suçsuz olduğu anlaşılacak olsa bile suçluymuşcasına mahkum etmek anlamına gelecektir.

Bu nedenle ilgili yasa hükmünün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünülmektedir.

3- Ceza Muhakemesi Kanununun 325/2. maddesinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı:

Anayasanın 38. maddesi, "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suç 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.

Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz..." şeklindedir.

Görüldüğü üzere ceza mahkumiyetinin sonucu olan yargılama gideri 5271 sayılı Yasanın 325/2. maddesi uyarınca henüz suçluluğu sabit olmasa da sanıklara yükletilmektedir. Bu nedenle belirtilen yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğu düşünülmektedir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin onikinci fıkrası şöyledir:

"(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir."

2- 5271 sayılı Kanun'un itiraz konusu ibarenin yer aldığı 325. maddesi şöyledir:

"(1) Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.

(2) ***Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve*** *cezanın ertelenmesi hallerinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.*

(3) Yargılamanın değişik evrelerinde yapılan araştırma veya işlemler nedeniyle

giderler meydana gelmiş olup da, sonuç sanık lehine ortaya çıkmış ise, bu giderlerin sanığa yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında mahkeme, bunların kısmen veya tamamen Devlet Hazinesine yüklenmesine karar verir.

(4) Hüküm kesinleşmeden sanık ölürse, mirasçılar giderleri ödemekle yükümlü tutulmazlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

A- E.2010/1 sayılı itiraz başvurusuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 4.2.2010 günü yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin itiraz konusu (12) numaralı fıkrasına yönelik iptal başvurusu, Anayasa Mahkemesi'nin 12.3.2009 günlü, E.2007/14, K.2009/48 sayılı kararıyla, Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile esastan reddedilmiş ve bu karar 25.6.2009 günlü, 27269 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek Anayasa'ya aykırı olmaması nedeniyle reddedilen itiraz konusu kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için, önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 25.6.2009 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkranın iptali istemiyle yapılan itirazın, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı

Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddelerinin son fıkraları gereğince reddine,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 325. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasının esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2010/36 sayılı itiraz başvurusuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü gereğince, 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, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C- Sınırlama Sorunu

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

İtiraz yoluna başvuran mahkemeler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 325. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının tamamının iptalini istemektedir.

5271 sayılı Kanun'un 325. maddesinin ikinci fıkrasında, cezanın ertelenmesi durumunda da yargılama giderleriyle ilgili olarak birinci fıkraya atıf yapılmaktadır. Bu nedenle, cezanın ertelenmesi ve buna bağlı yargılama giderlerinin açılan davayla bir ilgisi bulunmadığından 5271 sayılı Kanun'un 325. maddesinin ikinci fıkrasına ilişkin esas incelemenin, "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve…" bölümü ile sınırlı olarak yapılmasına 4.2.2010 ve 13.5.2010 tarihlerinde yapılan toplantılarda OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 325. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilen

(2) numaralı fıkrasının iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan E.2010/36 sayılı itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2010/1 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasın kapatılmasına, esas incelemenin E.2010/1 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 13.5.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE 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:

Başvuru kararlarında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının sanık hakkında hukukî sonuç doğurmayacağı öngörülmesine rağmen, bu kararların temyiz edilip kesinleşmiş kararların sonuçlarında olduğu gibi tüm yargılama giderlerini sanığa yükleyen, tekerrüre esas sabıkası olduğu için hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyen ancak temyiz hakkı olan sanıklar ile sabıkası olmadığı için hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ve fakat temyiz hakkı bulunmayan sanıklar arasında eşitsizlik yaratan ve ceza mahkûmiyetinin sonucu olan yargılama giderlerini henüz suçluluğu sabit olmayan sanığa yükleyen itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu düzenleyen 231. maddesinde, hükmün açıklanmasının ertelenmesinin koşulları, bu kararın verilebilmesi için sanığın kabulünün gerektiği, bu kararla birlikte verilebilecek denetimli serbestlik tedbirleri, denetimli serbestlik koşullarına uygun davranılması veya ihlal edilmesi hallerinde ne tür bir uygulama yapılması gerektiği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

İtiraz konusu ibare, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanığın bütün yargılama giderlerinden sorumlu olacağını öngörmektedir.

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.

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 gerektiği düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı bir beraat hükmü olmayıp, yapılan yargılama sonunda eylemin suç ve sanığın suçlu olduğu tespit edilmekte ve bir mahkûmiyet hükmü kurulmaktadır. Mahkûmiyet hükmü mevcut olmakla birlikte sanığın kabulüyle sanık ile ceza arasındaki bağlantı belirli şartlarla kesilmekte ve açıklanması askıya alınmakta, geri bırakılmaktadır. Suç ve suçlulukla mücadelede, caydırıcılık ve suç işlenmesinin

önlenmesi amacıyla, bir suç işleyen ve hakkında mahkûmiyet kararı verilen kişinin yeniden topluma kazandırılması için verilen hükmün, belirli koşulların varlığı hâlinde açıklanmasının geri bırakılmasının bir beraat kararı şeklinde değerlendirilmesi ve bir beraat kararı sonuçlarını doğurması beklenemez. Zira yasakoyucu, hâkim tarafından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen sanık hakkında bir denetim süresi belirlenerek bu süre içinde sanık hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilmesini mümkün kılmıştır.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi 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 belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında ilk defa suç işleyen ve suçu sabit görülen kimseleri toplum barışını sağlamaya yönelik olarak hükümlü olma süreci dışına çıkaran hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında yargılama giderlerinin sanığa yükletilmesine ilişkin itiraz konusu kuralda, Anayasa'da belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz kanun yolu öngörülmüştür, ayrıca deneme süresi sonunda verilecek düşme veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır. Hakkında mahkûmiyet hükmü kurulduktan sonra sanığın kabulüyle verilen ve kanun yoluna başvurmanın mümkün olduğu hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararında, yargılama giderlerinin sanığa yüklenmesine ilişkin itiraz konusu kuralda eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VII- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 325. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasının "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 3.11.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/75
Karar Sayısı : 2011/42 (Yürürlüğü Durdurma)
Karar Günü : 3.11.2011

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Danıştay Altıncı Dairesi

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 29.6.2001 günlü, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına, 30/6/2004 günlü, 5205 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen "… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren başvuru kararı 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:

29/6/2001 günlü, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına, 30/6/2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen "… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar …" ibaresi, 3/11/2011 günlü, E. 2010/75, K. 2011/150 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu 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, 3/11/2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/75
Karar Sayısı : 2011/150
Karar Günü : 3.11.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Altıncı Daire

İTİRAZIN KONUSU: 29.6.2001 günlü, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen *"… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar…"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Yapı denetim kuruluşunda proje ve uygulama denetçisi olarak görev yapan davacının 4708 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (c) ve (g) hükümlerine aykırı olarak denetim görevi ve sorumluluğunu yerine getirmediği neden gösterilerek, aynı Kanun'un 8. maddesi gereğince denetim faaliyetinin 6 ay süreyle durdurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle İdare Mahkemesi'nde açtığı davanın reddi yolundaki kararın temyiz incelemesinde, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Altıncı Daire iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"(…) Yapı Denetim Hizmetleri Limited Şirketinde proje ve uygulama denetçisi olarak görev yapan (…) vekili Av.(…) tarafından, Ankara, Akyurt İlçesi, 20 ada, 9 parsel sayılı taşınmaz üzerinde projesine ve mevzuata aykırı inşaat yapıldığından bahisle, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun Uyarınca

denetim faaliyetinin 6 ay süreyle durdurulmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Bayındırlık ve İskan Bakanlığına karşı açılan davanın reddi yolundaki Ankara 5. İdare Mahkemesinin 06.06.2007 günlü E:2006/1118, K:2007/1052 sayılı kararının temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi.

4708 sayılı Yasa'nın "Amaç, Kapsam ve Tanımlar" başlıklı 1. maddesinin, denetimin kapsamını belirleyen 2. fıkrası; "Bu Kanun; 3194 sayılı İmar Kanununun 26 ncı maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile 27 nci maddesinde belirtilen ruhsata tabi olmayan yapılar hariç, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapıların denetimini kapsar." şeklinde iken, 06.07.2004 günlü, 25514 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5205 sayılı Kanunla, 4708 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına "ruhsata tabi olmayan yapılar" ibaresinden sonra "ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar" ibaresi eklenmiş ve söz konusu maddenin 2. fıkrası; "Bu Kanun; 3194 sayılı İmar Kanununun 26 ncı maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile 27 nci maddesinde belirtilen ruhsata tabi olmayan yapılar ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar hariç, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapıların denetimini kapsar." olarak değiştirilmiştir.

Uyuşmazlık konusu olayda, Ankara ili, Akyurt ilçesi, 20 ada, 9 parsel sayılı taşınmaz üzerinde bulunan inşaatta davalı idarece yapılan incelemede; söz konusu taşınmaz için 28.05.2004 günlü, 33/1055 sayılı yapı ruhsatı (2 katlı, 174 m2'lik yapı için) alınarak inşaata başlanıldığı, onaylı projesinde mevcut olmayan ilaveler yapıldığının tespit edilmesi üzerine, anılan yapının denetimini üstlenen yapı denetim şirketinde proje ve uygulama denetçisi olarak görev yapan davacının denetim sorumluluğunu yerine getirmediği, söz konusu yapıdaki aykırılıkları yasada öngörülen süre içerisinde ilgili idareye bildirmediği gerekçesiyle denetim faaliyetinin durdurulmasına karar verildiği, anılan işlemin iptali istemiyle açılan davada, davacı tarafından, 5205 sayılı Yasanın 1. maddesiyle 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un kapsamını belirleyen 1. maddenin 2. fıkrasında değişiklik yapıldığı ve davacının denetimini üstlendiği yapının da bu maddeyle denetim dışı bırakılan yapılardan olduğu ileri sürüldüğü bu sebeple uyuşmazlığın çözümlenmesi bakımından "ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar" ibaresinin görülmekte olan davada uygulanacak kural niteliği taşıdığı ve Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılarak 2949 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca inceleme ve değerlendirme yapıldı.

4708 sayılı Yasa'nın "Amaç, Kapsam ve Tanımlar" başlıklı 1. maddesinin 1. fıkrasında;Kanun'un amacı, can ve mal güvenliğini teminen, imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek olarak tanımlanmış, değişik 2. fıkrasında ise; bu yasa uyarınca denetim yapılacak yapıların kapsamı belirlenmiş ve ruhsata tabi olan yapılardan tek parsel üzerinde yapılan ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen bodrum+ 2 katlı (en çok iki katlı) müstakil yapılara istisna getirilerek denetim kapsamı dışında bırakılmıştır.

T.C. Anayasasının 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." hükmü,

Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması başlıklı 56. maddesinde: "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir..." hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 5. ve 56. maddesiyle Devlete verilen görevlerin yaşama geçirilmesinin imar ve afete ilişkin mevzuatla getirilen düzenlemelerle de sağlanacağında kuşku bulunmamaktadır.

Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı 2. maddesinde: Türkiye Cumhuriyetinin, 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.

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, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Öte yandan, Kanun Önünde Eşitlik başlıklı 10. maddesinde: " Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım 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 zorundadır." hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayrım gözetilmeyecek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır.

Maddede düzenlenen "Eşitlik" ilkesiyle, birbirlerinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yasalarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda, hizmetlerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren eşit davranma ve ayrım yapmama ilkesi olarak yorumlanmıştır.

4708 sayılı Yasa'nın gerekçesinde; Ülkemizin yeryüzünün en aktif deprem kuşaklarından birisinin içerisinde bulunduğu bölgede yer aldığı ve topraklarının %96'sının farklı oranlarda deprem tehlikesi riski taşıdığı,

nüfusunun %98'sinin bu bölgelerde yaşadığı, uzun yıllardır yürürlükte olan imar ve afetler mevzuatındaki çeşitli hükümlere rağmen uygulamada etkili bir yapı denetiminin sağlanamadığının açık bir gerçek olduğu, ülkemizde son 20 yıl içerisinde meydana gelen depremlerden sonra bu durumun olumsuz sonuçları açıklıkla görülmüş olmasına karşın, bugüne kadar yapı denetimi konusunda olumlu bir gelişme sağlanamadığı, aksine hızlı nüfus artışı ve göçler, denetimsiz şehirleşme ve sanayileşme, yoğun kaçak yapılaşma ve sık sık başvurulan imar afları ülkemizdeki deprem ve diğer afet risklerini her geçen gün daha da artırdığı, 17 Ağustos ve 12 Kasım 1999 tarihlerinde yaşanan depremler sonrasında meydana gelen can ve mal kayıpları, denetimsiz yerleşme ve yapılaşmaların yol açabilecekleri zararları bütün açıklığı ile yeniden gözler önüne serdiği, yapılan araştırmalarda, proje denetimi aşamasında dahi projelerin %91'inde tasarım, hesap ve çizim hataları olduğu, uygulamanın ise hiç denetlenmediği ve şantiyelerin %90'ında yönetmelik ve standartlara aykırı beton döküldüğü ve beton mukavemet değerlerinin projesinde öngörülenden ortalama olarak %40 daha az olduğu tespit edildiği, bu araştırmalar ve yaşanan son depremler, 3194 sayılı Kanunda yapım işlerinde rol alan teknik uygulama sorumlusunun (fenni mesul); yapı projelerini ve uygulamalarını denetlemekle sorumlu olan belediyeler ve valiliklerin; uygulamayı hiç denetleyemediklerini bütün çıplaklığı ile ortaya koyduğu, bu eksikliği gidermek amacıyla, sağlam yapılar yaparak muhtemel afetlerde can ve mal güvenliğini sağlamak, yapıların; imar planına, fen, sanat ve sağlık kurallarına ve standartlara uygun, kaliteli yapılması için denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek üzere bu Kanun Tasarısı hazırlandığı hususlarına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 56. maddesinde belirtildiği gibi herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Bu kapsamda, 3194 sayılı İmar Kanunu, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların, plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenmiş, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde inşa edilecek resmi ve özel bütün yapılar bu Kanun hükümlerine tabi kılınmıştır. Yine aynı Kanun'da "yapı" karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi, yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesisler olarak tanımlanmış ve 21. maddede; bu Kanunun kapsamına giren bütün yapılar için 26. maddede belirtilen "kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılacak yapılar" dışında yapı ruhsatı alınmasının, fen ve sağlık kurallarına uygun olarak yapılmasının mecburi olduğu hükme bağlanmıştır. Bu itibarla, imar mevzuatına göre yapı ruhsatı alınması gerekli olan ve kamuya ait olmayan tüm yapıların

farklılık gözetilmeden can ve mal güvenliğini teminen yüksek standartlarda yapılması ve bunun da denetiminin sağlanması gerekmektedir.

4708 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına "ruhsata tabi olmayan yapılar" ibaresinden sonra eklenen "ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar" ibaresi ile bazı yapıların denetim kapsamı dışında bırakılması suretiyle imar mevzuatı bakımından diğer gerçek ve tüzel kişilerden farkı bulunmayan kişi ve/veya kişilere ait yapılara ilişkin olarak, aynı hukuksal durumdaki diğer kişilere tanınmayan bir biçimde ayrıcalık getirildiği gibi bu yapıların malikleri ile diğer yapı malikleri arasında 4708 sayılı Kanun uyarınca uygulanacak işlemler açısından ayrım yapılmakta ve aynı hukuksal duruma farklı kurallar uygulanmasına yol açan, kişiler arasında hak ve ödev ile yükümlülük ve sorumluluktaki bu eşitsizliğin sebebi ortaya konulamamaktadır. Bu nedenle Anayasa'nın 10 uncu maddesinde açıklanan eşitlik ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 06.07.2004 günlü, 25514 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5205 sayılı Kanunla, 4708 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasına "ruhsata tabi olmayan yapılar" ibaresinden sonra eklenen "ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar" ibaresinin Anayasanın 2'nci 5'nci, 10'uncu ve 56'ncı maddelerine aykırı olduğu kanısına varılması nedeniyle, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28. maddesi gereğince, İtiraz Yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, Anayasa Mahkemesince verilecek olan kararın gecikmesi halinde 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 Başkanlığı'na gönderilmesine, uyuşmazlığın esasının Anayasa Mahkemesince bu konuda verilecek karardan sonra incelenmesine 10.02.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

29.6.2001 günlü, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1.

maddesinin 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen itiraz konusu kuralı da içeren ikinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanun; 3194 sayılı İmar Kanun'unun 26 ncı maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile 27 nci maddesinde belirtilen ruhsata tâbi olmayan yapılar ***ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar*** *hariç, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde yapılacak yapıların denetimini kapsar".*

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 56. maddelerine dayanılmış, 57. maddesi ise ilgili görülmüştür.

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, 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, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

3- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE,

7.12.2010 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı 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:

A- Anlam ve Kapsam

4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun, can ve mal güvenliğini teminen, imar plânına, fen, sanat ve sağlık kurallarına, standartlara uygun kaliteli yapı yapılması için proje ve yapı denetimini sağlamak ve yapı denetimine ilişkin usul ve esasları düzenlemek amacıyla getirilmiştir. Kanun'la, yapıların denetimi konusunda yeni ve özel bir düzenlemeye gidilmiş; denetim, Devletin denetim yetkisi saklı kalmak kaydıyla, yapı denetim kuruluşu adı verilen özel hukuk tüzel kişilerine verilmiştir.

4708 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde, Türkiye'nin aktif deprem kuşağında bulunduğu, imar ve afet mevzuatındaki çeşitli hükümlere rağmen uygulamada etkili bir yapı denetiminin sağlanamadığı; hızlı nüfus artışı ve göçlerin, denetimsiz şehirleşme ve sanayileşmenin, yoğun kaçak yapılaşmanın ve sık sık başvurulan imar aflarının deprem ve diğer afet risklerini her geçen gün daha da arttırdığı, yerleşme ve yapılaşmalara 3194 sayılı İmar Kanunu ve ilgili yönetmelik hükümleri ile getirilen denetim esaslarına ilgili idarelerce uyulmadığının tespit edildiği, bu nedenlerle ülkemizdeki yapı denetim sistemi ve yapım aşamasında görev alan fenni mesullerin sorumluluklarını yeniden düzenlemek ve kâğıt üzerinde denetlenmiş gibi görülen, ancak hemen hemen hiç denetlenmeyen yapıların teknik uygulama sorumlusu fenni mesullere verilecek cezalar ile ilgili yeni bir yasal düzenleme getirmek zorunluluğu doğduğu belirtilmiştir.

Yapı denetim kuruluşları, yapının inşa edileceği arsa veya arazinin zemin ve temel raporları ile uygulama projelerini ilgili mevzuata göre incelemek, proje müelliflerince hazırlanarak doğrudan kendilerine teslim edilen uygulama projesi ve hesaplarını kontrol ederek ilgili idareye uygunluk görüşünü bildirmek; yapının, ruhsat ve ekleri ile mevzuata uygun olarak yapılmasını denetlemek, ruhsat ve eklerine aykırı uygulama yapılması halinde durumu ilgili idareye bildirmek, yapım işlerinde kullanılan malzemeler ile imalatın proje, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek, malzemeler ve imalatla

ilgili deneyleri yaptırmak ve yapıda kullanılan malzeme ve imalatın teknik şartname ve standartlara aykırı olduklarını belirledikleri takdirde, durumu ilgili idareye bildirmek ve yapının ruhsat eki projelerine uygun olarak kısmen veya tamamen bitirildiğine dair ilgili idareye rapor vermekle görevlendirilmiş ve ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ile kusurları oranında sorumlu tutulmuştur. Kamu güvenliği ve kamu yararı amacıyla yapılan bu düzenleme ile yapı denetim kuruluşlarına mahalli nitelikteki müşterek ihtiyaçların karşılanması için teknik destek görevi verilmiştir.

Yapı denetimi hakkında 4708 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde, İmar Kanun'unun 26. maddesinde belirtilen kamuya ait yapı ve tesisler ile İmar Kanun'unun 27. maddesinde belirtilen ruhsata tabi olmayan yapılar, imar mevzuatındaki düzenlemeye paralel olarak denetim kapsamı dışında bırakılmıştır. 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'la "tek parselde bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar" denetim kapsamı dışına çıkarılmıştır.

6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak 648 sayılı KHK ile kapsam dışılık genişletilmekle birlikte itiraz konusu kural, 5205 sayılı Kanun'la "tek parselde bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar"ın, Yapı Denetimi Hakkında Kanun ve bu Kanun'un uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan yönetmeliklerde öngörülen usul ve esaslara uyulma zorunluluğunun ortadan kaldırılması suretiyle yapı denetimi kapsamı dışına çıkarılmasına ilişkindir.

İtiraz konusu kural, inşaat sektörünün önünün açılarak beraberinde birçok sektörün de canlanması ve ekonominin hareketlenmesi, dar gelirli vatandaşların konut ihtiyaçlarını karşılamalarına kolaylık getirilmesi, kapsamdaki yapıların Kanuna tabi diğer yapılara nazaran taşıdığı riskin daha az olması, maliyet yüksekliği nedeniyle kaçak yapılaşmanın önlenmesi, ülkemizde henüz etkili bir yapı denetim sistemi kurulamaması, 4708 sayılı Kanun'un uygulanmasında aksaklıklarla karşılaşılması gerekçelerine dayandırılmıştır.

Yapı, İmar Kanunu'nun 5. maddesinde, "*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir*" şeklinde tanımlanmış, itiraz konusu kuralın yer aldığı 4708 sayılı Kanun'da ayrıca tanım yapılmayarak, "yapı" kavramı geniş tutulmuştur.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun, Anayasa'nın 56. maddesi kapsamında herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması için yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların, plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlendiği, yapıların fen ve sağlık kurallarına uygun olarak yapılmasının zorunlu olduğu, bu itibarla, imar mevzuatına göre yapı ruhsatı alınması gerekli olan ve kamuya ait olmayan tüm yapıların farklılık gözetilmeden can ve mal güvenliğinin korunması amacıyla yüksek standartlarda yapılması ve bunun da denetiminin sağlanması gerektiği, 4708 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasında, tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapıların denetim kapsamı dışında bırakılması suretiyle imar mevzuatı bakımından diğer gerçek ve tüzel kişilerden farkı bulunmayan kişi ve/veya kişilere ait yapılara ilişkin olarak, aynı hukuksal durumdaki diğer kişilere tanınmayan bir biçimde ayrıcalık getirildiği gibi bu yapıların malikleri ile diğer yapı malikleri arasında 4708 sayılı Kanun uyarınca uygulanacak işlemler açısından ayrım yapıldığı bu nedenlerle, itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 56. 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 57. maddesi yönünden de incelenmiştir.

29.6.2001 günlü, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen itiraz konusu kural, tek parselde bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapıların yapı denetimi kapsamının dışına çıkarılmasını öngörmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti tanımlanmakta, 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 maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır"* denilmektedir.

Anayasa'nın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56. maddesinde, *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir"* hükmü yer almakta, 57. maddesinde de, devletin, şehirlerin özellikleri ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alacağı belirtilmektedir.

Devlete Anayasa'yla verilen bu görevlerin yaşama geçirilmesi bakımından, imar mevzuatıyla getirilen düzenlemelerin bütünlüğü büyük önem taşımaktadır. Anayasa'nın 5., 56. ve 57. maddeleri ile Devlete verilen görevlerin hukuksal düzenlemelerle yaşama geçirileceğinde kuşku bulunmamaktadır. Bu görevlerin hukuk içinde yerine getirilmesi, belli bir plan ve program çerçevesinde gözetim ve denetim ile gerçekleşebilir. Anayasa'da yer alan "sağlıklı ve dengeli çevre" kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş yerleşme ve güvenli yapılaşmanın da gireceği kuşkusuzdur.

Yapıların güvenliğinin gerçekleşmesinde kamu yararı bulunmaktadır. Bu nedenle yapıların, gerek tasarım, gerek imalat aşamasında bireylerin can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla denetlenmeleri gerekmektedir. Bu suretle, yapı sahipleri, yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olmasından dolayı korunurken, denetimi yapan yapı denetim kuruluşlarının da sorumlulukları belirlenmiş olmaktadır.

Yapı denetiminin özü, deprem, heyelan, toprak kayması, çığ düşmesi, sel gibi doğal afetlerden kaynaklanan yapı hasarlarının önlenmesi ve en aza indirilmesiyle birlikte, yapının varlığının, insan sağlığını ve yaşamını güvence altına alacak şekilde sürdürülmesi ve toplum düzeninin sağlanmasıdır. İnsanların, barınarak, üreterek, çalışarak ya da sosyal ve kültürel faaliyetlerde bulunarak yaşamlarının önemli bir bölümünü içinde geçirdikleri yapılarda can ve mal güvenliklerine ilişkin endişe duymadan yaşayabilmeleri, yapıların, doğru projelendirilmesi ve imal edilmesiyle, etkili bir yapı denetiminin sağlanmasına bağlıdır.

İtiraz konusu kuralda olduğu gibi kimi yapıların, denetim kapsamı dışına çıkarılması, ayrım yapılarak büyük yapılar korunurken, küçük yapıların korunmaması, insanın maddi ve manevi yaşamı yönünden olduğu gibi, kamu

yararı, kamu güvenliği ve düzeni yönlerinden de savunulamaz. İnsanın maddi ve manevi yaşamı güvence altına alınmadan toplumun maddi ve manevi yaşamının güvence altına alınması olanaklı değildir.

Türkiye'de yapı denetimi konusunda olumlu bir gelişme sağlanamadığı, aksine hızlı nüfus artışı ve göçlerin, denetimsiz şehirleşme ve sanayileşmenin, yoğun kaçak yapılaşmanın ülkedeki deprem ve diğer afet risklerini her geçen gün daha da arttırdığı göz önünde bulundurulduğunda, kimi yapıların sırf ekonomik gerekçelerle denetim dışına çıkarılması kabul edilemez. Yasa koyucunun, Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un getiriliş amacına uygun olarak gerekli önlemleri alacak düzenlemeleri yapmak yerine, ekonomik durum ve maliyet gibi nedenlerle birçok yapıyı denetim dışı bırakması, Anayasa ile bağdaşmaz. Yapı üretiminde büyüklüğüne bakılmaksızın, sürecin başından sonuna kadar denetim yapılması Anayasa'nın Devlet'e verdiği görevdir.

"İnşaat sektörünün önünün açılması", "dar gelirli vatandaşların konut ihtiyaçlarını karşılamalarına kolaylık getirilmesi", "halkın konut ihtiyacının karşılanması bakımından yapı maliyetinden yapı denetim kuruluşlarına ayrılan kısımdan tasarruf edilmesinin sağlanması" gibi gerekçelerle 200 metrekareyi geçmeyen yapılar için getirilen ayrıcalığın kamu düzeni, kamu güvenliği gibi gerekçelerle getirilmiş olan yapı denetimi zorunluluğundan ayrılmayı gerektirecek haklı bir nedene dayandığı da ileri sürülemez.

Devletin, Anayasa'nın 56. ve 57. maddelerinde öngörülen görevlerini yerine getirebilmesi ancak, belli bir plan ve program çerçevesinde sürekli gözetim ve denetim ile gerçekleşebilir. Gerek sağlıklı ve dengeli bir çevre yaratılması ve gerek konut ve diğer yapı ihtiyacının bir plan çerçevesinde karşılanabilmesi; öncelikle büyüklüğü ya da küçüklüğüne bakılmaksızın, yapıların uyulması zorunlu standart kural ve yöntemlere, plan ve imar bütünlüğüne ve mevzuatına uygunluğunun denetlenmesini gerektirir. Yapı maliyetinin düşürülmesi, insanın maddi ve manevi yaşamının, toplum güvenliğinin ve sağlığının önüne geçirilemez.

Öte yandan, güvenli, sağlıklı ve yaşanabilir yapılarda yaşam sürdürme yönünden, toplumda yaşayan herkesin aynı durumda oldukları, bu yönüyle bireyler arasında bir ayrım yapılmaması gerektiği, maddi ve manevi yaşamın sürdürülmesinde bireyler arasında bir ayrım yapılamayacağı göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kural kapsamındaki yapıların denetim dışına çıkarılması eşitlik ilkesini de ihlal edici niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 5., 10., 56. ve 57. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

29.6.2001 günlü, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına, 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen *"… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar …"* ibaresi, 3.11.2011 günlü, E.2010/75, K.2011/150 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu 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, 3.11.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

29.6.2001 günlü, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına, 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen "… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 3.11.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2011/11
Karar Sayısı : 2011/151
Karar Günü : 3.11.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Şanlıurfa İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.5.2005 günlü, 5355 sayılı Mahallî İdare Birlikleri Kanunu'nun 22. maddesine 29.12.2005 günlü, 5445 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın *"Karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığı, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar on gün içinde idarî yargıya başvurabilirler."* biçimindeki üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Şanlıurfa Merkez Köylere Hizmet Götürme Birliği'nin hesap ve işlemlerinin incelenmesi sonucu düzenlenen teftiş raporunda belirtilen kişi borçlarının Birlik Meclisi'nin kararıyla kaldırılması nedeniyle açılan davada, itiraz konusu cümlenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı Şanlıurfa Merkez Köylere Hizmet Götürme Birliği'nde Mülkiye müfettişleri .... ve .... tarafından yapılan teftiş sonucunda düzenlenen 30/05/2007 tarih ve 83/31, 94/40 sayılı teftiş layihasının 53. ve 56 ncı maddesinde belirtilen kişi borçlarının kaldırılmasına ilişkin Şanlıurfa Merkez Köylere Hizmet Götürme Birlik Meclisi'nin 16/10/2008 tarihli kararının, 5355 sayılı Kanun'un 22/2. maddesi uyarınca yürütmesinin durdurulması ve iptali ile 5355 sayılı Kanun'un

22. maddesinin ek ikinci fıkrası üçüncü cümlesinin Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ve iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemiyle Şanlıurfa Merkez Köylere Hizmet Götürme Birliği'ne karşı açılan davada, davalı idarenin, 5355 sayılı Kanun'un 22. maddesinin ek ikinci fıkrası üçüncü cümlesinin Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ve iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması istemi de değerlendirilerek işin gereği görüşüldü:

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 bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiş ve idarî yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. Bu kurumların, idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olarak denetlenmeleri hiyerarşik denetim ve idarî vesayet yoluyla gerçekleştirilebilmekte ve burada geçen "idare" kavramı da, sadece merkezî idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsamaktadır.

İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idarî işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır. İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idarî vesayet kullanılmaktadır. Bunlardan idarî vesayet, merkezî yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamakta, ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir.

Anayasa'nın "Mahallî İdareler" başlıklı 127. maddesinin birinci fıkrasında, mahallî idarelerin; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları, kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği; beşinci fıkrasında ise merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması

amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.

Yerel yönetimlere idarî ve malî özerklik tanınmış olmasına karşın, 1924 yılından itibaren Anayasalarımızda, merkezî yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarını denetleme yetkisi verilmiş ve bu yetki Anayasa'da idarî vesayet olarak somutlaştırılmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında, yer alan hükme göre idarî vesayet; merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde sahip olduğu yetkidir. Bu fıkrada, merkezî yönetim yerel yönetimler üzerinde idarî vesayet "... yetkisine sahiptir." denilerek, merkezî idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı yasakoyucunun takdirine bırakılmamıştır. Ayrıca fıkradaki idarî vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini de içerdiği açıktır.

Vesayet makamınca vesayet yetkisi kullanılırken, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri uygulanabilmektedir.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen 5355 sayılı Mahallî İdare Birlikleri Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasının 3. cümlesinde; "Sayıştayın dış denetimine tâbi olmayan mahallî idare birliklerinin, İçişler Bakanlığı, valiler veya kaymakamlarca malî denetimi sonucunda tespit edilen kamu zararı üzerine yapılan kişi borcu teklifleri, birlik meclisinde görüşülerek karara bağlanır. Bu kararın örneği, birlik merkezinin bulunduğu yerin valiliğine, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde ise İçişleri Bakanlığına gönderilir. Karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığı, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar on gün içinde idarî yargıya başvurabilirler. İdarî yargı kararı doğrultusunda işlem sonuçlandırılır." hükmüne yer verilmiştir.

Bu bağlamda, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve yargı yolu öngörülen; "...Karara karşı, ülke

düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığı, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar on gün içinde idarî yargıya başvurabilirler..." düzenlemesinin, Anayasa'nın 127. maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken, idarenin bütünlüğü ilkesinin gerektirdiği bir vesayet yetkisini içermediği ve bu nedenle Anayasa'nın 123. ve 127. maddesi verilen hükümlere aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesi uyarınca Mahkememizce bakılmakta olan dava sebebiyle uygulanacak olan 5355 sayılı Mahallî İdare Birlikleri Kanunu'nun 22. maddesinin 2. fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından dava dilekçesi ve eklerinin onaylı örneği ile söz konusu bendin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, 16.12.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.5.2005 günlü, 5355 sayılı Mahallî İdare Birlikleri Kanunu'nun 22. maddesine 5445 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın itiraz konusu üçüncü cümlesini de içeren 22. maddesi şöyledir.

" Ortak hükümler

Madde 22- *Mahallî idare birliklerinin denetimi İçişleri Bakanlığınca yapılır. Valiler ve kaymakamlar gerekli gördüklerinde ülke düzeyinde kurulan birlikler dışındaki birlikleri denetleyebilirler.*

Sayıştay'ın dış denetimine tâbi olmayan mahallî idare birliklerinin, İçişleri Bakanlığı, valiler veya kaymakamlarca malî denetimi sonucunda tespit edilen kamu zararı üzerine yapılan kişi borcu teklifleri, birlik meclisinde görüşülerek karara bağlanır. Bu kararın örneği, birlik merkezinin bulunduğu yerin valiliğine, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde ise İçişleri Bakanlığına gönderilir. ***Karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığı, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar on gün içinde idarî yargıya başvurabilirler.*** *İdarî yargı kararı doğrultusunda işlem sonuçlandırılır.*

Kontrol, denetim, inceleme, kesin hükme bağlama veya yargılama sonucunda tespit edilen kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren ilgili mevzuatına göre hesaplanacak faiziyle birlikte ilgililerden tahsil edilir. Kamu zararlarının tahsiline ilişkin usûl ve esaslar, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Birliklerde çalışma programı, yetki devri, birlik ile birlik başkanının ihtilaflı olması, birlik organının veya bunların üyelerinin görevden uzaklaştırılması, yıllık faaliyet raporu, bütçe ve diğer malî konular, tahvil ihracı hariç borçlanma, bütçe içi işletme tesisi, borç ve alacakların mahsubu, yurt dışı ilişkileri, diğer kuruluşlarla ilişkiler, yazışma ve yeniden değerleme oranının birliklerde uygulanması konularında, bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda birlik tüzüğü ile birliğe devredilen hizmetlerle sınırlı olmak üzere Belediye Kanunu hükümleri uygulanır.

Birliklerde, teşkilât ve personel istihdamı konularında bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Belediye Kanunu ile Belediye Kanununa aykırı olmamak kaydıyla birlik tüzüğü hükümleri uygulanır.

Köylere hizmet götürme birliklerinin birlik meclisleri hariç olmak üzere, birlik meclisi ile birlik encümeninin başkan ve üyelerine meclis ve encümen toplantılarına katıldıkları her gün için birlik başkanına (5000), encümen üyelerine (2000), meclis üyelerine (1500) gösterge rakamının Devlet memurları için belirlenen aylık katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarı geçmemek üzere, birlik meclisi tarafından belirlenecek miktarda huzur hakkı ödenebilir. Ancak, huzur hakkı ödenecek gün sayısı, bir yıl içinde yirmi dört günü geçemez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 123. ve 127. 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, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'nın katılımlarıyla 24.2.2011 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- 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, Anayasa'nın 123. maddesinde belirtilen idarenin bütünlüğü ilkesini gerçekleştirmek amacıyla merkezî idarenin hiyerarşi, yetki genişliği ve idarî vesayet yetkilerini hukuksal araç olarak kullandığı idarî vesayet sayesinde merkezî yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmenin sağlandığı ayrışma, farklılaşma ve kopmanın önlendiği, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında da mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amaçlarının gerçekleştirilebilmesi için merkezî idareye yerel yönetimler üzerinde idarî vesayet yetkisi tanındığı belirtilerek bu maddede çizilen çerçeve içinde uygulanması gereken idarenin bütünlüğü ilkesi uyarınca vesayet yetkisi içermeyen itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5355 sayılı Yasa'nın değişik 22. maddesinin birinci fıkrasında, mahallî idare birliklerinin denetiminin İçişleri Bakanlığınca yapılacağı, vali ve kaymakamların da gerekli görmeleri halinde ülke düzeyinde kurulanlar dışında kalan birlikleri denetleyebilecekleri, ikinci fıkrasında da mahalli idare birliklerinin mali denetimi

sonucunda kamu zararı çıkması halinde buna ilişkin kişi borcu tekliflerinin birlik meclislerince görüşülerek karara bağlanacağı, bu karara karşı ilgili vesayet makamı ile hakkında borç çıkarılanların idarî yargıya başvurabileceği ve işlemin yargı kararına göre sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır.

5355 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve iptali istenen cümlesinde ise, maddede bahsi geçen birlik meclisi kararları aleyhine vesayet makamları ile hakkında kişi borcu çıkarılanların idarî yargı mercilerine başvuru yetkisi ve hakları düzenlenmiştir.

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 bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiş ve idarî yapı içinde yer alan kurumların bütünlük içinde çalışması öngörülmüştür.

Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan hükme göre idarî vesayet; merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde sahip olduğu yetkidir.

İdarî vesayet yetkisi, hiyerarşik denetimde olduğu gibi genel bir yetki olmayıp, kanunla çerçevesi çizilen sınırlar içerisinde kullanılması gereken istisnaî bir yetkidir. İstisnaîlik ve kanunîlik idarî vesayetin en belirgin iki temel özelliğidir. Bu bağlamda vesayet, merkezî idareye "görev" değil "yetki" olarak verildiğinden mutlak bir kullanım zorunluluğu da içermez. Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla bu yetkinin kapsam ve sınırını belirleme yetkisi yasakoyucuya aittir.

Mahallî idareler, özerklikleri Anayasa ile güvence altına alınan kamu tüzel kişileridir. Anayasa'nın 127. maddesinde yer alan idarî vesayet yetkisi yerel yönetimlere tanınan ve güvence altına alınan özerkliğin istisnasıdır. Bu nedenle merkezî idarenin yerel yönetimlerin bütün eylem ve işlemleri üzerinde mutlaka bir denetim yetkisi kullanması gerektiği söylenemez. Yasakoyucu bu yetkiyi belirlerken hem Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen ilkeleri hem de mahallî idarelerin özerkliğini gözetmek ve dengelemek zorundadır.

Bu kapsamda Anayasa'da belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla yerel yönetimlerin merkezî idare tarafından kanunların öngördüğü yetki ve kapsam içinde denetlenmesinde kullanılacak idarî vesayet yöntemini ve yoğunluğunu belirleme yetkisi yasama organının takdirindedir.

Vesayet makamlarınca bu yetki mahallî idarelerin işlemlerini iptal, onama, erteleme, izin verme, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme şeklinde kullanılabileceği gibi, mahallî idare organlarının kararlarına karşı idarî yargı mercilerinde dava açma yetkisi şeklinde de kullanılabilir.

İtiraz konusu kuralla mahallî idarelerin organlarınca alınan kararlara karşı kullanılacak idarî vesayet yetkisi, bu kararlar aleyhine idari dava açma şeklinde belirlenmiştir. Kaldı ki, Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen "idarenin bütünlüğü" ilkesini gerçekleştirme amacıyla, idarî yargıyı harekete geçirmek suretiyle kullanımı öngörülen düzenlemenin vesayeti içermediği de söylenemez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

26.5.2005 günlü, 5355 sayılı Mahallî İdare Birlikleri Kanunu'nun 22. maddesine 29.12.2005 günlü, 5445 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın "Karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığı, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar on gün içinde idarî yargıya başvurabilirler." biçimindeki üçüncü cümlesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 3.11.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Anayasa'nın "Başlangıç" bölümünde, hiçbir faaliyetin Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası karşısında korunma göremeyeceği belirtilmiş; 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış; 5. maddesinde de, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini korumanın Devleti'in temel amaç ve görevleri arasında olduğu ifade edilmiştir. İşaret edilen bu kurallar, Anayasa'nın "tekil devlet" modelini kabul ettiğini, bu modelin merkeziyetçi yapıyı ve ancak onun denetim ve gözetiminde merkez dışı örgütlenmeyi olanaklı kıldığını ortaya koymaktadır. Yine, Anayasa'nın 123., 126. ve 127. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir "bütün" olduğu, merkezi idare ve mahalli idareler olmak üzere hizmeti ve coğrafyayı esas alan iki parçalı yapının idari örgütlenmede farklı sonuçlara yol açmaması için, yerinden yönetimin "devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmezliği" ve "idarenin bütünlüğü" ilkeleriyle sınırlandırıldığı, bu bütünlüğün sağlanmasının hukuksal araçlarının ise "yetki genişliği" ve "idari vesayet" olduğu, yerel yönetimlerin "özerkliği" ile "idari vesayet" arasındaki hassas dengenin, işaret edilen Anayasa kurallarının öngördüğü devlet yapısını koruyucu bir işleve sahip bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 13.1.1985 tarih ve E.1984/129, K.1985/6 sayılı kararında

da belirtildiği üzere "…Yerinden yönetim idare ve kurumları üzerinde yapılan denetim –yani idari vesayet- idarenin bütünlüğünün gerçekleştirilmesine hizmet eden vazgeçilmez bir araçtır…" (AMKD., Sayı:21, S.99-153) Merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki vesayet yetkisinin genel çerçevesi Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında çizilmiştir. Bu fıkrayı yorumlayan bir Anayasa Mahkemesi kararında da "… Anayasanın 127. maddesinin beşinci fıkrasının öngördüğü idari vesayet, merkezden yönetimin yerel yönetimler üzerinde yapabileceği ve yasa ile düzenlenmesi gereken bir denetim yetkisidir. Ancak bu yetki, sınırsız ve takdire bağlı olmayıp '…mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması…' amaçlarına yöneliktir. Ayrıca, idari vesayet yetkisi, merkezden yönetimin elinde sadece salt ve biçimsel bir denetim ve otorite aracı olarak düşünülemez. Bu yetki, aynı zamanda demokratikleşme sürecinde yerel planda katılımcı yönetimi sosyal hukuk devleti anlayışı doğrultusunda geliştirici, toplumsal dayanışmayı güçlendirici, Anayasa'nın öngördüğü temel hak ve özgürlüklere saygı bilincini yüceltici, çağdaş ve uygar bir eğitim yöntemi olarak da değerlendirilmelidir…" denilmektedir. (Any. Mah.nin 22.6.1988 tarih ve E.1987/18, K.1988/23 sayılı kararı; AMKD., Sayı:24, S.334-335.) Aynı maddeyi yorumlayan bir başka Anayasa Mahkemesi kararında da "…Burada yerel yönetimlerin özerkliği ile yönetimin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde idari vesayet yoluyla bir denge kurulduğu gözlenmektedir… beşinci fıkra hükmü, merkezi yönetimin yetkilerini ayrıntıya varan bir titizlikle düzenlerken, merkezi-yerel yönetim ilişkisinde dengenin iki yönetimden herhangi birinin lehine bozulmasını önlemek istemiştir. Böylece yerel yönetim-merkezi yönetim ilişkisinde bir dengeyi zorunlu gören Anayasakoyucu, yerel yönetimlere özerklik tanırken merkezi yönetime de onlar üzerinde bir denetim yetkisi vermiştir…" şeklinde bir değerlendirme yapılmaktadır. (Any.Mah.nin 26.9.1991 tarih ve E.1990/38, K.1991/32 sayılı kararı: AMKD., Sayı:27, Cilt:2, S. 550)

Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında da "… içerik yönünden yapılan yargısal denetimde, yasanın aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa maddelerinin ve bu maddelerle ilişkisi bulunan Anayasa ilkelerinin de geniş bir yorumlama süzgecinden geçirilmesi zorunludur. Özellikle yasanın, Anayasanın ruhuna aykırı olduğu ileri sürülüyorsa, bu kez sayıları sınırlı birkaç Anayasa madde ve ilkesinin değil, Anayasanın tümünün yorumlanması gerekir…" denilmektedir. (Any.Mah.nin 17.7.1990 tarih ve E.1990/1, K.1990/21 sayılı kararı; AMKD., Sayı:26, S.324.)

2. Anayasa Mahkemesi'nin 18.1.2007 tarih ve E.2005/32, K.2007/7 sayılı kararında da "…merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı yasakoyucunun takdirine bırakılmamış, bu zorunlu kılınmıştır. Ayrıca anılan fıkrada (Any.Md. 127/5) idari vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini içerir şekilde düzenlenebileceği de öngörülmüştür…" denilerek, vesayet denetiminin hem hukuka uygunluk hem de yerindelik denetimi olarak mutlak kullanılması gereken bir yetki olduğu ve bu yetkinin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda yasakoyucunun bir takdir hakkının bulunmadığı şeklinde bir yoruma ulaşıldığı görülmektedir. Mahkeme, bu gerekçelerle, 22.2.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 15. maddesinin üçüncü fıkrasındaki **"Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir." ş**eklindeki kuralın iptaline karar vermiştir.

Benzer şekilde ve aynı gerekçelerle Anayasa Mahkemesi'nin 4.2.2010 tarih ve E.2008/28, K.2010/30 sayılı kararıyla (R.G. 21.6.2010, S.27619), 10.7.2004 tarih ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 14. maddesinin beşinci fıkrasındaki **"Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine on gün içinde idari yargı mercilerine başvurabilir."** şeklindeki kuralın**;** 4.2.2010 tarih ve E.2008/27, K.2010/29 sayılı kararıyla (R.G. 21.6.2010, S.27619), 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 23. maddesinin beşinci fıkrasındaki **"Mülki idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurabilir."** şeklindeki kuralın iptaline karar verilmiştir.

Vesayet denetiminin yargısallık denetimine dönüştürülmesi Anayasa'nın işaret edilen kurallarına uygun düşmediği gibi, bu düzenlemeyle merkezi idare-mahalli idare birimleri arasında "idarenin bütünlüğü" ilkesi gereğince olması gereken "uyum içinde ve düzenli çalışma" hedefi, çekişme ve davacı-davalı olarak idari yargı organı önünde hesaplaşma gibi Anayasa'nın asla öngörmediği bir sonuca yol açacak, gerçekleşmeyecektir. Merkezi idareye ait olması gereken idari vesayet denetimi idari yargı organına devredilerek, asgari düzeye çekilmiştir. Çünkü, bu yöntemle, mahalli idare birlikleri kararlarına karşı sadece "hukuka aykırılık" iddiasıyla dava açma yetkisinin tanınmasıyla, söz konusu kararların isabet ve yerindeliği üzerinde olması gereken vesayet denetimi yetkisi bu şekilde ortadan kaldırılmıştır.

3. Açıklanan nedenlerle ve bu konuda istikrar bulmuş olan önceki Anayasa Mahkemesi kararlarından dönülmesini gerektiren bir durum olmadığı

değerlendirmesiyle, 5302, 5216 ve 5393 sayılı kanunlardaki iptal edilen düzenlemelerin bir benzeri mahiyetindeki **"Karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığı, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar on gün içinde idari yargıya başvurabilirler."** şeklindeki 5355 sayılı Kanun'un 22. maddesinin ikinci fıkrasındaki kuralın iptali gerektiği kanaatine vardığımdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2010/11
Karar Sayısı : 2011/153
Karar Günü : 17.11.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Dördüncü Daire

İTİRAZIN KONUSU: 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen *"Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya; Maliye Bakanlığı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir"* şeklindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

2008/13903 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı'nın 1. maddesinin "… amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklendikleri katma değer vergisi dahil edilmez" bölümünün iptali istemiyle açılan davada, söz konusu Kararın dayanağını oluşturan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varan Danıştay Dördüncü Daire iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"(...) Anonim Şirketi tarafından 19.7.2008 günlü ve 26941 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2008/13903 sayılı "İndirimli Orana Tabi İşlemlerde İade Edilecek Verginin Hesabına Amortismana Tabi İktisadi Kıymetlere Ait Katma Değer Vergisinin Dahil Edilmemesine İlişkin" Bakanlar

Kurulu Kararının, "…amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklendikleri katma değer vergisi dahil edilmez." kısmının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle Başbakanlık ve Maliye Bakanlığı'na karşı açılan dava dosyası incelendi:

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu, 1 nci maddede sayılan ve katma değer vergisinin konusunu teşkil eden işlemler nedeniyle bir mal veya hizmetin el değiştirmesi sonucu ilave edilen değerin vergilendirilmesini düzenlemektedir. Bunun için vergiye tabi işlemlerin her aşamasında, yüklenilen katma değer vergisinin, tahsil edilen katma değer vergisinden indirilmesi ve kalan tutarın beyan edilerek, vergi dairesine ödenmesi gerekmektedir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Vergi İndirimi" başlıklı 29 uncu maddesinde, "1. Mükellefler, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu kanunda aksine hüküm olmadıkça faaliyetlerine ilişkin olarak aşağıdaki vergileri indirebilirler: a) Kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi, b) İthal olunan mal ve hizmetler dolayısıyla ödenen katma değer vergisi, c) (3297 sayılı Kanunun 9 uncu maddesiyle eklenen bent) Götürü veya telafi edici usulde vergiye tabi mükelleflerden gerçek usulde vergilendirmeye geçenlerin, çıkarılan envantere göre hesap dönemi başındaki mallara ait fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi, 2. (5035 sayılı Kanunun 9 ncu maddesiyle değiştirilen ve 1.1.2004'ten geçerli olmak üzere 2.1.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe giren fıkra) Bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi toplamı, mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde, aradaki fark sonraki dönemlere devrolunur ve iade edilmez. Şu kadar ki 28 nci madde uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından vergi nispeti indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olup teslim ve hizmetin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulunca tespit edilecek sınırı aşan vergi, bu mükelleflerin vergi ve sosyal sigorta prim borçları ile genel ve katma bütçeli idareler ile belediyelere olan borçlarına ya da döner sermayeli kuruluşlar ile sermayesinin % 51'i veya daha fazlası kamuya ait olan veya özelleştirme kapsamında bulunan (5615 sayılı Kanunun 13 ncü maddesiyle değiştirilen ve 4.4.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe giden ibare) işletmeler ile organize sanayi bölgelerinden temin ettikleri mal ve hizmet bedellerine ilişkin borçlarına mahsuben ödenir. Yılı içinde mahsuben iade edilemeyen vergi nakden iade edilir. (5766 sayılı Kanunun 12/c maddesiyle değiştirilen ve

6.6.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe giren son cümle) Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya; Maliye Bakanlığı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." hükmü yer almaktadır.

Katma Değer Vergisi Kanununun 29 uncu maddesi ile katma değer vergisinde vergi indirimiyle ilgili genel ilkeler belirlenmiştir. Maddenin 1 nci fıkrasında yer alan düzenleme uyarınca mükellefler, vergiye tabi faaliyetleriyle ilgili olarak satın aldıkları veya ithal ettikleri mal teslimi ve hizmetler nedeniyle ödedikleri veya borçlandıkları vergiyi, adlarına düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilmesi şartıyla teslim ettikleri mal veya hizmet karşılığı aldıkları veya alacaklı oldukları katma değer vergisinden mahsup ederek aradaki farkı bağlı oldukları vergi dairesine beyan ederek ödemek suretiyle hazineye intikal ettireceklerdir.

Katma değer vergisinde genel vergi oranı, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 28 nci maddesiyle, vergiye tabi her bir işlem için %10 olarak belirlenmiştir. Ancak, Bakanlar Kurulu belirlenen genel vergi oranını, sosyal ve ekonomik gerekçelerle aynı Kanunla verilen yetkiye dayanarak, dört kata kadar artırılabilmekte veya % 1'e kadar indirilebilmektedir. Bu hallerde, Bakanlar Kurulunca katma değer vergisi oranı indirilen mal veya hizmetin üretiminde, daha önceki bir safhada kullanılan girdiler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisi oranının yüksek olması sonucu, indirilebilecek vergi, tahsil edilen vergiden yüksek olabilmektedir. Bu durumda, indirilemeyen vergi, Katma Değer Vergisi Kanununun 29/2 nci maddesi uyarınca maddede sayılan borçlara mahsuben iade edilmekte, mahsuben iade edilemeyen tutar ise nakden iade edilmektedir.

Öte yandan, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29/2 nci maddesine, 5766 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle eklenen son cümle ile, Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet gurupları ile sektörler itibarıyla amortismana tabi iktisadi kıymetler için yüklenilen vergiler bakımından iade hakkının kaldırılmasına yönelik olarak yetkilendirilmiş ve Bakanlar Kurulu, 24.12.2007 tarihli ve 2007/13033 sayılı Kararnamenin eki (II) sayılı listenin "B) DİĞER MAL VE HİZMETLER" bölümünün 25 inci sırasında sayılan konaklama tesislerini işleten mükelleflerin, bu kararın yürürlüğe girdiği tarihten sonra, söz konusu sıra kapsamındaki indirimli orana tabi işlemlerine ait iade hesabına,

amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklendikleri katma değer vergisinin dahil edilemeyeceğine dair 19.7.2008 günlü ve 26941 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2008/13903 sayılı kararı almıştır.

Davacı, dilekçesinde Katma Değer Vergisi Kanununun 29/2 nci maddesine, 5766 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle eklenen son cümleyle yapılan düzenleme sonucu Bakanlar Kuruluna verilen, vergi oranı indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırma yetkisinin, Anayasa'nın 73 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında sayılan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapma yetkilerinden olmadığını, dolayısıyla bu düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde "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." denilmek suretiyle Devletin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. 73 üncü maddesinde ise "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 yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir." hükmü mevcuttur.

Anayasanın 73 üncü maddesinde, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ve kaldırılacağı öngörülerek Anayasa'nın 2 nci maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi, vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir.

Hukukun egemen olduğu, insan haklarına saygılı, temel hak ve özgürlükleri koruyan, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, vatandaşlarının hukuki güvenceye sahip bulunduğu devlet, hukuk devletidir. Vergilendirme

ile ilgili düzenlemeler de tüm temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren yasama işlemlerindendir. Çünkü vergi yoluyla devlet hak ve özgürlükleri kullanma ve yararlanmayı olanaklı ya da olanaksız kılabilmektedir. Dolayısıyla "Vergi ödevi" Anayasa'da temel hak ve ödevlerin düzenlendiği ikinci Kısmın, "Siyasi Haklar ve Ödevler" başlıklı Dördüncü Bölümünde tanımlanmıştır.

Hukuk devleti ilkesinin benimsendiği ülkelerde devlet, egemenliğine dayanarak, tek taraflı olarak vergilendirme yetkisine sahip olmasına karşın bu yetkisini sınırsız bir şekilde kullanamamaktadır. Yasama organı bu yetkisini kullanırken Anayasa, yasalar, uluslararası vergi anlaşmaları ve yargı kararları gibi yasamadan ve yargıdan kaynaklanan düzenlemeler ve kararlarla bağlıdır. Vergilendirme yetkisi yani yasama organının vergi koyma, değiştirme ve kaldırma yetkisi kural olarak yasama organı tarafından kullanılmakta ve bu yetkinin sınırlandırılması ancak Anayasa ve yasalarla mümkün olduğundan "verginin yasallığı ilkesi" birey için keyfi ve ölçüsüz vergilendirmeye karşı güvence oluşturmaktadır.

Vergiler, kamu giderlerinin finansman aracı olmaları yanında doğrudan ve etkili biçimde iktisadi ve sosyal amaçları da gerçekleştiren önemli araçlardır. Ancak, devletin görevlerinin artması, kamu hizmetlerindeki sürekliliğin sağlanması, değişimlere ayak uydurulmasının gerekliliği İdareye takdir yetkisi verilmesini zorunlu kılmaktadır. Verginin yasallığı ilkesi çerçevesinde idarenin takdir yetkisi, vergilendirmenin temel öğeleri ile ilgili olmaması şartıyla ayrıntılara ve teknik konulara ilişkin olarak kullanılabilir. Ancak vergilendirme yetkisinin mutlak devri anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, Anayasanın 73 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası ile Bakanlar Kuruluna verilen yetki, yasada belirlenecek yukarı ve aşağı sınırlar içinde yalnızca muafiyet, istisna, indirim ve oranlarına ilişkin olarak tanınan bir yetki olup, vergi yasalarının başka hükümleriyle ilgili olarak kullanılamaz. 73 üncü maddenin 4 üncü fıkrasının gerekçesinde de bu husus açıklanmış ve "vergi yükünün, muaflık ve istisnaların zamanla artan oranla düşmesini engellemek üzere Kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi ilkesi kabul edilmiştir. Bakanlar Kurulu, bu yetkisini amaç kanununda gösterilen unsurlar içinde kullanabilir" denilmiştir.

Buna göre, Bakanlar Kuruluna verilen yetki, ekonomik ve sosyal kararların alınmasında önemli bir araç olan verginin, muaflık, istisna, indirim ve oranları hususunda uygulamaya ilişkin olarak, işlem yapma yetkisi olup, "verginin yasallığı" ilkesinin gereklerine uygun olarak kullanılması gerekmektedir.

Bu durumda, Katma Değer Vergisi Kanununun 29/2 nci maddesine 5766 sayılı Kanunun 12 nci maddesiyle eklenen son cümle ile Bakanlar Kuruluna verilen "vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırma" yetkisinin, aynı maddeyle, 28 inci madde uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından vergi nispeti indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olup, teslim ve hizmetlerin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulunca tespit edilecek sınırı aşan verginin, maddede sayılan borçlara mahsuben, mahsuben iade edilemeyen verginin ise nakden iade edileceğine dair kurala aykırı olması ayrıca Anayasanın 73/4 üncü fıkrası ile Bakanlar Kuruluna verilen ve anayasal sınırları çizilen yetkinin dışında, iade hakkının kaldırılmasını içermesi nedeniyle Anayasanın 2 nci ve 73 üncü maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Bununla birlikte, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29 uncu maddesinin 2 nci fıkrasının son cümlesi, "(5838 Sayılı Kanunun 12'nci maddesiyle değişen ibare, Yürürlük: 28.2.2009) Yılı içinde mahsuben iade edilemeyen vergi izleyen yıl içinde talep edilmesi şartıyla nakden veya mükellefin yukarıda sayılan borçlarına mahsuben iade edilir. Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal veya hizmet gurupları ile sektörler itibarıyla, iade hakkını kısmen veya tamamen ya da amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisi ile sınırlı olmak üzere kaldırmaya; Maliye Bakanlığı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir." şeklinde değiştirilmiş ise de; söz konusu yasa maddesinin değiştirilmiş olması Dairemizde bakılmakta olan bu davada uygulanması gereken hukuk kuralı olması nedeniyle Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılmasına engel teşkil etmemektedir. Kaldı ki, yapılan değişiklik sonucu Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen düzenlemeyle Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin değiştirilmediği, aksine sadece amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisi ile sınırlı olmak üzere değil, mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, iade hakkının kısmen veya tamamen kaldırılması yönünden genişletildiği görülmektedir. Nitekim, 22.8.2009 günlü, 27327 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2009/15315 sayılı Bakanlar Kurulu Kararının 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında "Mükellefler, bu karar kapsamında teslim edecekleri mallar nedeniyle yüklendikleri ve indirim yoluyla telafi edemedikleri katma değer vergisi bakımından, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 29 uncu maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen iade hakkından faydalanamazlar." şeklinde getirilen düzenlemeyle iade hakkının kaldırılma yetkisi genişletilerek hukuki sorun devam ettirilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, davacının Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varıldığından, Anayasa'nın 152 nci ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 28 inci maddesi uyarınca 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında, 5766 sayılı Kanunun 12/c maddesiyle değiştirilen ve 6.6.2008 tarihinden itibaren yürürlüğe giren son cümlenin iptali için yürürlüğün durdurulması istemli olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, davanın bu sebeple geri bırakılmasına, dava dosyasının tamamının tasdikli bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine 21.10.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun iptali istenilen kuralı da içeren 29. maddesi şöyledir.

"1. Mükellefler, yaptıkları vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden, bu Kanunda aksine hüküm olmadıkça, faaliyetlerine ilişkin olarak aşağıdaki vergileri indirebilirler:

a) Kendilerine yapılan teslim ve hizmetler dolayısıyla hesaplanarak düzenlenen fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi,

b) İthal olunan mal ve hizmetler dolayısıyla ödenen katma değer vergisi,

c) (Ek alt bent: 03/06/1986 - 3297/9 md.) Götürü veya telafi edici usulde vergiye tabi mükelleflerden gerçek usulde vergilendirmeye geçenlerin, çıkarılan envantere göre hesap dönemi başındaki mallara ait fatura ve benzeri vesikalarda gösterilen katma değer vergisi,

2. (Değişik fıkra: 25/12/2003 - 5035 S.K./9. md.) Bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi toplamı, mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde, aradaki fark sonraki dönemlere devrolunur ve iade edilmez. Şu kadar ki, 28 inci madde uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından vergi nispeti indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olup teslim ve hizmetin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar

Kurulunca tespit edilecek sınırı aşan vergi, bu mükelleflerin vergi ve sosyal sigorta prim borçları ile genel ve katma bütçeli idareler ile belediyelere olan borçlarına ya da döner sermayeli kuruluşlar ile sermayesinin % 51'i veya daha fazlası kamuya ait olan veya özelleştirme kapsamında bulunan işletmeler ile organize sanayi bölgelerinden temin ettikleri mal ve hizmet bedellerine ilişkin borçlarına mahsuben ödenir. (*Değişik cümle: 04/6/2008 – 5766/12 md.*) ***Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya; Maliye Bakanlığı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.***

3. (Ek bent: 03/06/1986 - 3297/9 md.) İndirim hakkı vergiyi doğuran olayın vuku bulduğu takvim yılı aşılmamak şartıyla, ilgili vesikaların kanuni defterlere kaydedildiği vergilendirme döneminde kullanılabilir.

4. Maliye ve Gümrük Bakanlığı vergi indirimi uygulamasında doğabilecek aksaklıkları, vergi mükerrerliğine ve vergi muafiyetine meydan vermeyecek şekilde, bu Kanunun ana ilkelerine uygun olarak gidermeye ve indirimle ilgili usul ve esasları düzenlemeye yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 73. 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 ile Zehra Ayla PERKTAŞ katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 25.2.2010 gününde 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:

A- Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İptali istenilen kural, iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm, Bakanlar Kurulu'na, ikinci bölüm ise Maliye Bakanlığı'na yetki verilmesine ilişkindir. Bakanlar Kurulu'na yetki veren kural ile Maliye Bakanlığı'na fıkranın tümünü içeren şekilde usul ve esasları belirleme yetkisinin verilmesi birbirinden tamamen ayrı konulardır.

İtiraz başvurusunda bulunan Danıştay Dördüncü Daire'de, 19.7.2008 günlü, 26941 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2008/13903 sayılı "İndirimli Orana Tabi İşlemlerde iade Edilecek Verginin Hesabına Amortismana Tabi İktisadi Kıymetlere Ait Katma Değer Vergisinin Dahil Edilmemesine İlişkin" Bakanlar Kurulu Kararının, *"…amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklendikleri katma değer vergisi dahil edilmez"* bölümünün iptali istemiyle dava açılmıştır.

Mahkeme'de bakılmakta olan davanın konusu Bakanlar Kurulu Kararının iptali istemine ilişkin olduğundan, itiraz konusu kuralın *"…Maliye Bakanlığı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir"* şeklindeki bölümünün davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanun'un 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen son cümlesinin, *"… Maliye Bakanlığı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları*

belirlemeye yetkilidir" bölümünün, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bölüme ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, 17.11.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Anlam ve Kapsam

İtiraz konusu kuralda, katma değer vergisi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmıştır.

Katma Değer Vergisi (KDV), üretim ve tüketim zincirinin her aşamasında, malların ve hizmetlerin satışından alınan ve vergi indirimine imkân tanımak suretiyle de her aşamada katılan değer artışını temel alan, çok aşamalı, genel bir satış vergisidir. Katma değer, bir malın satış değeri ile bunun yapılması için gerekli olan girdilerin alış fiyatı arasındaki farktan oluşmakta, ödenecek KDV de, satış tutarı üzerinden hesaplanacak KDV'den alışlar üzerinden ödenen KDV'nin mahsup edilmesi suretiyle bulunmaktadır. KDV sisteminde, mal ve hizmetin üretim aşamasından nihaî tüketiciye kadar olan bütün aşamalarında vergi alınmakta ve her bir aşamada alınan vergiden bir önceki aşamada alınan vergi indirilmek suretiyle kalan vergi, Hazineye intikal ettirilmektedir.

İndirim müessesesi, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Vergi İndirimi" başlıklı 29. maddesinde düzenlenmiş, mükelleflerin yaptıkları teslimler veya ifa ettikleri hizmetler üzerinden hesaplayacakları vergiden, kendilerine yapılan teslimler veya ifa olunan hizmetler ile ithal ettikleri mallara ait vergiyi indirebilecekleri öngörülmüştür. KDV indirimi, vergilendirme dönemleri itibariyle uygulanmaktadır. Mükellefler, bir vergilendirme döneminde teslim ettikleri mal bedeli üzerinden hesapladıkları vergiden sadece o malların alımında ödedikleri vergiyi değil, vergilendirme döneminde satın aldıkları diğer malların vergisini de indirebilmektedir. 29. maddenin (2) numaralı fıkrasına göre, bir vergilendirme döneminde indirilecek katma değer vergisi toplamı, mükellefin vergiye tâbi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olduğu takdirde, aradaki fark sonraki dönemlere devrolunmakta, iade edilmemektedir.

KDV kapsamına giren işlemlerden bir bölümü ülkenin içinde bulunduğu sosyal, kültürel, ekonomik durumlar nedeniyle, uluslararası ticarette rekabet eşitliği sağlayabilmek amacıyla ya da vergilendirme tekniğinden kaynaklanan nedenlerle vergiden istisna edilmiş; bir bölümü, Bakanlar Kuruluna tanınan yetkiye istinaden farklı oranlarda vergilendirilmiş; bir bölümü ise, alınacak verginin güvenliği açısından vergi tevkifatı kapsamına alınmıştır. KDV'den istisna edilen, indirimli oranda vergilendirilen veya vergi tevkifatı uygulanan işlemler nedeniyle bu işlemlere konu olan mal ve hizmetlerin edinimleri veya üretimleri safhalarında ödenen vergiler, mükelleflerin üzerinde fazla vergi yükü oluşturmakta, dolayısıyla mükelleflerin fazladan katlandıkları vergi yükünden arındırılabilmesi, gerçek vergi yüküne ulaşılması bu vergilerin mahsuben veya nakden iadeye konu edilmesi ile mümkün olmaktadır.

Vergiden istisna olmamakla birlikte, genel oranda vergi ödenerek temin edilen girdilerden üretilen mal veya hizmetlerin indirimli oranda vergi uygulanmak suretiyle teslim edilmesi halinde, hesaplanan vergi her zaman genel oranlı girdiler nedeniyle ödenen verginin indirimi için yeterli olmadığı durumda, mükelleflerin fazla vergi yükünden arındırılabilmesi amacıyla 3065 sayılı Kanun'un 29. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile aynı Kanun'un 28. maddesinin Bakanlar Kuruluna verdiği yetkiye dayanarak Bakanlar Kurulu tarafından vergi oranları indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olup teslim ve hizmetin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulunca tespit edilen sınırı aşan kısmı vergi yılı içinde mahsuben, mahsuben iade edilemeyen vergi ise nakden iade edilmektedir.

Kanun'un 29. maddenin (2) numaralı fıkrasında mahsuben veya nakden iade, "*Şu kadar ki, 28 inci madde uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından vergi nispeti indirilen teslim ve hizmetlerle ilgili olup teslim ve hizmetin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulunca tespit edilecek sınırı aşan vergi, bu mükelleflerin vergi ve sosyal sigorta prim borçları ile genel ve katma bütçeli idareler ile belediyelere olan borçlarına ya da döner sermayeli kuruluşlar ile sermayesinin % 51'i veya daha fazlası kamuya ait olan veya özelleştirme kapsamında bulunan işletmeler ile organize sanayi bölgelerinden temin ettikleri mal ve hizmet bedellerine ilişkin borçlarına mahsuben ödenir. Yılı içinde mahsuben iade edilemeyen vergi nakden iade edilir*" şeklinde belirtilmiştir.

4.6.2008 günlü, 5766 sayılı "Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile KDV

Kanunu'nun 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yapılan değişiklikle, Bakanlar Kurulu, vergi oranları indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibariyle amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen KDV'nin iade hakkını kaldırmaya yetkili kılınmış, nakden veya mahsuben iade edilecek vergilerde uyulması gereken usul ve esasları belirleme konusunda ise Maliye Bakanlığı'na yetki verilmiştir.

Bakanlar Kurulu, Kanunun kendisine tanıdığı bu yetkiyi kullanarak, 2008/13903 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 24.12.2007 günlü, 2007/13033 sayılı Kararnamenin eki (II) sayılı listenin "B) Diğer Mal ve Hizmetler" bölümünün 25. sırasında sayılan konaklama tesislerini işleten mükelleflerin, bu kararın yürürlüğe girdiği 19.7.2008 tarihinden sonra, indirimli orana tabi konaklama hizmetleri işlemlerinden doğan iade hesabına, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen vergilerden pay verilmeyeceğini, bunların iade hesabına dâhil edilmeyeceğini kararlaştırmıştır. Bu karara göre, otel, motel, pansiyon, tatil köyü ve benzeri konaklama tesislerini işletenler, indirimli oranlı satışlarından kaynaklanan iade hesaplarına 20.7.2008 tarihinden itibaren bina, tesis, makine vb. gibi amortismana tabi iktisadi kıymetlerin alımı için ödenen katma değer vergisini dâhil edemeyecekler, amortismana tabi iktisadi kıymetlerin katma değer vergilerini sadece indirim yoluyla giderebileceklerdir.

KDV iadesi, belirli koşulların varlığı halinde yasa koyucu tarafından bir "hak" olarak mükelleflere tanınmıştır. İade hakkı, amortismana tabi iktisadi kıymetlerin satın alınmasında ödenen katma değer vergisinin, indirimli vergi oranlarının uygulanması nedeniyle mükellefin vergiye tabi işlemleri dolayısıyla hesaplanan katma değer vergisi toplamından fazla olmasından diğer bir anlatımla indirilemeyen KDV'den kaynaklanmaktadır. Amortismana tabi olan iktisadi kıymetlerden dolayı yüklenilen KDV'nin yüklenildiği dönemde indirim konusu yapılamaması nedeniyle iade edilmesi yasayla yapılması gerekirken, itiraz konusu kuralda Bakanlar Kuruluna, vergi oranları indirilen "mal ve hizmet grupları" ile "sektörler" itibariyle amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırma yetkisi verilmiştir.

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde, "… *yapılan düzenleme ile vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile farklı sektörler itibarıyla amortismana tabi iktisadi kıymetler için yüklenilen vergiler bakımından iade hakkının kaldırılmasına yönelik Bakanlar Kurulu yetkilendirilmektedir*" denilmiştir.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasına 5766 sayılı Kanunla eklenen son cümleyle, katma değer vergisinin mahsuben veya nakden iade edilmesi hakkının kaldırılması yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verildiği, Kanun ile verilen iade hakkını kaldırma yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilmesiyle hukuk devletinin ihlal edildiği ve Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında Bakanlar Kurulu'na verilen ve anayasal sınırları çizilen yetkinin dışına çıkıldığı, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "Vergi indirimi" başlıklı 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasında 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle yapılan değişiklikle, Bakanlar Kurulu'na, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergileri bakımından, iade hakkının kaldırmasına yönelik yetki verilmiştir. Bu yetki sonucu, aynı Kanun'un 28. maddesi uyarınca teslim ve hizmetlerin gerçekleştiği vergilendirme döneminde indirilemeyen ve tutarı Bakanlar Kurulu'nca tespit edilecek sınırı aşan verginin, maddede sayılan borçlara mahsuben, mahsuben iade edilemeyen verginin ise nakden iade edilmesi engellenmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinde, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu; vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülmüştür.

Buna göre, devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmasının önlenmesi, hukuk devleti olmanın gerekleri arasında öncelikli bir yere sahip bulunmaktadır. Vergilendirme alanında olası keyfi uygulamalara karşı düşünülen ilk önlem, kuşkusuz yasallık ilkesidir. Ancak vergilerin yasayla getirilmesi, yalnız başına vergilendirme yetkisinin keyfi kullanılarak adaletsiz sonuçlar doğurmasını engelleyemeyeceğinden, 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.

Anayasa koyucunun, her çeşit mali yükümlerin yasayla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasını buyururken, keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları önleyecek ilkelerin yasada yer alması amacını güttüğünde kuşku yoktur. Yasa koyucunun, yalnızca konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun, yasayla konulmuş sayılması ve Anayasa'ya uygunluğun kabulü için yeterli değildir. Mali yükümlerin, konusu, yükümlüleri, matrah ve oranları, muaflık, istisna ve indirimleri, mahsup ve iadesi, yükümü doğuran olay, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı gibi çeşitli yönleri vardır. Vergi, resim ve harç koyma kavramı içine, konulan vergi veya mali yükümden muaflık, istisna, indirim ve iade yapma kavramları da girmektedir. Anayasa'nın eşit önemde bulunan konulardan bir kısmı için yasa hükmünü zorunlu sayarken diğerleri için zorunlu saymamış olması düşünülemez. Bu bakımdan yükümlüklerin, belli başlı unsurları da açıklanarak ve temel hukuki çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasayla düzenlenmeleri, vergi unsurlarının açık bir şekilde yasada yer alması ve uygulayanların anlayışına ve yorumuna bırakılmaması zorunludur.

Katma değer vergisi, verginin konusunu oluşturan işlemler nedeniyle bir mal veya hizmetin el değiştirmesi sonucu, her el değiştirmede eklenen değerin vergilendirmesine dayandığından, vergiye tabi işlemlerin her aşamasında, yüklenilen KDV'nin tahsil edilen KDV'den indirilmesi ve kalan tutarın beyan edilerek, vergi dairesine ödenmesi söz konusudur. KDV'nin özelliğinden kaynaklanan bu durum, mahsup ya da nakit ödeme yoluyla iade kurumunun da KDV ile bütünleşmesine neden olmuş ve "iade" yasa koyucu tarafından düzenlenmiştir. 3065 sayılı Kanunda yapılan düzenlemeyle, "mahsuben iade" ve mahsuben iade edilmeyen tutar için "nakden iade" kurumu getirilmiş ve yükümlünün hukuk güvenliği kanunla sağlanmıştır. Yasa koyucu tarafından kanunla sağlanan hukuk güvenliğinin Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılması, yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Vergi, devletin egemenlik gücüne dayanarak kamu giderlerine katılımı sağlamak amacıyla kişilerden aldığı ekonomik değer olmakla birlikte, yasal düzenlemeler, sadece devlet yönünden değil, yükümlüler yönünden de hukuksal güveni sağlamalıdır. Anayasa'nın 73. maddesinde yerini bulan "vergide yasallık" ilkesi, aynı zamanda devletin vergilendirme yetkisinin anayasal ilkelerle sınırlandırılmasıdır. Verginin ödenmemesi durumunda devletin alacağı yasalarla güvence altına alınırken, mahsup ya da nakdi iade hangi yolla olursa olsun, mükellefin alacağının yasalarla güvence altına alınmaması düşünülemez.

Vergi tekniği, vergi adaletini yansıtmadıkça, maliye politikasının sosyal amacını gerçekleştiremez. Verginin tahsiliyle ilgili düzenlemeler nasıl vergi tekniğinin konusuysa, gerçek vergi yükünü belirleyen iadelere ilişkin düzenlemeler de vergi tekniğinin konusudur. Yasayla verilen bir hakkın idari düzenlemeyle kaldırılması mümkün değildir. Kanunla getirilen mahsup ve iade hakkının Bakanlar Kurulu kararıyla kaldırılması da vergi yükünün dağılımında adalet ve dengeyi bozar ve Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi" ile "vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı" ilkelerinin idari düzenlemelerle zedelenmesine yol açar.

İtiraz konusu kuralla Bakanlar Kurulu'na verilen yetkinin teknik ve ayrıntı içerdiği de ileri sürülemez. Yasa kuralı, KDV iade hakkının kaldırılması konusundaki takdir yetkisinin kapsam ve sınırını belirlememiştir. Usul ve koşullar, belirsiz biçimde tamamıyla Bakanlar Kurulu'na bırakılmıştır. Böylece, mükellefe keyfi müdahalelere karşı uygun bir yasal koruma olanağı da sağlanmamış, verilen yetkinin kapsam ve kullanma koşulları yasada yeterli açıklıkta belirlenmemiştir.

Öte yandan, Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında Bakanlar Kurulu'na verilen yetki, "vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına" ilişkindir. Buradaki temel koşul da kanunun, yukarı ve aşağı sınırlar belirlemesidir. Buna göre, Bakanlar Kurulu ancak, "muaflık, istisna, indirim ve oranlar"da yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapabilecek; bu alanları ve sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getiremeyecektir. Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetki "koşullu ve sınırlı bir yetki"dir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup, kaldırılması ve değiştirilmesidir. Bakanlar Kurulu'na tanınan yetkinin, yeni düzenlemeler içermesi ve/veya çok geniş olması, verginin yasallığı ilkesinin zedelenmesine yol açarak yasama yetkisinin yürütme organına devri sonucunu doğurabileceğinden kabul edilemez. 73. maddenin son fıkrasında, itiraz konusu kuralda yer alan "vergi iadesi" konusunda, ne iade hakkının getirilmesi ne de kısmen ya da tamamen kaldırılması hususlarında Bakanlar Kurulu'na yetki verilmemiştir. Bu nedenle itiraz konusu kuralın 73. maddenin son fıkrasıyla ilgisi bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanun'un 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen son

cümlesinin, *"Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya;"* bölümünün Anayasa'nın 73. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanun'un 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen son cümlesinin *"Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya;"* bölümünün yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 17.11.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

25.10.1984 günlü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanun'un 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen son cümlesinin *"Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya;"* bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 17.11.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM

Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2010/115
Karar Sayısı : 2011/154
Karar Günü : 17.11.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Burhaniye Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesinin (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarının Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İftira suçunu işlediği iddiası ile sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"A) İLGİLİ YASA MADDELERİ;

TCK.nun iftira suçunu düzenleyen 267/1. maddesinde "yetkili makamlara ihbar veya şikayette bulunarak ya da basın ve yayın yolu ile işlemediğini bildiği halde hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını yada idari bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." hükmü getirilmiştir.

TCK 267/4. maddesinde "yüklenen fiili işlemediğinden dolayı beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeni ile göz altına alınması veya tutuklanması halinde; iftira eden, ayrıca kişi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur",

TCK 267/5. maddesinde "Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasını mahkumiyeti halinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkumiyeti halinde, mahkum olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur",

TCK 267/6. maddesinde "mağdurun mahkum olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, beşinci fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar arttırılır",

TCK 267/7. maddesinde "İftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"

TCK 268/1. maddesinde "işlediği suç nedeni ile kendisi hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılmasını engellemek amacı ile, başkasına ait kimliği veya kimlik bilgilerini kullanan, kimse, iftira suçuna ilişkin hükümlere göre cezalandırılır," hükümleri 26/09/2004 tarih, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında konulmuştur.

B) GEREKÇE VE ÖRNEKLER;

Türk Ceza Kanununun 267. maddesinde birinci ve ikinci fıkrada suçun unsurları ve yaptırımı belirtilmiş 3, 4, 5, 6, 7. fıkralarda ise iftira sonucu mağdurun maruz kaldığı gözaltı, tutuklama, koruma tedbiri, kısa süreli ve uzun süreli mahkumiyet ve hapis dışında adli veya idari yaptırım hususlarına bağlı olarak ceza miktarlarının düzenlenmesi yoluna gidilmiştir.

TCK 267/5. fıkrasında iftira nedeni ile mağdurun süreli hapis cezasına mahkumiyeti halinde, mahkum olunan cezanın üçte ikisi kadar sanık hakkında hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. TCK 49/1. maddesi gereğince; süreli hapis cezasının kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az ve yirmi yıldan fazla olamayacağı, düzenlemesi karşısında; sanığın bir mağdura suç eşyasını satın aldığı yolunda iftira da bulunması halinde mağdurun asgari altı ay hapis cezasına mahkum olması halinde sanığın TCK 267/5. maddesi gereğince mahkum olunan cezanın 2/3 ü oranında cezaya mahkum edilmesi gerekeceğinden sonuçta 4 ay hapis cezası ile cezalandırılması ve buna benzer sonuçta TCK 49/1. maddesi gereğince; asgari bir ay hapis cezasını gerektiren suçlar nedeni ile iftirada bulunması ve sonuçta TCK 267/5. maddesi gereğince iftira edenin 2/3 oranında ve neticeten 20 gün hapis cezasından başlayan cezaları alması sonucu

doğacaktır. Oysaki TCK 267/1. maddesi kapsamında suçun yalın hali itibari ile bir şahsın mağdura iftirada bulunması ve mağdur hakkında soruşturma veya kovuşturma başlamaması veya soruşturma veya kovuşturma başlayıp mağdur hakkında gözaltı, tutukluluk veya koruma tedbiri uygulanmaması halinde sanığın bir yıl ila dört yıl arası hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür. Bu durumda iftira suçunu işleyen iki kişi düşünüldüğünde TCK 267/1. maddesi kapsamında suçun yalın hali ile iftirada bulunan bir sanık asgari bir yıl hapis cezası ile cezalandırılırken, iftira ettiği başlangıçta anlaşılmayan ve mağdurun hapis cezasına mahkum olmasına sebebiyet veren sanık hakkında TCK 267/5. maddesi gereğince asgari 20 günden başlayan hapis cezası uygulaması söz konusu olabilecektir.

Yine TCK 267/5. maddesi gereğince, bir mağdura iftirada bulunan ve mağdurun hapis cezasına mahkumiyetine sebebiyet veren bir sanığın TCK 267/5. maddesi gereğince, asgari 20 günden başlayacak hapis cezasına mahkumiyeti söz konusu iken, bir mağdura iftira atan ve mağdur hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmasına sebebiyet veren sanık hakkında TCK 267/7. maddesi gereğince, asgari 3 yıl hapis cezası verilmesi gerekecektir. Buna ilişkin olarak yukarıda belirtildiği üzere, bir mağdura iftira atan ve hapis cezası ile cezalandırılmasına sebebiyet veren sanık hakkında hapis cezasının henüz infaz edilmemiş olması şartı ile asgari 20 günden başlayan hapis cezası verilmesi gerekecek ancak bir mağdura sadece idari para cezası verilmesini gerektiren suç isnat ederek iftira da bulunan sanık hakkında TCK 267/7. maddesi gereğince 3 yıldan 7 yıla kadar hapis cezası verilmesi sonucu doğacaktır.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle; TCK 267/1-2. maddeleri ile TCK 267/5. maddesi arasında ve TCK 267/5 ile TCK 267/7. maddeleri arasında yaptırım miktarları bakımından dengesizlik bulunduğu bu durumun aynı suçun basit hali ile nitelikli hallerini işleyenler arasında hakkaniyete aykırı ceza uygulamalarına sebebiyet verdiği ve yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu, suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengenin korunamadığı ve bu yönü ile adalet duygularını zedeleyen düzenlemenin demokratik hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu kanaati ile Yüksek Anayasa Mahkemesine başvurulması yoluna gidilmiştir.

SONUÇ VE İSTEM; TCK.nun 267/5, 267/6, 267/7. maddelerinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2, 10, 11, 38. maddelerine aykırılığı iddiası ile iptaline karar verilmesi arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

5237 sayılı Kanun'un itiraz konusu fıkraları da içeren 267. maddesi şu şekildedir:

"(1) Yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin maddî eser ve delillerini uydurarak iftirada bulunulması hâlinde, ceza yarı oranında artırılır.

(3) Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş mağdurun aleyhine olarak bu fiil nedeniyle gözaltına alma ve tutuklama dışında başka bir koruma tedbiri uygulanmışsa, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Yüklenen fiili işlemediğinden dolayı hakkında beraat kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmiş olan mağdurun bu fiil nedeniyle gözaltına alınması veya tutuklanması hâlinde; iftira eden, ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hükümlere göre dolaylı fail olarak sorumlu tutulur.

(5) Mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapiscezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunur.

(6) Mağdurun mahkûm olduğu hapis cezasının infazına başlanmış ise, beşinci fıkraya göre verilecek ceza yarısı kadar artırılır.

(7) İftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası dışında adlî veya idarî bir yaptırım uygulanmışsa; iftira eden kişi, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(8) İftira suçundan dolayı dava zamanaşımı, mağdurun fiili işlemediğinin sabit olduğu tarihten başlar.

(9) Basın ve yayın yoluyla işlenen iftira suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı, aynı veya eşdeğerde basın ve yayın organıyla ilân olunur. İlân masrafı, hükümlüden tahsil edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 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, Hicabı DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, ilgili kural ya da kuralların iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak bu hükümler uyarınca, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, yöntemince açılmış, mahkemenin görevine giren bakmakta olduğu bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da bu davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise, bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kanun veya kanun hükmünde kararnamelerdir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesinin (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarının iptalini istemiştir.

Mahkeme'de bakılmakta olan davada, sanığın müşteki adına sahte olarak düzenlenmiş ehliyeti ibraz etmesi sonucu müştekinin adli ve idari para cezaları

ile cezalandırılmasına sebebiyet vererek iftira suçunu işlediği ileri sürülerek, eylemine uyan 5237 sayılı Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası uyarınca cezalandırılması istenmiştir.

5237 sayılı Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrasında iftira sonucunda mağdur hakkında hapis cezası uygulanması, (6) numaralı fıkrasında hükmolunan hapis cezasının infazına başlanılmış olması, (7) numaralı fıkrasında ise mağdur hakkında hapis cezası dışında adli veya idari yaptırım uygulanması hali düzenlenmiştir. Mahkeme'nin önündeki davada, müştekinin iftira sonucunda hapis cezasıyla cezalandırılması ya da hükmolunan hapis cezasının infazına başlanılması söz konusu olmadığından, (5) ve (6) numaralı fıkraların davada uygulanması mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle; 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkralarının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, 6.1.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

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, 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesinin (7) numaralı fıkrasının esasinin incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

6.1.2011 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 5237 sayılı Kanun'un 267. maddesinin (5) ve (7) numaralı fıkraları arasında yaptırım miktarları bakımından dengesizlik bulunduğu, bu dengesizliğin de hakkaniyete aykırı ceza uygulamalarına sebebiyet verdiği, anılan Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince mağdura iftirada bulunan ve mağdurun hapis cezasına mahkumiyetine sebebiyet veren sanığın asgari 20 günden başlayacak hapis cezasına mahkumiyeti söz konusu olacakken, mağdura iftira atan ve mağdur hakkında hapis cezası dışında adli veya idari bir yaptırım uygulanmasına sebebiyet veren sanığın ise, Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince asgari 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılacağı, bu durumun da yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu, suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunamadığı, bu yönüyle adalet duygularını zedeleyen düzenlemenin, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Kanun'da "*adliyeye karşı suçlar*" başlığı altında 267. maddede düzenlenen iftira suçunun temel şeklinin yer aldığı maddenin (1) numaralı fıkrasında, yetkili makamlara ihbar veya şikâyette bulunarak ya da basın ve yayın yoluyla, işlemediğini bildiği hâlde, hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatılmasını ya da idarî bir yaptırım uygulanmasını sağlamak için bir kimseye hukuka aykırı bir fiil isnat eden kişinin bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; suçun nitelikli hallerinden olan mağdurun iftira neticesinde hapis cezasıyla cezalandırılmasının düzenlendiği maddenin (5) numaralı fıkrasında ise mağdurun ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, yirmi yıldan otuz yıla kadar hapis cezasına; süreli hapis cezasına mahkûmiyeti hâlinde, mahkûm olunan cezanın üçte ikisi kadar hapis cezasına hükmolunacağı belirtilmiştir. Maddenin itiraz konusu (7) numaralı fıkrasında ise mağdur hakkında hapis cezası dışında adlî veya idarî bir yaptırım uygulanmış olması birlikte değerlendirilmiş ve iftira eden kişinin, üç yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir.

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 ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını da dikkate almak zorundadır. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında 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.

Yasakoyucu, iftira suçunun temel şekli ve nitelikli halleri ile failin cezalandırılmasında esas alınan özellikleri düzenlerken iftira sonucunda mağdurun uğradığı zararın ağırlığını ve mağdur hakkında uygulanan yaptırım miktarını ve türünü de dikkate alması gerekir. İşlemediğini bildiği hâlde bir suç isnat ederek mağdurun mahkum olmasına neden olan sanıklar hakkında, mağdurun hapis cezasıyla cezalandırılması halinde, Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince mahkum olunan hapis cezasının üçte ikisi kadar, mağdura uygulanan bu hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesi halinde ise Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince 3 ila 7 yıl arası hapis cezası öngörülmesi, sanıklar açısından ceza adaletine uygun olmayan sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin, iftira neticesinde mağdurun işlemediği bir suçtan yargılanıp hapis cezasıyla cezalandırılmasına neden olan kişi, Kanun'un 267. maddesinin (5) numaralı fıkrası gereğince (mahkûm olunan cezanın üçte ikisi) asgari 20 gün hapis cezası ile cezalandırılacakken; mahkemece mağdur hakkında uygulanan hapis cezasının adli para cezasına veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmiş olması halinde ise iftira eden kişinin Kanun'un 267. maddesinin (7) numaralı fıkrası gereğince asgari 3 yıl hapis cezası ile cezalandırılması gerekecektir. İtiraz konusu fıkra uyarınca, mağdur hakkında uygulanan hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi veya seçimlik olarak hapis cezası ve adli para cezası öngörülen suçlar bakımından da adli para cezasının tercih edilmesi hapis cezasına mahkum edilmesine oranla daha ağır bir şekilde cezalandırılma sonucunu doğurmaktadır.

Öte yandan, hapis cezası dışındaki adli yaptırımlar ile idari yaptırımlar kişi üzerindeki etkileri bakımından değerlendirildiğinde, hapis cezası dışındaki adli yaptırımların idari yaptırımlara göre daha ağır sonuçlarının olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca ihlalin niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibariyle de idari yaptırımlar ile adli yaptırımlar arasında kapsamlı farklılıklar bulunmaktadır. Oysa yasakoyucu, iftira sonucunda mağdur hakkında konusu suç teşkil etmeyen ve genellikle kişiye görev ve yükümlülüklerinin hatırlatılmasından ibaret olan idari yaptırımların uygulanması haliyle, hapis cezası dışındaki adli yaptırımların uygulanması halini aynı ağırlıkta görerek, her iki durum için de aynı miktarda cezalar öngörmüştür. Bu açıdan itiraz konusu fıkrada suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengenin korunamadığı ve bu haliyle de adalet duygularını zedeleyen bir durum bulunduğu açıktır.

İtiraz konusu fıkranın, suçun niteliği, mağdurun uğradığı zararın ağırlığı, mağdur hakkında uygulanan yaptırımın çeşidi ve suçla korunan hukuki fayda bakımından değerlendirilmesi yapıldığında, iftira neticesinde mağdur hakkında hapis cezası uygulanması halinde öngörülen ceza ile mağdur hakkında hapis cezası dışında adli yaptırım veya idari yaptırım uygulanması halinde öngörülen cezalar arasında kabuledilebilir bir orantı bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu yönüyle de itiraz konusu fıkranın hukuk devletinde olması gereken adalet ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir.

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

Anayasa'nın 2. maddesine aykırı görülerek iptal edilen kuralın, Anayasa'nın 10., 11. ve 38. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

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 iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmekte, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

İtiraz konusu kuralın iptal edilmesi nedeniyle doğan boşluk, kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden iptal hükmünün, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesinin (7) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 5237 sayılı Kanun'un 267. maddesinin (7) 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 BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

17.11.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/26
Karar Sayısı : 2011/161
Karar Günü : 8.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Trabzon İdare Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/26)
2- Ankara 8. İdare Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/111)

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinin, 25.6.2009 günlü, 5917 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla yeniden düzenlenen "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan..." biçimindeki ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Milli Eğitim Bakanlığı kadrolarında görevli döner sermaye saymanlarına ek ödeme yapılması istemiyle yapılan başvuruların reddi üzerine açılan iptal davalarında, ek ödeme yapılacakların kapsamını belirleyen 213 sayılı Kanun'un ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan ibarenin Anayasa'ya aykırılığı savını ciddi bulan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZ BAŞVURULARININ GEREKÇELERİ

A- 2010/26 Esas Sayılı İtirazın Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 5. maddesiyle değiştirilen 4. fıkrasının (a) bendinde "Maliye Bakanının Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan

memurlar ile sözleşmeli personele (bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç) en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) %20 0'ünü geçmemek üzere ek ödeme yaptırmaya yetkili olduğu hükme bağlanmış olup; Anayasa Mahkemesi'nin 05.07.2008 tarih ve 26927 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 20.03.2008 tarih ve E:2006/109, K:2008/82 sayılı kararı ile söz konusu maddede geçen "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan" ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğundan bahisle iptaline karar verilmiş ve iptal hükmünün kararın Resmi Gazetede yayımından 1 yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Bu arada; 10/07/2009 tarih ve 27248 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5917 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına ilişkin Kanun'un 47. maddesinin 3. fıkrası ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ek 13 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan" ibaresi "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan" şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden; Trabzon Merkez Anadolu Teknik Lisesi, Anadolu Meslek Lisesi, Teknik Lise, Denizcilik Anadolu Meslek Lisesi ve Endüstri Meslek Lisesi Döner Sermaye Saymanı olarak görev yapmakta olan davacı tarafından; 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun Ek 13. maddesinin 4. fıkrası uyarınca Maliye Bakanlığı personeline ödenen ek ödemeden yararlandırılması istemiyle davalı idareye başvuruda bulunduğu, davalı idarenin 27.07.2009 tarih ve 24197 sayılı işlemiyle 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ek 13 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde yapılan yasal değişiklik gerekçe gösterilerek davacının talebinin reddedildiği, bu işlemin iptali istemiyle görülmekte olan bu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 20.03.2008 tarih ve E:2006/109, K:2008/82 sayılı iptal kararının gerekçesinde özetle; kadroları Maliye Bakanlığı bünyesinde olan saymanlarla, kadroları bu Bakanlık bünyesinde olmamakla birlikte disiplin, sicil ve yargılanmalarına karar verilme gibi personel işlemleri anılan Bakanlık tarafından yürütülen saymanların; yaptıkları görevlerin nitelikleri, sorumlulukları, personel işlemleri ve Sayıştay'a hesap verme konularındaki durumları aynı olduğundan aynı yasa kurallarına tabi tutulmalarının Anayasa'nın eşitlik ilkesinin gereği olduğu vurgulanmıştır.

Olayda; 5917 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 47. maddesinin 3. fıkrası ile yapılan düzenleme ile 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ek 13 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan" ibaresi "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan" şeklinde değiştirilmiş olup; yapılan bu düzenleme ile kadroları Maliye Bakanlığı bünyesi dışında bulunan saymanlar yeniden ek ödeme kapsamı dışında bırakılmıştır.

Anayasa'nın 10. 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 ilke, birbirleriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, 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 ilkesi çiğnenmiş olmaz.

178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinin (a) bendinde, genel bütçeli daireler nezdindeki merkez saymanlıkları, askeri ve mülki tüm nakit saymanlıkları, genel ve katma bütçeli kurum saymanlıkları, kadroları Bakanlıkta olan döner sermaye ve fon saymanlıklarının Muhasebat Genel Müdürlüğüne bağlı olduğu belirtilmiştir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 61. maddesinin 5436 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasında, gelirlerin ve alacakların tahsili, giderlerin hak sahiplerine ödenmesi, para ve parayla ifade edilebilen değerler ile emanetlerin alınması, saklanması, ilgililere verilmesi, gönderilmesi ve diğer tüm mali işlemlerin kayıtlarının yapılması ve raporlanması işlemlerini yürütenlerin muhasebe yetkilisi (sayman) olduğu belirtilmiştir.

832 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 44. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, hesapların saymanlar tarafından bu kanunda ve diğer kanunlarda yazılı süreler içinde tamamlanarak incelemeye hazır vaziyette bekletileceği ve Sayıştay'ın bildireceği yere gönderilmesi gerektiği, hesapların başında bulunan sonuncu sayman tarafından hazırlanacağı ve verileceği, hesabın verilmesinden doğan sorumluluğun bu kişiye ait olduğu kurala bağlanmıştır.

Yapılan bu düzenlemeler ile kadroları Maliye Bakanlığı bünyesinde olan saymanlarla, kadroları bu Bakanlık bünyesinde olmamakla birlikte disiplin, sicil ve yargılanmalarına karar verilme gibi personel işlemleri anılan Bakanlık tarafından yürütülen saymanların; yaptıkları görevlerin nitelikleri, sorumlulukları, personel işlemleri ve Sayıştay'a hesap verme konularındaki durumları aynı olduğundan aynı yasa kurallarına tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesi gereği olup; kadroları başka kurumlarda olan saymanların hukuki durumlarda herhangi bir değişiklik olmadığı anlaşıldığından, yapılan düzenleme ile Maliye Bakanlığı personeline yapılan ek ödemeden yararlandırılmamalarının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ek 13 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan" ibaresinin bu davada uygulanacak hüküm olduğu ve Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından bu hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dava dosyasının tüm belgeleriyle birlikte onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine, iş bu karar aslı ile dosya suretinin Anayasa Mahkemesi'ne tebliğinden itibaren 5 ay süre ile beklenmesine, 5 aylık süre içerisinde karar gelmez ise davanın yürürlükteki mevzuat uyarınca çözümlenmesine, 18.02.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

B- 2010/111 Esas Sayılı İtirazın Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Dosyanın incelenmesinden, Milli Eğitim Bakanlığı'nda görevli döner sermaye saymanlarının, 213 sayılı Yasanın ek 13. maddesi uyarınca Maliye Bakanlığı personeline yapılan ek ödemeden yararlandırılması istemiyle yapılan başvurunun dava konusu işlemle reddedilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı ve davalı idarelerce verilen savunmalarda, dava konusu işlemin dayanağı olarak 5917 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin 3. fıkrası hükmü ile 213 sayılı Yasa'nın

ek 13. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendinde yapılan değişikliğin gösterildiği anlaşılmaktadır.

Kadrosu Maliye Bakanlığında bulunmayan ve 213 sayılı Yasada 5234 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikten önceki ek 13. maddesi hükmü uyarınca Maliye Bakanlığı Personeline ödenmekte olan ek ödemenin yararlandırılan döner sermaye saymanları 5234 sayılı Yasa ile ek ödeme kapsamı dışında bırakılmış, anılan Yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi'nce iptali üzerine 10.07.2009 tarih ve 27248 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 5917 sayılı Yasa ile paralel yönde bir düzenleme getirilmiş bulunmaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde; herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Eşitlik ilkesi ile birbirleriyle aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasının sağlanması amaçlanmıştır. Bu itibarla aynı hukuksal durumda olanlar için yapılan farklı düzenlemeler Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 11. maddesinin (a) bendinde, genel bütçeli daireler nezdindeki merkez saymanlıkları, askeri ve mülki tüm nakit saymanlıkları, genel ve katma bütçeli kurum saymanlıkları, kadroları Bakanlıkta olan döner sermaye ve fon saymanlıklarının Muhasebat Genel Müdürlüğüne bağlı olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda, kadroları kendi kurumlarında bulunmakla birlikte döner sermaye saymanlığına Maliye Bakanlığınca atanan ve sicil, terfi, izin gibi özlük işleri aynı Bakanlıkça yapılan, her mali yıl ya da hesap dönemi sonunda Sayıştay'a hesap veren ve kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu olan kadrosu Maliye Bakanlığında bulunan döner sermaye saymanları gibi aynı unvan, görev, yetki ve sorumluluklara sahip olan döner sermaye saymanlarının 213 sayılı Yasanın ek 13. maddesinin 4. fıkrasının (a) bendinde 5917 sayılı Yasanın 47. maddesinin 3. fıkrası ile yapılan değişiklikle sadece kadro ölçütünden hareketle aynı yerde görev yapan kadrosu Maliye Bakanlığında olan döner sermaye saymanlarına yapılan ek ödemeden yararlandırılmamalarının Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle 5917 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ek 13. maddesinin 4. fıkrası (a) bendini değiştiren 47. maddesinin 3. fıkrasındaki "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan..." ibaresinin Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu kanısına varıldığından anılan madde hükmünde geçen söz konusu ibarenin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dava dosyasının esastan görüşülmesinin, Anayasa Mahkemesince bu konuda bir karar verilinceye kadar bekletilmesine 15.10.2010 tarihinde oy birliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A-İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5917 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 47. maddesiyle değiştirilen, 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun iptali istenilen ibareyi de içeren ek 13. maddesi şöyledir:

"**EK MADDE 13-** (Fıkra 1,2,3 Mülga: 20/6/2001-4684/15 md)

4. Maliye Bakanı:

a) (Mülga : 5/7/1991-KHK - 433/16md.; Yeniden düzenleme: 19/8/1991-KHK- 449/3 md. Değişik : 20/3/1997-KHK - 570/12 md.)

Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan memurlar ile sözleşmeli personele (Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcıları, Vergi Müfettişi ve Yardımcıları ile bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç) en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) % 200'ünü geçmemek üzere ek ödeme yaptırmaya,

b) Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra teşkilatında çalışan (sözleşmeli olarak istihdam edilenler dahil) personele, normal mesai gün ve saatleri dahilinde, daire dışında yapılan çalışmalarda, aylık toplam 100 saati

geçmemek üzere, dışarıda geçirilen her bir saat için, karşılığı genel bütçeden ödenen fazla mesai ücreti esas alınmak suretiyle, bu ücretin üç katını aşmayacak şekilde ödeme yaptırmaya;

c) Maliye Bakanlığı ile Gelir İdaresi Başkanlığı merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında çalışan memurlar ile sözleşmeli personele, ayda 100 saati aşmayacak şekilde yaptırılacak ek fazla mesai karşılığında, fazla mesainin yaptırıldığı saatler, çalışma mahalleri, çalışmaların resmi tatil ve bayram günlerinde yaptırılması gibi hususlar dikkate alınmak suretiyle, Genel Bütçeden ödenen fazla mesai ücretinin beş katını aşmayacak şekilde, saat başına farklı fazla mesai ücreti tespitine,

d) (Ek: 28/12/2001-4731/4 md.) Şehirler arası yollarda yapılacak vergi denetimlerine yardımcı olmak üzere görevlendirilen güvenlik görevlilerine de bu esaslar dahilinde fazla çalışma ücreti ödenmesine,

Yetkilidir.

Ek ödemelerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun aylıklara ilişkin hükümleri uygulanır.

(Ek hüküm : 26/12/1993 - 3946/2 md.) Görev yapılan birim ve iş hacmi,görev mahalli, görevin önem ve güçlüğü,personelin sınıfı, kadro ünvanı,derecesi ve atanma biçimi gibi kriterlere göre yapılacak ek ödemelerin farklı miktarları ve ödemeye ilişkin usul ve esasları Maliye Bakanı tarafından tespit edilir.

(Ek hüküm : 26/12/1993 - 3946/2 md.) Yukarıda belirtilen esaslar dahilinde yapılacak ödemeler Gelir Vergisine tabi tutulmaz. (Ek cümle: 20/6/2001-4684/15 md.) Bu ödemeler bütçeden karşılanır. Bağlı kuruluşlar personeline yapılacak ek ödemelerin belirlenmesinde, bunlara ödenmekte olan ikramiye, fazla mesai ücreti gibi farklı ödemeler ile diğer imkanlar dikkate alınır ve bağlı kuruluş bütçelerinden ödenir.

(Ek paragraf:17/9/2004-5234/5 md.) Bu madde kapsamında bulunan personele yapılan ikramiye, teşvik primi, teşvik ödemesi, döner sermaye katkı payı ödemeleri, döner sermaye gelirlerinden yapılan ek ödemeler ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu uyarınca ödenen tutarlar ile Maliye Bakanlığınca belirlenecek benzeri ödemelerin net tutarları, bu madde kapsamında yapılan ek ödemenin

aylık net tutarından mahsup edilir. Mahsuba ilişkin esas ve usulleri belirlemeye Maliye Bakanı yetkilidir. Bu ödeme ilgili mevzuatı uyarınca ödenmekte olan zam, tazminat, ödenek, döner sermaye payı, ikramiye, ücret ve her ne ad altında olursa olsun benzeri ödemelerin hesabında dikkate alınmaz.

(Mülga beşinci fıkra: 20/6/2001-4684/15 md.)

6. (Ek: 7/7/2011-KHK-646/4 md.) En yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil);

a) Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcılarına %200'ünü,

b) Vergi Müfettişi ve Yardımcılarından; görev yeri Küçük ve Orta Ölçekli Mükellefler Grup Başkanlığı olarak belirlenenlere %100'ünü, diğer grup başkanlıkları olarak belirlenenlere %200'ünü,

geçmemek üzere her ay ek ödeme yapılabilir.

Vergi Denetim Kurulu Başkan Yardımcıları ile Vergi Denetim Kurulu Başkanlığında Vergi Müfettişlerinden Grup Başkanı olarak görevlendirilenlere en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) %50'sini geçmemek üzere ayrıca ek ödeme yapılabilir.

Söz konusu ek ödemelerin oranı ile esas ve usulleri; görev yapılan grup başkanlıkları, görev yapılan yer, kadro unvan ve derecesi gibi kriterler birlikte veya ayrı ayrı dikkate alınarak Maliye Bakanı tarafından belirlenir. Bu ödemelerde 657 sayılı Kanunun aylıklara ilişkin hükümleri uygulanır ve bu ödemelerden damga vergisi hariç herhangi bir vergi ve kesinti yapılmaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 153. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

A- 2010/26 Esas Sayılı Başvuru

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 1.4.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- 2010/111 Esas Sayılı Başvuru

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;

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 ve Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının 5917 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin üçüncü fıkrasıyla yeniden düzenlenen (a) bendinde yer alan "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan…" ibaresinin iptaline karar

verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2010/111 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2010/26 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2010/26 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, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinde yer alan *"Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatı kadrolarında…"* ibaresinin Anayasa Mahkemesi'nin 20.3.2008 günlü, E.2006/109, K.2008/82 sayılı kararıyla iptal edildiği, iptal hükmüyle oluşacak hukuki boşluğun giderilmesi amacıyla yapılan 213 sayılı Kanun'un ek 13. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendindeki 5917 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelere Eklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişikliğin Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği hükümle aynı olduğu, eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle iptal edilen hükümle aynı hukuki sonuçlar doğurduğu belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 10. maddesine 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 153. maddesi yönünden de incelenmiştir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendi ile ek ödeme yapılabilmesi için ek ödeme yapılacak memurlar ile sözleşmeli personelin Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışma zorunluluğu getirilmiştir. Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan memurlar ile sözleşmeli personele (Vergi Denetim Kurulu Başkan ve Yardımcıları, Vergi Müfettişi ve Yardımcıları ile bağlı kuruluşların kadro karşılığı sözleşmeli personeli hariç), en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) %200'ünü geçmemek üzere ek ödeme yapılabilmektedir.

Kuralla, Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşların merkez ve taşra teşkilatında çalışan memurlar ve sözleşmeli personele maaşlarının dışında ek ödeme yapılması konusunda Maliye Bakanına yetki verilmiş ancak, kadroları Maliye Bakanlığı'nda olmayan döner sermaye saymanlarına ek ödemede bulunulabilmesi için herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

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, iptal edilen önceki kuralla içeriği yönünden "*aynı*" ya da "*benzer*" olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Burada iki kuralın "*teknik, içerik ve kapsam*" bakımından da benzer olması aranacaktır. Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı olması anlamına gelmez. Çünkü, böyle bir anlayış Anayasa'nın 153. maddesinin 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.

213 sayılı Kanun'un ek 13. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendine göre ek ödeme yapılabilmesi için ek ödeme yapılacak memurlar ile sözleşmeli personelin Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışıyor olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin 20.3.2008 günlü, E.2006/109, K.2008/82 sayılı kararında, kadroları Maliye Bakanlığı bünyesinde olan saymanlarla, kadroları bu Bakanlık bünyesinde olmamakla birlikte disiplin, sicil ve yargılanmalarına karar verilme gibi personel işlemleri anılan

Bakanlık tarafından yürütülen saymanların, yaptıkları görevlerin nitelikleri, sorumlulukları, personel işlemleri ve Sayıştay'a hesap verme konularındaki durumları aynı olduğundan aynı yasa kurallarına tabi tutulmaları Anayasa'nın eşitlik ilkesi gereği olduğu, bu nedenle kadroları Maliye Bakanlığı'nda bulunmayan ancak, yukarıda belirtilen personel işlemleri yönünden anılan bakanlıkla ilgisi bulunan saymanların, sadece kadro ölçütünden hareketle kadroları bu Bakanlıkta bulunan saymanların yararlandıkları ek ödemeden yararlandırılmamaları Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bulunmuş ve kural iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin *"iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine"* karar vermesi ve kararın 5.7.2008 günlü, 26927 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanması nedeniyle iptal kararı 5.7.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği kural ile itiraz konusu kural arasında ilk bakışta farklılık varmış gibi görünse de, farklılık maddenin önceki halinde bulunan *"kadroları"* ibaresinin itiraz konusu kuralda yer almamasından kaynaklanmaktadır. Ancak, anılan ibarenin madde metninden çıkarılması halinde dahi maddenin kapsadığı kişiler değişmemektedir. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin iptal ettiği kural ile itiraz konusu kural kapsam ve içerik yönünden aynı niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 153. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 153. maddesine dayanılarak iptal edildiğinden 10. maddesi yönünden incelenmemiştir.

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.

213 sayılı Kanun'un itiraz konusu ek 13. maddesinin dördüncü fıkrasının (a) bendinde yer alan ibarenin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

1- 4.1.1961 günlü, 213 sayılı Vergi Usul Kanun'un ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinin, 25.6.2009 günlü, 5917 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla yeniden düzenlenen "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan..." biçimindeki ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 213 sayılı Kanun'un ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinin "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan..." biçimindeki 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 ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

8.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/77
Karar Sayısı : 2011/163
Karar Günü : 8.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Aydın 2. Sulh Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin altıncı fıkrasının *"2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75 inci maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır."* biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Mülkiyeti davalı Belediyeye ait taşınmazın kiracısı olan davacı tarafından açılan çekişmenin önlenmesi davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasanın;

2. maddesi, devletin, bir yandan kişi hürriyeti ve güvenliğini esas alırken diğer yandan da bireyleri idarenin eylem ve işlemlerine karşı korumasını,

5. maddesi, "Sosyal Devlet" ilkesinin bir gereği olarak, devletin ülkede yaşayan tüm vatandaşlarının siyasal, ekonomik ve sosyal koşullardan eşit şekilde yararlandırmasını ve bunun için gerekli olan önlemleri almasını,

10. maddesi; Devletin vatandaşları arasında eşit muamelede bulunmasını amaçlamaktadır.

Bilindiği gibi, hukukumuzda çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi kişilerin huzur ve güven içerisinde alışverişte bulunmaları, devraldıkları şeylerin ileride kendilerinden alınabileceği endişelerini taşımamaları, dolayısıyla toplum düzenini sağlamak düşüncesiyle alan kişinin iyi niyetinin korunması ilkesi kabul edilmiştir. Düzenleniş şekline nazaran, iptal istemine konu yasa maddesi bir yönüyle, davalı idarenin mülkiyet hakkını korumayı amaçlamaktadır. Mülkiyet hakkının korunmasına yönelik gerek iç hukukumuzda ve gerekse iç hukuk hükmünü haiz taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerde somut, çarpıcı düzenlemeler yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 1 numaralı Protokol ile anılan sözleşmeye, öğrenim hakkı, serbest seçim hakkı ile birlikte mülkiyet hakkı ilave olunmuştur. Kamu özgürlükleri kavramına karşıt olarak "kişi özgürlükleri" kavramı içine yerleştirilen mülkiyet hakkı sözleşmeye göre mutlak olmayıp genel yarar amacına yönelik bazı kısıtlama yahut sınırlamalara konu edilebilecektir. Sözleşmenin 1. fıkrasının ilk cümlesinin zımnen içerdiği "mülkiyete saygı ilkesi" (genel kural), maddenin açıkça izin verdiği özel müdahale şekilleri dışındaki her türlü müdahaleyi yasaklamak suretiyle, mülkiyet hakkına genel bir koruma sağlamaktadır. Mülkiyet hakkına meşru müdahale amacı olan kamu yararını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çok geniş biçimde yorumlamakla birlikte yasa koyucunun bu yoldaki ekonomik ve sosyal politikayı saptarken, müdahalede "orantılılık" ve "adil denge" ilkelerini gözetmesi, genel menfaatin icapları ile bireyin temel haklarının gerekleri arasında dengeyi sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu olgular esas itibarıyla "hukuk devleti" ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Açıklamalar ışığı altında bakıldığında; 5393 sayılı Belediye Yasasının 15. maddesinin son fıkrası ile getirilen "..2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75 inci maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır." hükmünün Anayasanın yukarıda zikredilen maddeleri ile yine yukarıda atıfta bulunulan ilkelere açıkça aykırı olduğu çekişmesizdir. İfade olunan hususlardan ayrı olarak, bu maddenin yürürlüğe girmesi ile belediyelere ait olup; evvelce kiraya verilmiş taşınmazlar ile kiraya verilecek taşınmazlara hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda dahi belirsizlik doğmuştur. Kanunun 15/son maddesindeki değişiklikten önce Belediyelere ait taşınmazlar hakkında 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanunu'nun uygulanacağı tartışmasız iken kira "akti devam eden taşınmazlar için Kanunun 15/son maddesinin değişmesi özel hukukla kiracıya tanınan hakların ortadan kalkıp kalkmadığı hususunda tereddüt meydana gelmiştir. Öyle ki, Yasanın yürürlüğe girmesiyle uygulamada oluşan belirsizlikler, normlar hiyerarşisinde hiçbir şekilde yer almadığı halde, adeta bir yasa hükmü imiş gibi İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğünün

15.11.2005 tarihli genelgesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. Bu durum "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

"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, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Genel anlamda eşitlik ilkesi ise, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Anayasanın 10. maddesinin, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa "imtiyaz" tanınamayacağı yolundaki ikinci fıkrası da bu anlamda eşitliği hedef görünmektedir. Ancak şüphesiz ki, eşitlik ilkesinin anlamını şekli hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir. Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. Bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için Anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların genel ve soyut nitelik taşıyıp taşımadıklarının değil, onların içeriklerinin de araştırılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin 18.12.2008 tarih, 2005/33 E., 2008/182 K. sayılı kararında, kanun önünde eşitlik kavramı "...Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez." şeklinde ifade edilmiştir.

Buna göre idarenin; birey karşısında, özel hukuk düzenlemelerinden ayrı olarak (6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun ve Borçlar Kanunu) lehine eşitsizlik oluşturacak nitelikteki yasal düzenlemelerle haksız olarak avantajlı hale getirilmesi, Anayasa'nın 10. maddesi ile koruma altına alınan "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırıdır. Aynı yerleşim biriminde taşınmazını kiraya veren özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin, şartların gerçekleşmesi

halinde ancak, genel olarak kiracı lehine hükümler taşıyan 6570 sayılı Yasanın aynı sıra Borçlar Kanunu hükümlerine dayalı olarak tahliye isteyebileceği, oysa aynı şekilde kiraya veren belediyenin ise 5393 sayılı Yasanın kendisine büyük kolaylık sağlayan düzenlemesi ile tahliyeyi sağlayabileceği dikkate alındığında idare lehine oluşan eşitsizlik daha çarpıcı şekilde ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde de, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Sav ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Önemi nedeniyle hak arama özgürlüğü, yalnız toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri değil aynı zamanda bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme, haksızlığı önleme uğraşının da aracıdır. Bu hakkın kullanılması, yerine getirilmesi olabildiğince kolaylaştırılmalı, olumlu ya da olumsuz sonuç almayı geciktiren, güçleştiren engeller kaldırılmalıdır. 5393 sayılı Yasanın 15. maddesinin 5. fıkrası, tahliye için diğer özel yasalarda öngörülen şartların tahakkuk edip etmediğinin kanıtlanmasına olanak tanımadan, idareye, sözleşme sonunda tek taraflı olarak tahliye yetkisi vermektedir. Bu durumun Anayasanın 36. maddesinde öngörülen kişinin hak arama özgürlüğünü sınırlandırdığı açıktır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin itiraz konusu cümleyi de içeren altıncı fıkrası şöyledir:

"Belediye mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş sayılır. ***2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75 inci maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır."***

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. 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 gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, işin esasının incelenmesine, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Mehmet ERTEN, Hicabi DURSUN ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

7.12.2010 gününde karar verildi.

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, iptali istenen kuralda, orantılılık ve adil denge ilkelerinin gözetilmediği, özel hukuk düzenlemelerinde birey karşısında idare lehine eşitsizlik oluşturulduğu ve idareye sözleşme süresi sonunda tek taraflı olarak tahliye yetkisi verildiği, bu suretle hak arama özgürlüğünün engellendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural ile belediyelere ait taşınmazlarda 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun ecrimisil ve tahliyeye ilişkin 75. maddesinin uygulanacağı 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. 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 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 biridir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil bir yargılanmanın ön koşulunu oluşturur.

Belediyeler, belde sakinlerinin mahallî müşterek nitelikteki pek çok ihtiyacını karşılamak üzere kurulan kamu tüzel kişileridir. Belediyeler, yasalarla yüklenilen ve yerel toplumsal yaşamın zorunlu gereksinimleri olan görevlerini sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde yerine getirebilmek amacıyla ayni ve nakdi kaynağa ihtiyaç duyarlar. Belediyelerin kamu hizmetlerinin görülmesine ayrılmış olan kaynaklarından biri de kendilerine ait olan taşınmazları kiraya vermek suretiyle sağladığı kira geliridir.

Başkasına ait bir maldan bir bedel karşılığında yararlanma esasına dayanan kira sözleşmesi, tarafların serbest iradeleriyle oluşur ve her iki taraf için borç doğurur. Bu nedenle genel olarak, özel hukuk kurallarına göre düzenlenmesi gerekir. Ancak, belediyeler ile belediyelere ait taşınmazlar arasındaki bağlantı, özel hukuktaki bir malikle-taşınmaz arasındaki mülkiyet ilişkisinden farklıdır. Zira özel hukukta malik, malına istediği gibi tasarruf edebilmede, onu dilediği fiyatla dilediğine satmada ya da kiralamada ve maldan elde ettiği geliri istediği gibi harcamada özgür olmasına karşın; belediyeler, sahip olduğu taşınmazlar üzerinde tasarrufta bulunurken bazı kurallara uymak durumundadırlar. Belediyeler, sahip oldukları taşınmazları, dilediklerine diledikleri fiyatla devredemezler. Söz konusu taşınmazlar, kamusal bir sorumlulukla ve kamu hukukunun belirlediği usule göre kullanılır ve bu yerlerden elde edilecek gelir, kamu idaresinin yapmakla yükümlü olduğu hizmette harcanır. Bu nedenle, yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamı içinde, kamu hizmetlerinin sürekli, düzenli ve sistemli bir şekilde sürdürülebilmesi için kamu yararı amacıyla, belediyelere ait taşınmazların, kira sözleşmesi sonunda tahliyelerine ve ecrimisil ödenmesine ilişkin itiraz konusu kuralın Anayasa'nın hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan, taşınmazını kiraya veren belediyeler ile diğer kişiler aynı hukuksal konumda değildirler. Belediyeler ile belediyelere ait taşınmazlar arasında sorumluluk, yönetim ve tasarruf biçimi yönünden kamu hukuku ilişkisi bulunmakta ve bu emlâkten elde edilen gelir kamu hizmetine ayrılmaktadır. Bu nedenle, diğer kişiler ile aynı hukuksal konumda bulunmayan belediyelerin, kiraya verdikleri taşınmazlar hakkında, kira sözleşmesi sonunda farklı bir tahliye usulü öngörülerek ayrı hukuksal işleme tabi tutulmasında eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez.

Ayrıca, itiraz konusu kural, kiracının yargıya başvurma hakkını ortadan kaldırmadığından, yargı yoluna başvurma imkânının mevcut olduğu bir durumda hak arama özgürlüğünün ihlal edildiğinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 5. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin altıncı fıkrasının "2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75 inci maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 8.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

KARŞI OY

3.7.2005 günlü 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının *"2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75 nci maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır"* şeklindeki son cümlesinin iptali için itiraz başvurusunda bulunulmuştur.

Belediye'ye ait 2.Alış Veriş Merkezi No.1(11) adresindeki üstü örtülü (musakkaf) olduğu anlaşılan taşınmaz, 2886 sayılı Yasa uyarınca 23.9.1999 günü yapılan ihale sonucu noterde tanzim edilen kira sözleşmesi ile 23.9.1999 – 31.7.2000 günlerini kapsar biçimde şahsa kiralanmış, takip eden kira dönemlerinde de kira bedeli artırılmak suretiyle 31.7.2009 tarihine kadar kullanılarak kira sözleşmesi sürdürülmüştür.

Belediye, ihale yöntemi ile kiraya verdiği taşınmazın kira süresinin 31.7.2009 günü sona erdiğini belirterek 10 gün içinde boşaltılmasını istemiş, şahıs ise kira sözleşmesinin devam ettiğini ileri sürerek itiraz başvurusunda bulunan mahkemeden bu durumun tespitini istemiştir.

Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının iptali istenen son cümlesinin yollama yaptığı 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesinde, sadece işgalden kaynaklanan ecrimisil ve tahliye konuları düzenlenmiştir. Sözü edilen maddede, kira sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaflarda fuzuli işgalin olmayacağı varsayılarak bu durum tahliye nedeni olarak gösterilmemiş, kira sözleşmesinin bitiminden itibaren işgalin devam etmesi halinde ecrimisil talep edilmesini ise kira sözleşmesinde hüküm bulunmaması şartına bağlayarak, kira sözleşmesi bulunan hallerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü kapsam dışında tutulmuştur.

Somut olayda, kiralayan (Belediye) kira süresinin sona erdiğini, kiracı (Şahıs) ise kira sözleşmesinin devam ettiğini ileri sürdükleri için aralarındaki uyuşmazlığın kira sözleşmesinden kaynaklandığı ve ortada iptali istenen kuralın uygulanmasını gerektiren fuzuli bir işgalin varlığından söz etme imkanı bulunmamaktadır. Bu gibi uyuşmazlıkların 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun 1. maddesinde yer alan *"Belediye teşkilâtı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki gayrimenkullerin (Musakkaf olmayanları hariç) kiralanmalarında kiralayanla kiracı arasındaki hukuki münasebetlerde bu kanun ile Borçlar Kanununun bu kanuna aykırı olmayan hükümleri tatbik olunur"* hük(mü)üm uyarınca bu Kanunda öngörülen kurallara göre sonuçlandırılacağı gözetildiğinde, iptali istenen kuralın uyuşmazlığın çözümünde uygulanma yerinin bulunmadığı açıktır.

Nitekim, İçişleri Bakanlığı Mahalli İdareler Genel Müdürlüğü'nün B050MAH0650002/11753-82652 sayılı, 2886/75 konulu ve 2005/119 numaralı valiliklere gönderdiği Genelge'nin bir bölümünde "… *belediyelerin sahip olduğu taşınmazlar bakımından 2886 sayılı Kanunun 75 inci maddesinin uygulanmasında aşağıdaki usul ve esaslara uyulması uygulamada doğan hukuki sorunların önlenmesi bakımından büyük önem arz etmektedir.*

1) 2886 sayılı Kanun dahilinde ihale edilen taşınmazlar bakımından arsa ve arazi dahil, öncelikle kira sözleşmesi hükümlerine göre hareket edilecektir. Ayrıca, kira süresi dolmadan ve tahliye isteğine ilişkin hukuki şartlar oluşturulmadan mülki idare amirinden tahliye talebinde bulunulmayacaktır.

2) 6570 sayılı Kanun kapsamında bulunan taşınmazlar için, tahliye şartlarının yasal olarak doğmuş olması ve bunun belediye tarafından belgelendirilmesi halinde tahliye talebinde bulunulabilecektir. Mahkemelerde tahliye davasına konu edilmiş bir taşınmazın tahliyesi için 2886 sayılı Kanunun 75 inci maddesine göre tahliye talebinde bulunulmayacaktır.

3)Belediye taşınmazının, belediyenin rızası hilafına veya bilgisi dışında işgali söz konusu ise, belgelendirilmesi yoluyla mülki makamdan tahliye talebinde bulunulacaktır. Belediye taşınmazlarının fuzuli işgali durumunda tahliye sağlanana kadar, 2886 Kanunda düzenlenen esaslar dahilinde ecrimisil tahsili de zorunlu bulunmaktadır.

Konu hakkında bilgi edinilmesini ve mülki makamlarla belediyelere duyurulmasını rica ederim" denilmek suretiyle öncelikle kira sözleşmesine göre hareket edilmesi, belediyenin rızası hilafına veya bilgisi dışında işgalin söz konusu olması halinde, bu husus belgelendirilmek koşulu ile 2886 sayılı Yasa'nın 75. maddesinin uygulanabileceğine işaret edilmesi de kira sözleşmesine dayanan olaylardaki uyuşmazlıkların çözümünde 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin beşinci fıkrasının son cümlesi değil, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanacağını göstermektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, uyuşmazlığın çözümünde uygulanma yeri bulunmayan kurala yönelik itiraz başvurusunun yetkisizlik nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir.

Bu itibarla esasın incelenmesine ilişkin gerekçeye katılamıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Mehmet ERTEN	Hicabi DURSUN	Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin altıncı fıkrasının "2886 sayılı Devlet İhale Kanununun 75. maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır" biçimindeki son cümlesinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı yoktur.

Devlet İhale Kanunu'nun 75. maddesi işgalden kaynaklanan ecrimisil ve tahliye konuları düzenlenmiş; kira sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda fuzuli işgalin olamayacağı kabul edilerek, bu durum tahliye nedenleri arasında belirtilmemiştir.

Olayda kiralayan Belediye, kira süresi sonunda tahliyeyi talep etmiş ve Mahkeme de taleple bağlı olduğundan, kuralı uygulama olanağına esasen sahip değildir.

Bu nedenle başvurunun, Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2010/113
Karar Sayısı : 2011/164
Karar Günü : 8.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Mardin İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 4'ün ikinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmek üzere ataması yapılan ve görevine başladıktan sonra yükümlülük süresini tamamlamadan istifa ederek ayrılan davacı uzman tabibin görev yapmadığı gün sayısının, daha sonra atandığı yeni görev yerinin Devlet hizmeti yükümlülük süresine eklenmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı ..... vekili Av. ..... tarafından, Çocuk Cerrahisi Uzmanı olan ve Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmek üzere atandığı Şırnak Devlet Hastanesi'ndeki görevinden istifa ettikten sonra yeniden memuriyete dönen davacının tekrar Devlet hizmeti yükümlülüğü kurasına tabi tutularak Mardin Devlet Hastanesi'ne atanmasının ardından, Mardin İli'nin Devlet hizmeti yükümlülüğü süresinin 500 gün olmasına karşın Sağlık Bakanlığı ÇKYS kayıtlarında kendi Devlet hizmeti süresinin 1000 gün olarak göründüğü gerekçesiyle yaptığı itirazın 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa

21/06/2005 tarih ve 5371 sayılı Kanunun 1. maddesi ile eklenen ek 4. maddenin 2. fıkrası uyarınca reddine ilişkin 10.08.2009 tarih ve 12633 sayılı Mardin Valiliği İl Sağlık Müdürlüğü işleminin iptali istemiyle Sağlık Bakanlığı ve Mardin Valiliği'ne karşı açılan davada dava dosyası incelenerek işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlıkta Uygulanabilecek Yasa Hükümleri:

Dava konusu işleme karşı açılan davada 5371 sayılı Kanun ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek Madde 5'in 2. fıkrasının "Belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içerisinde göreve başlamayanlar ile başladıktan sonra ayrılanların görev yapmadıkları gün sayısı Devlet hizmeti yükümlülük süresine ilave edilir." biçimindeki dördüncü tümcesi ve "Ancak ilave edilen süre atama yerine göre belirlenen asıl süreden fazla olamaz." biçimindeki beşinci tümcesi bu davada uygulanabilecek yasa hükmü niteliğini taşımaktadır.

Değinilen Yasa Hükümlerinin Anayasa'ya Aykırılığının Değerlendirilmesi:

Anayasa'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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." kuralı yer almaktadır.

Çalışma ve sözleşme hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 48. maddesinde çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan ve ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılamayacağı yolundaki hükmün çalışma ve sözleşme hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerekmektedir.

Dolayısıyla, itiraza konu kuralların Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine uygunluğu yönünden ele alınması gerekmektedir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi, sınırlandırmanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, sınırlandırmanın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli ve zorunlu olmasını, ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırma arasında bir orantı bulunmasını ifade etmektedir.

300 ila 600 gün arasında değişen sürelerle Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulan tabiplerin belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içerisinde göreve başlamamaları veya başladıktan sonra ayrılmaları halinde görev yapmadıkları gün sayısının Devlet hizmeti yükümlülük süresine ilave edilmesi, ilave edilecek sürenin üst sınırı olarak ise yalnızca atama yerine göre belirlenen asıl sürenin belirlenmesi, çalışma özgürlüğünün ölçüsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek nitelikte olup sözkonusu yükümlülük ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantısızlık bulunmaktadır.

Bu itibarla, 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek Madde 5'in 2. fıkrasının "Belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içerisinde göreve başlamayanlar ile başladıktan sonra ayrılanların görev yapmadıkları gün sayısı Devlet hizmeti yükümlülük süresine ilave edilir." biçimindeki dördüncü tümcesi ve "Ancak ilave edilen süre atama yerine göre belirlenen asıl süreden fazla olamaz." biçimindeki beşinci tümcesinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununa eklenen Ek Madde 5'in 2. fıkrasının "Belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içerisinde göreve başlamayanlar ile başladıktan sonra ayrılanların görev yapmadıkları gün sayısı Devlet hizmeti yükümlülük süresine ilave edilir." biçimindeki dördüncü tümcesi ve "Ancak ilave edilen süre atama yerine göre belirlenen asıl süreden fazla olamaz." biçimindeki beşinci tümcesinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle bu tümcelerin iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine 28.10.2010 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu kuralların yer aldığı 5371 sayılı Yasa ile 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 4 şöyledir:

"**EK MADDE 4**- *Tıp fakülteleri dekanlıkları ve eğitim hastaneleri baştabiplikleri mezun olan veya uzmanlık ve yan dal uzmanlık öğrenimini tamamlayan tabip ve uzman tabiplerin isim ve adreslerini onbeş gün içinde Sağlık Bakanlığına bildirmekle yükümlüdürler. Diploma ve uzmanlık belgelerinin Sağlık Bakanlığınca tescil işlemlerini müteakip en geç iki ay içerisinde, Devlet hizmeti yükümlülüğü olan personel, atama yerleri ve atama işlemine ilişkin süreç internet sayfasında ilân edilir. Bu ilân tebligat yerine geçer. Eş durumu ve sağlık mazereti nedeniyle yapılacak atamalar hariç personelin görev yerleri, tercih hakkı verilmek sureti ile kurayla belirlenir. Atama sonuçlarının internet sayfasında ilânını müteakip, gerekli hallerde belgelerini tamamlamak üzere ilgili personele yirmi gün süre verilir. Devlet hizmeti yükümlülük süresi, personelin atandığı yerde göreve katılması ile başlar.* ***Belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içinde göreve başlamayanlar ile başladıktan sonra ayrılanların görev yapmadıkları gün sayısı Devlet hizmeti yükümlülük süresine ilave edilir. Ancak ilave edilen süre, atama yerine göre belirlenen asıl süreden fazla olamaz.***

Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personel, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemezler."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine dayanılmış, 18. maddesi ise ilgili görülmüştür.

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, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla 6.1.2011 tarihinde 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- ESASIN İNCELENMESİ

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

İtiraz konusu kurallarla, Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmek üzere ataması yapılan tabipler ve uzman tabiplerden, belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içinde göreve başlamayanlar ile başladıktan sonra ayrılanların görev yapmadıkları gün sayısının Devlet hizmeti yükümlülük süresine ilave edileceği, ancak ilave edilen sürenin atama yerine göre belirlenen asıl süreden fazla olamayacağı öngörülmüştür.

Başvuru kararında, Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı kuralına yer verildiği, Anayasa'nın 48. maddesinde çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiş ise de Anayasa'nın 18. maddesinde ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılamayacağı yolundaki hükmün çalışma ve sözleşme hürriyetinin belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği, 300 ila 600 gün arasında değişen sürelerle Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulan tabiplerin belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içinde göreve başlamamaları veya başladıktan sonra ayrılmaları halinde görev yapmadıkları gün sayısının Devlet hizmeti yükümlülük süresine ilave edilmesinin ve ilave edilecek sürenin üst sınırı

olarak da yalnızca atama yerine göre belirlenen asıl sürenin esas alınmasının çalışma özgürlüğünün ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına yol açabilecek nitelikte olduğu ve söz konusu yükümlülük ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantısızlık bulunduğu belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 48. 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 18. maddesi yönünden de incelenmiştir.

"Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı Anayasa'nın 13. maddesinde, 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 lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması durumunda bu hak ve hürriyetlerden sınırlı olarak da olsa yararlanılması mümkün olmakla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulması ve durdurulması durumunda, bunlardan yararlanılabilmesine veya kullanılabilmelerine olanak bulunmamaktadır.

"Çalışma ve sözleşme hürriyeti" Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş ve "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." denilmiştir.

Anayasa'nın "Zorla çalıştırma yasağı" başlıklı 18. maddesinde de "Hiç kimse zorla çalıştırılamaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz." hükmüne yer verilmiştir.

5371 sayılı Kanun ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 3. maddeyle, tabiplere Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmiş ve

yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her bir eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile görev yapacakları ilçelerin sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeyine göre 300 ila 600 gün arasında değişen sürelerle Devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmışlardır.

Anayasa Mahkemesi'nin 13.3.2006 günlü, E:2006/21, K:2006/38 sayılı kararıyla, "Devlet hizmeti yükümlülüğünün getirilmesinin gerekçeleri gözetildiğinde Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan 'ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.' hükmü gereğince bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin zorla çalıştırma olarak nitelenemeyeceği" ve "herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, Ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla tabiplerin Devlet hizmeti ile yükümlü kılındığı ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alındığında, ülke ihtiyaçlarının söz konusu Devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kıldığı…" kabul edilmiş ve tabipler ile uzman tabiplere her eğitimleri için getirilen vatandaşlık ödevi kapsamındaki Devlet hizmeti yükümlülüğünün, tabiplerin çalışma özgürlüğünün ölçülülük ilkesine aykırı bir sınırlandırılması olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir.

Tabipler ve uzman tabipler için getirilen ve vatandaşlık ödevi niteliğinde bulunan Devlet hizmeti yükümlülüğünün süreleri, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından hazırlanan ilçelerin sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralaması ve tabibin o bölgede hizmetine ihtiyaç duyulan süre gözetilerek belirlenmiştir.

İtiraz konusu kurallarda, 3359 sayılı Kanun'un Ek 3. maddesinde öngörülen Devlet hizmeti yükümlülüğü sürelerine ilave edilecek süreler düzenlenmektedir. Öngörülen sürelerin eklenme nedenini, yükümlünün belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içinde göreve başlamaması veya başladıktan sonra yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılması oluşturmaktadır. Bu durumda, göreve başlamayan veya yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan tabiplerin görev yapmadıkları gün sayısı, Devlet hizmeti yükümlülük süresine eklenecektir. Kuralın, Devlet hizmeti yükümlülüğüne süresinde başlamayan veya başladıktan sonra yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan tabiplere bir yaptırım niteliği taşıdığı görülmektedir.

Devlet hizmeti yükümlülüğünün amacı gözetildiğinde, yasa koyucu tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmesini sağlayıcı önlemler alınması doğaldır. Bu çerçevede, tabip ve uzman tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlamadan mesleklerini icra edemeyeceklerine ilişkin bir düzenlemeye Kanun'un Ek 4. maddesinin üçüncü fıkrasında yer verilmiş ve bu kuralın iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusu Anayasa Mahkemesinin 16.12.2010 günlü, E:2007/24, K:2010/113 sayılı kararıyla reddedilmiştir.

Devlet hizmeti yükümlülüğünün süresinde yapılmasını sağlamak amacıyla getirilen bu kuralın varlığına rağmen aynı amaç doğrultusunda itiraz konusu kurallarla, tabiplerin ve uzman tabiplerin Kanun'un Ek 3. maddesinde öngörülen Devlet hizmeti yükümlülük sürelerinin iki katına ulaşacak sürelerle zorunlu hizmete tâbi tutulabilmeleri mümkün kılınmıştır.

Belge ile ispatı mümkün zorunlu sebepler olmaksızın süresi içinde göreve başlamayan veya başladıktan sonra yükümlülüğünü tamamlamadan ayrılan tabip ve uzman tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülüğüne bu kişilere yaptırım uygulanması amacıyla eklenen sürelerin, tabip ve uzman tabiplerin o bölgede hizmetlerine duyulan ihtiyaçtan ve Devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kılan ülke koşullarından kaynaklanmaması nedeniyle, Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan "ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları" kapsamında değerlendirilebilmesine olanak bulunmamaktadır. Bu durumda, itiraz konusu kurallar kapsamında Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave edilen süreler, tabiplerin hizmetine duyulan ihtiyaçtan değil, tabiplere yaptırım uygulanması amacıyla getirildiğinden söz konusu ilave edilen süreler zarfında tabiplerin ve uzman tabiplerin zorunlu hizmet ile yükümlü kılınmaları, Anayasa'nın 18. maddesinde öngörülen zorla çalıştırma yasağı kapsamına girmektedir.

Zorla çalıştırma yasağının ihlal edilmesi ise Anayasa'nın 48. maddesinin güvence altına aldığı çalışma ve sözleşme hürriyetinin özüne açık bir müdahale niteliği taşımakta ve bu hürriyetin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 18. ve 48. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- SONUÇ

7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 4'ün ikinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümlelerinin, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 8.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/119
Karar Sayısı : 2011/165
Karar Günü : 8.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*" biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Eşinden boşanan ve çocuğunun velayet hakkı kendisine verilen davacı anne tarafından çocuğa velayeten açılan isim ve soyadın değiştirilmesi davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı küçük (…) adına velayeten annesi (…); Mahkememize dava açarak; çocuğu (…)'ın soyadının nüfus kayıtlarında babasının soyadı olan (…) olarak kaldığını ve bu soyadının çocuğunu çok rahatsız ettiğini zira (…) soyisminin okulda ve mahalle arkadaşları arasında alay konusu yapıldığını; bunun da çocuğunu olumsuz yönde etkilediğini ve bu yüzden okula gitmek istemediğini; oğlunun nüfusta iki ismi olmakla birlikte kendisine (…) isminde hitap edildiğini ve bunun da resmi işlemlerde karışıklığa neden olduğunu ve ayrıca ilk ismi olan (…) isminin kız ismi olarak bilinmesi nedeniyle de oğlu ile alay edildiğini; bu sebeplerle oğlunun (…) olan isminin (…); (…) olan soyisminin ise (…) olarak

değiştirilmesini talep etmiş ve duruşmada dinlenen küçük (…)'ın duruşmada alınan beyanında; arkadaşlarının kendisine (…) ismiyle hitap etmekle birlikte nüfusta geçen (…) isminin de kız ismi diye kendisiyle dalga geçtiklerini, günlük yaşamda (…) ismi ile bilindiğini ve kendisine (…) ismiyle hitap edildiğini ve bu nedenle ismimin (…) olarak değiştirilmesini istediğini, ayrıca nüfustaki soyisim babamın soy ismi (…) olarak geçtiğini ve bu soyismin yine arkadaşları arasında dalga konusu olduğunu, bu sebeple soyisminin annesinin soyismi olan (…) olarak düzeltilmesini istemiştir.

Davacı (…)'ün, eşi (…)'dan, Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 09/10/2001 tarih ve 2000/618 esas, 2001/1013 karar sayılı ilamı ile boşandığı ve müşterek çocuk (…)'ın velayet hakkının anne (…)'e verildiği anlaşılmıştır.

İş bu soyadı değişikliği davası sebebiyle uygulanacak; 02/07/1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunun 4. maddesinin; Anayasanın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırı olduğu düşünülmekle; Anayasanın 152. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 28. maddesi uyarınca iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

02/07/1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunun 4. maddesi; "Soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir. Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır..."

Anayasanın 10. maddesi; "Herkes, dil, ırk, renk, *cinsiyet,* siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle *ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.* (Ek fıkra: 07/05/2004 - 5170 S.K./l. mad) *Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir.* Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür..."

Anayasanın 13. maddesi; "*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.*"

Anayasanın 41.maddesi; "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır..."

Mersin 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin 09/10/2001 tarih ve 2000/618 esas, 2001/1013 karar sayılı ilamı ile boşanma sonunda müşterek çocuk (…)'ın velayet hakkı tevdii edilmiş olan davacı anne (…)'ın açmış olduğu küçükle ilgili iş bu Soyadı Değişikliği davasında uygulanacak olan 2525 sayılı Soyadı Kanunun 4/2 maddesinde yazılı "Evliliğin feshi ve boşanma hallerinde çocuk anasına tevdii edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." hükmünün; ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin Anayasanın 41. maddesi ile Kadınlar ve Erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna dair Anayasanın 10. maddesine ve dolayısıyla Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına ilişkin 13. maddesine aykırı olduğu ve bu itibarla iptal edilmesi gerektiği ve bu sayede uygulamada hakkaniyetin sağlanabileceği kanaatine varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 4. maddesi şöyledir:

"Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir.

Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır. Koca ölmüş ve karısı evlenmemiş olursa veyahut koca akıl hastalığı ve akıl zaifliği sebebiyle vesayet altında bulunuyor ve evlilik de devam ediyorsa bu hak ve vazife karınındır.

Kocanın vefatiyle karı evlenmiş veya koca evvelki fıkrada zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10., 13. ve 41. 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, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ile Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla 13.1.2011 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- 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, itiraz konusu kuralın ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin Anayasa'nın 41. maddesi ile kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna dair Anayasa'nın 10. maddesine ve dolayısıyla Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağına ilişkin 13. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ilk fıkrasında, soyadı seçme vazifesi ve hakkının evlilik birliğinin reisi olan kocaya ait olduğu belirtildikten

sonra, ikinci fıkrasının itiraz konusu birinci cümlesinde evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı (soyadını) alacağı hükme bağlanmıştır.

2525 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde yer alan *"(…) Kanunla mevcut bütün soy adlarının nüfus kütüklerine yazdırılması ve soy adı olmayanların yeni bir ad seçerek bunu yazdırması mecburiyeti konmuştur (…)"* ifadelerinden, bu Kanun'un ilk defa soyadı alınması ile ilgili düzenlemeler içerdiği anlaşılmaktadır. Ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun çocuğun soyadını düzenleyen 321. maddesinde yer alan *"Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır"* hükmü nedeniyle, itiraz konusu kuralın günümüzde sadece bazı istisnai durumlarda uygulanabilmesi söz konusudur.

Anayasa'nın 10. maddesinde *"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"* denilerek eşitlik ilkesine yer verilmiş, ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasında ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı belirtilerek eşitlik ilkesinin eşler arasında da geçerli olduğu vurgulanmıştır.

7.5.2004 günlü, 5170 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle, *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür"* hükmü, Anayasa'nın 10. maddesine ikinci fıkra olarak eklenmiş, madde gerekçesinde;

"2003 Katılım Ortaklığı Belgesi'nde, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayrım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisi yer almaktadır.

Öte yandan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 20. maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağı'na ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartı'nın "III. Eşitlik " başlıklı Bölümünün 23 üncü maddesinde, "İstihdam, çalışma ve ücret de dâhil olmak üzere her alanda,

erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır." denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmektedir" denilmiştir.

Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına da 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Yasa'yla "*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*" ibaresi eklenmiş, madde gerekçesinde düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olduğu ifade edilmiştir.

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 zedelenmiş olmaz.

Çocuğun soyadını seçme hakkı, velayet hakkı kapsamında yer alır. Velayet, reşit olmayan çocuklarının bakım ve gözetimi konusunda ana-babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessesedir. Bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, malvarlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturur. Önceleri ana babanın çocukları üzerindeki hâkimiyet hakkı olarak görülen velâyet, günümüzde hem yükümlülük hem de bir hak olarak anlaşılmaktadır.

Velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir. Bu nedenle başkasına devredilemez, miras yoluyla geçmez ve bu haktan vazgeçilemez. Bu hak başkasına devredilemediği gibi bu haktan feragat da edilememektedir. Bununla birlikte yasanın gösterdiği bazı şartlar altında velâyet hakkının kullanılmasının kısmen veya tamamen üçüncü kişilere bırakılması mümkündür.

4721 sayılı Yasa'nın velayet hakkına ilişkin 335. maddesinde ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı; 336. maddesinde evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata

son verilmesi veya ayrılık halinde hâkimin velayeti eşlerden birine verebileceği, ana ve babadan birinin ölümü halinde velayetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin gerekçede *"Lâyihanın 4 üncü maddesi kanunu medenimize tevafuk etmek ve bir çok ihtimalleri nazarı dikkate almak suretile Hükümetin teklifinin tadili cihetine gitmiştir. Kanunu medenimizin 152 nci maddesi kocayı evlilik birliğinin reisi olarak kabul etmiştir. Binaenaleyh soy adı seçme vazife ve hakkının evvelâ kocaya ait olması mevcut olan bu hükme gayet uygundur. Soy adı kanunu meriyete girdiği anda evliliğin fesih veya boşanma suretile zevali ve çocuk mevcut olupta bunun karıya tevdii halinde çocuğa babanın seçmiş olduğu adı vermek, at evlâda intikal etmek hesabile muvafık ve bunun tasrihi de lâzım görülmüştür (…)"* denilmiştir. Bu gerekçeden itiraz konusu kuralın *"koca evlilik birliğinin reisidir"* ilkesine bağlı olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Oysa genel gerekçesinde de belirtildiği üzere, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda kadın-erkek eşitliği konusunda önemli değişiklikler yapılarak, bu eşitlikle bağdaşmayan hükümler Kanun'dan çıkarılmış veya eşitliği sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 152. maddesinde düzenlenen koca evlilik birliğinin reisidir ilkesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kaldırılarak, bunun yerine *"Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler."* (m. 186); *"Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder."* (m. 188) gibi hükümlerle eşlerin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülüklere sahip olduğunu belirten hükümler kabul edilmiştir.

Öte yandan, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası hukuk belgelerinde de kadın-erkek eşitliğini düzenleyen hükümlere yer verilmiştir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin başlangıcında, *"Kadınlara karşı ayrımcılığın, hak eşitliği ve insan şeref ve haysiyetine saygı ilkelerini ihlâl ettiği"* belirtildikten sonra 1. maddesinde *"Bu Sözleşmenin amacı bakımından 'kadınlara karşı ayrımcılık' terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, Medenî durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya*

kısıtlama anlamına gelir" denilerek kadınlara karşı ayırımcılığın tanımı yapılmış; 2. maddesinde taraf devletlerin kadınlara karşı ayırımcılık oluşturan uygulama ve yasal düzenlemeleri ortadan kaldırmayı kabul ettikleri; 5. maddesinde, taraf devletlerin her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek için tüm uygun önlemleri alacakları; 16. maddesinde taraf devletlerin evlilik ve aile ilişkileri konusunda kadınlara karşı ayırımı önlemek için ana ve babaya evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ve ulusal yasalarda mevcut veli, vasi, kayyım olma ve evlat edinme veya benzeri müesseselerde eşit hak ve sorumluluklar tanıyacakları kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi'nin *"Ailenin korunması"* başlığını taşıyan 23. maddesinin dördüncü fıkrasında *"Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklere sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur"*; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *"Ayrımcılık yasağı"* başlıklı 14. maddesinde; *"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır"* hükümlerine yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir.

Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi bu ilkeye aykırı düşer. Ayrıca eşitlik, bireyler arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek herkesin her bakımdan aynı kurallara bağlı tutulması anlamında da algılanamaz. Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayırımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, sadece cinsiyete dayalı ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar.

Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 8.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/20
Karar Sayısı : 2011/166
Karar Günü : 22.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinin (*l*) bendinin Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Öğretim üyesi davacının, denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atanmasına dair işlemin iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı özlük haklarının iadesine karar verilmesi istemiyle açtığı davada yerel mahkemece verilen istemin kabulü yönündeki kararın Danıştay 8. Dairesi tarafından bozulması üzerine yerel mahkemece verilen ısrar kararı nedeniyle dosyayı inceleyen Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine vararak iptali ve yürürlüğün durdurulması istemiyle başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"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. Anayasa koyucu, 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 yedinci fıkrasında; *"Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yükseköğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılamazlar."* dokuzuncu fıkrasında ise; *"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 verilmiştir.

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.

Bu itibarla, öğretim elemanlarının denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumunda görevlendirilmeleri halinde öğretim üyelerine tanınan güvencelerin sağlanabilmesi, hukuki güvenliğin oluşturulabilmesi için görevlendirmenin süresinin, bu süre içerisinde ilgili hakkında uygulanacak işlemlerin, ilgilinin çalışmalarının ve faaliyetlerinin izlenmesi yöntem ve esasları ile kadro durumunun ne olacağı konularının Yasada açıkça düzenlenmesi gerektiği halde bu hususlara 2547 sayılı Yasa'nın 7/*l*. maddesinde yer verilmemiştir.

Ayrıca, 2547 sayılı Yasa'nın 7/ *l*. maddesi uyarınca yapılan atamanın denenmek üzere geçici bir süre görevlendirme mi yoksa naklen atama niteliğinde mi olduğu hususu da açıklık taşımamaktadır. Dolayısıyla, belirtilen Yasa kuralının Anayasa'nın 130. maddesinin yedinci ve dokuzuncu fıkralarına 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 birinci fıkrası gereğince, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinin (*l*) bendinin Anayasa'nın 130. ve 2. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir

karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 28.1.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun *"Yükseköğretim Kurulunun görevleri"* başlıklı 7. maddesinin itiraz konusu (*l*) bendi şöyledir:

"***l) Rektörlerin disiplin işlemlerini kovuşturmak ve karara bağlamak, öğretim elemanlarından bu Kanunda öngörülen görevleri yerine getirmekte yetersizliği görülenler ile bu Kanunla belirlenen yükseköğretimin amaç, ana ilkeleri ve öngördüğü düzene aykırı harekette bulunanları rektörün önerisi üzerine veya doğrudan, normal usulüne göre, yükseköğretim kurumları ile ilişkilerini kesmek veya denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atamak,***"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına 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:

A- Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz başvurusunda bulunan Mahkemede bakılmakta olan dava, öğretim üyesi olan davacının denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atanmasına dair işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Bu nedenle itiraz konusu bendin ilk cümlesinde yer alan ve Yükseköğretim Kuruluna "Rektörlerin disiplin işlemlerini kovuşturmak ve karara bağlamak" şeklinde bir görev veren düzenleme, bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliği taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinin (*l*) bendinde yer alan "Rektörlerin disiplin işlemlerini kovuşturmak ve karara bağlamak," ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Sınırlama Sorunu

İtiraz yoluna başvuran mahkemece bakılan davaya konu olayda davacı öğretim üyesi, denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atanmıştır. İtiraz konusu kuralda ise denenmek üzere atamanın yanında öğretim elemanlarının yükseköğretim kurumları ile ilişkilerini kesmek konusunda da Yükseköğretim Kuruluna yetki verilmiştir. Mahkemece bakılan davaya konu olayda davacı öğretim üyesinin yükseköğretim kurumları ile ilişkisinin kesilmesi söz konusu değildir. Bu nedenle, 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim

Kanunu'nun 7. maddesinin (*l*) bendinin *"…öğretim elemanlarından bu Kanunda öngörülen görevleri yerine getirmekte yetersizliği görülenler ile bu Kanunla belirlenen yükseköğretimin amaç, ana ilkeleri ve öngördüğü düzene aykırı harekette bulunanları rektörün önerisi üzerine veya doğrudan, normal usulüne göre, yükseköğretim kurumları ile ilişkilerini kesmek veya denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atamak,"* bölümüne ilişkin esas incelemenin, bu bölümde yer alan "*veya denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atamak*" ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

C- Anayasaya Uygunluk Denetimi

Başvuru kararında, özetle, Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri, disiplin ve ceza işleri, malî işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşullar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi, öğrenim ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde ve çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesine ilişkin hususların kanunla düzenleneceği yolunda bir hükme yer verildiği; Anayasa'nın 130. maddesinde üniversite öğretim üyelerine belirli haklar ve yetkiler tanınmış olduğu, bilimsel özgürlük, serbestçe araştırmada ve yayında bulunabilme, öğrenim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hak ve yetkilerinin bunlara örnek olarak gösterilebileceği; bu düzenlemeler dikkate alındığında, öğretim elemanlarının denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumunda görevlendirilmeleri halinde öğretim üyelerine tanınan güvencelerin sağlanabilmesi, hukuki güvenliğin oluşturulabilmesi için görevlendirmenin süresinin, bu süre içinde ilgili hakkında uygulanacak işlemlerin, ilgilinin çalışmalarının ve faaliyetlerinin izlenmesi yöntem ve esasları ile kadro durumunun ne olacağı konularının Yasada açıkça düzenlenmesi gerektiği halde bu hususlara 2547 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 7/*l* maddesinde yer verilmediği; ayrıca, 2547 sayılı Yasa'nın 7/*l* maddesi uyarınca yapılan atamanın denenmek üzere geçici bir süre görevlendirme mi yoksa naklen atama niteliğinde mi olduğu hususunun da açıklık taşımadığı; belirtilen nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 130. maddesinin yedinci ve dokuzuncu fıkralarına aykırı olduğu; Anayasa'nın 130. maddesine aykırılık oluşturan kuralın, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan "hukuk devleti ilkesi"ne de aykırılık oluşturduğu iddia edilmiştir.

Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrasında, öğretim elemanlarının atanmaları ve disiplin işleri de dahil olmak üzere üniversiteler

ve öğretim elemanları ile ilgili birçok hususun kanunla düzenleneceği kuralına yer verilmiştir. Ayrıca 130. maddede, üniversitelerin bilimsel özerkliğe sahip olmalarına vurgu yapılarak, öğrenim ve öğretimin hürriyet ve teminat içinde çağdaş bilim ve teknoloji gereklerine göre yürütülmesi gereğine dikkat çekilmiştir.

İtiraz konusu kuralda, "*denenmek üzere atama*" işleminin öğretim elemanlarına hürriyet ve teminat teşkil edebilecek şekilde düzenlenmemiş olduğu görülmektedir. Denenmek üzere atama işlemini gerektiren ve Yasada "düzene aykırı hareket etme" şeklinde ifadelendirilen eylemin ya da "yetersizlik" şeklinde ifadelendirilen olgunun hangi hallerde ortaya çıkacağı ve sayılan bu durumların nasıl tespit edileceğinin açıkça ve öngörülebilir biçimde düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır. Ayrıca, "denenmek üzere atama" işlemi, itiraz konusu kuralda bu şekilde adlandırılmasa bile özü itibariyle bir tür disiplin cezası niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle, denenmek üzere atama işlemini düzenleyen kurallarda, savunma hakkı başta olmak üzere disiplin ve ceza işleri bağlamında öğretim elemanlarına tanınmış hak ve güvencelere yer verilmesi gerekmektedir. İtiraz konusu yasa kuralı ise belirtilen bu gereklilikleri karşılamamaktadır. Keza, denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atanan öğretim elemanın hangi süreyle atandığının belli olmaması, bu yolla atanan kişinin hak ve yükümlülüklerinin ve deneme sürecinin takip ve sonlandırılmasına ilişkin usul ve esasların Yasada gösterilmemiş olması da Anayasa'nın 130. maddesinin dokuzuncu fıkrası ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinin (*l*) bendinde yer alan "veya denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atamak" ibaresinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinin (*l*) bendinde yer alan "veya denenmek üzere başka bir yükseköğretim kurumuna atamak" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2010/31
Karar Sayısı : 2011/167
Karar Günü : 22.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 2. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin Anayasa'nın 73. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Adana ilinden aldığı yaş sebze ve meyvenin pazarlamasını yapan şirketin satışını yaptığı meyveleri, alıcıya teslim amacıyla Ankara iline getirdiği sırada belediye zabıta ekiplerince satışın toptancı hali dışında yapıldığı gerekçesiyle belediye payı tahsilatı işleminin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Vergi Ödevi" 1982 Anayasası'nın "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı ikinci kısmının "Siyasi Hak ve Ödevler" başlıklı dördüncü bölümünde 73. madde numarasıyla düzenlenmiştir. Anılan maddenin 3. fıkrasında; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirileceği veya kaldırılacağı, 4. fıkrasında ise; vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği öngörülmüştür.

1982 Anayasası'nın 91. maddesinin 1. fıkrasında ise Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği hükmü yer almıştır.

Yukarıda yer verilen Anayasa hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri haricinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler ile vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülüklerin konulamayacağı, değiştirilemeyeceği ve kaldırılamayacağı, bu yükümlülüklerin ancak ve ancak kanunla veya sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ile konulup, değiştirileceği veya kaldırılacağı anlaşılmaktadır. Bu durum aynı zamanda verginin kanuniliğini de ifade etmektedir.

Vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması, anayasal demokrasinin gelişimiyle paralellik arz eder. Vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasının en temel aracından birisi olan verginin yasallığı ilkesi, tarihi süreç içerisinde demokratik mücadelenin bir sonucu olarak bugünkü anayasal konumunu kazanmıştır. Vergilendirmeye ilişkin düzenlemelerin halkoyu ile seçilen parlamento tarafından kanunla yapılması ile vergilemede keyfiliğin yerini temsil, hukukun üstünlüğü ve hukuki güvenlik almıştır. Başka bir deyişle, verginin yasallığı ilkesi, keyfi ve takdiri uygulamaları önleyecek ilkelerin kanunda yer alması zorunluluğunu getirerek bireyin temel hak ve hürriyetlerini devlete karşı korur. Bu kapsamda; vergide yasallık ilkesi, vergiyi doğuran olayın, verginin konusunun, matrahının ve oranının kanun ile belirlenmesini gerektirmektedir.

Öte yandan; verginin yasallığı ilkesi kamu gücüne dayalı olarak getirilen bütün mali yükümlülükleri kapsar. Bir başka deyişle, verginin yanında, resim, harç ve benzeri yükümlülükler de bu ilkenin kapsamındadır.

Anayasa Mahkemesi'nin 18.7.1994 gün ve E:1994/46, K:1994/57 sayılı kararında da belirtildiği üzere, vergi ve malî yükümlülüklerin kanunla konulmasını öngören 73. madde, malî yükümlülüğün yalnızca yasa ile konulabileceği ve yasanın hiçbir şekilde bu konuda yürütme organını ve idareyi yetkili kılamayacağı anlamındadır.

Yukarıda da açıklandığı üzere uyuşmazlığımızda uygulanacak norm niteliğinde olan 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Belediye ve İşletme Payı başlıklı 17. maddesinde yer alan "Toptancı hallerde satılan malların toptan satış bedelinin % 2'sini geçmemek şartıyla belediye meclislerince düzenlenecek tarifeye göre belediye payı tahsil edilir. Bu şekilde tahsil edilen paylardan en az % 10'u, izleyen yıl belediye bütçesine toptancı hal ihtiyaçları için harcanmak üzere ödenek olarak konur ve yalnız bu amaçla harcanır.

Gerçek ve tüzel kişilerce kurulacak özel toptancı hallerde malların satış bedelinin % 2'sini geçmemek üzere birinci fıkrada belirtilen esaslar çerçevesinde belirlenen belediye payı, işletme payı olarak hal işletmecisi tarafından tahsil olunur ve bunun yarısı belediye payı olarak ilgili belediyeye ödenir.

Üretildiği il veya ilçe dışına sevkedilen mallar satışa sunulacağı yer haline girer ve bunlardan alınacak belediye payı, malın satışa sunulduğu yer belediyesince tahsil edilir. Malın sevkiyatında, sevk veya taşıma irsaliyesi veya ziraat odası kaydı belgelerinden birinin bulunması ve kontroller sırasında ibrazı zorunludur. Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde toptancı hal dışında malların toptan veya her ne şekilde olursa olsun toptancı halden satın alınmadan perakende satışa sunulduğunun tespiti halinde, malların toptancı hale girişi sağlanarak hal müdürlüğünce açık artırma ile satışı yapılır veya yaptırılır. Bu durumda belediye veya işletme payı yüzde yirmibeş olarak uygulanır.

Üçüncü fıkra çerçevesinde görevlilerce yakalanan malların hal müdürlüğünce satılarak elde edilen hasılatından alınacak belediye payının yarısı malları yakalayan görevliler arasında eşit oranda ödül olarak dağıtılır.

Hal müdürlüğü, üçüncü fıkraya göre malın hale girişi ve satışı ile ilgili olarak yapılacak işlemleri hakem kurulunun belirlediği esaslar çerçevesinde düzenlemeye yetkili ve görevlidir. Belediye sınırları ve mücavir alanlar içerisinde toptan veya perakende mal satmak üzere münhasıran fatura veya müstahsil makbuzu ile üreticilerden mal satın alanlar satış işlemine başlamadan önce bunları fatura veya müstahsil makbuzu örnekleriyle toptancı hal müdürlüklerine bildirmek zorundadırlar. Bu durumda malların toptancı hale girişi yapılmaz ve fatura veya müstahsil makbuzunda gösterilen bedel üzerinden % 15 oranında belediye payı tahsil olunur. Bildirim yükümlülüğünün ilgililerce yerine getirilmemesi veya miktar ve değer yönünden gerçeğe aykırı bildirimde

bulunulması hallerinde, belediye payı malların hakem kurullarınca tespit edilecek gerçek değer ve miktarları üzerinden % 30 oranında uygulanır."hükmü ilgili mükelleflere vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük getirilmektedir.

Uyuşmazlığa konu belediye payı; vergi, resim ve harç adı altında tahsil edilmemekle birlikte ilgililere mali külfetler getirdiği kuşkusuzdur. Bu bakımdan belediye payı adı altında tahsil edilen tutarların vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlüklerdendir ve ne kanunla ne de sıkıyönetim ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerine konu edilmiştir. Anılan düzenleme olağan dönem kanun hükmünde kararnamesine konu edilmiştir.

Vergilendirme konusunda Bakanlar Kuruluna yasama organı tarafından Anayasanın 73. maddesinin 4. fıkrasında açıklandığı şekilde sadece "Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi" verilebilir. Bunun dışında vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük getirme yetkisi verilmesi yürürlükte bulunan 1982 Anayasası'na göre mümkün değildir. Aksi takdirde, anayasal demokrasinin gelişiminde bir mihenk taşı niteliğinde olan verginin yasallığı ilkesi zedelenmiş olur ve bunun sonucu olarak da, bireylerin temel hak ve hürriyetlerinin, takdiri ve keyfi idare uygulamalarından korunması olanaksız hale gelir.

Sonuç olarak; vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlülük doğuran 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükmü, 1982 Anayasası'nın 91. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez." hükmü 1982 Anayasası'nın 73. maddesinin 3. fıkrasındaki "Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır." hükmüne aykırı bulunmaktadır.

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 Kanun'un

28. maddesinin 1. fıkrası gereğince 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "Belediye ve İşletme Payı" başlıklı 17. maddesi hükmünün,1982 Anayasası'nın 91. ve 73. maddesine aykırı olduğu kanaati ile bu hükmün iptali ve bakılan davalar açısından bu hükmün uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi için iptali istenilen hükmün yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve dosyadaki belgelerin onaylı birer örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 23.12.2009 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesi şöyledir:

*"**Belediye ve İşletme Payı***

Madde 17- *(Değişik birinci fıkra: 11/6/1998 - 4367/4 md.) Toptancı hallerde satılan malların toptan satış bedelinin % 2'sini geçmemek şartıyla belediye meclislerince düzenlenecek tarifeye göre belediye payı tahsil edilir. Bu şekilde tahsil edilen paylardan en az % 10'u, izleyen yıl belediye bütçesine toptancı hal ihtiyaçları için harcanmak üzere ödenek olarak konur ve yalnız bu amaçla harcanır.*

Gerçek ve tüzel kişilerce kurulacak özel toptancı hallerde malların satış bedelinin % 2'sini geçmemek üzere birinci fıkrada belirtilen esaslar çerçevesinde belirlenen belediye payı, işletme payı olarak hal işletmecisi tarafından tahsil olunur ve bunun yarısı belediye payı olarak ilgili belediyeye ödenir.

(Değişik üçüncü fıkra: 5/5/2007-5652/2 md.) Üretildiği il veya ilçe dışına sevk edilen mallar satışa sunulacağı yer haline girer ve bunlardan alınacak belediye payı, malın satışa sunulduğu yer belediyesince tahsil edilir. Malın sevkiyatında, sevk veya taşıma irsaliyesi veya ziraat odası kaydı belgelerinden birinin bulunması ve kontroller sırasında ibrazı zorunludur. Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde toptancı hal dışında malların toptan veya her ne şekilde olursa olsun toptancı halden satın alınmadan perakende satışa sunulduğunun tespiti halinde, malların toptancı hale girişi sağlanarak hal müdürlüğünce açık

artırma ile satışı yapılır veya yaptırılır. Bu durumda belediye veya işletme payı yüzde yirmibeş olarak uygulanır.

(Değişik : 11/6/1998 - 4367/4 md.) Üçüncü fıkra çerçevesinde görevlilerce yakalanan malların hal müdürlüğünce satılarak elde edilen hasılatından alınacak belediye payının yarısı malları yakalayan görevliler arasında eşit oranda ödül olarak dağıtılır.

(Değişik : 11/6/1998 - 4367/4 md.) Hal müdürlüğü, üçüncü fıkraya göre malın hale girişi ve satışı ile ilgili olarak yapılacak işlemleri hakem kurulunun belirlediği esaslar çerçevesinde düzenlemeye yetkili ve görevlidir. Belediye sınırları ve mücavir alanlar içerisinde toptan veya perakende mal satmak üzere münhasıran fatura veya müstahsil makbuzu ile üreticilerden mal satın alanlar satış işlemine başlamadan önce bunları fatura veya müstahsil makbuzu örnekleriyle toptancı hal müdürlüklerine bildirmek zorundadırlar. Bu durumda malların toptancı hale girişi yapılmaz ve fatura veya müstahsil makbuzunda gösterilen bedel üzerinden % 15 oranında belediye payı tahsil olunur. Bildirim yükümlülüğünün ilgililerce yerine getirilmemesi veya miktar ve değer yönünden gerçeğe aykırı bildirimde bulunulması hallerinde, belediye payı malların hakem kurullarınca tespit edilecek gerçek değer ve miktarları üzerinden % 30 oranında uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 73. ve 91. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü 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; öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. maddesi ile 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, ilgili kural ya da kuralların iptali için Anayasa Mahkemesi'ne

başvurmaya yetkilidir. Ancak bu hükümler uyarınca, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, yönteminde açılmış, mahkemenin görevine giren bakmakta olduğu bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da bu davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise, bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kanun veya kanun hükmünde kararnamelerdir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada, 552 sayılı KHK'nin 17. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca satışın toptancı hali dışında yapıldığı gerekçesiyle zabıta ekiplerince yapılan % 25 oranında belediye payı tahsilatı işleminin iptali talep edilmiştir. Başvuru kararında 552 sayılı KHK'nin 17. maddesinin davada uygulanacak bölümlerine dair bir değerlendirme yapılmadan tümünün iptali talep edilmiştir. 17. maddenin birinci fıkrası satılan mallardan tahsil edilecek belediye payı ve bunun harcama usulüne, ikinci fıkrası özel hallerce tahsil edilecek belediye payına, dördüncü fıkrası hal dışındaki satışları yakalayan görevlilerin ödüllendirilmesine ve beşinci fıkrası ise toptancı hallerine girmeden müstahsil ve üretici faturası ya da müstahsil makbuzu ile bildirim yoluyla satış yönteminde belediye payının tahsili usulünü düzenlemekte olup davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenlerle,

1- 24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin, 5.5.2007 günlü, 5652 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen **üçüncü fıkrası dışında kalan fıkralarının**, itiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, Şevket APALAK ve Serruh KALELİ'nin karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin, 5.5.2007 günlü 5652 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE,

13.5.2010 gününde karar verilmiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin, 5.5.2007 günlü, 5652 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasına ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 13.5.2010 OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- 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:

A- Maddenin Üçüncü Fıkrasının 1. Cümlesinin İncelenmesi

Anayasa'nın *"Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi"* başlığını taşıyan 152. maddesinin son fıkrasında **"***Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."* ; 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"Başvuruya engel durumlar "* başlığını taşıyan 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında *"Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz."* denilmiştir.

5652 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 552 sayılı KHK.'nin 17. maddesinin üçüncü fıkrasının *"Üretildiği il veya ilçe dışına sevk edilen mallar satışa sunulacağı yer haline girer ve bunlardan alınacak belediye payı, malın satışa sunulduğu yer belediyesince tahsil edilir*." şeklindeki ilk cümlesine yönelik iptal başvurusu, Anayasa Mahkemesi'nin 25.2.2010 günlü, E. 2007/65, K. 2010/43 sayılı kararıyla Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile esastan reddedilmiş ve bu karar 21.6.2010 günlü, 27619 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır**.**

Anayasa Mahkemesi'nce işin esasına girilerek reddedilen kural hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için, önceki kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 21.6.2010 gününden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, 5652 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 552 sayılı KHK'nin 17. maddesinin üçüncü fıkrasının 1. cümlesi yönünden itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince reddi gerekir.

B- Maddenin Üçüncü Fıkrasının Kalan Bölümünün İncelenmesi

Başvuru kararında, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin Belediye ve İşletme Payı başlıklı 17. maddesinde yer alan belediye payının; vergi, resim ve harç adı altında tahsil edilmemekle birlikte ilgililere mali külfetler getiren bir yükümlülük olduğu, bu bakımdan belediye payı adı altında tahsil edilen tutarların vergi, resim ve harç benzeri mali yükümlüklerden olduğu halde, olağan dönem kanun hükmünde kararnameye konu edildiği bunun da Anayasa'nın 73. ve 91. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

552 sayılı KHK'nin 17. maddesinin üçüncü fıkrasında, üretildiği il veya ilçe dışına sevk edilen malların satışa sunulacağı yer haline yani tüketim yeri haline girmesi zorunluluğu getirilmiş olup, bunlardan alınacak belediye payının da malın satışa sunulduğu yer belediyesince tahsil edileceği düzenlenmiştir. Buna göre belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde toptancı hal dışında malların toptan veya her ne şekilde olursa olsun toptancı halden satın alınmadan perakende satışa sunulduğunun tespiti halinde, malların toptancı hale girişi sağlanarak hal müdürlüğünce açık artırma ile satışı yapılacak ve bu durumda yüzde iki olan belediye payı yüzde yirmibeş olarak uygulanacaktır.

Anayasa'nın "Vergi ödevi" başlıklı 73. maddenin üçüncü fıkrasında *"Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır"* denilmiştir. Öğreti ve uygulamada verginin yasallığı ilkesi olarak adlandırılan bu ilke vergi, resim, harç ve benzeri bütün yükümlülüklerin kanunla düzenlenmesi zorunluluğunu öngörmektedir.

KHK çıkarılması yetkisini düzenleyen Anayasa'nın 91. maddesinde *"Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın İkinci Kısmı'nın birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez."* denilerek Anayasa'nın bu yasak alan

içerisinde kalan 73. maddesinde belirtilen vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin KHK'lerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

552 sayılı KHK'nin 17. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası, KHK'ye 5.5.2007 günlü, 5652 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Değiştirilerek Kabulüne İlişkin Kanun'un 2. maddesiyle eklenmiştir. Dolayısıyla kural, KHK ile değil kanunla getirilmiştir. Kanunla getirilen itiraz konusu kural Anayasa'nın 73. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 91. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

24.6.1995 günlü, 552 sayılı Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin, 5.5.2007 günlü, 5652 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının;

1- Birinci tümcesinin iptali istemine ilişkin itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

YÖNTEMDE AYRIŞIK OY

Esasının incelenmesine geçilen 552 sayılı K.H.K.'nin 17. maddesinin 5652 sayılı Yasayla değişik üçüncü fıkrasında sözü edilen ve maddenin esasını oluşturan "belediye payı"nın itiraza etken olduğu kuşkusuzdur. Üçüncü fıkraya dayanılarak alınan belediye payına maddenin birinci fıkrasında öngörülen ölçütlerle belirlenen belediye payı esas alınmakta ve itiraz belediye payının belirlenmesine ilişkin işlem olgusunda toplanmaktadır.

Bu nedenlerle belediye payının belirlenmesine ilişkin birinci fıkranın, itiraz nedeni ve üçüncü fıkrayla ilintisi karşısında uygulanacak kural olma özelliğinde duraksama yoktur. Aynı yaklaşım ışığında belediye payını konu alan maddenin tümüyle esas incelenmesine alınması gerektiği de ayrı bir gerçektir.

Bu nedenle ilk incelemeye ilişkin evrede alınan 13.5.2007 günlü kararın yetkisizlikten retle ilgili kısmına karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY

İtirazen iptal başvurusunda bulunan mahkemenin, başvuru kararında 552 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname'nin "Belediye ve İşletme Payı" başlığı altında yer alan 17. maddesinin 5652 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 17. maddeye eklenen değişik üçüncü fıkrası dahil tamamının iptalini istediği görülmüştür.

Davada uygulanacak yasa kuralı davayı yürütmede ki uyuşmazlığı sonuçlandırmada etki yapacak nitelikte bulunan, kararın dayanağını oluşturmaya yarayan iddia ve savunma çerçevesinde karar vermek için göz önünde tutulması gereken kural olması gerekir.

Mahkeme somut olayda satılmak üzere alıcısına teslim edilmek amacı ile Ankara'ya getirilen yaş sebze ve meyvenin toptancı hal dışında satışa sunulduğu tespiti üzerine, belediye meclisince oluşturulmuş tarifeye göre belirlenen belediye payı olan, malın satış bedeli üzerinden % 25'lik tutarının, davacıdan tahsil isteminin Anayasa'nın 73. ve 91. maddelerine aykırı olduğunu ve bu nedenle iptal konusu 17. maddenin tüm fıkraları ile birlikte tamamının uyuşmazlıkta uygulanacak kural olduğu kanaatine vardığı görülmektedir.

Beş fıkradan oluşan kuralın ilk fıkrasında; Haller'de satılacak mallardan tahsil edilecek belediye payı ve bunun harcama usulü, ikinci fıkrasında özel toptancı hallerinde belediye payı tahsil usulü, dördüncü fıkrasında hal dışında satışa hazır yakalanan maldan görevli ödül payı, beşinci fıkrasında toptancı haline girmeden müstahsil ve üretici faturası ya da müstahsil makbuzu ile bildirim yoluyla satış yönteminde belediye payının tahsili usulünün, 5652 sayılı Yasa ile değişik üçüncü fıkrasında ise, üretildiği il dışına çıkarılan malın hangi yer "belediye payı" tahsil yetki alanına gireceği, sevkiyatta ibrazı zorunlu belgeler, toptancı hal dışında satın alınan malın satışa sunulduğunun tespiti halinde malın satış usulü ve belediyece alınacak pay oranı ifade edilmektedir. Görüleceği üzere, farklı konuların düzenlendiği normu, hiçbir fıkrası yönünden somut olaya tatbik etmeyen mahkeme toptancı hal dışında satış nedeniyle düzenlenen belediye payı tahsiline ilişkin davada farklı fıkralardaki belediye pay tahsil usulüne de, yakalayanların ödül payına da, ibrazında istenen belgelerin varlığına da hiçbir ayrım yapmadan Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında Anayasa'ya aykırı bulduğu sonucu doğuran sav ile Anayasa Mahkemesi önüne taşımıştır.

2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesi gereği, somut olay nedeniyle davada uygulanacak ve Anayasa'ya aykırılığı iddiasının ciddiyetine kanaat getirilen kural bu yoldaki gerekçeli kararı ile birlikte Anayasa Mahkemesine getirilmek zorundadır. Mefhumu muhalifinden'de kuralın somut olayla bağdaşmayan ve ilgisiz olan kısımlarının ise ayıklanarak, ayırt edilmek zorunda olduğu anlaşılacaktır.

Başvuran mahkemenin davada uygulanacak kuralı somut bir olayda bazen çok hassas biçimde ayırt edememesi olasılığı bulunsa bile beş fıkradan oluşan, ancak bir fıkrasının uygulanacak kural niteliğinde kabul edildiği 552 sayılı K.H.K. 17. maddesinin ilgili fıkralarının hangi nedenlerle davada uygulanacağını ve Anayasa'nın 73. maddesi yönünden aykırı olduğunu genel ifade ile değil özelde normun her fıkrası ve gerektiğinde denetlenmesini istediği her cümlesi ile ilgisini kurarak gerekçelendirmesi zorunludur. Yasanın aradığı bu hükmün göz ardı edilerek, soyut kural bütününün, olaya somutlaştırmadan ve de makul ve kabul edilebilir nitelikte gerekçe olmaksızın başvuruya konu edilmesi hali karşısında, başvuru usulüne ilişkin görevini eksik yerine getiren mahkeme başvurusunun eksikliklerin giderilmesi amacı ile geri çevrilerek mahkemesine iadesi gerekirken, işin esasına geçilmesi kararına katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2010/96
Karar Sayısı : 2011/168
Karar Günü : 22.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 212. maddesinin, Anayasa'nın 7., 55. ve 128. maddelerine aykırılığı savı ile iptali istemidir.

I- OLAY

Devlet memuru olan davacıdan alınmadığı tespit edilen yemek maliyet katılım payının ilgilinin maaşından kesilmesi işleminin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararlarının gerekçe bölümü şöyledir:

"İtiraza konu 657 sayılı Yasanın 212. maddesinde "Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esaslar Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlıyacakları bir yönetmelik ile tesbit olunur." hükmüne yer vermiştir.

Anayasanın 55. maddesinde, ücretin emeğin karşılığı olduğu, Devletin, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiş, 128. maddesinin 2. fıkrasında ise; "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Anayasal ilkeler incelendiğinde, kamu personel rejiminde "ücrette eşitlikten" değil "ücrette adaletten" bahsedildiği, çalışanların adil bir ücret alabilmesi için gerektiğinde sosyal yardımlarla bu dengenin sağlanması görevinin Devlete yüklendiği, çalışanların ücret rejiminin ve sosyal yardımlardan yararlanma şekillerinin "yaptıkları işin niteliğine" göre değişebileceğinin düzenlendiği, başka bir anlatımla işin gereği olarak sosyal yardımlardan yararlanma şekline ilişkin olarak kamu personeli arasında farklı uygulamalara olanak tanındığı, ayrıca 128. maddenin 2. fıkrası ile de, kamu personelinin özlük ve parasal haklarının "yasa" ile düzenlenebileceğinin belirtildiği, bu nedenle personelin emeği karşılığı aldığı ücrette artma yada azalma sonucunu doğuracak tüm düzenlemelerin yasa ile yapılmasının gerektiği kuralının getirildiği anlaşılmaktadır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 99. maddesinde, memurların haftalık çalışma süresinin genel olarak 40 saat olduğu, bu sürenin Cumartesi ve Pazar günleri tatil olmak üzere düzenleneceği, ancak özel kanunlarla yahut bu kanuna veya özel kanunlara dayanılarak çıkarılacak tüzük ve yönetmeliklerle, kurumların ve hizmetlerin özellikleri dikkate alınmak suretiyle farklı çalışma sürelerinin tespit olunabileceği belirtilmiş, aynı Yasanın 101. maddesinde ise; "Günün 24 saatinde devamlılık gösteren hizmetlerde çalışan Devlet memurlarının çalışma saat ve şekilleri, Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının muvafakatı alındıktan sonra kurumlarınca düzenlenir," hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda yer verilen Anayasa ve yasa hükümlerinde kamu personelinin çalışma şekil ve şartlarının işin niteliği gereği farklı düzenlenebileceğinin kurala bağlandığı, yasakoyucu tarafından kamu personelinin genel istihdam şekli olarak haftada 5 gün ve 40 saat olarak belirlendiği, başka bir anlatımla günde 8 saat istihdamın Devlet memurları için genel istihdam şekli olarak öngörüldüğü, ancak bunun dışında istihdam şekilleri belirleme konusunda da idareye olanak sağlandığı görülmektedir.

İdare tarafından anılan yetkinin kullanılması suretiyle genel istihdam şeklinin dışında istihdamın öngörülmesi durumunda, çalışma usul ve şekillerinin işin niteliği gereği farklı belirlenebileceği, farklı belirlemenin yapılması durumunda bu istihdam şekli nedeniyle kamu personeline ek mali yükümlülükler yüklenmesine de Anayasanın 55. maddesi hükmü karşısında olanak bulunmadığı açıktır. Başka bir anlatımla kamu personelinin genel istihdam şeklinin dışında istihdam edilmesini gerektiren ve niteliği gereği

kesintisiz hizmet verilmesi gereken hizmetlerde personel istihdam edilmesi durumunda, kamusal yönü daha ağır basan bu tür hizmetlerin yürütülmesi sırasında personelin genel istihdamın dışında daha fazla özveri göstermesinin doğal sonucu olarak bu özverisinin karşılığı olarak ücrette adaletin sağlanmasının sosyal yardımlarla desteklenerek, istihdam şeklinden kaynaklı personel giderlerinin tüm kamu tarafından paylaşımının sağlanması anılan Anayasal ve yasal ilkelerin doğal sonucudur.

Yasakoyucu tarafından bu durumlar gözönünde bulundurularak Devlet Memurları için yiyecek yardımı öngörülmüş ve 657 sayılı Yasanın 212. maddesinde; "Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esaslar Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlıyacakları bir yönetmelik ile tesbit olunur." hükmüne yer verilmiş, ancak itirazımıza konu yasa hükmü ile devlet memurlarının maaşlarının ciddi bir miktarına denk gelen yiyecek yardımının belirlenmesinde Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı'nca belirlenmesi yetkisinin kullanılmasında yasakoyucu tarafından hiçbir nesnel ilke, kural ve ölçüte bağlanmadan anılan idarelere devrinin yukarıda anılan Anayasa hükümlerine uygun olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Anayasa'ya Aykırılık Nedenleri:

Anayasa'nın 2. maddesine göre, 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. Anılan ilkenin bir gereği olarak, hiçbir organ yada kurum dayanağının Anayasa yada yasadan almadığı yetkiyi kullanamayacak yada yetki veya görevini bir başka organa devredemeyecektir.

Bu çerçevede, Anayasa'mızın 128. maddesi kapsamında devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılması, özel yasa niteliğindeki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "Kısım-6 Sosyal Haklar ve Yardımlar" başlığı altında düzenlenmiştir. Yasanın anılan bölümünde yer alan 212. maddesinde ise, devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılacağı belirtilmiştir.

Ancak itirazımıza konu 657 sayılı Yasanın 212. maddesi yiyecek yardımından yararlanılacak haller ile yardımdan yararlanma şeklinin Maliye

Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından belirlenmesini öngörmektedir. Anılan fıkra ile devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılmasına ilişkin usullerin Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı'nca belirlenmesinde hiçbir ölçü, sınırlama öngörülmemiştir. Bu durum, ancak yasa ile düzenlenmesi gereken hakların, konusu ve sınırının belirlenmesi yetkisinin yasakoyucu tarafından yürütmeye devri sonucunu doğurmaktadır.

657 sayılı Yasanın 212. maddesinin öngördüğü yiyecek yardımı, devlet memurlarının mali hakları arasında değerlendirilmelidir. Anılan Yasanın uygulanmasına yönelik olarak, yöntemin ve yararlanmanın koşulları ile yiyecek yardımlarından yararlanmada bir disiplin getirilmesi ve harcamaların bütçe disiplini içinde yapılması ve harcama belgelerine bağlanması bakımından yasakoyucunun yürütmeye düzenleyici işlemler yapılması yetkisi tanınması olanağı bulunduğu tartışmasızdır. Ancak, bu düzenleme yetkisi yasa kapsamında mali hakların "konusu" ile miktarının belirlenmesini de kapsamamaktadır. Bu durumda da, yine yasakoyucunun idareye vereceği sınırlama yetkisinin sınırını da açıkça belirlemesi gerekecektir. Aksi takdirde tüm yetkinin idareye bırakıldığı durumda, somut olayda olduğu gibi idare tarafından getirilen kurallar bazen 800,00 TL maaş alan personel açısından 200,00 TL yemek gideri ödenmesi sonucunu doğurarak Anayasanın 55. maddesi anlamında ücrette adaletin sağlanmasına yönelik sosyal yardımların etkisiz ve sonuçsuz kalmasına yol açabileceği gibi, bazen de 5000,00 TL maaş alan bir personelin 100,00 TL yemek gideri ödemesine yol açarak ücrette adalet dengesinin bozulmasına yol açabileceği kuşkusuzdur.

Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılması olarak algılanmalıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade etmektedir. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilmelidir.

Anayasa'da yasayla 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 Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hakları ve yükümlülüklerinin yasa ile düzenlenmiş olduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu hak ve yükümlülüklerin sadece ad olarak yasada belirtilmesi yeterli değildir. Böyle bir düzenlemede temel ilkelerin ortaya konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılmaması gerekmektedir.

Somut olaydaki durum göz önüne alındığında, maaşın %25'lik bir unsuru haline gelmiş olan ve yaptığı iş gereği çalışma saat ve koşullarında kaynaklı olarak bu maliyete maruz kalan kamu personeli açısından yiyecek yardımının önemli bir özlük hakkı olduğu ortadır. Bu nedenle bunlara ilişkin ödemelerin nasıl yapılacağının yasayla düzenlenmesi gerektiği açıktır.

İtiraz konusu yasa kuralı ile, devlet memurlarına yapılacak yiyecek yardımına ilişkin esas ve usulleri belirleme konusu tamamen idareye bırakılmıştır. Bu kurallar uyarınca, Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı'nca, kamu personeline yemek giderinin çok az bir kısmının memurların kurumu tarafından ödenmesi konusunda düzenleme yapabileceği gibi tamamının veya tamamına yakın bir kısmının da kurumlar tarafından ödenmesi yolunda düzenleme yapabilecektir.

Açıklanan nedenlerle, 657 sayılı Yasanın 212. maddesinin Anayasa'mızın 7. maddesine, 55. maddesine ve 128. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olduğu ve Anayasa Mahkemesi'nce iptali gerekeceği düşüncesi ile 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve İşleyişi Hakkında Kanun'un 29. maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, yine başvurumuzun Anayasa Mahkemesi'nce kabul edilmesinden başlayarak anılan 29. madde uyarınca beş ay süre ile Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki kararının beklenmesine, kararımıza dava dosyamızın onaylı bir örneğinin eklenmesine, kararımızın bir örneğinin taraflara tebliğine, 07/07/2010 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 212. maddesi şöyledir:

"Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esaslar Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlayacakları bir yönetmelik ile tesbit olunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 7., 55. ve 128. 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, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla 7.12.2010 tarihinde 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- 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:

İtiraz konusu kuralla, Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esasların Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı'nın birlikte hazırlayacakları bir yönetmelik ile tespit olunacağı belirtilmiştir.

Başvuru kararında, Anayasa'nın 128. maddesi gereğince kamu personelinin emeği karşılığı aldığı ücrette artma ya da azalma sonucu doğuracak tüm düzenlemelerin yasa ile yapılması gerektiği, Devlet memurlarının mali hakları kapsamında bulunan yiyecek yardımının düzenlenmesi konusunda itiraz konusu kuralla hiçbir ölçü ve sınırlama öngörülmeksizin Maliye Bakanlığı ile Devlet Personel Başkanlığına yetki tanınmasının yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu, yürütmenin düzenleme yetkisinin sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğu, yasayla düzenlenmesi gereken konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesinin olanaklı olmadığı, bir konunun yalnızca ad olarak yasada belirtilmesinin yasayla düzenlenmiş olduğunun kabulü için yeterli olmadığı, Anayasa'nın 55. maddesinde Devletin, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağının belirtildiği, yiyecek yardımında tüm yetkinin idareye verilmesi sonucunda idarece getirilecek kuralların ücrette adaletin sağlanmasına yönelik sosyal yardımların etkisiz kalmasına ve ücrette adalet dengesinin bozulmasına yol açabileceği, belirtilen nedenlerle kuralın Anayasa'nın 7., 55. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinde de *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."* denilmiştir.

Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin yasayla konulmasını ve çerçevenin yasayla çizilmesini ifade etmektedir. Bu niteliği taşıyan bir yasal düzenleme ile uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusunda yürütme organına yetki verilmesi, yasal düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

İtiraz konusu kural, Devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılmasının yasal dayanağını oluşturmaktadır. Bir başka deyişle, Devlet memurları itiraz konusu kural uyarınca yiyecek yardımından faydalanabilmektedirler.

Devlet memurlarının yiyecek yardımından yararlanmaları ile ilgili olarak tüm memurlar yönünden tek tip bir düzenleme yapılması mümkün olmayıp bu yardımın kapsamı ve miktarı; yürütülen kamu hizmetinin niteliğine, memurların çalışma saatlerine, kamu kurumlarında çalışan memur sayısına, kurum tarafından yemek verilip verilmemesine, verilen yemeğin kurumda yapılmasına veya satın alınmasına, yemek maliyetlerindeki farklılıklara, kamu kurumlarının bütçe olanaklarına göre değişkenlik arz etmektedir.

Yiyecek yardımı, bir sosyal yardım olmakla birlikte, yukarıda belirtilen niteliği nedeniyle diğer sosyal yardımlardan farklı olarak ayrıntılı düzenlemeyi gerekli kılmaktadır. Söz konusu teknik ve ayrıntılı düzenlemenin ise mutlaka yasa ile yapılması zorunluluğundan bahsedilemez. Bu nedenle, yiyecek yardımının yasal düzenlemeye konu edilerek Devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılabilmesine olanak tanınmasında ve yiyecek yardımından faydalanılmasının usul ve esaslarının düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasında "yasayla düzenleme ilkesi"ne aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamıştır.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 55. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 212. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.12.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM

Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun yiyecek yardımına ilişkin itiraz konusu 212. maddesinde, "Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esaslar Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlayacakları bir yönetmelik ile tespit olunur" denilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve

diğer kamu görevlileri eliyle görülür. 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." denilmiş, 7. maddesinde de yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir çok kararında tekrarlanarak yerleşik içtihadı haline gelen görüşü doğrultusunda, Anayasa'da yasayla 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, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Buna göre yasada, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi yetmez, idarenin düzenleme yetkisinin sınırlarını belirleyecek temel ilkelerin konulması ve çerçevenin de çizilmiş olması gerekir. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Devlet memurlarına yapılacak yiyecek yardımının, onların özlük hakları kapsamında bulunduğu ve yasayla düzenlenmesi gerektiği açıktır. İtiraz konusu kuralda ise, yiyecek yardımının uygulanmasıyla ilgili usul ve esaslar belirlenmemiş bu konudaki yetki tümüyle idareye devredilmiştir.

Açıklanan nedenlerle Kural'ın, Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kuralda, Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve yardımın uygulanması ile ilgili esasların Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı'nın birlikte hazırlayacakları bir yönetmelik ile tespit olunacağını düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde "*Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişiliklerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli 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. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir." denilmiş; 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Anayasa'da yasayla 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, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hakları ve yükümlülüklerinin yasa ile düzenlenmiş olduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu hak ve yükümlülüklerinin sadece ad olarak yasada belirtilmesi yeterli değildir. Böyle bir düzenlemede temel ilkelerin ortaya konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılmaması gerekmektedir.

657 sayılı Yasa'nın "Sosyal Haklar ve Yardımlar" başlıklı VI. kısımda düzenlenen "Yiyecek yardımı", Devlet memurlarının özlük hakları kapsamında yer aldığı gözetildiğinde, bu konudaki düzenlemelerin Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen doğrultuda yapılması gerektiği kuşkusuzdur.

Maddeye 5982 sayılı Yasa ile eklenen tümcede "mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır." denilmiş ise de Devlet memurlarına yapılan yiyecek yardımının, bir sosyal hak olarak toplu sözleşme hükümlerine konu edilebileceği açık olmakla birlikte böyle bir toplu sözleşmenin henüz yapılmadığı günümüzde "yasayla düzenleme ilkesi"nin geçerliliğini koruduğu kuşkusuzdur.

İtiraz konusu kuralla, Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esasların belirlenmesinin tamamen idarenin hazırlayacağı yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa ile uyumlu olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle iptali istenilen kural Anayasa'nın 128. maddesine açıkça aykırı olduğundan iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun redde ilişkin görüşüne katılmıyorum. 22.12.2011

Üye
Ahmet AKYALÇIN

KARŞIOY GEREKÇESİ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun itiraz konusu 212. maddesinde; Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esaslar Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığı'nın birlikte hazırlayacakları bir yönetmelik ile tespit olunacağı belirtilmiştir.

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. Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır"* denilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde yer alan "kanunla düzenleme ilkesi", kanunun düzenlediği alan ile ilgili temel ilkelerin konulmasını ve sınırlarının belirlenmesini gerekli kılar. Bu takdirde uzmanlık ve teknik gerektiren konularda ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organın genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisi bulunmamaktadır. Yürütme organının düzenleme yetkisi sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir.

Buna göre, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hakları ve yükümlülüklerinin yasa ile düzenlenmiş olduğunun kabul edilebilmesi için, düzenleme ile temel ilkelerin ortaya konulması ve sınırların belirlenmesi, belirsiz ve geniş bir alanın yürütmenin düzenleme alanına terk edilmemesi gerekir.

İtiraz konusu kuralda yer alan "yiyecek yardımı"nın, Devlet memurlarının özlük hakları içinde yer aldığı ve bu nedenle de yiyecek yardımına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Oysa kuralda, Devlet memurlarına yapılacak yiyecek yardımı ile ilgili esasların, yürütme organınca çıkartılacak bir yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür. Bu öngörü, yiyecek yardımına ilişkin temel ilke ve sınırların belirlenmesinin, kanun ile yapılmayacağını ifade etmektedir. Sonuç olarak, yiyecek yardımına ilişkin usul ve esasların belirlenmesi konusu tamamen yürütme organının düzenlemesine terk edilmiştir.

Buna göre, Devlet memurlarının özlük haklarından olan yiyecek yardımının temel ilkelerinin ve sınırlarının kanunla belirlenmediği sonucu ortaya çıkmakta ve yürütme organın yiyecek yardımına ilişkin usul ve esasları belirlenmede tam yetkili hale geldiği anlaşılmaktadır.

Bu durum, Anayasa'nın 128. maddesinde öngörülen kanunla düzenleme ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

Redde ilişkin çoğunluk düşüncesine bu nedenle katılmıyoruz.

Üye Mehmet ERTEN	Üye Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY YAZISI

İtiraz konusu kural ile devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından, ne şekilde yararlanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esasların bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Yiyecek yardımı devlet memurlarının özlük hakları kapsamında olan bir sosyal haktır ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda "Sosyal Haklar ve Yardımlar" başlığı altında yer alması da bu duruma işaret etmektedir.

Anayasa'nın 55. maddesinde ücretin emeğin karşılığı olduğu ve devletin çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alacağı hükümleri yer almaktadır. İtiraza neden olan somut olayda bir kamu görevlisinin maaşının %25'i yiyecek yardımı olarak kesilmiştir. Maaşının dörtte birine varan bir kısmının yiyecek yardımına katkı olarak kişiden geri alınması sosyal adalete ve hakkaniyete uygun düşmemektedir. Bu durum, açıktır ki, yiyecek yardımının bir yardım ve sosyal hak olma özelliğini anlamsız, etkisiz ve sonuçsuz hale getirmekte, sosyal yardımların adil bir ücret düzeyi oluşumuna yaptığı katkıyı adeta tersine çevirmekte ve böylece ücrette adalet dengesinin bozulmasına olanak tanımaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu düzenleme Anayasa'nın 55. maddesini ihlal etmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde kamu görevlilerinin ayrım gözetilmeksizin tüm özlük işlerinin yasayla düzenleneceği ifade edilmiştir. Bu maddeye 5982 Kanunla eklenen cümle ile mali ve sosyal hakların toplu sözleşme hükümleri kapsamında belirlenmesi olanaklı hale gelmiştir. Yiyecek yardımında tüm yetkiyi İdare'ye bırakan kuralın yiyecek yardımına ilişkin temel ilkeleri belirlemediğini ve çerçevesini çizmediğini göz önüne alırsak, bu yardımın teknik ve ayrıntılı bir düzenlemeyi gerektirmesi nedeniyle mutlaka yasa ile yapılması zorunluluğu olmadığı iddiasını kabul etmek mümkün değildir. Memurun emeği karşılığı aldığı ücrette azalma (veya artma) sonucu doğuracak tüm düzenlemelerin yasa ile yapılması, O'na bir güvence sağlamaktadır. Memurlarla İdare arasında mali ve sosyal hakları içeren bir toplu sözleşmenin henüz yapılmadığını da dikkate alırsak, 128. maddedeki yasayla düzenleme ilkesinin varlığını sürdürdüğünü görürüz. Sonuç olarak, Yasa Koyucu tarafından Maliye Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığınca devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacaklarının belirlenmesi ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esasların hiçbir nesnel ilke, kural ve ölçüte bağlanmadan anılan İdare'lere devri, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı düşmektedir.

Nitekim, yiyecek yardımının benzeri olan ve sosyal yardım niteliği taşıyan "tedavi yardımı" ile ilgili bir düzenlemenin Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenebileceği yolundaki kuralı da Anayasa Mahkemesi, 29.1.2009 günlü, E: 2005/152, K: 2009/14 sayılı kararıyla Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı bulmuştur.

İtiraza konu olan kuralın Anayasa'nın 55. ve 128. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk görüşünden ayrılıyorum.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞI GÖRÜŞ

İptali istenilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun "yiyecek yardımı" başlıklı 212. maddesi şu şekildedir: *"Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esaslar Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlıyacakları bir yönetmelik ile tesbit olunur."*

Görüldüğü gibi, söz konusu kuralla, devlet memurlarına yiyecek yardımı yapılması kabul edilmiş, ancak bu yardımın ne şekilde yapılacağı ve tâbi olacağı esasların, Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlayacakları bir Yönetmelikle belirlenmesi öngörülmüştür.

Maddenin gerekçesi olarak, giyecek ve yakacak yardımıyla beraber ortak bir gerekçe kabul edilmiş ve şu şekilde belirtilmiştir: "*Bu maddeler Devlet memurlarının giyecek , yiyecek ve yakacak yardımlarından faydalanabileceklerine işaretle yetinmekte ve bu yardımların kapsamını ve şekillerini tespit etmeyi Maliye Bakanlığı ile Devlet Personel Dairesinin birlikte hazırlayacakları yönetmeliklere bırakmaktadır."*

Mahkememiz çoğunluk görüşünde, yiyecek yardımının tâbi olduğu esasların belirlenmesinin, teknik ve ayrıntı sayılabilecek bir konu olduğu, o nedenle kanunla düzenlenmesinin gerekmediği gerekçesi ile düzenleme, Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır.

Memurlara sağlanan yiyecek yardımı, diğer giyecek ve yakacak yardımlarıyla birlikte 657 sayılı Kanun'un "Sosyal Haklar ve Yardımlar" başlıklı IV. Bölümünde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. 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. Ancak, malî ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır".* hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, memurların hak ve yükümlülükleri ile özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi ilkesi kabul edilmiştir. Kanunla düzenleme ilkesiyle kastedilen, Kanun koyucu tarafından düzenlenmek istenen konunun, sadece adının kanunda belirtilmesi yahut o konudan kurumsal olarak kanunda söz edilmesi olmayıp, ilgili konunun temel ilkelerinin konulması, çerçevesinin çizilmesi gerekmektedir. Bu şekilde, düzenlenmek istenen hususun temel ilkeleri ve çerçevesi kanunla belirlendikten sonra, teknik konuların ve ayrıntıların yürütme organına bırakılması mümkündür.

Anayasa'da kanunla düzenlenmesi gerekli görülen bir konuda, yürütme organına genel ve sınırları kanunla çizilmemiş bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütme organına tanınan yetki, kanunla sınırlı, bağımlı ve tamamlayıcı bir yetkidir. O nedenle, Anayasa'da belirtilen istisnai durumlar dışında, kanunla düzenlenmemiş bir alanda, yürütme organına genel nitelikte düzenleme yapma ve kural koyma yetkisi verilemez.

Yukarıda belirtildiği şekilde, memurlara tanınan yiyecek yardımı, memurların özlük haklarına ilişkin bir durum olduğundan, Anayasa m. 128, II gereğince kanunla düzenlenmesi gerekir. Bu düzenleme yapılırken de, konunun temel ilkelerinin ve çerçevesinin kanunla düzenlenmesi zorunludur. Oysa iptali istenilen kuralda, *"Devlet memurlarının hangi hallerde yiyecek yardımından ne şekilde faydalanacakları ve bu yardımın uygulanması ile ilgili esaslar Maliye Bakanlığı ile Başbakanlık Devlet Personel Başkanlığının birlikte hazırlıyacakları bir yönetmelik ile tesbit olunur."* denilerek yiyecek yardımının tâbi olduğu temel ilkeler belirtilememiş, sınırları çizilmemiştir; bütün bu hususlar, kanunla düzenlenmeden, yürütme organına bırakılmış olmaktadır. Nitekim bu husus, madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Buna göre, yasama yetkisi de yürütme organına devredilmiş olmaktadır.

Şu halde, devlet memurlarının yiyecek yardımını düzenleyen 212. maddede, konunun tâbi olduğu temel ilkeler belirtilmeden, sınırları çizilmeden, bu konular yürütme organına bırakılmış olduğundan, Anayasa'nın 7. ve 128, II. maddelerine aykırı düzenleme yapıldığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanun'un 212. maddesinin Anayasa'nın 7. ve 128, II. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2010/65
Karar Sayısı : 2011/169
Karar Günü : 22.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onbirinci Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan *"…bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür"* bölümünün, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Emekli Sandığı tarafından 2001 yılında bağlanan yetim aylığının, idareden kaynaklanan hata nedeniyle fazla ödendiğinin tespit edilmesi üzerine, fazla tutarın kesileceğine ilişkin işlemin iptali istemiyle İdare Mahkemesi'nde açılan davanın görev yönünden reddi yolundaki kararın temyiz incelemesinde, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onbirinci Daire iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasanın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet, bireyin huzur ve gönencini gerçekleştiren ve güvenceye alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma yaşamının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemleri alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve ulusal gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemleri alan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına egemen olan görüşe göre de, sosyal devletin görevi, kişinin onurlu bir yaşam sürdürmesi ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirmesi için gerekli koşulları oluşturmak, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti, sosyal gönenci, sosyal güvenliği ve toplumsal dengeyi sağlamaktır.

Anayasa'nın 60. maddesinde, "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alır ve teşkilatı kurar." kuralına yer verilmiş olup maddede, sosyal güvenlik, bireyler yönünden "hak", Devlet yönünden "ödev" olarak öngörülmüştür. Anayasa koyucu, Devlet'i yalnızca sosyal güvenliği sağlayacak önlemleri almak ve gerekli örgütü kurmakla görevlendirmemiş, aynı zamanda bunu Devlet'in yükümlülüğü olarak düzenlemiştir.

Sosyal güvenlik hakkının, yurttaşlarının sosyal durumu ve gönenciyle ilgilenen, onlara insanlık onuruna yaraşır asgari yaşama düzeyi sağlayan "sosyal devletin gereği ve zorunlu sonucu olduğu, sosyal güvenliğin sağlanmasının Devlete Anayasa ile verilen ve yerine getirilmesi zorunlu bulunan bir kamu hizmeti olduğu kuşkusuzdur.

5502 sayılı Kanun ile kurulan Sosyal Güvenlik Kurumu, Devletin sosyal güvenlik ödevini yerine getirmek üzere kurulmuş, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kamu kurumudur.

Anayasanın 123. maddesinin 3. fıkrasında, "kamu tüzel kişiliği ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur." hükmüne yer verilmiş olup, genel olarak kamu tüzel kişileri, Devlet tarafından kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan, kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan tüzel kişilerdir. Bu tüzel kişilerin özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak üstün ve ayrıcalıklı yetkilere sahip olmasıyla güdülen amaç kamu yararının sağlanması ve kamu hizmetinin en iyi şekilde yerine getirilmesidir.

Bu bağlamda, Sosyal Güvenlik Kurumunun kurulmasına ilişkin 5502 sayılı Kanunun ve bu Kanun uyarınca kurulan Kurumun, sosyal güvenlik hizmetlerini yerine getirirken uygulayacağı 5510 sayılı Kanun hükümlerinin irdelenmesi gerekmektedir.

5510 sayılı Kanun ile Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, hizmet akdine dayalı ücretle çalışanlar, tarımsal işlerde ücretle çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar ve tarımsal alanda kendi hesabına çalışanları kapsayan beş ayrı emeklilik rejiminin, aktüeryal olarak hak ve yükümlülüklerin eşit olacağı tek emeklilik rejiminde buluşturulması amaçlanmaktadır.

Yasa, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri, işverenleri sağlık hizmeti sunucularını, bu Yasa'nın uygulanması yönünden gerçek kişiler ile her türlü kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği olmayan diğer kurum ve kuruluşları kapsamaktadır.

Yasada, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası yönünden kişileri güvenceye alacak düzenlemelere yer verilmektedir. Bu bağlamda, Yasa'da, sosyal sigortalardan yararlanacak kişiler ve sağlanacak haklar, bu haklardan yararlanma koşulları, finansman ve karşılanma yöntemleri belirlenmekte, sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişine ilişkin ilke ve yöntemler yer almaktadır.

20.5.2006 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 1. maddesinde, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kamu tüzel kişiliğini haiz olduğu, 28. maddesinde, kurum hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerine tabi olarak istihdam edilen personel tarafından yürütüleceği, 29. maddesinde, kurum kadrolarının tespiti, ihdası, kullanılması ve iptali ile kadrolara ilişkin diğer hususlarda 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerinin uygulanacağı, 35. maddesinde kurumun malları, alacakları ve banka hesaplarının, 2004 sayılı Kanun ve 6183 sayılı Kanun bakımından Devlet malı hükmünde olduğu, alacaklarının imtiyazlı alacaklar olduğu ve kurumun taşınır ve taşınmazları ile bankalardaki mevduatları dahil her türlü alacaklarının haczedilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu genel olarak incelendiğinde ise, sosyal sigorta ve genel sağlık sigortasından yararlandırılmaya ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu görülmektedir. Nitekim, anılan Kanunun 7. maddesinde, sigortalılığın Kanunda öngörülen biçimde çalışmaya başlama ya da statüye geçmekle kendiliğinden başlayacağı, 12. maddesinde, işyeri, işyerinin bildirilmesi, devri, intikali ve nakline ilişkin bilgileri kuruma

bildirmenin zorunlu olduğu, 11. maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 102. madde uyarınca idari para cezası uygulanacağı, 92. maddesinin 1. fıkrasında, kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortalısı olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olmasının zorunlu olduğu, bu Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlülüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmelere konulan hükümlerin geçersiz olduğu, 98. maddesinde, sosyal sigortalara, özel sigortalar konusundaki yasa hükümlerinin uygulanmayacağı, 102. maddesinde, prim borcunu ödemeyen veya yasanın öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında Kurumun idari para cezası verme yetkisine sahip olduğu, 92. maddesinin 2. fıkrasında, prim borcunu gösteren ve Kurumca düzenlenen belgelerin, resmi makamların usulüne göre verdikleri belgeler niteliğinde olduğu, 92. maddesinin 3. fıkrasında, sigortalılığın bu Kanunda sayılan sigortalı sayılma şartlarının kaybedilmesi veya ölüm halinde sona ereceği, 96. maddesinde ise, Kurumca işverenlere, sigortalılara, isteğe bağlı sigortalılara gelir veya aylık almakta olanlara ve bunların hak sahiplerine, genel sağlık sigortalılarına ve bunların bakmakla yükümlü olduğu kişilere, fazla veya yersiz olarak yapıldığı tespit edilen bu Kanun kapsamındaki her türlü ödemelerin, ilgililerin Kurumdan alacağı varsa bu alacaklarından mahsup edileceği kurala bağlanmıştır.

Bu Kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere, kamu tüzel kişisi olduğu kuruluş yasasında açıkça belirtilen Sosyal Güvenlik Kurumunun, Devletin Anayasada işaret edilen sosyal güvenliğe ilişkin ödev ve yükümlülüklerini, (kamu hizmetini) yerine getirmek için kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan, yasa gereği kendiliğinden ve zorunlu olarak sigortalı kapsamına alınanların hukuki statülerinde tek taraflı değişiklik yapmaya yetkili bir kamu tüzel kişisi olduğu ve dolayısıyla bu kişiler hakkında tesis ettiği tüm işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu açıktır.

Tarafların serbest iradeleriyle belirlenmiş hukuki ilişkilerin bulunmadığı idare hukukunda, kanunla önceden belirlenmiş statüler mevcuttur, idare hukukunda, özel hukuktan farklı olarak kamu yararı amacıyla idare kamu gücünü kullanarak kişilerin hukuki statüsünde tek taraflı olarak değişiklikler yapabilir. Bir idari işlemin yapılabilmesi için o işlemin ilgilisi tarafından kabul edilmesine gerek yoktur, idarenin tesis ettiği idari işlemler, ilgili kişi istese de istemese de hukuki sonuçlarını doğurur.

5510 sayılı Kanunun kapsamında bulunanlar, isteklerine bakılmaksızın kendiliğinden ve zorunlu olarak sigortalı ve genel sağlık sigortalısı statüsüne girerler. Bu statü uyarınca, ödeyecekleri primler, primlerin oranları, çalışma süresi gibi yükümlülükleri ile bu yükümlülükleri yerine getirmeleri sonucu elde edecekleri yaşlılık veya malullük aylığından faydalanma ve sağlık sigortasından yararlanma gibi hakları önceden belirlenmiştir, ilgililer sigorta türlerinden (5510 sayılı Kanunun 4/l-a.b ve c kapsamında sigortalı olma yönünden) istediklerini seçme hakkına sahip olmadıkları gibi hangi kapsamda sigortalı sayılacakları da Kanunla önceden belirlenmiştir.

Anayasa'da Türkiye Cumhuriyetinin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanırken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralıyla amaçlanan etkili bir yargısal denetimdir. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayrıma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasındaki "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır", 140. maddesinin birinci fıkrasındaki "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yaparlar", 142. maddesindeki "mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir" ve 155. maddesinin birinci fıkrasındaki "Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" biçimindeki düzenlemeler idari-adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren eylem ve işlemlerinin ise adli yargı denetimine tabi olacağı Anayasa'nın "Kanuni hakim güvencesi" başlıklı 37. maddesinde belirtilen, "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz." amir hükmünün zorunlu sonucudur.

Anayasanın yürütme bölümünde yer alan 125. maddesinin ilk fıkrasından sonra gelen fıkraları idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemekte olup, sözü edilen fıkralarda değinilen idari işlemlere karşı açılacak davalarda

sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Anayasa'nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanununda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasanın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. ile 155. maddelerinde belirtilen idari - adli yargı ayrımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmamaktadır.

Öte yandan, Anayasanın 157. maddesinin birinci fıkrasında "Askeri Yüksek idare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargısal denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir" kuralına yer verilmek suretiyle, özel görevli bir idari yargı yeri olan Askerî Yüksek idare Mahkemesinin görev alanı anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu bağlamda, asker kişileri ilgilendirmeyen ve askeri hizmete ilişkin olmayan idarî eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin de Danıştay'da ya da öteki idari yargı yerlerinde yapılacağı sonucuna ulaşılacağı açıktır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hizmetleriyle veya bu hizmetlerin yürütülmesiyle ilgili kararları idarî nitelik taşıyan kararlardır. Anayasanın 155. maddesinin birinci fıkrasında, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir" kuralına yer verilerek Danıştay'ın görevi açık ve kesin bir biçimde belirlenmiştir. Kuralın açıklığı ve kesinliği karşısında, Danıştay'ın görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünün adlî yargı yerine bırakılması konusunda yasama organının takdir yetkisine ve seçme hakkına sahip olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Tersi durum, Anayasa'nın "Kanunî hakim güvencesi" başlıklı 37. maddesinin birinci fıkrasındaki buyurucu kurala aykırılık oluşturur.

Anayasa Mahkemesinin 22.5.1976 tarih ve E:1976/1, K:1976/28 sayılı kararında belirtildiği üzere, adlî yargının amacı, taraflar arasındaki

uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde, idarî yargı denetiminin ana ereği, idarenin, hukuk alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir anlatımla, idari yargı denetiminin amacı, idarenin kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması ya da hukuka aykırı işlem tesis etmesi veya eylemde bulunması hallerinde bu işlemleri iptal etmek veya hukuka aykırı eylem nedeniyle ilgililere verilen zararın tazminine hükmetmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır. Hukuka aykırı olması nedeniyle bir idarî işlemin iptal edilmesine ilişkin karar, geçmişe yürür, yani sakat idarî işlemin yapıldığı andan itibaren hüküm ifade eder. Bundan dolayı iptal hükmü idareye iptal edilen idarî işlemden önce mevcut olan ve bu işlemle değiştirilmiş bulunan hukukî durumu aynen iade etme zorunluluğunu yükler.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından, 5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanması sonucu tesis edilen işlemlere karşı iş mahkemelerinde açılan davalar, "tespit" ve "eda" davası niteliğinde olup, bu davalar sonucunda hukuka aykırı işlemler iptal edilmediğinden, hukuk aleminde varlığını sürdürmektedir. Davanın kabulü veya reddi şeklindeki mahkeme kararları taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözümünü sağlamaktadır. Dolayısıyla idarî yargının varlık nedeni olan idarenin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden ilgilileri koruma amacı ve idarenin hukuk alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaya yönelik amaç bu tür kararlarla gerçekleşmemektedir.

İdari yargının görev alanı belirlenirken, kişiler hakkında tesis edilen işlem ile bu işlemin dayanağı olan yasa kuralının niteliği ve işlemi tesis eden idarenin hukuki statüsünün bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce, hizmet akdine dayalı olarak bir işverene bağımlı çalışan ve sosyal güvence yönüyle Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi bulunan işçiler ile kendi adlarına bağımsız olarak çalışan ve sosyal güvence yönüyle Bağ-Kur'a tabi olan sigortalılar ve kamu idarelerinde çalışan ve sosyal güvence yönüyle Emekli Sandığına tabi olan memur ve diğer kamu görevlileri çalışma hayatlarında kendilerine uygulanan mevzuatın niteliği gözetilmeksizin Sosyal Güvenlik Kurumunun kurulması ile tek bir sosyal güvence altında birleşmiştir.

Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri uyarınca, bireylerin sosyal güvenlik hakkını sağlayacak sosyal güvenlik teşkilatının kurulması zorunluluğu karşısında, kanunla kurulan ve kamu tüzel kişiliğini haiz bulunan Sosyal Güvenlik Kurumu kendisine yasa ile verilen kamu hizmetini yerine getirirken yasa gereği zorunlu olarak sigortalı olanlar hakkında tesis ettiği işlemlerde üstün ve ayrıcalıklı yetkilerini kullanmak suretiyle hukuki statülerinde tek taraflı olarak değişiklik yapma yetkisine sahiptir. 5510 sayılı Kanunun 98. maddesinde, "...bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel sigortalara ilişkin hükümler, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasında dikkate alınmaz." ve 99. maddesinde, "Sosyal güvenlik hak ve yükümlülükleri ile ilgili yapılacak her türlü kanunî düzenlemeler bu Kanunda yapılır." kurallarına yer verilerek sosyal sigorta işlemleri hakkında kamu hukukuna özgü kuralları içeren 5510 sayılı Kanunun bu Kanun kapsamında bulunan kişilere uygulanması öngörülmüştür.

Öte yandan, 5510 sayılı Kanun kapsamına alınan kişilerin çalışma hayatlarında tabi oldukları hukuki statülerini gözeterek Kurum tarafından tesis edilen idari işlemlere karşı açacakları davaların görüm ve çözümünü farklı yargı yerlerine tabi kılmak, idari işlemleri ilgili bireylere göre ayrıştırmak sonucunu doğurur ki bu sonucun, kamu hizmeti kuramıyla bağdaştırılması olanaksızdır.

Uyuşmazlık konusu olayda, davalı idarenin bilgisayar sisteminden kaynaklanan bir hata nedeniyle, davacıya vefat eden babasından dolayı bağlanan yetim aylığının, fazla ödendiğinin tespiti üzerine 5510 sayılı Kanunun 96. maddesi ve bu madde hükmü uyarınca yürürlüğe konulan "Fazla ve Yersiz Ödemelerin Tahsiline ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"in 10. maddesi uyarınca, 11.173,95-TL borç çıkartılmış ve 2009 yılı Ağustos ayından itibaren yetim aylığından 1/4 oranında kesinti yapılmak suretiyle tahsil yoluna gidileceği hususunda davalı idarece kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş bulunan bir idari işlem davaya konu edilmiştir.

Bu itibarla Sosyal Güvenlik Kurumunca kamu hizmeti yerine getirilirken kamu gücü kullanılarak 5510 sayılı Kanun kapsamında bulunan sigortalılar hakkında tesis edilen tüm işlemler idari işlem niteliğinde bulunduğundan ve bu işlemler nedeniyle idare ile ilgililer arasında çıkan uyuşmazlıkları çözmekle görevli yargı yeri Anayasal düzenlemelere göre idari yargı olduğundan, 5510 sayılı Kanunun 101. maddesinde yer alan "bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" tümcesinin Anayasa'nın 2., 37., 125., ve 155. maddelerine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrası gereğince, 5510 sayılı Kanunun "Uyuşmazlıkların çözüm yeri" başlıklı 101. maddesinde yer alan "bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" tümcesinin Anayasa'nın 2., 37., 125., ve 155. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle tümcenin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 24.02.2010 tarihinde oyçokluğu ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun itiraz konusu kuralı içeren 101. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, ***bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür."***

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. 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 ile Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında: Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 22.9.2010 gününde 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:

A- Anlam ve Kapsam

5510 sayılı Kanun, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortası bakımından kişileri güvence altına almak; bu sigortalardan yararlanacak kişileri ve sağlanacak hakları, bu haklardan yararlanma şartları ile finansman ve karşılanma yöntemlerini belirlemek; sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişi ile ilgili usûl ve esasları düzenlemek amacıyla getirilmiştir. Kanun, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri, işverenleri, sağlık hizmeti sunucularını, bu Kanunun uygulanması bakımından gerçek kişiler ile her türlü kamu ve özel hukuk tüzel kişilerini ve tüzel kişiliği olmayan diğer kurum ve kuruluşları kapsamaktadır.

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'yla, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun bazı maddeleri yürürlükten kaldırılmış, kamu tüzel kişiliğine sahip Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı, hiç bir işleme gerek kalmaksızın, bu Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla, görevleri ile birlikte, 1. maddeye dayanılarak kurulan kamu tüzel kişiliğine sahip Sosyal Güvenlik Kurumuna devredilmiştir.

5510 sayılı Kanunla 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanunu kapsamında bulunanlar, geçici maddelerle korunan haklar dışında, sosyal güvenlik ve sağlık hizmetleri yönünden yeni bir sisteme bağlı tutulmuş ve 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğünden sonra göreve başlayanlar yönünden, prim esasına dayalı sigorta sistemine geçilmiştir. Bu sistemle, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri, hizmet akdine göre ücretle çalışanlar, tarım işlerinde ücretle çalışanlar, kendi hesabına çalışanlar ve tarımda kendi hesabına çalışanları kapsayan beş farklı emeklilik rejimi, aktüeryal olarak hak ve yükümlülükler yönünden tek bir sosyal güvenlik sistemi altında toplanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un iptali için açılan iki ayrı iptal davası birleştirilmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.2006 günlü, E.2006/111, K.2006/112 sayılı kararıyla, anılan Kanun'un birçok maddesiyle birlikte, bu Kanun'un yürürlük tarihinden önce 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tâbi olarak görev yapmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlilerini diğer sigortalılarla aynı sisteme tâbi kılan hükümlerin iptaline karar verilmiştir. İptal kararını takiben kabul edilen 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı "Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile Anayasa Mahkemesi iptal kararı doğrultusunda 5510 sayılı Kanunda düzenlemeler yapılmış ve anılan Kanun'a eklenen Geçici 1 inci ve Geçici 4 üncü maddelerle 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibariyle bu Kanun'un 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamına alınanlar ile bunların dul ve yetimleri hakkında, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan hükümleri de dahil 5434 sayılı Kanun hükümlerine göre işlem yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer bir deyişle, 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce memur ve diğer kamu görevlisi olarak çalışmakta olanlar, evvelce olduğu gibi 5434 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olacaklar ve bunların emeklilikleri bakımından da aynı Kanun hükümleri uygulanmaya devam edecek; ancak 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra memur ve diğer kamu görevlisi olarak çalışmaya başlayanlar ise 5510 sayılı Kanun'un 4/c maddesi uyarınca, bu Kanun hükümlerine tâbi sigortalı sayılacak ve haklarında 5434 sayılı Kanun değil 5510 sayılı Kanun'un öngördüğü kural ve esaslar uygulanacak; ihtilaf halinde de adli yargı görevli bulunacaktır.

5754 sayılı Kanun'un yürürlüğüyle birlikte, artık sosyal sigortacılık esasına göre faaliyet gösteren ve yaptığı, tesis ettiği işlem ve muameleler idari işlem sayılamayacak bir sosyal güvenlik kurumunun varlığından söz etmek gerekli bulunmaktadır. 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce iştirakçi sıfatıyla çalışmakta olan memurlar ve diğer kamu görevlileri ile emekli sıfatıyla 5434 sayılı Kanun'a göre emekli, dul ve yetim aylığı almakta olanlar ve ayrıca memurlar ve diğer kamu görevlilerinden ileride emekliliğe hak kazanacaklar yönünde ise Sosyal Güvenlik Kurumu'nun tesis edeceği işlem ve yapacağı muameleler "idari işlem" niteliğini korumaya devam edecek bunlara ilişkin ihtilaflarda da evvelce olduğu gibi idari yargı yeri görevli olmaya devam edecektir.

5754 sayılı Kanunla değişik 5510 sayılı Kanun'un sistematiğinde sosyal sigortalardan yararlanacak kişiler ve sağlanacak haklar, bu haklardan yararlanma koşulları, finansman ve karşılanma yöntemleri belirlenmekte, sosyal sigortaların ve genel sağlık sigortasının işleyişine ilişkin ilke ve yöntemler yer almaktadır. 5502 sayılı Kanunda, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun, "bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tâbi" olduğu belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 101. maddede, 5510 sayılı Kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözüm yeri konusunda genel bir hüküm getirilmiştir. Maddeye göre, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülecektir. Maddede, "bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan haller" sözcükleri kullanılmak suretiyle, getirilen genel kuralın istisnaları, genel gönderme yoluyla gösterilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinde, aynı Kanunda öngörülen bazı yükümlülüklerin zamanında ya da usulünce yerine getirilmemesi halinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından verilecek idarî para cezaları ile ilgili hükümler düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında, bu cezaların ne şekilde tahakkuk edeceği, ödeneceği, buna karşı ödeme süresi içinde Kuruma itiraz edilebileceği, itirazın takibi durduracağı, itirazın reddi üzerine de kararın tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili "idare mahkemesi"ne başvurulabileceği belirtilmiştir. 102. maddenin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesi, yapılan itiraz başvurusu incelenmiş ve Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 günlü, E.2010/55, K.2011/140 sayılı kararıyla Anayasa'ya aykırılık savı reddedilmiştir.

İş mahkemeleri, iş hukukundan doğan uyuşmazlıklara bakmak üzere 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'na dayanılarak kurulmuştur. İptali istenilen kuralda, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun prim ve diğer alacaklarının hesaplanması, sigortalı olma hakkının kazanılması ya da kaybedilmesi, ihbar, kıdem ve diğer tazminatlardan doğan uyuşmazlıklar sonucunda hükmolunan miktarların ve bunlara uygulanacak faiz oranlarının hesaplanması gibi kendi içinde bütünlük ve ihtisas gerektiren konular, iş hukuku ile de yakından bağlantılı ihtisaslaşmış bu mahkemelere bırakılmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, sosyal hukuk devletinde sosyal güvenliğin, bireyler yönünden hak olarak öngörüldüğü, bireylere sağlanan bu anayasal güvencenin yaşama geçirilebilmesi için devletin tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu, devlete Anayasa ile verilen bu zorunlu kamu hizmetinin kamu tüzelkişiliğine sahip Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yerine getirildiği, kamu yararının gerçekleştirilmesi amacıyla kurulan Kurumun kamu gücüyle üstün ve ayrıcalıklı yetkilerle donatıldığı, 5510 sayılı Kanunda sosyal sigortadan yararlanmaya ilişkin hükümlerin emredici nitelikte olduğu ve tek taraflı olarak değiştirilebileceği, idarenin tesis ettiği işlemlerin kişiler yönünden hukuksal sonuç doğuracağı, sigortalılığın isteğe bağlı olmayıp zorunlu olduğu, Anayasa'da idarî ve adlî yargı ayrımına gidildiği, kanunî hakim güvencesinin de bu ayrımı gerektirdiği, idarî işlemlere karşı açılacak davalarda idarî yargının görevli olacağı, bu konuda kanun koyucunun takdir yetkisinin bulunmadığı, idarî yargının görev alanı belirlenirken, kişiler hakkında tesis edilen işlem ile bu işlemin dayanağı olan kuralın niteliği ve işlemi tesis eden idarenin hukuki statüsünün bir bütün olarak değerlendirilmesi ve sosyal güvenlik işlemleri hakkında kamu hukukuna özgü kuralların uygulanması gerektiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 1.10.2008 günü yürürlüğe giren "Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri" başlıklı 101. maddesinde, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği belirtilmiştir; bu hükümle, Kanunun 102. maddesindeki idarî para cezalarıyla ilgili davaların idare mahkemelerinde görülmesi dışında, Kanun kapsamındaki tüm uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın, Cumhuriyetin niteliklerinin belirlendiği 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik, sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. 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.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" kurallarına yer verilmiştir. Anayasa'nın 37. maddesinde ise "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" denilmiştir.

Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Yargı denetimi demokrasinin "olmazsa olmaz" koşuludur. Anayasa'nın "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralıyla benimsediği husus da etkili bir yargısal denetimdir. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir.

5510 sayılı Kanun ile birlikte sosyal güvenlik tek çatı altında toplanmış, özel hukuk niteliği ağır basan sosyal güvenlik hukuku alanı oluşmuştur. İtiraz konusu kuralda, ayrım yapılmaksızın 5510 sayılı Kanundaki iş ve işlemler hakkında genel bir düzenleme yapılmış ve aksine hüküm bulunmayan hallerde, Kanun kapsamındaki uyuşmazlıkların çözüm yeri olarak iş mahkemeleri gösterilmiştir. İş mahkemeleri, iş hukuku alanındaki uyuşmazlıkları çözmekle görevli, ihtisaslaşmış adlî yargı mahkemeleridir. Yasa koyucu 5510 sayılı Kanun

kapsamındaki iş ve işlemler, prim esasına dayalı yeni sistemin niteliğine bağlı olarak iş mahkemelerinin görev alanı kapsamına alabilir. Sosyal güvenlik hukuku kapsamında aynı konuya ilişkin tüm uyuşmazlıkların, bu alanda görevli uzman mahkeme olan iş mahkemelerinde görülmesinin, hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı da açıktır.

Bu bakımdan 5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden sonra, prim esasına dayalı yeni sistemin içeriği ve Kanun kapsamındaki iş ve işlemlerin niteliği göz önünde bulundurulduğunda, itiraz konusu kuralla, yargılamanın bütünlüğü ve uzman mahkeme olması nedeniyle Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümünde iş mahkemelerinin görevlendirilmesinde Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Ancak, yukarıda açıklandığı üzere 5754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce statüde bulunan memurlar ve diğer kamu görevlileriyle ilgili sosyal güvenlik mevzuatının uygulanmasından doğan idari işlem ve eylem niteliğindeki uyuşmazlıklarda idari yargının görevinin devam edeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "…*bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür"* bölümü, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinin "… bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür." bölümüne yönelik iptal istemi, 22.12.2011 günlü, E.2010/65, K.2011/169 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bölüme ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinin "… bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.12.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	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 1.10.2008 günü yürürlüğe giren "Uyuşmazlıkların Çözüm Yeri" başlıklı 101. maddesinde, bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceği belirtilmiş; böylece, Kanun'un 102. maddesindeki idari para cezalarıyla ilgili davaların idare mahkemelerinde görüleceğine ilişkin kural dışında kalan Kanun kapsamındaki tüm uyuşmazlıkların, adli ve idari yargı ayrımı yapılmaksızın iş mahkemelerinde görülmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimler ve savcılar adli ve idari yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" denilmektedir.

Bu kurallarla Türk hukuk sistemindeki tarihsel gelişime de paralel olarak idari ve adli yargı ayırımı kabul edilerek idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Buna göre, idare hukuku alanına giren konularda idari yargı; özel hukuk alanına giren konularda da adli yargı görevli olacaktır. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla haklı neden ve kamu yararı gibi hizmet gereklerinin zorunlu kıldığı bazı durumlarda bu kurala istisna getirilebileceği kabul edilmiştir. Bununla birlikte Anayasa'daki idari ve adli yargı ayırımının korunabilmesinin getirilecek istisnanın sınırlarının çok dar tutulmasına bağlı olduğu açıktır. Bu konuda yasa koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğu söylenemez.

SGK, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'na göre, bu Kanun ile Kuruma görev ve yetki veren diğer kanunların hükümlerini uygulamak üzere; kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali açıdan özerk, bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda özel hukuk hükümlerine tabi bir kamu kurumudur. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın ilgili kuruluşu olup, gelirleri kamu geliri, giderleri kamu gideri olan Kurum, Sayıştay'ın denetimine tabidir. Kurumun malları, alacakları, banka hesapları Devlet malı hükmünde, alacakları ise imtiyazlı alacaklardır.

Kurum'un, Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenliğin sağlanması ve korunması konusundaki görev ve yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için yaptırım uygulama yetkisine sahip bulunduğu, bu yaptırımın da idari nitelikte olduğu ve idari yargı rejimine bağlı tutulması gerektiği açıktır. Bu bağlamda, Kurum'un, 5502 ve 5510 sayılı Kanunlara göre yaptığı işlemler kamu gücü kullanılarak yapılan tek taraflı idari işlemlerdir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 günlü, Esas: 2010/55 Karar: 2011/140, sayılı kararında Kurum'un idari bir organ olup, yaptığı tek taraflı işlemlerin de idari işlem olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda, 5510 sayılı Yasa'nın uygulanmasıyla ilgili idari para cezaları dışında, idare hukuku alanına giren başka uyuşmazlıkların da bulunduğu göz ardı edilerek Kanun'un 102. maddesindeki idari para cezalarıyla ilgili uyuşmazlıklar dışındaki tüm uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görüleceğinin hükme bağlanmasının, yasa koyucuyu bu yönde bir düzenleme yapmaya zorlayan hizmetin gereklerinden kaynaklanan haklı bir neden de olmadığı dikkate alındığında Anayasa'nın idari ve adli yargı ayırımını kabul eden sistemiyle bağdaşmadığı görülmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 142. maddesinde Mahkemelerin, kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtildiğinden, yasa koyucunun yerine geçerek yargı kararı ile herhangi bir mahkemenin görevine ilişkin kural konulamaz. Bu nedenle itiraz konusu kuralla 5510 sayılı Yasa'dan doğan uyuşmazlıklarda açıkça adli yargı görevli kılınmasına karşın, Karar'ın 5510 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce Emekli Sandığına bağlı olarak çalışanlarla ilgili geçici hüküm kapsamında kalanlar yönünden doğacak uyuşmazlıklarda, idari yargının görevli olacağına ilişkin yorum yoluyla ulaşılan red gerekçesinin de Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez. Kaldı ki, Kurum'un idare hukuku alanına giren işlemleri sadece Emekli Sandığı iştirakçilerine ilişkin uyuşmazlıklarla sınırlı olmadığından, yorumlu red kararı, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması için bu yönüyle de yeterli bir gerekçe içermemektedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY GEREKÇESİ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "… bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür." bölümünün itiraz yolu ile iptali istenilmektedir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu, 140. maddesinde hakimler ve savcıların adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yapacakları, 155. maddesinde Danıştay'ın idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğu Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakacağı belirtilmektedir.

Söz konusu kurallarda belirtildiği gibi, Anayasa'da idari ve adli yargı ayrılığının kabul edildiği açıktır. Bu ayırım uyarınca idarenin kamu gücünü kullanarak kamu hukuku esaslarına göre tesis ettiği işlemleri ile eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri ise adli yargı denetimine tabi olacaktır.

Bu durumda idari eylem ve işlemler konusunda genel yetkili yargı yerinin idari yargı olduğu açık olup idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun takdir hakkı bulunmamaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 155. maddesinde, "Kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı" denilerek, yasakoyucuya verilen takdir yetkisi idari yargı yerini belirlemekle sınırlandırılmıştır.

Sosyal güvenlik hakkı yurttaşların sosyal durumu ve refahını sağlamakla görevli sosyal hukuk devletinin gereği ve Devlete Anayasa ile verilen ve yerine getirilmesi zorunlu bulunan bir kamu hizmetinin sonucudur. Bu durumda sosyal güvenlikle ilgili hizmetin yerine getirilmesi sırasında kamu gücü kullanılarak tesis edilen işlemlerin idari işlem niteliğinde olduğu açıktır.

İtiraz konusu kuralda ise Anayasa'nın ve Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararlarına karşın, idari ve adli yargı ayrımı yapılmadan "5510 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıkların iş mahkemelerinde görülmesi" öngörülmek suretiyle, kamu hukukuna giren

işlemler ve özel hukuka giren işlemler ayrımına ve buna bağlı olarak idari yargı adli yargı ayrımına uyulmamıştır.

Açıklanan nedenle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "… bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür." bölümünün Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2010/118
Karar Sayısı : 2011/170
Karar Günü : 22.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bursa 2. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, geçici 3. maddesinin "Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı adına ikmalen salınan ve tahsil edilen özel tüketim vergisinin, 5838 sayılı Kanun'un, geçici 3. maddesi uyarınca iadesi isteminin reddi üzerine açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen eşitlik ilkesi, bu ilkeden yararlananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayrım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte eşitlik, aynı zamanda, muhataplarını yani devlet organları ve idare makamları anayasal bir buyruk ile devlet yönetiminde benimsenmesi gereken, egemen temel bir ilkeyi vurgulamaktadır.

Eşitlik ilkesi, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Anayasanın

10'uncu maddesinin, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa "imtiyaz" tanınamayacağı yolundaki ikinci fıkrası da bu anlamda bir eşitliği hedeflediği anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 06.07.2000 tarih ve E. 2000/21, K. 2000/16 sayılı kararında, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğunu; bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörüldüğü; eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu; bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesinin yasaklandığı; durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabileceği; aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak şüphesiz ki, eşitlik ilkesinin anlamını şekli hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir. Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. Bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için Anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların genel ve soyut nitelik taşıyıp taşımadıklarının değil, onların içeriklerinin de araştırılması gerekir.

Bu kapsamda; itiraza konu Kanun kuralının genel ve soyut ve dolayısıyla şekli anlamda eşitlik ilkesini gözetir nitelikte olduğu açıktır. Ancak söz konusu Kanun kuralının maddi hukuk anlamında eşitlik ilkesi ile örtüşüp örtüşmediği madde içeriğinde yapılacak analizle mümkün olacaktır. Bu doğrultuda 5838 sayılı Kanunun geçici 3. maddesi ile, esasında daha önceleri yapılan vergilendirmeden devletin bir egemen olarak vazgeçmesini, bu vazgeçmeden kaynaklı uygulamanın da ne şekilde olması gerektiği hususu düzenlenmiştir. Bu çerçevede oluşan bu yeni durum ile yeni tarhiyatlar yapılmamış, yapılan tarhiyatlar ise terkin edilmiştir. Ancak itiraza konu "Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez." yasa hükmü nedeniyle daha evvelinden tarh ve tahakkuk aşaması geçip tahsilatı yapılan vergilerin iadesine engel olunmuştur. Böylece söz konusu Kanun kuralı, aynı durumda olup aynı verginin -Özel Tüketim Vergisinin- mükellefi olan kişiler noktasında vergisel yükümlülüklerini zamanında yerine getiren ile getirmeyen, incelemeye dayalı olarak yapılan tarhiyatlarda hakkında incelemeye başlanılan ile başlanılmayan, tahakkuk eden vergileri zamanında ödeyen ile ödemeyenler arasında Anayasa'nın 10. maddesinde bahsedilen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmuştur.

Bu hukuki durum maddi olay kapsamında ele alındığında ise; davacı şirket, hakkında daha önce vergi incelemesi yapıldığı için tarhiyatlara muhatap olmuşken, davacı ile aynı vergi yükümlülüğünü doğuracak aynı nitelikte emtiayı ithal eden ancak haklarında henüz vergi incelemesi yapılmamış diğer mükellefler ile ya da tarhiyatlara muhatap olmakla birlikte yasal yükümlülüğünü süresinde yerine getirmeyip ödemede bulunmayan mükellefler arasında yani eşitler arasında tesis edilmesi gereken (yatay) eşitlik ilkesinin zedelendiğini göstermektedir. Ayrıca yasal sorumluluklarını yerine getirmekte acele edip hukuka uygun davranan mükelleflerin korunması gerektiği yerde söz konusu Kanun hükmü ile cezalandırılması sonucu doğması ise işin diğer boyutudur. Böylece eşitler arasında gözetilmesi gereken adalet (yatay adalet) gözetilmemiş; kurallara uygun hareket eden mükellefler itiraz konusu hükümle üzerlerinde bırakılan ekstra mali yükümlülükle bir nevi cezalandırılmıştır.

Açıklanan nedenlerle; Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; 5838 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Geçici 3. maddesinin "Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez." hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyadaki belge örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesince bir karar verilinceye kadar veya dosyanın anılan Mahkemeye gidişinden itibaren beş aylık sürenin dolmasına kadar davanın bekletilmesine, 11.11.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren geçici 3. maddesi şöyledir:

"4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (II) sayılı listede yer alan ve 1/8/2002 - 21/7/2005 tarihleri arasında 87.03 G.T.İ.P. numarasından özel tüketim vergisi beyan edilmesi gerekirken 87.04 G.T.İ.P. numarasından özel tüketim vergisi beyan edilen araçlarla ilgili olarak, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemler için özel tüketim vergisi tarhiyatı yapılmaz, daha önce yapılan tarhiyatlardan

vazgeçilir, tahakkuk eden tutarlar terkin edilir. ***Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez.***"

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi'nin İçtüzüğünün 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, Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla 13.1.2011 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- Anlam ve Kapsam

Özel tüketim vergisi (ÖTV), harcamalardan alınan tek aşamalı, dolaylı bir vergi olup Türk Gümrük Tarife Cetvelinde tanımı verilmiş mallar üzerinden bir defaya mahsus olarak alınmaktadır. ÖTV kapsamına giren mallar, Kanun'a ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı listelerde Türk Gümrük Tarife Cetvelinde yer alan Gümrük Tarife İstatistik Pozisyon (G.T.İ.P) numaraları itibariyle tespit edilmiştir. Listelerde yer alan her mal için ayrı G.T.İ.P. numarası belirlenmiş, yanında malın ismi ve vergi oranı yazılmıştır.

4760 sayılı Kanun'a ekli (II) sayılı listede kayıt ve tescile tabi olan ve olmayan kara, hava ve deniz taşıtları yer almaktadır. (II) sayılı listede, 87.03 tarife pozisyonunda binek otomobilleri ve insan taşımak için imal edilmiş diğer motorlu araçlar; 87.04 tarife pozisyonunda ise kayıt ve tescile tabi olmak koşuluyla eşya taşımaya mahsus motorlu taşıtlar vergilendirilmektedir.

Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli listelerde yer alan tarife pozisyon numaraları ve içeriklerinin değiştirilmesi mümkündür. Pozisyon numaralarının veya içeriklerinin değiştirilmesi, bazı malların tarife kapsamına girmesi bazı malların ise kapsam dışında kalması veya bazı malların vergi oranlarının değişmesi sonucunu doğurmaktadır.

Yasa çıkarılmadan tarife pozisyonu ve içeriklerinde yapılan değişiklikler bazı araçların vergi oranlarının yükselmesine neden olduğundan, 5398 sayılı Özelleştirme Uygulamalarının Düzenlenmesine Ve Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda Ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 28. maddesiyle, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli listelerde değişiklik yapılarak (II) sayılı listedeki 87.03 ve 87.04 Gümrük Tarife İstatistik Pozisyonlarındaki araçlar ile bu araçlara uygulanacak ÖTV oranları yeniden düzenlenmiştir.

5838 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı içeren geçici 3. maddesinde de 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanunu'na ekli (II) sayılı listede yer alan ve 1.8.2002-21.7.2005 tarihleri arasında 87.03 G.T.İ.P. numarasından özel tüketim vergisi beyan edilmesi gerekirken 87.04 G.T.İ.P. numarasından özel tüketim vergisi beyan edilen araçlarla ilgili olarak, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemler için özel tüketim vergisi tarhiyatı yapılmayacağı, daha önce yapılan tarhiyatlardan vazgeçileceği, tahakkuk eden tutarların terkin edileceği kuralına yer verilmiştir.

Sözü edilen geçici 3. madde, ikmalen yapılan ek tarhiyatlara yönelik olup mükelleflerin beyanlarına göre belirlenen asıl vergiyi kapsamamaktadır. Madde ile ek vergi tarhiyatları kaldırıldığından bunlara bağlı olarak kesilen vergi cezaları da kendiliğinden kalkacaktır. Hakkında henüz ek tarh ya da tahakkuk işlemi yapılmamış ya da yapılmış ancak **tahakkuk eden** vergiyi henüz ödememiş olan mükellefler ise ek vergi ödemesi yapmayacaktır. 3. maddenin iptali istenilen *"Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez."* cümlesi ile beyana göre tarh edilen asıl vergi haricinde sonradan ikmalen uygulanan ek vergilendirme işleminde tarh ve tahakkuk aşaması geçilerek tahsili gerçekleştirilen tutarların red ve iade edilmeyeceği öngörülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, geçici 3. madde ile devletin egemenlik gücüne dayanarak vergiden vazgeçtiği, yeni tarhiyatların yapılmadığı, yapılanların terkin edildiği ancak maddenin iptali istenilen cümlesi ile daha önceden tarh ve tahakkuk aşamasını geçip tahsil edilen vergilerin iadesine engel olunduğu, zamanında vergi yükümlülüğünü yerine getiren ile getirmeyen, incelemeye dayalı olarak yapılan tarhiyatlarda hakkında incelemeye başlanılan ile başlanılmayan, tahakkuk eden vergileri zamanında ödeyen ile ödemeyenler arasında eşitlik ilkesine aykırılık oluştuğu, hukuka uygun davranan mükelleflerin korunması gerektiği halde Kanun hükmü ile fazladan mali yük altında bırakılarak bir anlamda cezalandırıldığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında 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 ayrı 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 ihlâl edilmiş olmaz.

Vergi, devletin egemenlik gücüne dayanarak kamu giderlerine katılımı sağlamak amacıyla kişilerden aldığı ekonomik değerdir. Gerçek veya tüzel kişilerden mali güçlerine göre hukuksal zor altında ve karşılıksız olarak alınır. Vergi sisteminin, ilkeleri, kuralları ve unsurlarıyla istikrarlı ve düzenli olması ve bu düzenin korunması asıl olup, yasa koyucu da anayasal ilkeler çerçevesinde bunu sağlamakla ve kurallarını koymakla yükümlüdür. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa ve vergi hukukunun temel ilkelerine bağlı kalarak, kamu yararı ve kamu düzeni gibi nedenlerle yeni vergi koyabilir, oranlarını değiştirebilir veya kaldırabilir.

Anayasa ve yasalarla kamu giderlerinin karşılanabilmesi için herkese bir ödev olarak öngörülen vergi ödeme yükümlülüğünün, zamanında ve eksiksiz

yerine getirilmesi gerekir. Ancak, devletin de üzerine düşen görevi yerine getirmesi gerektiği açıktır. Devletin vergilendirme yetkisi, vergide yasallık, eşitlik, mali güç ve genellik gibi kimi anayasal ilkelerle sınırlandırılmıştır.

İptali istenilen kuralın yer aldığı geçici 3. maddeye göre, 4760 sayılı Özel Tüketim Vergisi Kanununa ekli (II) sayılı listede yer alan ve 1.8.2002 – 21.7.2005 tarihleri arasında 87.03 G.T.İ.P. numarasından beyan edilmesi ve ödenmesi gereken özel tüketim vergisinde tartışma bulunmamaktadır. Mükellefler, belirtilen tarihler arasında vergiye tabi olan araçların tanımlanmasında esas alınan ölçütlerin değiştirilmesi nedeniyle, 87.04 G.T.İ.P. numarasından diğer bir anlatımla yanlış tarife pozisyonundan özel tüketim vergisi beyanında bulunmuş ve buna göre vergileri tarh ve tahakkuk ettirilerek tahsil edilmiştir. Geçici 3. madde, 87.03 G.T.İ.P. numarasından beyan edilmesi ve ödenmesi gerektiği halde 87.04 tarife pozisyonundan beyan edilen araçlarla ilgili bu beyana göre tarh veya tahakkuk edilmiş vergi dışında ek vergi tarhiyatının yapılmayacağını, daha önce yapılanlardan vazgeçileceğini, tahakkuk eden tutarların ise terkin edileceğini öngörmüş ancak fazlaya ilişkin olarak tarh, tahakkuk aşaması geçilerek tahsil edilen tutarların red ve iade edilmeyeceğini belirtmiştir. Düzenlemeyle, hukuksal olarak aynı durumda olan mükellefler arasında zamanında ödeme yapan ile yapmayan arasında olumsuz bir fark yaratılmaması gerektiği halde, vergisini ödeyenin aleyhine ve eşitlik ilkesine aykırı şekilde fark oluşturulmuştur.

Açıklanan nedenlerle itiraza konu kural, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır; iptali gerekir.

VI- SONUÇ

18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un Geçici 3. maddesinin "Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM

Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/17
Karar Sayısı : 2011/171
Karar Günü : 22.12.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri M. Akif HAMZAÇEBİ ile Muharrem İNCE

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin, 6086 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen;

1- (1) numaralı fıkrasında yer alan **"…altı aydan iki yıla kadar…"** ibaresinin,

2- (2) numaralı fıkrasında yer alan **"…üç aydan bir yıla kadar…"** ibaresinin,

Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 4.2.2011 tarihli dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"II. GEREKÇE

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinde 6086 sayılı Yasayla yapılan değişiklikte yer alan ve dava konusu bölümlerin, aşağıda gerekçesi açıklandığı üzere, Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırılığı söz konusudur.

Anayasanın 2 nci 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda hukuk devletinde yasa koyucu yalnız yasaların Anayasaya değil, Anayasanın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Hukukun temel ilkleri arasın da yer alan eşitlik ilkesine ise Anayasanın 10 uncu maddesinde yer verilmiştir. Buna göre yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar arasında 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 çiğnenmesi yasaklanmıştır.

"Yasa koyucu Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerinde öngörüldüğü üzere Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına almak zorunda olduğu gibi, toplumsal ve siyasal yapıyı korumak amacıyla da bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamak suretiyle suç yaratabilir. Yasa koyucu bu çerçevede suç yaratırken koruma yükümünün gerekleriyle bağlı oldu gibi, yaratılan suçla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı durumda 13 üncü maddedeki kayıtlara bağlıdır. Yaratılan suçlara uygulanacak ceza miktarı da Anayasanın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ceza hukukunun ana ilkeleri ile ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Bu nedenle Yasa koyucunun ceza politikasının, öncelikle Anayasanın 2 nci maddesinde nitelikleri, 5 inci maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine ve 38 inci maddedeki güvencelere uygun olması gerekir. Bu doğrultuda ceza önlemiyle toplumsal barışı amaçlayan Anayasa, suçların niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi gözeterek ne miktar ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne yolda uygulanacağının saptanmasını yasa koyucuya bırakmıştır.

Yasaların kamu düzeninin kurulması ve korunması kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir." (AYMK. 27.09.2006 tarihli, E.2004/63, K.2006/94).

Kamu görevi ile görevlendirilen kişi, bu kamu faaliyetinin yürütülmesi sırasında, görevinin gerekli kıldığı yükümlülüklere uygun hareket etmek zorundadır. Kamu düzeni ve yararını gözeten kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik, gerek liyakatlilik açısından adalet ve ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda toplumda hakim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir.

Kamu görevinde, kişilerin mağdur olmaması, kamunun zarara uğratılmaması, görevi kötüye kullanılarak kişilerin haksız kazanç ve menfaat sağlamamaları esastır. Bu esas, yaptırım yoluyla caydırıcılık ilkesine bağlı olarak ceza hukukunun da konusunu oluşturmuş, Türk Ceza Kanununda görevi kötüye kullanma suçu kabul edilmiştir. Bu nedenlerle gerek yürürlükten kalkan 765 sayılı eski Ceza Kanununun 240 ıncı maddesinde yer alan, gerekse 5237 sayılı yürürlükteki Ceza Kanununun 257 nci maddesinde yer alan düzenlemelerde görevi kötüye kullanma suçunun cezası olarak bir yıldan üç yıla kadar hapis aynen korunmuştur. 5237 sayılı Yasa, önceki ceza yasasını yürürlükten kaldırarak yenilerken, bütünsel bir yaklaşımda hazırlanarak yasalaştığından, görevi kötüye kullanma suçunun cezasının farklılaştırılmayarak korunması, suç ve ceza politikası bakımından önem arz etmektedir.

Ancak, 6086 sayılı Kanunda;

Yüklendiği kamu görevinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilerin mağduriyetine, kamunun zararına sebep olan, kişilere haksız kazanç sağlayan kamu görevlisine verilecek ceza alt sınırı bir yıldan altı aya, üst sınırı üç yıldan iki yıla indirilmektedir.

Yine aynı şekilde yürürlükteki Ceza Kanununun 257 nci maddesinin ikinci fıkrasında, bir kamu görevlisinin kişilerin mağduriyetine sebep olması, kamunun zararına sebep olması, ya da kişilere haksız kazanç sağlaması "görevin gereklerini yapmakta ihmal ve gecikme göstermek" suretiyle gerçekleşirse mevcut düzenlemedeki altı aydan iki yıla kadar olan hapis cezası, Yasayla üç aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak değiştirilmiştir.

Görevi kötüye kullanma suçu, ceza hukuku içindeki yapısıyla, önceki ve yürürlükteki Türk Ceza Yasalarının, memuriyet görevinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen özel nitelikteki suçlara ilişkin ceza kuralları dışında, özel olarak düzenlenen suçlar dışında kalan genel bir suçtur. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği gibi, Yasakoyucu bu düzenleme ile Türk Ceza Kanunu'nda özel olarak yer verilen zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, keyfi muamele gibi suçlar dışında kalan görevi kötüye kullanmaların da cezasız bırakılmasını önlemek istemiştir. Burada, suçun maddi unsuru görevin kötüye kullanılmış olmasıdır. "Memurların görev ve yetkileri ile bunların nitelikleri, sınırları, gerekleri, yürütülen kamu hizmetini düzenleyen mevzuatta gösterildiğinden her davada memurun, bu mevzuatla çizilen sınırları aşıp aşmadığı saptanarak, görevi kötüye kullanma suçunun maddî unsuru belirlenecektir. Bunun yanı sıra, kuşkusuz suçun oluşmuş sayılabilmesi için failin memur olması, eylemin memurun göreviyle ilgili bulunması ve manevi bakımdan kastın varlığı gibi suçun diğer unsurları da aranacaktır" (AYMK. 21.11.2002 günlü, E.2001/332, K.2002/106). Görevin genel nitelikte kötüye kullanılmasını nitelendiren, görevi kötüye kullanma suçunun, kamu düzeni, yararı ve güvenliği yönlerinden önemi yadsınamaz.

257 nci madde kapsamındaki suça yönelik olarak, düzenlenmiş fezleke, açılmış, sürmekte olan veya kararı çıkmış davalar bulunmaktadır. 6086 sayılı Yasanın sürmekte olan soruşturma, kovuşturma ve davalara etki edeceği ve bu soruşturma, kovuşturma ve davalardaki kişilerin lehine çıkarıldığı, böylece Yasanın amacının kamu yararını ve geneli koruma yerine belirli kişileri korumaya yönelik olduğu kamuoyunda tartışma konusu olmuş, Yasaya güven daha baştan sarsılmıştır.

Yasa ile TCK 257 nci maddede düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun cezasının üst sınırı 2 yıla çekilmek suretiyle "hükmün açıklanmasının geriye bırakılması" olanağı getirilmiş olmaktadır. Ayrıca yine TCK'nın Hapis Cezasının Ertelenmesi başlıklı 51 inci maddesindeki düzenlemeye göre "işlediği suçtan dolayı 2 yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir". Bu şekilde cezanın üst sınırı 2 yıla çekilmek suretiyle verilecek olan cezalar "erteleme" kapsamına da sokulmaktadır. Aynı zamanda, 257 nci maddenin birinci fıkrasındaki ceza üst sınırının indirilmesinin yanı sıra, alt sınır da yarı oranda indirilmiş, maddenin ikinci fıkrasında da alt ve üst sınırlar yarı oranda indirilmiştir. Cezalarda indirim yapan bu değişiklikle birlikte, verilmiş olan cezaların infazı önlenecektir.

Yapılan değişikliklerin, ceza hukuku yönünden özellikleri ve etkisi, ertelemenin yanı sıra zamanaşımı yoluyla yargılamayı ortadan kaldırma yönünden daha da önemli hale gelmektedir.

Lehe kanunun tespitinde iki temel ölçüt vardır. Bunlardan ilki 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9 uncu maddesinde belirtilen husus, diğeri de karma uygulama yasağıdır.

5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9 uncu maddesi, lehe kanunun belirlenmesinde en önemli düzenlemedir. Kanunun 9/3 maddesine göre, lehe olan hüküm, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri olaya uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbirleriyle karşılaştırılması suretiyle belirlenir.

Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 9 uncu maddesinde ayrım yapılmaksızın "önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri"nden bahsedildiğine göre lehe kanunun tespitinde "önceki kanunlar" ve "sonraki kanunlar" blok olarak karşılaştırılacaktır. Başka bir deyişle sadece ceza açısından değil cezanın infazı açısından da kanunlar arasında karşılaştırma yapmak gerekecektir. Doktrin ve yargı kararları da aynı görüşe işaret etmektedir. Nitekim 5237 sayılı TCK'nın 7/3 maddesi, erteleme, koşullu salıverme ve tekerrürü derhal uygulama kuralı dışında tutarak, lehe kanun uygulanmasında göz önüne alınması gereken bir düzenleme olarak belirlemiştir.

Yüksek yargı kararlarına göre de, sanık hakkında lehe olan yasa tüm hükümleriyle birlikte olaya uygulanmalı, lehe olan yasanın belirlenmesi ve uygulanması sırasında içtima ve infaz hükümleri de dikkate alınmalıdır. (YCGK. 21.02.1994, 7 - 36/61 kararı, YKD Mayıs 1994), (YCGK. 30.03.2004, 46/78; Y.1.CDK. 15.03.2006, 4653/683). İki yasa arasındaki fark, yalnız ceza bakımından değil, başka bakımlardan da olabilir. Nitekim örneğin, önceki yasa cezanın ertelenmesini olanağını kabul etmediği halde, sonraki yasa bu olanağı tanıyabilir. (Artuk Mehmet Emin - Gökçen Ahmet - Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s.216).

"... Her iki kanun, sorumluluğu veya cezayı etkileyecek erteleme, tekerrür, cezanın ağırlaştırılmasını veya azaltılmasını gerektiren nitelikli haller veya kovuşturma şartları bakımından farklı ise, somut olayda en lehe

sonuç veren kanun, lehe kanundur... (Öztürk Bahri - Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Ankara, 2005, s. 86). Resen kovuşturulan suçu, şikayete bağlı suç haline getiren, zamanaşımı süresini kısaltan yasa lehte yasadır. (Centel Nur - Zafer Hamide - Çakmut Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul, 2005, s. 103; Özbek V. Özer, TCK İzmir Şerhi, Ankara, 2005, s. 183).

Cezaların alt ve üst sınırlarındaki değişikliğe göre ise alt sınırları aynı, üst sınırları farklı olan cezalarda üst sınırı az olan, üst sınırları aynı alt sınırları farklı olan cezada alt sınırı az olan, üst ve alt sınırları birbirinden farklı ise somut uygulamaya göre belirlenecek ceza lehedir. (YCGK. 31.01.2006, 10 - 10/8, YKD Haziran 2006; Centel - Zafer - Çakmut, s. 103; Öztürk - Erdem, s. 85; Özbek, s. 185). "...Bir suçun işlendiği zamanki yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasa birbirinden farklı olduğu taktirde sanık hakkında lehe olan yasa tüm hükümleriyle birlikte olaya uygulanmalıdır. Her iki yasanın sadece lehe olan hükümleri alınıp uygulanamaz." (YCGK. 21.02.1994, 7-36/61, YKD Mayıs 1994).

"...Önceden verilip kesinleşmiş bulunan mahkumiyetlerin infazı sırasında da sonradan yürürlüğe giren lehteki hükümlerin uygulanacağı açıktır." (YCGK4.10.1993, 9-185/224)

5728 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kesinleşmiş hükümlerle ilgili olarak anılan yasanın geçici 1/2 inci maddesinde "Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten önce kesinleşmiş ve infaz edilmekte olan mahkûmiyet kararları hakkında, lehe kanun hükümleri, hükmü veren mahkemece 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 98 ilâ 101 inci maddeleri dikkate alınmak ve dosya üzerinden incelenmek suretiyle belirlenir. Ancak, hükmün konusunun herhangi bir inceleme, araştırma, delil tartışması ve takdir hakkının kullanılmasını gerektirmesi halinde inceleme, duruşma açılmak suretiyle yapılabilir." şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

Lehe olan kanun uygulamasının sadece ceza miktarları değil, suçun unsurları, takdiri hafifletici nedenler, erteleme, temel cezanın tespiti, cezanın bireyselleştirilmesi ve dava zamanaşımı hükümleri hakkında 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 5237 sayılı Türk Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerinin karşılaştırılması, duruşmalı yapılacak incelemeyle işin esasına da girilerek sonuca varılması gerekmektedir. Lehe olan kanunun tespiti ve uygulaması aşamasında daha önce kesinleştiği ileri sürülen hükmün kesinliği ortadan

kalkmakta, yeniden doğan yargı aşamasına dönülmekte, davanın esasına girilmek suretiyle yeni bir karar oluşturulması gerekmekte ve bu karara karşı temyiz yolunun açık olduğu kabul edilmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük Kanunu olan 5252 Sayılı Kanunun 10 uncu maddesi uyarınca daha önce kesinleşmiş mahkumiyet hükmü olsa bile, kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün infazının ertelenmesi veya eğer başlanmışsa durdurulmasının gerekmekte ve bu konuda tartışmaya yer vermeyecek şekilde açık kanun hükmünün bulunmaktadır. Dolayısıyla TCK madde 257'de yer alan "görevi kötüye kullanma" suçu nedeniyle hakkında daha önce hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verilen kimseler açısından da yeni düzenleme lehe hüküm olarak değerlendirilecek ve ilgili madde son düzenlemesi ile uygulanacaktır. Bu durumda, mevcut yargı sisteminin işleyişi göz önüne alındığında ceza zamanaşımının dolması yüksek bir olasılık olarak ortaya çıkmaktadır.

Önceki ve sonraki yasalar karşılaştırılarak sanık lehine olan hükmün uygulanacağına dair ceza hukukunun genel prensibi gereğince Yargıtay'da temyiz aşamasında bulunan davalar, dosyaların sanıklar yararına olan yasa hükmünün yeniden saptanması bakımından yerel mahkemelere geri gönderilmekte ancak, yerel mahkemelere gönderilen dava dosyalarının bu mahkemelerce tekrar karara bağlanıp yeniden temyiz incelemesine alınma süresi Yargıtay'ın ağır iş yükü nedeniyle 3 yıla kadar uzayabilmektedir. Özellikle 01.06.2005 tarihinden önce işlenen ve temel olarak 5 yıl, uzamış 7,5 yıllık zamanaşımı süresine tabi bulunan suçlara ilişkin olarak lehe uygulama için mahalline gönderilen dava dosyalarının da ceza zamanaşımına uğraması kaçınılmazdır. 6086 sayılı Yasayla yapılan, ceza alt ve üst sınırlarındaki indirim, bu yönüyle aklanma anlamına gelmekte olup adil yargılanma hakkını ihlal eden bir sonuç yaratmakta, hukuk devletinin olmazsa olmazı "yargı" denetimi işlevsiz hale getirilmektedir.

257 nci maddedeki cezaların indirilme gerekçesi makul ve haklı bir nedene dayanmamaktadır. Değişiklik gerekçesinde, "ayrıca, pek çok ülke ceza kanunlarında genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak görevi kötüye kullanma suçuna yer verilmemiştir. Yeni Türk Ceza Kanununda ise, izlenen suç siyaseti gereğince, genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak, görevi kötüye kullanma suçu tanımına yer verilmiştir. Ancak, bu suç için öngörülen ceza miktarları yüksek olmuştur. Aynı Bölümde yer alan suçlar arasındaki dengeyi sağlamak için, bu suça ilişkin ceza miktarlarında indirim yapılması gereği ortaya çıkmıştır"

denilmiştir. Suç ve ceza arasındaki dengenin, her suçun kendi niteliğiyle değerlendirilmesi gerekirken, "aynı bölümde yer alan suçlar arası denge" gerekçesiyle cezaların indirilmesi, bu indirimin ceza yasası yürürlüğe girdikten sonra yapılması, ne aynı bölümdeki bütünlükle ne de hukuk devleti ilkeleriyle örtüşmemektedir.

Cezanın alt ve üst hadlerine dair yapılması öngörülen indirimler neticesinde gerek halen yargılaması devam eden gerekse yargılaması neticelenmiş ve infaz aşamasına gelmiş/infazına başlanmış suçlar açısından erteleme veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması müesseselerinin söz konusu olabileceği dolayısıyla da görevi kötüye kullanma suçunun ve giderek yolsuzluğun teşvik edildiği ve ceza adaleti açısından olumsuz sonuçlar doğmasına neden olunabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin ceza hadleri açısından yapılacak indirimle genel olarak kanunların genelliği ve soyutluğu ilkesine aykırı kanunlaştırmaya neden olunmuştur.

Ceza hukukunda, cezaların amaçlarından bir tanesi ve en önemlisi kuşkusuz kanunda suç olarak belirlenen fiillerin işlenmesinin engellenmesi, yani caydırıcılığıdır. Bu nedenle suç ile ceza arasında mutlak suretle bir orantı olmalıdır. Kamu görevi yapmakta olan kişilerin de, kanunda suç olarak sayılan fiilleri işlememesi için, caydırıcı ve orantılı bir cezanın olması kaçınılmazdır. Türkiye'de "görevi kötüye kullanma" suçu çok sık işlenen bir fiildir ve bu fiilde azalma da gözükmemektedir. Bu nedenle, bu suçun cezasında indirime gitmek, hukuka ve nesnelliğe aykırı olacak, amaçla araç arasındaki ölçü bozulmuş olacaktır.

Haklı bir neden yokken, ceza hukukunun genel bütünlüğü içinde belirlenmiş bir cezanın alt ve üst sınırı indirilerek, suç ve ceza arasında var olması gereken adil denge bozulmakta, hukuka ve yargıya güven sarsılmaktadır. Suçlar için değişik cezalar öngörülürken, bu suçlara verilecek cezalardan beklenen hukuksal yararın göz önünde bulundurulması gerekir. Suç ve ceza arasındaki dengeyi bozan düzenleme yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kabul edilemeyeceğinden hukuk devletine aykırılık oluşturacaktır.

Öte yandan, değişik 257 nci maddenin uygulamaya geçirilmesiyle, yargılaması gecikerek zamanaşımına uğrayanlarla, yargılaması gecikmeyenler ve davası ceza uygulamasıyla sonuçlananlar arasında da Anayasanın 10 uncu maddesindeki "eşitlik" ilkesi zedelenmiş olacaktır.

Açıklanan nedenlerle, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257. maddesinin; (1) numaralı fıkrasının, 6086 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilen "altı aydan iki yıla kadar" bölümü ile (2) numaralı fıkrasının, 6086 sayılı Kanunun 1.i maddesi ile değiştirilen "üç aydan bir yıla kadar" bölümü, Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Hukuk devletine aykırı olan, temel hak ve özgürlükleri ölçüsüzce sınırlandıran ve Anayasaya açıkça aykırı olan bir düzenlemenin, uygulanması halinde, sonradan giderilmesi olanaksız zararlara yol açacağı çok açıktır.

Öte yandan, anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde sübjektif 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.

Anayasanın hükümlerine açıkça aykırılık taşıyan ceza düzenlemesinin uygulamaya geçmesi durumunda, evrensel hukuk ilkeleri, zamanaşımı ve eşitsiz ceza uygulaması nedenleriyle telafisi imkansız zararlar doğacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen bölümlerin, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV- SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 26.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin;

a) (1) numaralı fıkrasının, 08.12.2010 tarihli ve 6086 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile değiştirilen "altı aydan iki yıla kadar",

b) (2) numaralı fıkrasının, 08.12.2010 tarihli ve 6086 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile değiştirilen "üç aydan bir yıla kadar" bölümlerinin;

Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olduklarından, iptallerine, Anayasaya açıkça aykırı olmaları 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

8.12.2010 günlü, 6086 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değiştirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun dava konusu ibareleri de içeren 257. maddesi şöyledir:

"(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi **altı aydan iki yıla kadar** hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan hâller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi **üç aydan bir yıla kadar** hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İrtikâp suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 24.2.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sının 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.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin, 8.12.2010 günlü, 6086 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen;

1- (1) numaralı fıkrasında yer alan "… altı aydan iki yıla kadar …" ibaresine,

2- (2) numaralı fıkrasında yer alan "… üç aydan bir yıla kadar …" ibaresine,

ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 24.2.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

V- 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, haklı bir neden yokken, ceza hukukunun genel bütünlüğü içinde belirlenmiş bir cezanın alt ve üst sınırları indirilerek, suç ve ceza arasında var olması gereken adil dengenin bozulduğu, hukuka ve yargıya güvenin sarsıldığı, bu durumun yasa koyucunun takdir yetkisi içinde kabul edilemeyeceği; önceki ve sonraki yasalar karşılaştırılarak sanık lehine olan hükmün uygulanacağına dair ceza hukukunun genel prensibi gereğince, Yargıtay'da temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarının ceza zamanaşımına uğrayabileceği, 6086 sayılı Kanun ile cezaların alt ve üst sınırlarında yapılan indirimin bu yönüyle aklanma anlamına geldiği, adil yargılanma hakkını ihlal eden bir sonuç doğurduğu ve yargı denetimini işlevsiz hale getirdiği belirtilerek, bu maddenin uygulamaya geçirilmesiyle, yargılaması gecikerek zamanaşımına uğrayanlar ile yargılaması gecikmeyen ve davası ceza uygulamasıyla sonuçlananlar arasında eşitlik ilkesinin ihlal edildiği gerekçeleriyle dava konusu ibarelerin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen 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 ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Bu bağlamda, hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara ne tür ve hangi ölçüde cezai yaptırım uygulanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarında hüküm altına alınan suçların karşılığı olan hapis cezalarının alt ve üst sınırlarında

indirim yapılmasında Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle iptal konusu ibareler, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptal konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin, 8.12.2010 günlü, 6086 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen;

1- (1) numaralı fıkrasında yer alan "… altı aydan iki yıla kadar …" ibaresinin,

2- (2) numaralı fıkrasında yer alan "… üç aydan bir yıla kadar …" ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/7
Karar Sayısı : 2011/172
Karar Günü : 22.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Gaziantep Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.12.1960 günlü, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen geçici 73. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesi kapsamında gelir vergisi stopajı teşvikinden eksik yararlandırılan tutarın iadesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İtiraz konusu hüküm Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 'Cumhuriyetin Nitelikleri' başlıklı 2. maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirlenen temel ilkelere dayanan, demokratik laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, faaliyetlerinde hukuk kurallarına bağlı olan, vatandaşlarına

hukuki güvenlik sağlayan devlet demektir. Vatandaşlarına hukuki güvenlik sağlaması gereken hukuk devleti ilkesinin gereklerinden birisi devlet faaliyetlerinin belirli olmasıdır. Yani, devlet faaliyetlerinin idare edilenlerce önceden belli ölçüde görülebilir olması gerekmektedir. Devlet faaliyetlerinin belirli olmasının yasama organını bağlayan yönleri ise; 'kanunların geriye yürümezliği', 'kazanılmış haklara saygı' ve 'suç ve cezaların kanuniliği' ilkesidir.

Hukuk devletinde vatandaşlar hukuki güvenlik içinde yaşarlar. Bunun için ise, hangi kurallara tabi olduklarını önceden bilmeleri ve davranışlarını ona göre ayarlamaları gerekir. Hukuk devleti ilkesi hukuk kurallarının belirliliği ilkesini gerektirir. Türk hukuk sisteminde belirlilik şartı gerçekleşmiştir. Kanunlar Resmi Gazete'de yayımlanır. Bu şartı taşımayan bir kanun ilgililere uygulanmaz. Keza muhataplarına yükümlülük getiren kanunlar ile mevcut olan hakları kaldıran kanunlar da geriye yürümez.

Bazı illerde vergi ve sigorta primi teşvikleri uygulamak, enerji desteği sağlamak ve yatırımlara bedelsiz arsa ve arazi temin etmek suretiyle yatırımları ve istihdam imkânlarını arttırmak amacıyla Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce kabul edilen ve 06.02.2004 tarihli 25365 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5084 sayılı "Yatırımların ve istihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "Gelir vergisi stopajı teşviki" başlıklı 3. maddesi ile 31.12.2008 tarihine kadar uygulanmak üzere madde kapsamında yatırım yapan yatırımcılar tarafından çalıştırılan işçilere ödenen ücretler üzerinden kesilen ve muhtasar beyanname ile beyan edilerek tahakkuk ettirilen gelir vergisinin yatırımın yapıldığı yere göre tamamının veya %80'inin terkin edilerek doğrudan yatırımcıya teşvik olarak aktarılacağı ve bu teşvikin aynı Kanunun 7. maddesinin (h) bendi ile teşvik kapsamına giren illerdeki yeni yatırımlardan 31.12.2007 tarihine kadar tamamlananlar için 5 yıl, 31.12.2008 tarihine kadar tamamlananlar için 4 yıl, 31.12.2009 tarihine kadar tamamlananlar için üç yıl süreyle uygulanacağı hüküm altına alınmış; bilahare 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 01.01.2008 tarihinden itibaren elde edilecek gelirlere uygulanmak üzere 04.04.2007 tarih ve 5615 sayılı Kanunun 2. maddesi ile değişik 32. maddesinde, ücret geliri elde edenler için asgari geçim indirimi düzenlemesine yer verilerek, maddede öngörülen şekilde hesaplanacak tutarın gelir vergisi matrahından indirim imkânı tanınmıştır.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 01.01.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 06.06.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5766 sayılı Kanunun 8.

maddesiyle eklenen Geçici 73. maddesinde de, 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesi kapsamında gelir vergisi stopajı teşviki uygulanan ücretlerin vergilendirmesinde, öncelikle Kanunun 32. maddesinde yer alan asgari geçim indiriminin dikkate alınacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Bu düzenlemeler uyarınca, 5084 sayılı Yasa ile teşvik kapsamındaki illerde yatırım yapan mükelleflere, çalıştırdıkları işçilerin ücretlerinden kesip beyan ettikleri gelir vergisinin %80'i veya tamamı terkin edilmek suretiyle doğrudan teşvik olarak aktarımı sağlanmışken, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 32. maddesinde yer alan asgari geçim indirimine ilişkin düzenlemenin, gelir vergisi stopajı teşviki uygulanan ücretlerin vergilendirmesinde öncelikle dikkate alınması gerektiği yönündeki aynı Kanunun geçici 73. maddesindeki düzenleme ile dolaylı yoldan (yatırımcıların hesapladıkları gelir (stopaj) vergisi matrahını azaltmak suretiyle) asgari geçim indirimine isabet eden gelir vergisi tutarı kadar gelir (stopaj) vergisi teşviki ortadan kaldırılmaktadır.

Bu nedenlerle, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 01.01.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 06.06.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5766 sayılı Kanunun 8. maddesiyle eklenen Geçici 73. maddesi, hukuk devletinin gereklerinden kanunların geriye yürümezliği ve kazanılmış haklara saygı ilkelerini zedelediği sonucuna ulaşılmakla, söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 01.01.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 06.06.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5766 sayılı Kanunun 8. maddesiyle eklenen Geçici 73. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "Hukuk Devleti" ilkesine aykırı olduğu görüldüğünden iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, kararla birlikte dava dosyasının onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın görüm ve çözümünün geri bırakılmasına, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28'nci maddesi uyarınca, 12.11.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen geçici 73. maddesi şöyledir:

"(1) 29/1/2004 tarihli ve 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesi kapsamında gelir vergisi stopajı teşviki uygulanan ücretlerin vergilendirilmesinde, öncelikle Kanun'un 32 nci maddesinde yer alan asgari geçim indirimi dikkate alınır.

(2) Bu madde hükümlerinin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine 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 ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, 25.2.2010 gününde 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- Anlam ve Kapsam

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen geçici 73. maddesinde, 29.1.2004 günlü, 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 3. maddesi kapsamında gelir vergisi stopajı teşviki uygulanan ücretlerin vergilendirilmesinde, öncelikle Kanun'un 32. maddesinde yer alan asgari geçim indiriminin dikkate alınacağı, bu madde hükümlerinin uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri belirlemeye Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğu belirtilmiştir.

Bazı illerde vergi ve sigorta primi teşvikleri uygulamak, enerji desteği sağlamak ve yatırımlara bedelsiz arsa ve arazi temin etmek suretiyle yatırımları ve istihdam imkânlarını arttırmak amacıyla, 6.2.2004 günlü, 25365 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, 29.1.2004 günlü, 5084 sayılı Yatırımların ve İstihdamın Teşviki ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un "Gelir vergisi stopajı teşviki" başlıklı 3. maddesi ile 31.12.2008 tarihine kadar uygulanmak üzere madde kapsamında yatırım yapan yatırımcılar tarafından çalıştırılan işçilere ödenen ücretler üzerinden kesilen ve muhtasar beyanname ile beyan edilerek tahakkuk ettirilen gelir vergisinin, yatırımın yapıldığı yere göre tamamının veya %80'inin terkin edilerek doğrudan yatırımcıya teşvik olarak aktarılacağı hüküm altına alınmıştır. 18.2.2009 günlü, 5838 sayılı Kanunla teşvik süresi 31.12.2009 tarihine kadar uzatılmıştır. 5084 sayılı Kanunun 7. maddesinin (h) bendi ile de teşvikin, teşvik kapsamına giren illerdeki yeni yatırımlardan 31.12.2007 tarihine kadar tamamlananlar için beş yıl, 31.12.2008 tarihine kadar tamamlananlar için dört yıl, 31.12.2009 tarihine kadar tamamlananlar için üç yıl süreyle uygulanacağı öngörülmüştür.

Gelir vergisi stopajı teşviki, teşvik kapsamındaki illerde, gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin çalıştırdıkları işçilerin ücretleri üzerinden hesaplanan gelir vergisinin, verilecek muhtasar beyanname üzerinden tahakkuk eden vergiden terkin edilmesi suretiyle yapılmaktadır.

193 sayılı Kanun'un 1.1.2008 tarihinden itibaren elde edilecek gelirlere uygulanmak üzere 4.4.2007 günlü, 5615 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değişik 32. maddesinde, ücret geliri elde edenler için asgari geçim indirimi düzenlemesine yer verilerek, maddede öngörülen şekilde hesaplanacak asgari geçim indiriminin gelir vergisi matrahından indirim imkânı tanınmıştır.

İtiraz konusu kurala göre, ücret üzerinden hesaplanan gelir stopaj vergisinden öncelikle asgari geçim indirimi tutarı mahsup edildikten sonra kalan tutar, 5084 sayılı Kanun kapsamında terkine konu edilecektir. Önceki uygulamada, indirimsiz matrah üzerinden gelir stopaj vergisi hesaplanırken, geçici 73. madde, 193 sayılı Kanun'un uygulanmasını öngörerek, bir yandan ücretlilerin matrah farkından kaynaklanan kayıplarını giderirken, diğer yandan teşvik kapsamındaki yatırımcıların teşviklerinde geriye dönük kayba neden olmuştur.

Geçici 73. maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığı tarafından 24.6.2008 günlü, 26916 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 267 Seri No'lu Gelir Vergisi Genel Tebliği ile belirlenmiştir.

5084 sayılı Kanun ile getirilen "gelir vergisi stopajı teşviki" ile işverenlerin teşvik kapsamında olan işçiler için ödeyecekleri gelir vergisi yükü, organize sanayi ve endüstri bölgelerinde faaliyet gösteriyorlarsa tamamen, diğer yerlerde faaliyet gösteriyorlarsa % 80 oranında azaltılmaktadır. Kapsamdaki bütün gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri bu teşvikten yararlanmaktadır. Teşvik uygulamasında, gerekçeye göre, işverenlere, çalıştırdıkları işçilerin ücretleri üzerinden kesilerek tahakkuk eden ve vergi dairesine ödenmesi gereken verginin tamamı veya bir kısmından, istihdamı artırmış olmalarının karşılığı olarak vazgeçilmekte, böylece sağlamış oldukları istihdamın mali yükü azaltılarak istihdamın artırılması teşvik edilmektedir.

5084 sayılı Kanun ile teşvik kapsamındaki illerde yatırım yapan mükelleflere, gelir vergisinin %80'i veya tamamı terkin edilmek suretiyle doğrudan teşvik olarak aktarımı sağlanmışken, 193 sayılı Kanun'un 32. maddesinde yer alan asgari geçim indirimine ilişkin düzenlemenin, gelir vergisi stopajı teşviki uygulanan ücretlerin vergilendirmesinde öncelikle dikkate alınması gerektiği yönündeki aynı Kanun'un geçici 73. maddesindeki düzenleme ile yatırımcıların hesapladıkları gelir vergisi matrahını azaltmak suretiyle asgari geçim indirimine isabet eden gelir vergisi tutarı kadar gelir vergisi stopajı teşviki geriye dönük olarak azaltılmakta ya da ortadan kaldırılmaktadır.

İtiraz konusu kuralın, 5084 sayılı Kanun ile 193 sayılı Kanun uygulamasında ortaya çıkan tereddüdün giderilmesi amacıyla getirildiği, ücretlilerin kaybının önlenmesi için de maddenin 1.1.2008 tarihine kadar geriye yürütüldüğü anlaşılmaktadır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 5084 sayılı Kanun ile teşvik kapsamındaki illerde yatırım yapan mükelleflere, çalıştırdıkları işçilerin ücretlerinden kesip beyan ettikleri gelir vergisinin %80'i veya tamamı terkin edilmek suretiyle doğrudan teşvik olarak aktarımı sağlanmışken, 193 sayılı Kanun'un 32. maddesinde yer alan asgari geçim indirimine ilişkin düzenlemenin, gelir vergisi stopajı teşviki uygulanan ücretlerin vergilendirilmesinde öncelikle dikkate alınması gerektiği yönündeki aynı Kanun'un geçici 73. maddesindeki düzenleme ile yatırımcıların hesapladıkları gelir vergisi matrahının azaltılması suretiyle asgari geçim indirimine isabet eden gelir vergisi tutarı kadar gelir vergisi stopajı teşvikinin geriye dönük olarak ortadan kaldırıldığı, hukuk devletinin gereklerinden kanunların geriye yürümezliği ve kazanılmış haklara saygı ilkelerinin zedelendiği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 5766 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen geçici 73. maddede, 5084 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında gelir vergisi stopajı teşviki uygulanan ücretlerin vergilendirilmesinde, öncelikle 193 sayılı Kanun'un 32. maddesinde yer alan asgari geçim indiriminin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. 5766 sayılı Kanun'un 27. maddesinin (c) bendinde, geçici 73. maddenin, 1.1.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 6.6.2008 günü yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

Kişilere hukuk güvenliğinin sağlanması, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin ön koşullarındandır. Hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesini gerekli kılar. Geriye dönük düzenlemelerle kişilerin haklarının, hukuki istikrar ve güvenlik ilkesi gözetilmeden kısıtlanması hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

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.

Öte yandan, hukuk devletinin hukuk güvenliği ilkesi belirliliği de gerektirir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar.

İtiraz konusu kuralla, yükümlüler için uygulanacak gelir vergisi stopajı teşvik sisteminin geriye dönük olarak değiştirilmesiyle belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ihlal edilmiş; yatırımcı, teşvikli yatırıma başladığında yürürlükte olan kurallar yerine, daha az teşvikten yararlanacağı, yatırımı yaparken bilmediği kurallarla karşı karşıya kalmıştır. 6.6.2008 tarihinden önce başlayan ve bu tarihten sonra da devam eden teşvikli yatırımlar için yasayla geriye dönük olarak açık bir müdahale yapılmıştır.

İktisadi ve teknolojik kalkınma ve istihdam yaratma amacına yönelik teşviklerden biri olan gelir vergisi stopajı teşviki, yükümlülerin belli koşulları yerine getirmeleri halinde yararlanılan bir müessesedir. Gelir vergisi stopajı teşvikinin uygulama yöntemi ile yatırımları teşvik sistemi arasında bağlantı vardır. Ekonomik ve teknik yönden bütünlük; yatırımları özendirmede, istihdam yaratmada, ekonomik kalkınmada önemli bir araç, mali teşvik önlemidir. 5084 sayılı Kanun kapsamdaki yükümlüler, uygulamaya hak kazanmış oldukları gelir vergisi stopaj teşvikini, geçici 73. maddeden önceki düzenlemeyi bilerek yatırım yapmış veya yatırıma başlamışlardır.

Geçici 73. madde 6.6.2008 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmış, 5084 sayılı Kanun kapsamındaki yatırımcılar gelir vergisi stopajı teşviki sisteminde öncelikle asgari geçim indiriminin uygulanacağını, bu uygulamanın da 1.1.2008 tarihine kadar geriye yürütüleceğini, 6.6.2008 tarihinde öğrenmişlerdir. Ücretlilerin asgari geçim indiriminden kaynaklanan hakları korunurken, yatırımcı mükelleflerin teşvik hakları korunmamış, geçmişte başlayan yatırım teşvikleri geriye dönük olarak azaltılmıştır. Kanun'un yayımı tarihinden öncesine yönelik bir düzenleme getirmesi, bu tarihten önce yatırıma başlayan yükümlülerin öngöremeyecekleri şekilde, aleyhlerine sonuç doğurmuştur.

Geçici 73. maddeyle 6.6.2008 tarihinden önce başlayan ve devam eden yatırımlar için yeni bir teşvik hesaplama yöntemi getirilmiş olması, bu kapsamdaki yükümlüler yönünden hak kayıplarına yol açabilecek ve yatırım sahiplerinin hukuki güvenliklerini ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır. Yeni teşvik hesaplama yönteminin, bu yöntemin öğrenildiği 6.6.2008 tarihinden önceki yatırımlara uygulanması, kamusal yetkinin kullanılmasında herkesi eşit biçimde kapsamına alarak öngörülebilir olmasını sağlamakla yükümlü hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, 6.6.2008 tarihinden önce 29.1.2004 günlü, 5084 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında yatırıma başlayarak gelir vergisi stopajı teşvikinden faydalanması gereken mükellefler yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- SONUÇ

31.12.1960 günlü, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'na 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen Geçici Madde 73'ün, 6.6.2008 tarihinden önce 29.1.2004 günlü, 5084 sayılı Kanun'un 3. maddesi kapsamında yatırıma başlayarak gelir vergisi stopajı teşvikinden faydalanması gereken mükellefler yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/97
Karar Sayısı : 2011/173
Karar Günü : 22.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Karabük 2. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesinin üçüncü fıkrasının "*Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10000, diğerleri için 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının oniki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır*" bölümünün Anayasa'nın 10. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Hazine avukatı olarak görev yapmakta olan davacının katıldığı davalardan ve icra takiplerinden elde edilen vekâlet ücretinin, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince uygulanan limit nedeniyle, ödenmeyen kısmının ödenmesi istemiyle açılan alacak davasında Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme itiraz konusu kuralın iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı tarafın iddiası:

Davacı mahkememize sunmuş olduğu dava dilekçesinde özetle; halen

Karabük Defterdarlığı Hazine Avukatlığında 5 yıldır Hazine Avukatı olarak görev yaptığını, her sene Avukatlık Ücreti limiti üzerinde yasal avukatlık ücreti tahsil etmelerine rağmen, tarafına özel Kanun olan 1136 sayılı Yasanın 164. maddesine ve yine Anayasa'nın eşitlik düzenlemesini öngören 2. maddesine aykırı olan 657 sayılı DMK'nın 146. maddesi ve bu Yasanın uygulanmasına dair ilgili Yönetmelik hükümlerine göre limit sınırlaması getirilerek yasal alacağının eksik ödendiğini, bu sebeple dava konusu olayı ayrıntılı izahla söz konusu alacağını hüküm altına alınmasını teminen öncelikle limit sınırlamasını öngören ve memur avukatlara uygulanan 1136 sayılı en yeni tarihli ve özel Yasanın 164. maddesiyle çelişen ve yine Anayasa'nın eşitlik düzenlemesini öngören 2. maddesine, 10., 35. ve 55. maddelerine aykırı olan 657 sayılı DMK'nın 146/3. fıkrasının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasını talep ettiğini,

Zamanla yurdun her yerinde, toplumda ekonomik ve sosyal ilişkilerde görülen gelişmelere paralel olarak Devlet Hazinesini ilgilendiren birçok uyuşmazlıklar sayıları gittikçe artarak, mahkemelere intikal etmiş, son yıllarda DSİ, SHÇEK, Tarım Reformu Gen. Md., Petrol İşleri Gen. Md., KGM gibi özel bütçeli dairelerin genel bütçe kapsamına alınmasıyla daha da Devletin vatandaşıyla uyuşmazlık dosya sayıları arttığını genel bütçe konusuna giren bu davaların, Hazine Avukatlığından önce, mukavele ile tutulan veya ücretle çalıştırılan ve aynı zamanda başka yurttaşların davasını da alan serbest avukatlar eliyle takip edildiğini, zamanla, davaları kaza mercileri önünde ve icra dairelerinde bu koşullar altında yürüten avukatların çalışmaları ve sorumluluk anlayışları çok kez yeterli görülmemeğe başlandığını, ayrıca, devlete ait dâvaların açılmasında ve kovuşturulmasında bir kısım kanunî kayıtların yarattığı zorlukları da ortadan kaldırmak gerektiğini, tümüyle dışarıdan alınacak hukuk (avukatlık) hizmeti ile hukuk hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesinin mümkün olmadığını, çünkü içerdeki hukukçu (evin hukukçusu), nezdinde görev yapılan kuruluşun hafızasını bilen ve ihtiyacı en iyi değerlendirebilecek olan hukukçu olduğunu, içerdeki hukukçunun bilgi ve tecrübesinin yetmemesi halinde ise, dışarıdan uzman hukukçu (avukat) yardımı almak gerekeceğini, bu nedenlerle yeni bir kuruluşa gitmek, Hazine Avukatlığını, Maliye Bakanlığı kadrosunda, devlet memurları statüsü içinde, memleket ihtiyaçlarını karşılayacak ve Hazine Avukatlığı görevine atananları serbest hayattaki kazançlarından vazgeçirtecek, onların serbest çalışma eğilimini önleyecek biçimde genişletmek gerektiğinden bahisle, Hazine Avukatlığı kadrosu ihdas edildiğini, böylece de Hazine Avukatları, Devlet Memurları Statüsü içine alınarak, Hazine Avukatlığı memur avukatlık şeklinde bir meslek haline getirildiğini, 178 sayılı KHK ve 4353 sayılı Kanun

hükümleri ile temsil/tevkil tekeli öngören gerekçesi karşısında genel bütçeli idareleri avukat sıfatıyla temsil yetkisinin münhasıran Hazine Avukatlarına ait olduğunu, 13.12.1983 gün 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2. maddesi ile Devletin hukuk danışmanlığını ve muhakemat hizmetlerini yapmak görevi Maliye Bakanlığı'na verildiği; 8. maddesinde de, Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü'nün bu Bakanlığın ana hizmet birimlerinden olduğu belirtildiğini, bu düzenlemelere göre; Hazine Avukatları genel bütçe içindeki kamu kurum ve kuruluşlarını her tür ve derecedeki yargı ve icra mercileri ile hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsil ettiklerini 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez Vilayetler Kadrolarına Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanunun 1., 2. ve diğer madde hükümleri ile gerekçesinde açıklandığı gibi, Devleti adli, idari ve cezai davalarda temsil ve takip etmek üzere Hazine Avukatlığı sınıfı ihdas edilmiş; 22'nci maddeye göre de, idari davalarda temsil yetkisi Hazine Avukatlarının yanında daire âmirleri, hukuk müşavirleri ve ilgili şube müdürlerini kapsayacak şekilde genişletildiğini, anılan 4353 sayılı Kanunda da, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ile Muhakemat Genel Müdürlüğünün merkezdeki vazifeleri 2'nci maddenin C bendinde; "Bakanlıklara ve genel muvazene içindeki diğer dairelere ait her türlü hukuk ve ceza davaları ile icra işlerini, ait olduğu makam ve mercilerde işlemi, ait olduğu makam ve mercilerde ikame, takip ve müdafaa ettirmek"; D bendinde de, "Mali hususları ihtiva eden ve Hazineyi ilgilendiren idari davalara karşı Bakanlıklar ve Dairelerince hazırlanarak bu Kanunun 24'ncü maddesi gereğince Maliye Bakanlığına gönderilen müdafaanameler üzerinde icap ettiği takdirde hukuki mütalaa beyan etmek ve bu davaların duruşmalarında bakanlık" ve daireleri Baş Hukuk Müşaviri, Hukuk müşavirleri, Merkez Muhakemat Müdürü, Müşavir avukatlar ve avukatları marifetiyle idari kaza ve mercilerinde temsil etmek olarak belirtildiğini, 4353 sayılı "Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliği'nin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine ve Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin (C) bendi ve 3. maddesinin (B) bendi gereğince, bakanlıklarla genel bütçeye dahil dairelere ait hukuk ve ceza davaları ile her türlü icra takiplerinde bu daireleri mahkemeler, hakemler, icra daireleri, dava ve icra işleriyle alakalı diğer merciler önünde temsil yetkisi Maliye Bakanlığı'na verildiğini, Yasa'nın 18. maddesinin birinci fıkrasına göre bu yetki Hazine Avukatları vasıtasıyla kullanıldığını, bu davaların asıl tarafı ilgili daire olup, Hazine Avukatının onun davadaki kanuni temsilcisi olduğunu, buna ilaveten

4353 sayılı Kanunun 19 ncu maddesinin son fıkrasındaki "Baş Hukuk Müşavirliği ve Muhakemat Umum Müdürlüğü teşkilat kadrolarına dahil olanlardan Devlet dairelerini avukat sıfatıyla temsil edenler hakkında 1136 sayılı Avukatlık Kanununun hükümleri dairesinde disiplin tatbikatı icrası vazife gördükleri yerin barosuna aittir." hükmünden hareketle de, Hazine Avukatlarının devleti avukat sıfatıyla tevkil ettiğinin öngörüldüğünü, 4353 sayılı Kanunun, hukuk ve ceza davalarının ve icra islerinin takibi usulleri baslığını taşıyan üçüncü bölümünde (4353 s.K.m.26 vd); Merkezde Başhukuk Müşaviri ve Muhakemat Umum Müdürünün ve illerde muhakemat müdürlerinin ve teşkilât olmayan yerlerde Hazine Avukatının uygun görüşü olmadıkça hiç bir dava açılamayacağı ve hiç bir icra takibi yapılamayacağı; maddî veya hukukî sebeplerle dava açılmasında ve icra takibinde fayda umulmayan işlerde muhakemat müdürleri ve olmayan yerlerde Hazine Avukatları tarafından mucip sebepleri gösterilmek suretiyle verilecek mütalâa derhal Bakanlığa bildirilerek alınacak emir ve talimata göre hareket olunacağı, Hazine Avukatlığı teşkilâtı olmayan yerlerde dava açılmasına veya icra takibine gerek görülmeyen işler hakkında daire âmirlerinin görüşlerini Maliye Bakanlığına bildirerek alacakları talimat dairesinde hareket edecekleri, muhakemat müdürleriyle Hazine Avukatları ve daire âmirlerinin süreli (miatlı) işlerde hakkın düşmesini önleyecek tedbirleri almakla mükellef oldukları (4353 s.K m.26); dava ve takiplerden vazgeçme veya sulh yetkisinin yahut davanın konusuz kalma halinde hangi miktarlara göre kaymakam yahut Maliye Bakanının yetkisinde olduğu (4353 s.K m.27-31); 27, 28, 29 ve 30 uncu maddeler hükümlerine uygun bir karar alınmış olmadıkça tamamen veya kısmen Devlet aleyhine neticelenen davalarla icra takiplerinden yüksek dereceli mercilerde tetkiki istenilmesi mümkün olanlar hakkında kanun yollarına gidilmesinin zorunlu olduğu ve bu zorunluluğu yerine getirmemek suretiyle hukukî veya maddî sebeplerle bozulması mümkün bir hükmün kesinleşmesine ve bir hakkın kaybolmasına sebep olan avukatlarla daire âmirleri hakkında kanunî takibat yapılmakla beraber, ortaya çıkan zararın hükmün kesinleştiği tarihten itibaren on yıl içerisinde kendilerine hükmen tazmin ettirileceği (4353 s.K m.32); tashihi karar veya yargılamanın yenilenmesi veya 3533 sayılı Kanun uyarınca hakemlerce verilmiş olan kararlara karşı itiraz yoluna gidilmesi için kanuni sebepler mevcut olup olmadığının takdirinin davayı takip eden avukata ve teşkilât olmayan yerlerde daire âmirlerine ait olduğu (4353 s.K. m.33) konularında ayrıntılı düzenlemeler bulunduğunu,

Bakanlıkların görev ve teşkilatlarına dair bu kanunlarda genellikle hukuk müşavirlerine kuruluşu "temsil etmek" görevi verildiğini; ancak 178

sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 9'ncu maddesinin 2 ve 3'ncü fıkralarında; "Baş Hukuk Müşaviri ve Muhakemat Genel Müdürü, Hukuk Müşavirleri, Müşavir Hazine Avukatları genel bütçe içindeki kamu kurum ve kuruluşlarını her tür ve derecedeki yargı ve icra mercileri ile hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsil ederler. 4353 sayılı Kanunun 19'ncu maddesindeki bildirim, idare ve vergi mahkemelerinde yapılır. Aynı Kanunun 22'nci maddesinde esasları belirleyen idari davalarda temsil yetkisi, idare ve vergi mahkemelerini de kapsar." hükmü ile Hazine Avukatlarına idareyi vekil sıfatıyla temsil yetkisi tanındığını, bununla birlikte katma bütçeli kamu idarelerin özel kanunlarında genel müdür ve/veya hukuk müşavirlerine temsille birlikte tevkil görevi verildiği veya 1389 sayılı Kanunun tatbik edileceği hükme bağlandığını,

Anayasa Mahkemesi'nin, 24.11.1987 tarih ve 1987/24-32 sayılı kararıyla Hazine Avukatlarının görev ve yetki sınırlarıyla ilgili bakışı; "4353 ve 657 sayılı Yasalar ile 178 ve 207 sayılı KHK'lere göre iş ve özlük hakları bakımından aralarında pek fark olmamakla beraber, Genel Bütçeye dahil Devlet Kuruluşlarının her konuda hukuk danışmanlığını ve avukatlığını yapan ve memur avukatlık türünde bir meslek sınıfı oluşturan hazine avukatlarının faaliyet alanlarının, birinin tüm kamu kuruluşlarını kapsaması, diğerinin yalnızca kendi kurumunu temsil etmesi, bu itibarla diğer kamu avukatlarından daha geniş bir alan içinde kamu hizmeti görmeleri yönünden aynı olmadığına" şeklinde değerlendirmesiyle Hazine Avukatlarının temsil etmiş olduğu idarelerin sayıca çokluğu ve bu idarelere ait dava çeşidinin ve sayılarının bir hayli fazla olduğu böylece açıkça ortaya konduğunu,

Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.1987 tarih ve E.1987/24, K.1987/32 sayılı kararında Hazine Avukatlarıyla ilgili davada, "...Özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın uygulamanın genişletilmesi amacıyla iptali isteminde bulunulmaz" yönündeki gerekçeyle, söz konusu eksik düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulmadığını,

Hazine Avukatlarının, devletin temel ilkesi olan ve anayasalarda yerini alan kuvvetler ayrılığı prensibi gereği yasama, yürütme ve yargı fonksiyonlarından, bilhassa yürütme erkinin yargı erki mercilerinde temsil ve savunuculuğu görevini üstlendiğini, görevleri gereği kamunun güvenliği ve selameti, bilumum maddi ve manevi menfaatleri için özveriyle çalıştıklarını,

Hazine Avukatları ve diğer kamu avukatlarının sorumlulukları büyük olduğunu, devletin trilyonluk davalarını takip eden, batık kredilerinin tahsili için uğraşan, kamunun çıkarlarını kollayıp koruyan memur avukatlar büyük mali sıkıntı içinde olduklarını, bu durumun düzeltilmesi; görevde kalıcılığın temin edilmesi ve hizmet verimliliklerinin artırılmasının da gereği olduğunu, hazinenin memur avukatlarının, bir yönden Devlet Memurları Kanunu'na bir yandan da disiplin kovuşturması yönünden Avukatlık Kanunu'na bağlı tutulduklarını,

Hukuk sistemimizde iki tür vekalet ücreti söz konusu olduğunu, birincisinin, müvekkil ile vekil arasında yapılacak bir sözleşme ile (yazılı sözleşme yoksa Avukatlık Kanunu'nun 164/4. maddesine göre) belirlenen vekalet ücreti (A.K: m.164/1, 2, 3, 4); ikincisinin ise HUMK'nin 423/6, (CMK:303/I-h, 324); İYUK:31/1) ve Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddelerine göre, vekille takip edilen davalarda mahkemece, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne göre re'sen takdir edilen vekalet ücreti olduğunu,

Kamu ve kurum avukatları, belli bir ücret (maaş) karşılığı iş gördüklerinden, bunlar için birinci tür vekalet ücreti söz konusu olmadığını, ancak, yargılama gideri olan ikinci tür vekalet ücreti açısından, gerek HUMK'da, gerekse Avukatlık Kanunu'nda, serbest meslek sahibi avukatlarla, memur veya diğer istihdam şekilleriyle iş gördürülen kamu ve kurum avukatları arasında, herhangi bir ayrım yapılmadığını, kamu ve kurum avukatlarının da HUMK'nun 423/6. da düzenlenen vekalet ücretini almaya hakları olduğu konusunda, uygulamada da herhangi bir ihtilaf olmayıp, sorun, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146/3. maddesi nedeniyle, bu kanuna tabi olan avukatlara ödenecek vekalet ücretinin, herhangi bir sınırlamaya tabi olup olmayacağı hususunda toplanmakta olduğunu, bu konudaki uygulamanın, 1136 sayılı Kanunun 164. maddesinin, 4667 sayılı Kanunla değiştirilmesine kadar, kamu ve kurum avukatlarına, 657 sayılı Kanunun 146/3. maddesindeki limit dâhilinde vekalet ücreti ödenmesi şeklinde olduğunu, zira Avukatlık Kanunu'nun değişiklik öncesi metnindeki, "Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir." ifadesinin vekalet ücretinin avukata aidiyetinin mutlak olmadığını, bunun aksinin kararlaştırılabileceğini göstermekte iken 657 sayılı Kanunun 146/3. maddesindeki limit de, bu istisnanın içerisinde mütalaa edilmekte olduğunu ancak, Avukatlık Kanunu'nun 164. maddesinin, 4667 sayılı Kanunla değiştirilmesi sonrasında, ilgili fıkra, "Dava sonunda, kararla tarifeye

dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." şeklini almış ve bunun aksinin kararlaştırılamayacağı hususu, maddenin mutlak ifadesi ile güvence altına alındığını, bu durumda, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun değişik 164/son maddesi ile 657 sayılı Kanunun 146/3. maddesinin bir arada uygulanması mümkün olmamakta ve bu iki kanunun, birbiri ile çelişik hükümler ihtiva etmesinin, uygulamada sorunların yaşanmasına sebebiyet vermediğini,

Avrupa Birliğinin, "Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler" hakkındaki 9 numaralı tavsiye kararının 50'nci maddesinin (Prensip IV); "Avukatların ücretleri ve hizmetlerinin karşılığı konusunda, avukatların özgür olabilmeleri için makul bir yaşam standardını elde edebilecek kadar kazanmaları şarttır. Avrupa Birliği Avukatlık Meslek Kurallarına göre; "avukatın vekâlet ücretini avukat olmayan bir kişi ile paylaşması yasaktır", şeklinde olduğunu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Devletimiz aleyhine intikal eden birden fazla memur avukatların vekalet ücretleri mülkiyet hakkı kapsamında şu günlerde esasa girilerek de görülmeye başlanmış olduğunu, davaların lehe sonuçlanmasıyla emsal görülerek sayısı 3.500'lere yakın kamu avukatları söz konusu yargı yoluna başvuracakları muhakkak olduğunu,

Dava sonunda, tarifeye dayalı olarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti, yukarıda da ifade edildiği gibi, HUMK'nun 423/6. maddesi ve Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinden doğduğunu, ancak, bunun ön şartı, davanın veya takibin, "vekil (avukat)" vasıtası ile takip edilmesi olduğunu, onun içindir ki, idareyi ve kurumları, avukat olmayan bir memurun temsil ettiği durumlarda (mesela nüfus memurlarının takip ettiği davalarda), vekalet ücretine hükmedilmediğini, vekalet ücretinin, "avukatlık" sıfatının bir sonucu olup davayı takip eden avukatın mülkiyet hakkına girdiğini, mülkiyet hakkının da Temel Hak ve Hürriyetler içerisinde düzenlenen Anayasal bir hak olduğunu, temel hak ve hürriyetler doktrinde insan haklarının pozitif hukuk tarafından tanınmış ve düzenlenmiş bölümü olarak kabul edildiğini, "Anayasal haklar" tabirinin de temel hak ve hürriyetlerin yerine kullanılmakta olduğunu, Anayasa tarafından düzenlenen ve güvence altına alınan hakların Anayasal haklar olduğunu,

Kamuda çalışan avukatların da Avukatlık Kanununa ve meslek kurallarına göre faaliyette bulundukları konusunda tereddüt olmadığını, Avukatlık Kanunun Ek 1. maddesinde kullanılmış bulunan kamuda çalışan avukatlar

"görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler" ifadesi de bunu teyit ettiğini,

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 423. maddesinin 6. bendinde vekil ücretleri mahkeme masrafları arasında sayıldığını, 417. maddesinde ise kanunlarda aksine bir düzenleme olmadığı hallerde masrafların aleyhine hüküm verilen tarafa ait olacağı hükme bağlandığını, buradaki amacın haksız çıkan tarafın haklı çıkan tarafın yüklenmek zorunda kaldığı masrafları karşılaması, haklı olan taraf üzerinde masraf bırakılmaması, yapmış olduğu masrafların tazmini olduğunu, yargılama giderlerinin bir parçası olan vekalet ücretlerinin niteliği mahkeme veya icra dairesince hükmedilen bir tazminat olduğunu,

657 sayılı DMK'nun 164. maddedeki vekalet limiti konmadan önce: "10/02/1929 tarih ve 1389 sayılı Devlet davalarını intaceden avukat ve saireye verilecek ücreti vekalet hakkındaki kanun hükümleri saklıdır." şeklinde hükmün olduğunu madde metninden anlaşılacağı gibi, kanun yürürlüğe girdiğinde, vekalet ücretine herhangi bir sınırlama getirilmediğini, kazanılan vekalet ücretinin tamamının avukatlara ödenmesine o tarihte kanun cevaz verdiğini, vekalet ücretine ilk sınırlamanın, 15/05/1975 tarih ve 1897 sayılı Kanunla getirildiğini, 657 sayılı Kanun'un 146. maddesi "... şu kadar ki, ödenecek vekalet ücretinin yıllık tutarı, 1. Derecenin ilk kademe aylığının yıllık tutarının %30'unu geçemez ..." şeklinde değiştirildiğini, bu tarihten daha sonra yapılan başka bir değişiklikle, vekalet ücreti ile ilgili bu bölüme, "ek gösterge hariç" ibaresi eklendiğini, kanun yürürlüğe girdiğinde, vekalet ücretinde herhangi bir sınırlama bulunmadığından, daha sonraki tarihlerde yapılan değişikliklerle getirilen sınırlamalar, kanunla açık ve net olarak verilen bir hakkın, geri alınması olduğunu, açık ve net olan hakkın geri alınmasının, öncelikle, 657 sayılı Kanun'un 18. maddesine aykırı olduğunu,

657 sayılı DMK 146. maddede yapılan değişikliklerle, kamu avukatları aleyhine düzenlemeler yapılması her şeyden önce, kanun'un kendi ruhuna aykırı olduğundan, aleyhe geliştirilen bu düzenlemelerin, vasat bir mantıkla dahi, kabul edilmesi mümkün görülemeyeceğini, vekalet ücreti sorununun, kamu avukatlarının yıllardır çözülemeyen ve kanayan bir yarası olduğunu, hiç bir meslek mensubuna yapılmayan adaletsizlik ve haksızlık, kamu avukatlarına reva görüldüğünü, bir çok meslek mensubu, döner sermayeden maaşından bile

fazla pay almakta iken, kamu avukatlarının, karşı taraftan tahsil ettikleri ve Hazineye hiç bir yük getirmeyen vekalet ücretlerine dahi getirilen Anayasaya, Uluslar arası mevzuata, özel kanun olan Avukatlık Kanununa aykırı bir düzenleme olan 657 sayılı DMK'nın 146. maddesindeki limit sınırlamasıyla el konulduğunu, hak ettikleri vekalet ücretine limit konduğunu ve bu limit de son derece düşük tutulduğunu, üstelik Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesinde, karşı tarafa yükletilecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı düzenlenmiş olmasına rağmen, limit uygulamasından vazgeçilmediğini,

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun, 164. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "… avukata aittir." sözcüklerinin Anayasaya aykırı olduğu, Çine Asliye Ceza Mahkemesi ve İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından ileri sürülmüş ve iptali istendiğini, Anayasa Mahkemesi'nin 3.3.2004 tarih, 2002/126 E., 2004/27 K. ve aynı tarihli 2004/8 E, 2004/28 K. sayılı kararları ile, avukatlar lehine iptal taleplerinin reddine karar verdiğini, her iki kararın da gerekçesinde: "Avukatların hukuksal bilgi ve tecrübelerinden yararlanma, hak arama ve savunmada başvurulacak meşru yol ve vasıtaların başında gelir. Vekalet ücreti, savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucudur. Avukatların mesleklerini serbestçe ve herhangi bir kaygı olmadan yapabilmeleri için yaptıkları hizmetin karşılığı olan makul bir ücret almaları gerekir. Avukatla yapılacak sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözetilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırıldığından da söz edilemez. İtiraz konusu kural, anılan nedenlerle, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir." ibarelerinin yer aldığını,

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, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlet olduğunu, bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu, Anayasa'nın 5. maddesinde de 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 kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayıldığını, Anayasa'nın 10. maddesindeki "Kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğunu, bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörüldüğünün, eşitlik ilkesinin amacının, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğunu, bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır." şeklinde belirtildiğini, Anayasanın 11. maddesinde "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz", Anayasanın 138. maddesinde "Hakimler Anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler", Anayasanın 10. madde; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." ve yine T.C. Anayasasının 11 inci maddesi; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır." hükümlerinin yer aldığını, nihayet T.C. Anayasasının Anayasaya aykırılığını diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlığını taşıyan 152 nci maddesi, "Bir davaya bakmakta 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." ve Anayasamızın 152 ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddelerinde, bir davaya bakmakta olan mahkemenin o dava sebebi ile uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse konuyu itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne götürebilmesi için, aşağıdaki iki şartın birlikte olması gerekmektedir:

1- Mahkemede bakılmakta olan bir davanın bulunması,

2- Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kuralın o davada uygulanacak bir kural olması,

Açılan davada her iki yasal unsur bir arada bulunmakta olduğunu,

Yargılama sonunda mahkemelerin verdiği kararlar esas hakkında verilen hüküm ile yargılama giderlerini kapsayan hükümden oluştuğunu, vekalet ücreti de yargılama giderlerinden sayıldığını, bunların taraflar arasında nasıl paylaştırılacağı hususu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 413 - 426. maddelerinde gösterildiğini,

Görülmekte olan davada, 4353 sayılı Kanun kapsamındaki kamu kuruluşları için daha uzun temyiz ve esas hakkında cevap verme süreleri öngören itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı oldukları kanısına varan Avanos Mahkemesinin, iptalleri için re'sen Anayasa Mahkemesine başvurması sonucunda; 02.12.2004 tarih, 2001/216 E., 2004/120 K. sayılı ilamında; özel hukuk kişileri, serbest çalışan avukatlar ile kamu kurumlarını temsil eden memur avukatların temyiz sürelerindeki (15-30 gün) farklılıkları Anayasanın eşitlik ilkesine, silahlarda eşitlik kuralına aykırı bulması gibi, vekalet ücreti yönüyle de, 1136 sayılı Yasanın birlikte muhatabı olan serbest çalışan avukatlar ile memur avukatlar arasında fark görmeyeceği muhakkak olduğunu,

AYM 3.3.2004 Tarih ve 2004/8-28E.-K. İlamında; İtiraz yoluna İzmir 4. Ağır Ceza Mahkemesi başvurusu neticesinde; AYM gerekçeli ret kararında; "Avukatların hukuksal bilgi ve tecrübelerinden yararlanma hak arama ve savunmada başvurulacak meşru yol ve vasıtaların başında gelir. Vekalet ücreti, savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucudur. Avukatların mesleklerini serbestçe ve herhangi bir kaygı olmadan yapabilmeleri için yaptıkları hizmetin karşılığı olan makul bir ücret almaları gerekir. Avukatla yapılacak sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözetilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırıldığından ya da itiraz konusu kuralın adalet anlayışına aykırı olduğundan söz edilemez. İtiraz konusu kural, anılan nedenlerle, Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." Şeklinde karar vererek, 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı "Avukatlık Kanunu"nun 4667 sayılı Yasa ile değiştirilen 164. maddesinin son fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 3.3.2004 gününde OYBİRLİĞİYLE karar vermiştir." şeklinde,

E: 2010/97, K: 2011/173

Yine AYM'nin İtiraz Yoluna Çine Asliye Ceza Mah. Başvurmasıyla 3.3.2004, 2002/126E., 2004/27 K. İlamında; "...İtiraz konusu kural ile dava sonunda tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olacağı öngörülmüştür. Böylece taraflar arasında ücretin kararlaştırılmadığı durumlarda, avukatın sunduğu hizmetin karşılıksız kalmamasını sağlama ve vekil ile müvekkil arasında çıkacak ücret uyuşmazlıklarına engel olma amacı güdülmüştür. Vekalet ücretinin davayı takip eden avukata ait olduğu yasal güvence altına alınmış olsa da, bu durum avukatlık ücretinin vekil ile müvekkil arasındaki bir iç sorun olma niteliğini ve avukatlık ücretinin kişisel hak olma özelliğini değiştirmemektedir. Nitekim Avukatlık Kanunu'nun 163. maddesinde avukatlık sözleşmesinin serbestçe düzenleneceği belirtilerek, avukatlık ücretinin de, asgari ücret tarifesi altında olmamak üzere (m. 164/4 cümle 1) taraflarca kararlaştırılabileceği öngörülmüştür. Öte yandan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 59. maddesinin birinci fıkrası ile Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, dava ehliyeti olan herkes, savını kanıtlamak için davayı kendisi açıp takip edebilir. Dava ehliyeti olan davalı da, avukat aracılığı olmadan kendisini savunabilir. Davacı veya davalının davayı vekil aracılığıyla takip etmeleri ise kendi iradelerine bağlıdır. Avukatların hukuksal bilgi ve tecrübelerinden yararlanma, hak arama ve savunmada başvurulacak meşru yol ve vasıtaların başında gelir. Vekalet ücreti, savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin, konunun uzmanı hukukçular tarafından yapılmasının doğal bir sonucudur. Avukatların mesleklerini serbestçe ve herhangi bir kaygı olmadan yapabilmeleri için yaptıkları hizmetin karşılığı olan makul bir ücret almaları gerekir. Avukatla yapılacak sözleşmede ücret kararlaştırılırken, dava sonunda karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücretinin gözetilmesi engellenmediğinden, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğünün kullanılmasının zorlaştırıldığından da söz edilemez. İtiraz konusu kural, anılan nedenlerle, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir." Şeklinde çağdaş, eşitliği sağlayan kararlarının olduğunu,

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun değişik 164. maddesinin son fıkrası ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesinin 3. fıkrasının bariz biçimde çeliştiğini, her iki kanunun lafzı incelendiğinde, uygulayıcılara takdir hakkı ve yetkisinin tanınmadığı, dolayısıyla hükümlerin, "emredici" nitelikte olduğunu, kabul ve yürürlük tarihi olarak sonraki kanun niteliğinde olmasına rağmen, Avukatlık Kanunu'nda kapsamlı değişiklikler yapan 4667 sayılı Kanun, 657 sayılı Kanunun 146/3. madde hükmünü açıkça ilga etmediğini, farklı zamanlarda yapılan kanuni düzenlemelerin birbirine aykırı hükümler içermesi

halinde, kanun koyucunun iradesinin, sonraki kanunun uygulanması yönünde olduğu kabul edilmesinin gerekli olduğunu, Türk yargısının bu konudaki uygulaması da aynı olduğunu,

657 sayılı Kanun, birçok sınıfı kapsayan ve bütün devlet memurlarına tatbik edilen genel bir kanun olup Avukatlık Kanununun ise, yalnız avukatlar için çıkarılmış olan özel bir kanun olduğunu, Avukatlık Kanunu'nun 657 sayılı DMK ya göre özel bir kanun olduğu tartışmasız bulunduğunu, kamu avukatlarına ödenecek vekalet ücreti hakkında, bu avukatların, kendi özel kanunlarına göre işlem yapılması gerektiğini, kaldı ki, Avukatlık mesleğinin 1136 sayılı Kanun ile düzenlendiği, bu Kanunda, avukatlar arasında çalışma şekil ve şartları açısından herhangi bir ayrım ve sınıflandırma yapılmadığını, hatta daha da ileri gidilerek, Ek. 1. maddede kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde, aslî ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların, görevlerinin gereği olan işleri yaparken, baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlü olduklarının vurgulandığı, tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücretinin avukata ait olduğu, "vekalet ücreti'nin memur olmanın değil, avukat olmanın bir sonucu olduğu... gibi hususlar nazara alındığında, 1136 sayılı Kanunun özel bir kanun olduğu anlaşıldığını, 657 sayılı Kanunun 36. maddesinde de, "Avukatlık hizmetleri sınıfı, özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisini haiz olan memurları kapsar." denmek suretiyle, Avukatlık Kanununun özel niteliğine vurgu yapıldığını,

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ise, 1. maddesinin 1. fıkrasında da belirtildiği gibi, ilgilinin sıfatına ve mesleğine bakılmaksızın bütün devlet memurlarının kadro, hak ve yükümlülüklerini düzenleyen, konusunda en genel niteliğe sahip kanundur. Yine 657 sayılı Kanunun 4. maddesinde yapılan "memur" tanımı, Kanunun genel niteliğini daha da pekiştirdiğini,

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 20 Temmuz 1965 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiğini, Kanunun, vekalet ücreti ile ilgili 146. maddesinin 3. fıkrasının, "Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, birinci derece son kademe aylığının (ek gösterge hariç) yıllık tutarını geçemez." cümlesi, 20.03.1997 tarih ve 570 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (3 Nisan 1997 T., 22953 Mükerrer sayılı R.G.) ile "Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı; 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarın oniki katını geçemez." cümlesi ile değiştirildiğini, bu

tarihten sonra söz konusu hükümde herhangi bir değişiklik yapılmadığını, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ise, 7 Nisan 1969 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanunun, tarifeye dayalı olarak karşı tarafa yükletilecek vekalet ücreti ile ilgili 164. maddesinin 4. fıkrasındaki, "Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça, tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir." hükmü, söz konusu maddenin, 4667 sayılı Kanunun 77. maddesi ile kenar başlığıyla birlikte tamamen değişmesi ile değişik 164. maddenin son fıkrasında, "Dava sonunda, kararla tarifeye dayanılarak karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti avukata aittir. Bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez." şeklini almıştır. Bu değişikliği yapan 4667 sayılı Kanun, 02.05.2001 tarihinde kabul edilmiş ve 10 Mayıs 2001 tarih ve 24398 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiğini, bu durumda, yüksek yargı organlarının bağlayıcı nitelikteki içtihatları ve doktrinin görüşü ışığında, sonraki özel kanun olan Avukatlık Kanunu'nun 164/son maddesine aykırı olan, önceki genel kanun niteliğindeki Devlet Memurları Kanunu'nun, 146. maddesi 3. fıkrasını ikinci ve üçüncü cümlelerinin zımnen ilga olduğunun kabulü gerektiğini, bu durum sadece yargı mercileri açısından değil, kanunlara uymakla ve onları uygulamakla görevli olan idare açısından da geçerli olduğunu,

Eşitlik ilkesinin, Anayasamızın 10. 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." şeklinde vurgulandığını, farklı durumlarda bulunanlara da aynı kuralların uygulanmasına sebebiyet verecek şekilde mutlak olarak algılanamaz ise de, aynı durumda bulunan kişilere aynı kuralların uygulanmasını gerektirdiğini, maddenin mutlak aradığı eşitlikte, uygulamasında birbirinin aynı olan durumlarda aynı hukuk kurallarının öngörülmesi ve ortaya ayrıcalıklı bir kişi veya topluluk çıkarılmaması zorunlu olduğunu, benzer durumlarda bulunan kişilerin başka başka kurallara bağlı tutulmaları için haklı bir nedenin var olması zorunlu olduğunu,

Kamu kurum ve kuruluşları ile idare bünyesinde avukatlık hizmetinin ifasında, çeşitli istihdam şekillerine göre avukatların görev yapmakta olduklarını, uygulamada, aynı kurum içerisinde, 657 sayılı Kanuna tabi avukatlar yanında, sözleşmeli veya SSK mevzuatına tabi avukatlar da görev yapabildiğini, 657 sayılı Kanuna tabi olmayan avukatlara vekalet ücreti dağıtımında, limit uygulanması söz konusu olmadığını, bu durumda, toplanan vekalet ücretlerinin dağıtımında, 657 sayılı Kanuna tabi olan avukatlara limit dâhilinde dağıtım yapılması, 657 sayılı Kanuna tabi olmayanlara limitsiz dağıtım yapılması veya hem 657 sayılı Kanuna tabi memur avukat hem de bu kanuna tabi olmayan sözleşmeli avukat çalıştıran kurumlarda, memur avukatlara limit dâhilinde vekalet ücreti dağıtılırken, diğerlerine limitsiz dağıtım yapılması, aynı durumda bulunan, aynı işi yapan ve hatta vekalet ücretini birlikte tahsil eden avukatlar arasında eşitsizlik meydana getirdiğini, bu durumun açıkça Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu,

1136 sayılı Yasanın 164. maddesi serbest çalışan Avukatlara en geniş anlamda uygulanırken, aynı ilmi çalışmayı tamamlayıp, birçoğu barolara da kayıtlı olan, haklarında disiplin soruşturmaları çalışmış olduğu Barolarca yapılması yasal öngörülen, 657 sayılı Yasada "Avukatlık" hizmeti sınıfında, Devletin çok önemli davalarında bütün özverisiyle görev alan memur avukatlara özel yasa olan 1136 sayılı Yasanın 164. maddesi yerine 657 sayılı Yasanın 146. maddesinin uygulanması, belirtilen eşitlik ilkesine açıkça aykırı olduğunu, aynı eğitimi almış, ancak serbest çalışan Avukatlar lehine imtiyaz teşkil etmekte olup, böylece, iddia, karar ve savunma olarak yargının sacayağını oluşturup, savunma kısmında yer alan memur avukatlar yönüyle, hakkaniyete uygun bir dengenin varlığına engel teşkil ettiğini, bu bakımdan silahların eşitliği ilkesinin ihlâl edildiğini,

Anayasanın 55. maddesinde de: "Ücretin emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır." hükmünün yer aldığını, yargı kararlarında, aynı gerekçelerle vekalet ücretinin dağıtımına sınırlandırma ve limit getirilemeyeceği açıkça vurgulandığını,

Sonuç olarak izah edilen nedenlerle (Fazlaya dair her türlü hakları saklı tutmak kaydı ile şimdilik 8.000.00 TL. talepli açmış olduğum alacak davamda uygulanacak çelişkili kanun hükümlerinin olması, davamda uygulanacak 657 DMK'nun 146/3. fıkrası hukuk kuralının açıkça Anayasa aykırı olması sebebiyle

sorunun bekletici mesele yapılarak, Anayasa Mahkemesi'nden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğinden, açıklanan nedenlerle söz konusu daha yeni tarihli ve özel Kanun olan 1136 sayılı Kanunun 164. maddesiyle çelişkiler içeren 657 sayılı Kanunun 146/3. maddesinin iptali istemiyle Anayasanın 2., 10., 35., 55. maddelerine aykırılıktan Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan dava, savunma ve cevap dilekçesi örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına göndermesini, Anayasa Mahkemesinin iptali talep edilen maddenin iptal etmesiyle özel Kanun olan 1136 sayılı Yasanın 164. madde hükmü doğrultusunda, geriye dönük çalıştığım kurumlardan (Karadeniz Ereğli Hazine Avukatlığı ile Karabük Defterdarlık Hazine Avukatlığından) mahkemeniz müzekkeresiyle sorularak, hak etmiş olduğunu, avukatlık ücretinin bilirkişiler (Hukukçu ve mali müşavir)'ce tespitini, bilirkişiler raporlarıyla hesap edilerek belirlenecek olan yasal avukatlık ücretimin de tarafıma ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı tarafın savunması:

Davalı vekili mahkememize vermiş olduğu cevap dilekçesinde: mevcut yasal düzenlemeler karşısında davacının geçmişe yönelik olarak alacağının hüküm altına alınabilmesi mümkün olmadığını, davacı tarafça geçmişe yönelik vekalet ücreti tahsili talep edilmekte olduğunu, oysa geçmişte tahsil edilen ve limit nedeni ile avukat eline geçemeyen bu meblağlar emanet hesapta bile olmadığını, başka bir ifade ile geçmiş yıllarda tahsil edilen vekalet ücretleri avukatın avukatlık ücreti olarak hesapta beklemediğini, yıl içinde tahsil edilen meblağların Bakanlık bünyesine aktarılmakta limit dâhilinde ve ödenek çıkması halinde alınabildiğini, bu nedenle davacı taraf aslında olmayan bir hakkı, meblağı talep etmekte olduğunu, bu meblağın ne kadarının bizzat davacı tarafın hakkı olduğunu tespit etmek de mümkün olmadığını, davacı tarafça da bilindiği ve dava dilekçesinde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere Hazine Avukatları ve diğer Kurum Avukatları tarafından gerek kazanılan davaların gerekse icra takipleri neticesinde hak edilen avukatlık ücretlerinin tamamı yasal düzenlemeler ve limitler nedeni ile alınamadığını, mevcut yasal düzenlemede ise bunun limit dışında ödenmesi mümkün olmadığını, limitlerin amacı Kurumlarda farklı şartlarda ve görevlerde çalışan avukatların tahsil ettikleri vekalet ücretleri arasındaki eşitsizliği bertaraf etmek olduğunu, bu eşitsizliğin nedeni bazı Kurum ve yerlerdeki dava ve icra takibi sayılarının azlığı; bazı Kurum ve yerlerde avukat sayılarının fazlalığı olduğunu, ayrıca yine Merkezde

Hukuk Müşavirliği bünyesinde görev yapan ancak görevi dava ve icra takibi yapmak olamayan bu nedenle de vekalet ücreti tahsil edemeyen avukatlar da devlet adına avukatlık mesleğini icra etmekte olduklarını, dava ve icra takibi sayılarının az olduğu bazı Kurum ve yerlerde limitin altında tahsilat yapıldığını, avukat sayısının çok olduğu Kurum ve yerlerde ise paylaşıma giren avukatların fazlalığı nedeni ile avukatlar limitlerini dolduramadıklarını, hatta hem dava ve icra takibi sayısı az olup hem avukat sayısı fazla olan Kurum ve yerlerde vekalet ücreti adı altında limitin altında vekalet ücreti tahsil edilmekte olduğunu, tahsilat yapılıp Merkez'e gönderilmesine rağmen limit nedeniyle alınamayıp Maliye Bakanlığı bünyesinde toplanan diğer yerlerden gönderilen avukatlık ücretlerinden yıl sonunda limitini dolduramayan yer avukatlarına bir sonraki yıl başında limit dâhilinde dağıtımı yapılmakta olduğunu, neticede iş yükü, dava ve icra takibi sayısı, tahsilat miktarı ne olursa olsun tüm Kurum avukatları aynı miktarda vekalet ücretini aldıklarını, bugün itibariyle iş yükü, ihtilaflı işleri, dava ve icra takibi sayısı fazla, avukat sayısı az olan Kurum ve yer avukatları aleyhine gelişen mağduriyet, limitlerin kaldırılması halinde bu kez iş yükü az, avukat sayısı fazla Kurum ve yer avukatları aleyhine oluşacağını, neticede bir an için dava ve icra takibi sayısı az ve/veya avukat sayısı fazla olan yerlerde görev yapmakta olan avukatların iş yükü de az olduğundan limitlerin kaldırılmasının eşitliğe aykırı olmayacağı düşünülse bile bu kez iş yükü olmasına rağmen dava ve icra takibi dolayısı ile tahsilatı olmayan Hukuk Müşavirliği bünyesinde görev yapmakta olan avukatların mağduriyetinin söz konusu olacağını,

Takip edilen davaların mahiyetinin serbest avukatların hem müvekkilleri ile yapmış oldukları sözleşme gereği ister dava lehe ister aleyhe neticelensin almakta oldukları vekalet ücretine ek olarak davaların lehe neticelenmesi halinde Avukatlık Kanunu gereği ayrıca almakta oldukları yasal vekalet ücreti karşısında yine aynı ve/veya aynı mahiyette davayı takip eden Hazine Avukatlarının durumunun, eşitsizliğinin, mağduriyetinin değerlendirmesi yapılırken iç dengelerin de dikkate alınmasının gerekli olduğunu, Kamu Avukatları Avukatlık Kanunu anlamında avukat olup ve bu Kanun'a tabidir olduklarını, aynı zamanda 657 sayılı Kanun anlamında devlet memuru olup bu Kanun'a da tabi olduklarını sorunun her iki Kanun arasındaki çelişki ve bu nedenle oluşan mağduriyet ve eşitsizlik giderilmeye çalışılırken çelişkinin başka mağduriyetlere neden olmadan nasıl giderileceği sorunu olduğunu, bunun da Mahkemelerin değil TBMM'nin görev alanına girdiğini, Kamu avukatlarının aldıkları görev ve sorumlulukları ile mali ve özlük hakları karşılaştırıldığında tek sorun vekalet ücreti limiti olmadığı hususu bir gerçeklik olduğunu, bu hususun

TBMM gündeminde son 22.07.2010 tarihinde görüşülmüş limitlerin arttırılması önergesi kabul edilmediğini, yasal düzenleme değişikliği yapılmadığına göre Mahkemeden alacak talebi ile açılan işbu davanın reddi gerektiğini, lehe neticelenen davalar, takip edilen icra takipleri nedeni ile davaların ve takiplerin karşı taraflarından "vekalet ücreti" adı altında tahsil edilen ancak limit nedeni ile alınamayan ve de alınamayacak olan meblağları sadece davacı değil tüm Hazine ve diğer Kurum Avukatları da alamadıklarını, neticede bir Hazine avukatının 2010 yılı itibariyle bir yıl içinde toplam alabileceği Vekalet Ücreti tutarı 7.133,40 TL brüt Gelir Vergisi ve Damga Vergisi kesintisinden sonra net 5.807,63 TL olup davacının 5.807,63 TL dışında talep hakkı olmadığını 2010 yılı için bu meblağı da aldığını geçmiş yıllarda da limit dâhilinde vekalet ücreti aldığını, söyleyerek davanın reddine, yargılama giderleri ve vekalet ücretinin davacı tarafa yükletilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Anayasaya aykırılığı iddia edilen kanun maddesi:

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 146/3. Fıkrasında yer alan: "Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10 000, diğerleri için 6 000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının oniki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır." ibare.

İlgili Anayasa Maddeleri:

Anayasa'nın 10. maddesi: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 07/05/2004 – 5170 S.K./l. md.) 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."

Anayasa'nın 35. maddesi: "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

Mahkememizin Görüşü:

Davacı tarafından mahkememize açılan ve yukarıda özeti yapılan davada talep edilen vekalet ücretinin kendisine ödenmemesi için gerekçe gösterilen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 146/3. maddesinde belirlenen limite ilişkin düzenlemenin, bu davada uygulanacak yasa hükmü olup Avukatlık Kanununun 164. maddesinde yer alan vekalet ücretinin avukata ait olduğuna ilişkin sonradan yürürlüğe giren diğer bir özel yasa hükmü ile çeliştiği gibi aynı zamanda yargılama sırasında vekil olarak görev yapan avukatlardan hazine avukatları ile serbest çalışan avukatlar arasında bir eşitsizlik ve dengesizliğe yol açtığı ve vekalet ücretini avukata ait olduğuna ilişkin düzenlemeye göre bu ücret üzerinde avukatın açıkça mülkiyet hakkının bulunduğu, limit üzerinde tahsil edilen vekalet ücretinin vekile ait olduğuna ilişkin yasa hükmüne rağmen o davada vekil olarak görev yapmayan başkalarına ödenebileceğine ilişkin düzenlemenin mülkiyet hakkının da ihlali anlamına geldiği kanaatine varılmakla her ne kadar davacı tarafça söz konusu hükmün aynı zamanda Anayasa'nın 2 ve 55. maddelerine de aykırılığı iddiası ileri sürülmüş ise de; bu maddelere yönelik iddialar mahkememizce ciddi bulunmamış ancak Anayasa'nın 10. maddesine ve 35. maddesine aykırılığa yönelik iddia ciddi bulunmuştur.

Şöyle ki; eşitlik ilkesini düzenleyen söz konusu Anayasa'nın 10. maddesine göre devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olup buna göre devlet aynı işi yapan kişiler arasında bu nevi bir eşitsizliğe yol açacak düzenleme yapamaz. Yargılamanın devamı esnasında hazine avukatı ile serbest avukat arasında pozisyonları ve yapmış oldukları iş itibarıyla her hangi bir farklılık bulunmamasına rağmen, eşit iş yapıyor olmalarına rağmen serbest çalışan avukatlar açısından yürürlükte olan Avukatlık Kanununun 164. maddesi uyarınca avukatın müvekkili ile yapmış olduğu vekalet sözleşmesinden kaynaklanan vekalet ücreti dışında dava neticesinde tarife uyarınca hükmedilen vekalet ücretinin avukata ait olduğu açıkça yasa ile belirlenmiş olmasına rağmen aynı işi yapan, aynı davada görev alan hazine avukatı olması halinde yine

karşı tarafa yüklenecek vekalet ücreti tahsil edildiğinde bu ücret avukata ait olmayacak ve Devlet Memurları Kanununun 146/3. maddesinde yer alan limiti aşan kısım açısından söz konusu kısım o davada avukat olarak görev yapmayan başka kişilere ait olacaktır. Bu durum açıkça eşit iş yapan avukatlar arasında eşitsizliğe neden olduğundan,

Ayrıca Avukatlık Kanununun 164. maddesinde yer alan vekalet ücretinin avukata ait olduğuna ilişkin yasal düzenleme karşısında söz konusu ücret üzerinde vekilin açıkça Anayasanın 35. maddesinde belirtildiği şekilde mülkiyet hakkının bulunduğu, bu hakkın ancak kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği, söz konusu limit sınırlamasının kamu yararı kapsamında değerlendirilemeyeceği, bu nedenle düzenlemenin mülkiyet hakkının da ihlali niteliğinde olduğu,

Kanaatine varıldığından 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 146/3. Fıkrasında yer alan: "Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10 000, diğerleri için 6 000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının oniki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır." ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine ve 35. maddesine, aykırı olduğu görüşü ile iptali iddiası ile dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine dair aşağıdaki şekilde karar verilmiştir.

SONUÇ VE İSTEM:

Yukarıda açıklanan nedenlerle;

14.07.1965 tarihinde kabul edilen 23.07.1965 ve 12056 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, 14.01.1988 tarih ve 311 nolu KHK'nin 1. maddesi ve 20.03.1997 tarih ve 570 nolu KHK'nin 8. maddesi ile değişik 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 146/3. Fıkrasında yer alan: "… Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10 000, diğerleri için 6 000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının oniki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır." şeklindeki ibarenin

Anayasa'nın 10. maddesine ve 35. maddesine aykırı olduğunun tespiti ile iptaline karar verilmesine arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 146. maddesi şöyledir:

"Değişik: 1897 – 15.5.1975) Bu Kanunun birinci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren memurlar aylık, ücret, ödenek, hizmetle ilgili her çeşit ödeme ve bunların şekil ve şartları bakımından bu Kanundaki hükümlere, aynı maddenin ikinci fıkrası kapsamına giren memurlar özel kanunlardaki hükümlere tabidir.

Memurlara kanun, tüzük ve yönetmeliklerin ve amirlerin tayin ettiği görevler karşılığında bu Kanunla sağlanan haklar dışında ücret ödenemez, hiçbir yarar sağlanamaz. (Gençlik ve Spor hizmetleri uygulamasında fiilen görevlendirilecekler hariç.)

(Değişik 3. fıkra: KHK/311 – 14.1.1988) Ancak, 2.1.1961 tarihli ve 196 sayılı Kanunun 2 nci maddesi, 7.6.1926 tarihli ve 904 sayılı Kanuna 30.1.1957 tarihli ve 6893 sayılı Kanunla eklenen ek 5 inci maddenin birinci ve ikinci fıkraları, 19.7.1972 tarihli ve 1615 sayılı Kanunun 161 inci maddesi, 13.1.1943 tarihli ve 4358 sayılı Kanunun değişik 14 üncü maddesi ve 2.2.1929 tarihli ve 1389 sayılı Kanun ile Katma Bütçeli Kurumların, İl Özel İdareleri ve Belediyeler ile bunlara bağlı birliklerin davalarını sonuçlandıran avukat ve saireye verilecek vekalet ücretine ilişkin sair kanun hükümleri saklıdır. (Değişik cümle: KHK/570 - 20.3.1997) ***Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı; (Ek ibare: 5473 - 21.3.2006 /m.6/c) "hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10000, diğerleri için" 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarın oniki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır.***

(Değişik 4. Fıkra: KHK/547 - 23.2.1995) "Bu kanun gereğince ödenecek aylık, taban aylığı, kıdem aylığı, zam ve tazminatlar ile (Değişik ibare: 5473 - 21.3.2006 /m.6/c)

"diğer ödemeler" toplamının brüt tutarı, bulunulan yerde İş Kanunu gereğince işçiler için tespit olunan asgari ücretin aylık tutarından az olamaz; az olması halinde, aradaki fark memurun diğer özlük hakları ile ilgilendirilmeksizin tazminat olarak ödenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. ve 35. 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, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, 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, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

7.12.2010 gününde 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:

A- Anlam ve Kapsam

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesinde, bu Kanunun birinci maddesinin birinci fıkrası kapsamına giren memurların aylık, ücret, ödenek, hizmetle ilgili her çeşit ödeme ve bunların şekil ve şartları bakımından bu Kanundaki hükümlere tabi olacağı, memurlara kanun, tüzük ve yönetmeliklerin ve amirlerin tayin ettiği görevler karşılığında bu Kanunla sağlanan haklar dışında ücret ödenemeyeceği, hiçbir yarar sağlanamayacağı belirtilmiştir.

Maddenin üçüncü fıkrasıyla bazı devlet memurlarına 657 sayılı Kanun dışında kalan yasalarla sağlanan haklardan yararlanma olanağı tanınmış, 2.2.1929 tarihli ve 1389 sayılı Kanun ile Katma Bütçeli Kurumların, İl Özel İdareleri ve Belediyeler ile bunlara bağlı birliklerin davalarını sonuçlandıran avukat ve saireye verilecek vekalet ücretine ilişkin kanun hükümleri de saklı tutulan kanunlar arasında sayılmıştır. Fıkrada, "*Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı; hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10000, diğerleri için 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarın oniki katını geçemez*" denilmek suretiyle, madde kapsamındaki kamu görevlilerine verilmesi gereken vekalet ücretine üst limit getirilmiştir. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yine fıkradaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılacaktır.

4353 sayılı "Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine ve Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun"u ile devleti adli, idari ve cezai davalarda temsil ve takip etmek üzere hazine avukatlığı sınıfı ihdas edilmiş; idari davalarda temsil yetkisi hazine avukatlarının yanında daire âmirleri, hukuk müşavirleri ve ilgili şube müdürlerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Aynı Kanunda, Maliye Bakanlığı Baş Hukuk Müşavirliği ile Muhakemat Genel Müdürlüğünün merkezdeki vazifeleri, "*Bakanlıklara ve genel muvazene içindeki diğer dairelere ait her türlü hukuk ve ceza davaları ile icra işlerini, ait olduğu makam ve mercilerde işlemi, ait olduğu makam ve mercilerde ikame, takip ve müdafaa ettirmek*"; "*Mali hususları ihtiva eden ve Hazineyi ilgilendiren idari davalara karşı Bakanlıklar ve Dairelerince hazırlanarak bu Kanunun 24. maddesi gereğince Maliye Bakanlığına gönderilen müdafaanameler üzerinde icap ettiği takdirde hukuki mütalaa beyan etmek ve bu davaların duruşmalarında bakanlık ve daireleri Baş Hukuk Müşaviri, Hukuk müşavirleri, Merkez Muhakemat Müdürü, Müşavir avukatlar*

ve avukatları marifetiyle idari kaza ve mercilerinde temsil etmek" olarak belirtilmiştir. Kanunda, idari davalarla ilgili düzenleme de yapılmıştır. Buna göre, idari davaların açılması, idareler aleyhine açılan bu nevi davaların takip ve müdafaası daire amirlerine ait olup Danıştay'daki duruşmalarda bu daireler kendi amirleri veya hukuk müşavirleri ve hukuk müşaviri teşkilatı olmayan dairelerde ilgili şube müdürü tarafından temsil olunacak; Hazineyi ilgilendiren işlerde bu vazife Hazine Müşavir avukatı veya avukatları tarafından yapılacak; lüzumu halinde Maliye Bakanlığının alakalı servisine mensup bir memur Hazine avukatı ile birlikte duruşmaya iştirak ettirilebilecektir.

178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname'nin 9. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında da; "*Baş hukuk Müşaviri ve Muhakemat Genel Müdürü, hukuk müşavirleri, müşavir hazine avukatları genel bütçe içindeki kamu kurum ve kuruluşlarını her tür ve derecedeki yargı ve icra mercileri ile hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsil ederler. 4353 sayılı Kanunun 19 ncu maddesindeki bildirim, idare ve vergi mahkemelerinde yapılır. Aynı Kanunun 22 nci maddesinde esasları belirleyen idari davalarda temsil yetkisi, idare ve vergi mahkemelerini de kapsar*" hükmü ile hazine avukatlarına idareyi vekil sıfatıyla temsil yetkisi tanınmıştır.

657 sayılı Kanunun 36. maddesinde, "V-AVUKATLIK HİZMETLERİ SINIFI" oluşturulmuş ve avukatlık hizmetleri sınıfının, *"özel kanunlarına göre avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisini haiz olan memurları"* kapsayacağı belirtilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Ek 1. maddesinde de, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde görevli avukatlara ilişkin olarak; *"Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde aslî ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır. Ancak bunlar hakkında bu kanunun avukatlık meslekine kabul ve ruhsatname verilmesine ilişkin hükümler aynen uygulanır. Bunlar, görevlerinin gereği olan işleri yaparken baro levhasına kayıtlı avukatların yetkileriyle haklarına sahip ve onların ödevleriyle yükümlüdürler. Baroya kaydını yaptırmayan avukat, çalıştığı yer barosuna bilgi verir*" kuralına yer verilmiştir.

Avukatlık ücreti, 1136 sayılı Kanunda, "*avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağı veya değeri ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır. Vekalet ücreti, savunma hakkının en önemli parçası olan hukuki danışmanlık görevinin

yerine getirilmesinin doğal bir sonucu olarak, avukatlık ücret sözleşmesine bağlanan "avukatlık ücreti" ve mahkemece Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'ne dayanılarak hükmedilen "vekâlet ücreti" olmak üzere iki şekilde ödenmektedir. Belli bir ücret, maaş karşılığında iş gören kamu kurum ve kuruluşlarının avukatları için müvekkil ile vekil arasında yapılacak sözleşmeye dayanılarak belirlenen avukatlık ücreti sözkonusu değildir. Vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekâlet ücreti, yargılama giderleri arasında olup, mahkemece hükmolunan vekalet ücreti, özellikle ödeme yapan açısından, davadan haksız çıkma nedeniyle üstlenilen yargılama gideri niteliğindedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 657 sayılı Kanunun 146. maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenen limite ilişkin düzenlemenin, 1136 sayılı Kanunun 164. maddesinde yer alan vekalet ücretinin avukata ait olduğuna ilişkin sonradan yürürlüğe giren yasa hükmü ile çeliştiği, yargılama sırasında vekil olarak görev yapan kamu avukatları ile serbest çalışan avukatlar arasında eşitsizlik ve dengesizliğe yol açtığı, vekalet ücreti üzerinde avukatın mülkiyet hakkının bulunduğu, devletin aynı işi yapan kişiler arasında eşitsizliğe yol açacak düzenleme yapamayacağı, yargılamanın devamı esnasında hazine avukatı ile serbest avukat arasında vekillik görevleri ve yapmış oldukları iş itibarıyla her hangi bir farklılık bulunmadığı, aynı işi yapan, aynı davada görev alan hazine avukatı olması halinde karşı tarafa yüklenen vekalet ücreti tahsil edildiğinde bu ücretin avukata ait olması gerektiği, düzenlemedeki limiti aşan kısmın o davada avukat olarak görev yapmayan başka kişilere dağıtıldığı, bu durumun eşit iş yapan avukatlar arasında eşitsizliğe neden olduğu, mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacı ile sınırlanabileceği, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali istenilen ikinci ve üçüncü cümlelerinde, vekalet ücretinin yıllık tutarının, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10000, diğerleri için 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının oniki katını geçemeyeceği; bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktarın merkezde bir hesapta toplanarak Maliye Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, bu miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılacağı belirtilmiştir.

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 kural kapsamında bulunan avukatlar, 657 sayılı Kanunun 36. maddesinin (V) numaralı bendindeki avukatlık hizmetleri sınıfında yer alan, avukatlık ruhsatına sahip, baroya kayıtlı ve kurumlarını yargı mercilerinde temsil yetkisine haiz olan, idare ile bir sözleşme yapmadan, statü hukukuna göre memur kadrosunda görev yapan ve ücretini bağlı bulunduğu yasalara göre alan devlet memuru statüsündedir. Avukatlık hizmetleri sınıfında yer alan ve görevleri kamu hukuku kurallarına göre yasayla belirlenen memurlar temsil yetkisini kanundan, serbest faaliyette bulunan avukatlar ise temsil yetkilerini bir akit olan vekaletnameden almaktadırlar.

Devlet adına açılan davalar, asıl olarak kamu görevlisi avukatlar tarafından izlenmektedir. Dava ile kamu avukatı arasında hukuksal ilişki, kamu hukuku kapsamında olup serbest avukatlar gibi sözleşmeye bağlı vekalet ilişkisi söz konusu değildir. Devlet adına açılan davaları vekil sıfatıyla izleme görevi, kamu avukatının yasayla verilmiş asli görevleri arasındadır.

Özel hukuk ilişkisine bağlı olarak avukatlık sözleşmesi yapan avukat ile kamu kurum ve kuruluşlarında idare ile bir sözleşme yapmadan, statü hukukuna göre memur kadrosunda görev yapan ve ücretini bağlı bulunduğu yasalara göre alan kamu avukatının konumu aynı değildir.

Yapılan kamusal görev dağılımı gereği bir takım avukatlar fiilen duruşma avukatlığı yapıp, dava takip etmekte; bazı avukatlar ise dava takip etmeyip, duruşmalara girmeden, hazırlık ve büro çalışmalarını yürütmektedirler. Kimi durumlarda, davayı takip eden avukat değişebilmektedir. Bu durumda karşı tarafa yüklenen avukatlık ücretinin tamamının, davayı takip eden avukata

ait olması halinde aynı kurum içinde paylaşmalı olarak görev yerine getiren avukatlar ve Kanunda sayılan diğer personel arasında eşitsizlik yaratacağı ve haksız bir durum ortaya çıkaracağı kuşkusuzdur.

Serbest avukatlar, sadece vekalet bağlantısı kurdukları davalardan ücret alırken, diğer deyişle böyle bir bağlantı kurulmadıkça gelir elde edemez iken, kamu avukatları dava takibi olmaksızın aylık ücretlerini almaktadır. Başka bir anlatımla, Devlet, Anayasa'nın 55. maddesinde belirtilen "*Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır*" kuralına uyarak, kamu avukatları için tedbirini almıştır. Statü hukukunun gereği olarak, kamu görevine başlayan avukat, statüsünden ve yasadan kaynaklanan görev ve durumunu bilerek kamu görevine başlamaktadır.

Öte yandan, vekalet ücretinin dağıtımında sınırlama sonucu artan tutarın, diğer avukatlar arasında, limiti aşmamak üzere eşit olarak dağıtılmasında da aynı hukuksal gerekçeler söz konusu olup, itiraz konusu kuralın, kapsamındaki kamu avukatlarının kendi içlerinde eşitlik ilkesini sağlamaya yönelik olduğu da anlaşılmaktadır.

Bu durumda, avukatlık sözleşmesi yapan avukat ile kamu kurum ve kuruluşlarında idare ile bir sözleşme yapmadan, statü hukukuna göre memur kadrosunda görev yapan ve ücretini bağlı bulunduğu yasalara göre alan kamu avukatının hukuksal konumları aynı olmadığından, kamu davalarında ortaya çıkan vekalet ücretinin yasayla farklı usullere tabi tutulmasında ve sınırlandırılmasında Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 35. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesinin üçüncü fıkrasının "Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10000, diğerleri için 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının

oniki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/62
Karar Sayısı : 2011/175
Karar Günü : 29.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 96. maddesinin (B) fıkrasının, Anayasa'nın 2., 6., 8., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı Şirket tarafından broşür şeklinde bastırılıp dağıtımı yapılan el ilanları için davalı Belediye'nin Meclisince belirlenmiş olan oranlar üzerinden hesaplanıp, ihtirazi kayıtla beyan edilip ödenen ilan ve reklam vergisinin tahakkuktan terkin ve iadesi istemiyle açılan davanın temyiz incelemesinde, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"..... Hipermarketler Zinciri Anonim Şirketi tarafından, ihtirazi kayıtla verilen Şubat 2005 dönemine ilişkin ilan ve reklam vergisi beyannamesi üzerinden 120.000 adet broşür için tahakkuk ettirilerek, tahsil edilen ilan ve reklam vergisinin ret ve iadesi istemiyle Kartal Belediye Başkanlığına karşı açılan davayı reddeden İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin, 10.11.2009 günlü ve E:2009/3012, K:2009/2878 sayılı ısrar kararının bozulması istemiyle yapılan temyiz başvurusunu içeren dosya, Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulunca incelendikten sonra gereği görüşüldü:

Davacı Kurumun, Şubat 2005 döneminde Kartal Belediye sınırları içinde elle dağıttığı broşürler için 28.2.2005 tarihinde ihtirazi kayıtla verdiği ilan ve reklam vergisi beyannamesi üzerinden, 28.2.2005 günlü ve 109/4 sayılı tahakkuk fişiyle her bir broşür için 0,10 YTL olarak tahakkuk ettirilen maktu vergiler, davacı tarafından aynı gün ve seri A 2546913 sayılı makbuz karşılığı ödenmiş; hukuka aykırı tahsil edildiği ileri sürülen vergilerin ret ve iadesi istemiyle dava açılmıştır.

Davaya konu yapılan tahakkukun, 2464 sayılı Yasanın 96'ncı maddesinin (B) fıkrasında tanınan yetkiye dayanılarak Kartal Belediye Meclisi tarafından yürürlüğe konulan tarifede öngörülen ilan ve reklamın her biri için 0,10 YTL üzerinden yapıldığı anlaşıldığından, ilan ve reklam vergisi tahakkukunda esas alınan ve her bir broşür için belirlenen maktu verginin dayanağı, Kartal Belediye Meclisinin 7.1.2005 günlü ve 2005/7 sayılı kararıdır.

Davacı tarafından; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasında yasallık ilkesinin geçerli olduğu; bu konudaki tek istisnanın, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak konusunda Bakanlar Kuruluna verilebileceği öngörülen yetki olduğu, vergilendirme alanında belediye meclislerine tanınmış bir yetki bulunmadığından, vergilendirmeye esas alınan tarifeyi belirleyen Kartal Belediye Meclisi kararına dayanak oluşturan 2464 sayılı Kanunun 96'ncı maddesinin (B) fıkrasının, Anayasanın 73'üncü maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu, belediye gelirlerini dört ayrı kısımda düzenlemiştir. Birinci Kısım, vergileri; ikinci Kısım, harçları; Üçüncü Kısım, harcamalara katılma paylarını kapsamaktadır. Yasanın Dördüncü Kısmı ise vergi ve harç tarifelerinin tespitine ilişkin düzenlemeleri de içeren çeşitli hükümlere ayrılmıştır.

Vergiler, harçlar ve katılma paylarından oluşan belediye gelirlerinden harcamalara katılma payları, hizmetler dolayısıyla yapılan giderlerin tamamı üzeriden ve Yasanın Üçüncü Kısmında öngörülen yöntem ve esaslara göre tahakkuk ettirildiğinden belli tarifeye göre alınan belediye gelirleri, vergi ve harçlardan oluşmaktadır.

İlan ve reklam vergisinin en az ve en çok tutarı Yasanın 15'inci maddesinde yer alan maktu tarifede öngörülmüştür. Bu tarife, 1.1.2005 tarihinden geçerli olmak üzere 31.12.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5281 sayılı Yasanın 16'ncı maddesiyle değiştirilmiştir. Değişik tarifenin (5) işaretli bölümünde; ilan ve reklam amacıyla dağıtılan broşür, katalog, duvar ve cep takvimleri, biblolar veya benzerlerinin her biri için en az 0,01; en çok 0,25 YTL ilan ve reklam vergisi belirlenmiştir.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 96'ncı maddesinin (A) fıkrasında Bakanlar Kurulu, yasada en az ve en çok miktarları gösterilen ve aynı fıkrada yer alan vergi ve harçların tarifelerini, belediye grupları itibarıyla tayin ve tespite yetkili kılınmıştır. Maddenin birinci fıkrası gereğince Bakanlar Kurulunun 96'ncı maddenin (A) fıkrasında tanınan yetkiyi; Maliye Bakanlığı ve Devlet Planlama Teşkilatının görüşü de alındıktan sonra İçişleri Bakanlığı tarafından, belediyelerin nüfusları ile ekonomik ve sosyal gelişme durumlarına göre yapılan ve Resmi Gazetede ilan edilen gruplandırmayı gözeterek kullanması gerekmektedir.

Yasanın 96'ncı maddesinin (A) fıkrasında gösterilmeyen vergi ve harç tarifelerini yapmak konusunda Bakanlar Kuruluna tanınmış bir yetki bulunmamaktadır. İlan ve reklam vergisi, 96'ncı maddenin (A) fıkrasında yer almayan vergilerdendir.

2464 sayılı Yasanın 96'ncı maddesinin (B) fıkrasında ise (A) fıkrasında sayılanlar dışındaki vergi ve harçlara ait maktu tarifelerin; bu Kanunda belirtilen en alt ve en üst sınırları aşmamak şartıyla mahallin çeşitli semtleri arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklar göz önünde tutularak belediye meclislerince tespit olunması düzenlenmiştir.

İlan ve reklam vergisine ilişkin maktu tarifeler, 96'ncı maddenin (B) fıkrasında yer alan kuraldan dolayı, en az ve en çok tutarı 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 15'inci maddesinde öngörülen, 5281 sayılı Yasa ile değişik düzenlemedeki tutarlar gözetilerek belediye meclisleri tarafından yapılan tarifeye göre tahsil edilmektedir. Bu nedenle, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 96'ncı maddesinin (B) fıkrası, dava konusu ilan ve reklam vergisinin dayanağını oluşturmaktadır.

Yasa, Bakanlar Kuruluna, 96'ncı maddenin (A) fıkrasında tanınmış olan yetkinin kullanılması sırasında tespit şekli ve duyurulması da Yasada gösterilen gruplandırmanın gözetilmesini öngörmüşken; 96'ncı maddenin (B) fıkrasında belediye meclislerine tanınmış olan yetkinin kullanılmasına esas olmak üzere, ne şekilde tespit edileceği, hangi ölçütlere dayanacağı yasada gösterilmeyen ve belirsizlik içeren, çeşitli semtler arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklara bakılması dışında bir ölçü öngörmemiştir. Dolayısıyla konusunu, belediye ve mücavir alanları içinde yapılan her türlü ilan ve reklamın oluşturduğu ilan ve reklam vergisi için belediye meclisleri, yetki alanında, belirlilik ve ölçülülük kriterlerini içermeyen, bu yüzden hukuki güvenlik ilkesine de aykırı düşebilecek şekilde tarife yapabilecektir. Kuralda öngörülen, çeşitli semtler arasındaki sosyal ve ekonomik farklılığın hangi ölçütlere dayanılarak göz önüne alınacağının belirsiz kalmasından doğan bu durumun, hukuki güvenlik ilkesine aykırı düştüğü açıktır.

Herkesi, kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü tutan ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımını maliye politikasının sosyal amacı olarak belirleyen Anayasanın 73'üncü maddesi; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulmasını, değiştirilmesini veya kaldırılmasını öngörmüştür. Bu nedenle vergilendirme yetkisi, yasama organı tarafından kullanılabilen yetkilerdendir. Bu yetkinin kullanılmasında vergi yükünün âdil ve dengeli dağılımını ve herkesin mali gücüne göre vergi ödemesini sağlama amacının gerçekleştirilebilmesi için sosyal ve ekonomik değişimlerin de bir gereği olarak, 73'üncü maddenin son fıkrasında yasama organınca bu yetkinin, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden muaflığa, vergi istisnalarına, vergi indirimlerine ve vergi oranlarına ilişkin olmak üzere ve yukarı ve aşağı sınırları yasada gösterilmek koşuluyla değişiklik yapılması konusunda Bakanlar Kuruluna kısmen devredilebilmesine olanak tanınmıştır. Anayasada, yasallık ilkesinin tek istisnasını Bakanlar Kuruluna devredilebilen bu yetki oluşturmaktadır. Bunun dışında vergilendirme alanında başka hiçbir organa tanınmış veya devredilebileceği öngörülmüş bir yetki bulunmamaktadır.

Belediye Gelirleri Kanununun 96'ncı maddesinin (B) fıkrasında belediye meclislerine aynı maddenin (A) fıkrası dışında kalan vergi ve harçlara ait maktu tarifeler yapmak konusunda yetki tanıyan kural, Anayasanın 73'üncü maddesine aykırı düşmektedir. Esasen Anayasa, maktu vergileri tespit konusunda Bakanlar Kuruluna dahi yetki tanımamıştır.

2464 sayılı Yasanın 96'ncı maddesinin (B) fıkrası, aynı zamanda Anayasanın 2'nci, 6'ncı, 8'inci ve 11'inci maddelerine de aykırı görülmektedir.

Yukarıda belirtilen tüm nedenlerle, davacı tarafından ileri sürülen, düzenlemenin Anayasanın 2'nci, 6'ncı, 8'inci, 11'inci ve 73'üncü maddelerine aykırı olduğu yönündeki iddia ciddi görüldüğünden, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 96'ncı maddesinin (B) fıkrasında yer alan; "Yukarıda sayılanlar dışındaki vergi ve harçların maktu tarifeleri; bu kanunda belirtilen en alt ve en üst sınırları aşmamak şartıyla mahallin çeşitli semtleri arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklar göz önünde tutularak belediye meclislerince tespit olunur." şeklinde yetki tanıyan düzenlemenin iptali istemiyle ve 2949 sayılı Yasanın 28'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulmasına; dava dosyasındaki belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine ve Anayasa Mahkemesince itiraz yoluyla yapılan başvuru hakkında karar verilmesine kadar yargılamanın ertelenmesine, 12.2.2010 gününde oyçokluğu ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A-İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun itiraz konusu (B) fıkrasını içeren 96. maddesi şöyledir:

"MADDE 96 – A) Bakanlar Kurulu, bu Kanunda en az ve en çok miktarları gösterilen aşağıda yazılı vergi ve harçların tarifelerini belediye grupları itibariyle tayin ve tespit eder.

1. (...) (Madde 96 nın (A) fıkrasının (1) numaralı bendi, 7.11.1984 tarih ve 3074 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.)

2. Kaynak Suları Harcı,

3. Hayvan Kesimi Muayene ve Denetleme Harcı,

4. Ölçü ve Tartı Aletleri Muayene Harcı,

5. Kayıt ve Suret Harcı,

6. İmar Mevzuatı Gereğince Alınacak Harçlar, (Ticaret ve konut bölgeleri için ayrı ayrı)

7. Muayene, Ruhsat ve Rapor Harcı,

8. Sağlık Belgesi Harcı,

9. Bina İnşaat Harcı.

B) Yukarıda sayılanlar dışındaki vergi ve harçların maktu tarifeleri; bu Kanunda belirtilen en alt ve en üst sınırları aşmamak şartıyla mahallin çeşitli semtleri arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklar gözönünde tutularak belediye meclislerince tespit olunur.

C) (Ek: 3239 - 4.12.1985) Bakanlar Kurulu bu Kanunda yer alan maktu vergi ve harçların en az ve en çok miktarlarını belirleyen hadleri birlikte veya ayrı ayrı yahut her vergi ve harçla ilgili tarifelerde yer alan en az ve en çok hadleri birlikte veya ayrı ayrı on katına kadar artırmaya ve Kanunda yazılı hadlerden az ve bu hadlerin on katından çok olmamak üzere yeni hadler tespit etmeye ve 21'inci maddede yazılı Eğlence Vergisi nispetlerini birlikte veya ayrı ayrı bir katına kadar artırmaya veya sıfıra kadar indirmeye yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 6., 8., 11. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, 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 katılımıyla 15.7.2010 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; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasında yasallık ilkesinin geçerli olduğu, bu konudaki tek istisnanın bunların muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak konusunda Bakanlar Kuruluna verilebilecek yetki

olduğu, vergilendirme alanında belediye meclislerine tanınmış bir yetki bulunmadığından, belediye meclislerine bazı vergilerin tarifelerini belirleme konusunda yetki veren itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 6., 8., 11. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca, Belediye sınırları ile mücavir alanları içinde yapılan her türlü ilân ve reklâm, İlân ve Reklâm Vergisi'ne tabi kılınmış, aynı Kanun'un 15. maddesinde de İlân ve Reklâm Vergisi'nin tarifeleri belirlenmiştir. Söz konusu maddenin (5) numaralı bendinde; ilan ve reklam amacıyla dağıtılan broşür, katalog, duvar ve cep takvimleri, biblolar veya benzerleri için uygulanacak vergilerin alt ve üst sınırları belirlenmiş, itiraz konusu olan 96. maddesinin (B) fıkrası ile de bu verginin maktu tarifelerinin, Kanun'da belirtilen en alt ve en üst sınırları aşmamak şartıyla mahallin çeşitli semtleri arasındaki sosyal ve ekonomik farklılıklar gözönünde tutularak belediye meclislerince tespit olunacağı belirtilmiştir.

Devletin kamusal gereksinimlerini karşılaması için egemenlik gücüne dayanarak tek taraflı iradesiyle kişilere yüklediği bir kamu alacağı biçiminde tanımlanan verginin, anayasal sınırlar içinde salınıp toplanması zorunluluğu açıktır.

Anayasa'nın 73. maddesinde, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülerek Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir.

Bireylerin sosyal ve ekonomik durumlarını etkileyecek keyfi uygulamalara neden olmaması için, vergilendirmede, vergiyi doğuran olayın ve vergilerin matrah ve oranlarının, yukarı ve aşağı sınırlarının, tarh ve tahakkuklarının, tahsil usullerinin, yaptırımlarının ve zamanaşımı gibi belli başlı temel ögelerinin kanunlarla belirlenmesi gerekir. Ancak, kanun ile her konuyu bütün kapsam ve ayrıntılarıyla düzenlemenin olanaklı bulunmadığı durumlarda çerçevesi çizilerek bu sınırlar içinde kalmak koşuluyla uygulamaya ilişkin konularda yürütme organına açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte düzenleyici idarî işlem yapma yetkisi verilebilir.

İtiraz konusu kuralda, belediye gelirleri arasında yer alan bazı vergilerin maktu tarifelerini, kanunda belirlenen alt ve üst sınırlar arasında kalmak kaydıyla belirleme yetkisi belediye meclislerine verilmiştir. Belediye meclislerine verilen bu yetki, kanun koyucu tarafından vergilemenin temel ögelerinin belirlenerek uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına verilen düzenleyici idari işlemlerde bulunma yetkisi ya da kanunla getirilen bir düzenlemeyi açıklayıcı ve tamamlayıcı nitelikte verilen bir yetki olmayıp doğrudan vergi miktarının belirlenmesine ilişkin bir yetkidir.

Anayasa'nın 73. maddesinin dördüncü fıkrasında, "vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir" denilmektedir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapabilecek, ancak bu sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getiremeyecektir. Bakanlar Kurulu'na verilen bu yetki istisnai bir yetkidir. Vergilendirmede esas kural, vergilerin kanunla konulup, kaldırılması ve değiştirilmesidir. Dolayısıyla bu konularda yukarı ve aşağı sınırları belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu sınırlar içinde değişiklik yapma yetkisi ise kanunun öngörmesi koşuluyla ancak Bakanlar Kurulu'na verilebilir.

Bu nedenle, belediye meclislerine vergi tarifesini belirleme yetkisi veren kural Anayasa'nın 73. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 6., 8. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

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, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin üçüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

2464 sayılı Kanun'un 96. maddesinin (B) 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 bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

1- 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu'nun 96. maddesinin (B) fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 2464 sayılı Kanun'un 96. maddesinin (B) 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,

29.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2010/73
Karar Sayısı : 2011/176
Karar Günü : 29.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 4. Fikri ve Sınai Haklar Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 5.12.1951 günlü, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun, 21.2.2001 günlü, 4630 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile değiştirilen Ek 2. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın 10., 35. ve 64. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, bir televizyon kuruluşunca yayınlanan bazı sinema eserlerinin sahibi olduğu iddiasıyla açtığı eser sahipliğinin tespiti, mali ve manevi haklara tecavüzün önlenmesi ve ref'i ile telif ücreti ve tazminat davasında, sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasını düzenleyen kuralın Anayasa'ya aykırılığı iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

" (…) 5846 sayılı Yasanın ek 2. maddesinin Anayasaya aykırılığı iddia olunan son paragrafı şu şekildedir;

"Bu kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12/06/1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır."

5846 sayılı Yasanın sinema eseri sahipliği ile ilgili 8. maddesi ise şu şekildedir;

"Bir eserin sahibi, onu meydana getirendir.

Bir işlenmenin ve derlemenin sahibi, asıl eser sahibinin hakları mahfuz kalmak şartıyla onu işleyendir.

Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır."

İptali istenen ek 2. madde hükmü ilk bakışta sinema eserleri sahipleri yönünden yasa koyucunun takdiri kapsamında ve yasaların, yürürlük tarihinden itibaren ortaya çıkacak hukuki ilişkilere uygulanması bakımından yerinde bir düzenleme gibi görünmekte ise de, gerek sinema eserleri gerekse diğer eserler ve bağlantılı haklar yönünden koruma sürelerinin uzatılması ve sinema eseri sahipliği ile diğer eser ve bağlantılı hak sahipliği bakımından eşitsizlik ve mülkiyet hakkına müdahale oluşturması ile sanatın ve sanatçının korunmasına dair Anayasa hükmünün ihlali bakımından Anayasaya aykırıdır.

Anayasamızın 10. maddesinde düzenlenen "eşitlik ilkesi"nin uygulanması bakımından aynı hukuki statüde bulunan, müzik eserleri, güzel sanat eserleri, ilim edebiyat eserleri sahiplerinden farklı olarak, 5846 sayılı Yasanın ek 2/son maddesinde sinema eserleri yönünden eser sahipliği konusunda 12/06/1995 tarihli Yasa değişikliği öncesi ve sonrası bakımından bir ayrım yapılmıştır. Bu tarihten sonra yapımına başlanan sinema eserleri bakımından "senaryo yazarı", "diyalog yazarı", "yönetmen" ve "özgün müzik bestecisi" ile canlandırma varsa "animatör" birlikte eser sahibi sayılırken, bu tarihten önce yapımına başlanan filmler yönünden yegane eser sahibi ilgili sinema filmini imal ettiren"dir. Görüleceği üzere yasa koyucu ilim edebiyat eserlerini, müzik eserlerini, güzel sanat eserlerini ve sinema eserlerini bir arada düzenlerken ve diğer eserler yönünden süre bakımından herhangi bir yürürlük tarihi belirlemez iken, sadece sinema eserleri bakımından farklı bir düzenleme yapmıştır. Bağlantılı haklar için de herhangi bir süre sınırı yoktur. Sözgelimi 1995 yılından önce yapılan sinema filmlerinde rol alan oyuncular için bu tür bir sınırlama getirilmemiştir. İlk bakışta, yapılan yeni düzenlemenin doğal ve olması gereken bir düzenleme olduğu izlenimi uyansa da, esasında düzenlemeden önce 20 yıl olan koruma

süresinin 70 yıla çıkarılması nedeniyle ciddi bir eşitsizliğin ve mülkiyet hakkı ihlalinin meydana geldiği anlaşılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak müzik eserleri, ilim edebiyat eserleri, güzel sanat eserleri bakımından eser sahipliği için farklı, sinema eserleri bakımından farklı hukuki sonuçlar meydana gelebilmektedir.

Yapılan yasal düzenleme ile 1995 yılından önce bir sinema filmini imal ettiren yapımcı, ek 2. madde nedeniyle hem 50 yıl daha eser sahibi olarak kalmaya devam ederken, hem de aynı Yasanın 80. madde gereğince bir de film yapımcısı olmasından dolayı "bağlantılı hak sahibi" durumuna gelmektedir. Böylece film yapımcıları hem 50 yıl daha eser sahibi olmaya devam edip, ayrıca birde yapımcı sıfatını elde ederek bağlantılı hak sahipliğine de sahip olurken, yönetmen, senaryo yazarı, diyalog yazarı, özgün müzik bestecisi gibi sinema eserinin gerçek sahipleri, ilave 50 yıl daha hak sahibi olamamakta ve hemen her gün televizyonlarda yayınlanan filmlerden dolayı herhangi bir gelir elde edememektedir.

Benzer şekilde 5846 sayılı Yasanın 80. maddesinde yapılan düzenleme ile film yapımcıları, filmlerinin ilk tespitini gerçekleştiren kişiler yönünden bağlantılı hak ihdas edilmiş ve ayrıca bir sinema filminde rol alan icracı sanatçılar ve sinema eserinin sahipliği bakımından yürürlük için her hangi bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Bu nedenle söz gelimi bir sinema filminde rol alan bir icracı sanatçı ya da sinema filminde kullanılan müzik eserleri, özgün müzik bakımından, bu sinema eseri 12/06/1995 tarihinden önce yapımına başlanmış olsa dahi Yasanın 43. maddesi gereğince böyle bir sinema eserinin televizyonda, internet ortamında yayınlanması nedeniyle eser icra fonogram ve yapımlar için bazı hallerde bedel talebi mümkün iken, sadece sinema eserleri yönünden bunun mümkün olmaması gibi bir sonuç ile karşılaşılması ihtimal dahilindedir. Oysa 4110 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği tarihte sinema eserleri yönünden koruma süresi 20 yıl iken, halen sinema eserleri ve diğer eserler bakımından koruma süresi 5846 sayılı Yasanın 27. maddesi gereğince eser sahibinin yaşadığı müddetçe ve ölümünden itibaren 70 yıldır. Böylece 12/06/1995 tarihine kadar bir sinema eserinin yapımcısı ancak 20 yıl süre ile sinema eserinden dolayı telif hakkı geliri elde edebilmekte iken, 4630 sayılı Yasanın 16. maddesi ile yapılan değişiklikten sonra filmin aleniyet tarihinden itibaren 70 yıl süre ile gelir elde edebilecektir. Bu durumda söz gelimi 12/06/1975 tarihinde alenileşen bir sinema eseri bakımından sinema filminin yapımcısı 12/06/1995 tarihine kadar koruma ve bedel talep hakkına sahip iken, bu süre yasa değişikliği sonucunda

2045 yılına kadar uzamıştır. Buna bağlı olarak 1995 yılında sinema eseri sahibi olarak kabul edilen senaryo yazarı, yönetmen gibi kimseler 2045 yılına kadar bu filmin televizyonlarda yayınından dolayı gelir elde edememek durumu ile karşı karşıyadır. 20 yıllık koruma süresi 70 yıla çıkarılmış ve sinema eseri için yönetmen, senaryo yazarı gibi kimseler sinema eseri sahibi olarak kabul edilmiş olmakla birlikte bu kimseler iptali istenen yasa hükmü nedeniyle koruma sürelerinin uzatılmasından yararlanamamaktadır. Gerek sinema filmlerinde gerekse fonogramlarda rol alan ya da icrada bulunan sanatçılar yönünden böyle bir sınırlama mevcut değil iken, sinema eserleri sahipleri yönünden bu şekilde bir sınırlama getirilmesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinde yer alan "herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler ile ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." hükmüne aykırı olup yasa hükmünün bu nedenle iptali gerekir.

Öte yandan bir sinema filminin yapım tarihinden daha sonra yapılan yasa değişikliği ile koruma süresi 20 yıldan 70 yıla çıkarılmış olmasına, filmin yapımcısının sinema eseri sahibi olmaktan çıkarılıp bağlantılı hak sahibi sayılmasına, daha önce eser sahibi sayılmayan senaryo yazarı, yönetmen, diyalog yazarı, özgün müzik bestecisi gibi kimselerin sinema eseri sahibi sayılmasına rağmen sonradan uzatılan koruma sürelerinden dolayı sadece halen mevcut yasaya göre eser sahibi sayılmayan film yapımcısı telif hakkı geliri elde edebilir iken, koruma süresinin sonradan uzatılmış olması ve bu nedenle ortaya çıkan yeni durum nedeniyle ve yasadaki değişiklikten dolayı eser sahibi sayılan kimselerin telif hakkı nedeniyle gelir elde edememeleri nedeniyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının "sanatın ve sanatçının korunması" başlıklı 64. maddesine aykırılık söz konusu olup ilgili yasa hükmünün bu nedenle dahi iptali gerekir.

Nihayet aynı yasa hükmü Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 35. maddesinde düzenlenen "mülkiyet hakkı" başlıklı Anayasa hükmüne dahi aykırıdır. Zira 70 yıla uzatılan koruma süresi nedeniyle ortaya çıkan ek koruma dönemine bağlı gelirden filmin yapımcısı yararlanır iken, mevcut Yasaya göre sinema eserinin sahipleri olan kimselerin yararlanamaması, 20 yıldan 70 yıla uzatılan koruma süresinin 50 yıllık ilave çok uzun bir dönemi kapsaması ve bunun filmin yapımı anında mevcut olmayıp sonradan düzenlenmiş olması nedeniyle geçmişe yönelik olarak sinema eseri sahiplerinin mülkiyet hakkının da sınırlanması söz konusudur. Zira bir yandan koruma süresi 70 yıla çıkarılırken ve daha önceden eser sahibi olarak kabul edilmeyen yönetmen, senaryo yazarı gibi

kimseler eser sahibi olarak kabul edilirken, bu tarihten itibaren uzatılmış olan koruma süresi içinde eser sahipliğinden dolayı gelir elde etmesi gereken bu gibi kimselerin bu hakları ortadan kaldırılmaktadır. Böylece 1995 yılından itibaren 50 yıl daha gelir getirecek olan ve hemen her gün televizyonlarda yayınlanan eski sinema filmleri sadece yapımcıya gelir sağlamakta, eserin gerçek sahipleri bu haktan ve gelirden 50 yıl daha mahrum kalmaktadır. Bu sınırlamada her hangi bir kamu yararı mevcut olmadığından 5846 sayılı Yasanın ek 2. maddesinin son fıkrasının bu nedenle dahi iptali gerekir. (…)".

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 5846 sayılı Kanun'un, 4630 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile değiştirilen Ek 2. maddesi şöyledir:

"*Bu Kanunla sağlanan koruma, bu madde ile getirilen değişikliğin yürürlüğe girdiği sırada;*

1. T.C. vatandaşı eser sahipleri ve eser sahiplerinin hakları ile bağlantılı hak sahipleri tarafından üretilmiş Türkiye'de mevcut bütün eserlere, tespit edilmiş icralara ve fonogramlara,

2. Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere ve anlaşmalara taraf diğer ülkelerde üretilmiş ve bu ülkelerde koruma süresi dolmadığı için kamuya mal olmamış yabancı eserlere, tespit edilmiş icralara ve fonogramlara,

Uygulanır.

Birinci fıkranın uygulanması sonucu koruma kapsamına alınan eserlerin, tespit edilmiş icraların ve fonogramların yasal kopyalarının mülkiyetini elinde bulunduran kişiler, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihi takip eden altı aylık sürenin sonuna kadar yazılı bir izne gerek kalmaksızın bu kopyaları satabilir veya elden çıkarabilir.

Bununla birlikte, eserler, tespit edilmiş icralar ve fonogramlara ilişkin olmak üzere bu Kanun çerçevesinde eser sahipleri ve diğer hak sahiplerine sağlanan hakların kullanılması eser veya bağlantılı hak sahiplerinin iznine tabidir.

Bu Kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12/6/1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır.".

B- İlgili Yasa Kuralları

1- 5846 sayılı Kanun'un ilk hâliyle 8. maddesinin dördüncü fıkrası şöyledir:

"*Bir sinema eserinin sahibi onu imâl ettirendir.*".

2- 5846 sayılı Kanun'un 4110 sayılı Kanun ile değiştirilen 8. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

"*Sinematografik eserlerde; yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Eserin birlikte sahipleri, mali hakları, yapacakları bir sözleşmeyle ve uygun bir bedel karşılığında yapımcıya devredebilirler.*".

3- 5846 sayılı Kanun'un 4630 sayılı Kanun ile değiştirilen 8. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"*Sinema eserlerinde; yönetmen, özgün müzik bestecisi, senaryo yazarı ve diyalog yazarı, eserin birlikte sahibidirler. Canlandırma tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde, animatör de eserin birlikte sahipleri arasındadır.*".

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10., 35. ve 64. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla 22.9.2010 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, ilgili yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu sinema eserlerinde koruma süresinin yirmi yıldan yetmiş yıla çıkarılmasından, 4110 ve 4630 sayılı Kanunlar ile yapılan değişikliklerle sinema eseri sahibi olarak kabul edilenlerin yararlandırılmadıkları, sinema eserleri dışındaki eser türlerinin sahipleri ile bağlantılı hak sahipleri yönünden zaman bakımından uygulamaya ilişkin düzenleme yapılmadığı, bu nedenle eşitlik ilkesi, mülkiyet hakkı ve devletin sanatçıyı koruma görevinin ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 35. ve 64. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5846 sayılı Kanun'un 8. maddesinin ilk hâli uyarınca "*imal ettiren (yapımcı)*" sinema eseri sahibiyken, anılan maddede 4110 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle "*yönetmen*", "*özgün müzik bestecisi*" ve "*senaryo yazarı*" sinema eseri sahibi olarak kabul edilmiş ve 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bu eser sahiplerine "*diyalog yazarı*" ve canlandırma (animasyon) tekniğiyle yapılmış sinema eserlerinde "*animatör*" eklenmiştir.

İtiraz konusu kuralla, sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümlerin 4110 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 12.6.1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanacağı düzenlenerek, değişiklikler nedeniyle doğacak ihtilafların önlenmesi ve imal ettirenin (yapımcının) kazanılmış haklarının korunması amaçlanmıştır. Kuralın, başvuru kararında belirtildiğinin aksine koruma sürelerine ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasıyla ilgisi olmayıp, bu husus 5846 sayılı Kanun'un Ek 2. maddesinin kuraldan önceki fıkralarında düzenlenmektedir.

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, hukuk güvenliğini sağlayan, 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 devletinin korumakla yükümlü olduğu evrensel ilkelerden birisi hukuk güvenliği ilkesidir. 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 ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği yasaların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca kamu yararı ve kamu düzeni, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında kanunlar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar.

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.*" biçimindeki hükme yer verilerek, mülkiyet hakkı, miras hakkıyla birlikte bir temel hak olarak güvence altına alınmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Mülkiyet hakkının konusunu, maddi ve gayrimaddi mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar, maddi mallar kapsamında iken, fikrî ve sınai mülkiyet hakları gayrimaddi mallar kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, sinema eserleri üzerindeki fikrî haklar da mülkiyet hakkı kapsamındadır.

Kuralla sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümlerin geriye yürütülüp yürütülmediğinin belirlenebilmesi için, öncelikle sinema eseri sahipliğini doğuran olayın ne zaman gerçekleştiğinin tespit edilmesi gerekir. Sinema eserlerinde eser sahipliği, herhangi bir hukuki işleme gerek olmadan eserin meydana getirilmesiyle birlikte kendiliğinden doğar. Kuralla, 4110 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 12.6.1995 gününden önce sinema eseri sahibi olan imal ettiren (yapımcı) ile bu tarihten itibaren sinema eseri sahibi olarak kabul edilen yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarı yönünden sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümler geriye yürütülmemektedir. Ancak diyalog yazarı ve animatör, 3.3.2001 gününde yürürlüğe giren 4630 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle sinema eseri sahipleri arasına eklendiği hâlde, kuralla

bunlar yönünden de sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümlerin 4110 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 12.6.1995 gününden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanacağı düzenlenmektedir. Buna göre kural, 12.6.1995 gününden sonra yapımına başlanıp 3.3.2001 gününe kadar meydana getirilerek eser sahipliği ortaya çıkmış olan sinema eserlerinde, "*diyalog yazarı*" ve "*animatör*" yönünden eser sahipliğine ilişkin hükümleri geriye yürütmektedir.

Diğer taraftan, eser sahipliği sadece bir hukuki statüden ibaret değildir. Eser sahipliği ile birlikte ve ona bağlı olarak eser üzerindeki fikrî haklar da kendiliğinden kazanılır. 5846 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca sinema eseri sahipleri birlikte eser sahibi olduklarından, eser üzerindeki haklara da birlikte sahip olurlar. Anılan Kanun'un 10. maddesinin ikinci fıkrasının atfıyla uygulanması gereken adi şirkete ilişkin hükümler uyarınca ise sinema eseri sahipleri, eser üzerindeki haklardan elde edilen bütün kazançları aralarında eşit olarak paylaşmak ve bunlara ilişkin kararları oybirliğiyle almakla yükümlüdürler. Buna göre, kuralla diyalog yazarı ve animatör yönünden eser sahipliğine ilişkin hükümler geriye yürütülerek 12.6.1995 gününden sonra yapımına başlanıp 3.3.2001 gününe kadar meydana getirilmiş olan sinema eserlerinin üç kişiden oluşan eser sahipleri beş kişiye çıkarılmakta ve daha önce sinema eseri sahibi olan yönetmen, özgün müzik bestecisi ve senaryo yazarının eserin meydana getirilmesiyle birlikte kazanmış oldukları mülkiyet hakkı kapsamında yer alan fikrî hakları üzerindeki kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkileri azaltılmaktadır. Dolayısıyla kural, diyalog yazarı ve animatörler yönünden sinema eseri sahipliğine ilişkin hükümleri geriye yürütüp, eser sahipliği statüsünden doğan, kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş olan fikrî haklar üzerindeki yetkileri azaltmak suretiyle kazanılmış hak ve hukuk güvenliği ilkelerini ihlal etmekte ve mülkiyet hakkını zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, "*diyalog yazarı ve animatörler*" yönünden Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, ayrıca 10. ve 64. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

5.12.1951 günlü, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 21.2.2001 günlü, 4630 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile değiştirilen Ek 2. maddesinin "Bu Kanunun sinema eseri sahipliği ile ilgili hükümleri, 4110 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 12/6/1995 tarihinden sonra yapımına başlanan sinema eserlerine uygulanır." biçimindeki son fıkrasının, "diyalog yazarı ve animatörler" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 29.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2010/78
Karar Sayısı : 2011/177
Karar Günü : 29.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Rize İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.1.1961 günlü, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası ile 34. maddesinin, Anayasa'nın 29. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bazı sayıları yayımlanmayan yerel bir gazetenin resmi ilan yayınlama hakkının valilikçe düşürülmesi nedeni ile gazetenin imtiyaz sahibi tarafından açılan davada itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II - İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 29. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesinde; süreli yayınların çıkarılması, yayım şartları, mali kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esasların kanunla düzenleneceği hükmüne yer verilerek Anayasa'nın basın-yayın özgürlüğüne ne denli önem verdiği vurgulanmış bulunmaktadır.

Dava konusu olan davacıya ait gazetenin resmi ilan yayınlama hakkının düşürülmesine ilişkin olarak tesis edilen işlemin ise Basın İlan Kurumu Genel Kurulu'nun 15.02.1977 tarihli kararına ilişkin olduğu görülmektedir. Anılan mevzuat hükümlerinin değerlendirilmesinden; dava konusu işleme esas teşkil eden Genel Kurul Kararı'nın dayanağının Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair 195 sayılı Kanun'un 32. ve 34. maddeleri olduğu görülmektedir. Kanun'un

32. maddesinin ilk paragrafında resmi ilanların verileceği gazetelerin Basın İlan Kurumu Genel Kurulunca 34. madde mucibince tespit edileceği, 34. maddesinde ise resmi ilan verilecek mevkutelerin münderecat, sayfa sayısı ve ölçüsü, kadro fiili satış ve en az yayın hayatı süresi gibi esasların Genel Kurul'ca tespit edileceğinin belirtildiği görülmektedir.

Resmi ilan yayınlama hakkının ülke çapında yayınlanan birçok gazetenin mali kaynağı olduğu hususu göz önünde bulundurulduğunda, anılan Kanun'un 32 ve 34. maddelerinde resmi ilan verilecek gazetelere ait esasların belirlenmesi konusunda Basın İlan Kurumu'na verilen yetkilerin Anayasa'nın 29. maddesinde belirtilen süreli yayınların çıkarılması, yayım şartları, malî kaynakları ile yakından ilgili olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa'nın 29. maddesinde belirtilmiş olan süreli yayınların çıkarılması, yayım şartları ve malî kaynakları gibi düzenlemelerin Kanun ile yapılmasının şart olması karşısında; resmi ilan verilecek gazetelere ait esasların da Kanun ile düzenlenmesi gerekmekte olduğundan, bu tür esasların Genel Kurul Kararı ile tespit edilmesi yönünde yetki veren Kanun hükümlerinin de Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülmektedir.

Yukarıda yer verilen gerekçeler veri alındığında uyuşmazlıkta uygulanacak Genel Kurul Kararı'nın dayanağı olan 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 32. maddesinin ilk paragrafının ve 34. maddesinin Anayasa'nın 29. maddesine aykırı olduğu kanaatine varılarak konunun incelenmesi için dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin onaylı örneklerinin yer aldığı dosyanın kararımızın aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

2.1.1961 günlü, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 32. ve 34. maddeleri şöyledir:

"**Resmi ilanların dağıtılması**:

Madde 32- Resmi ilanlar, fikir ve içtihat farkı aranmaksızın 34 üncü

madde mucibince vasıfları tesbit edilecek olan mevkutelere Basın - İlan Kurumu Genel Kurulunun tesbit edeceği esaslar dahilinde dağıtılır.

33. madde hükmü saklıdır.

Gazetelerin vasıfları:

Madde 34- Resmi ilan verilecek mevkutelerin vasıfları:

a) Münderecat,
b) Sayfa sayı ve ölçüsü,
c) Kadro,
ç) Fiili satış,
d) En az yayın hayatı süresi,

Bakımlarından ve uygun görülecek diğer yönlerden Basın-İlan Kurumu Genel Kurulunca tespit olunur.

Genel Kurul, Kurumun şubesi bulunmayan yerlerdeki mevkutelerin vasıflarını yukarıdaki fıkrada yazılı kayıtlara bağlı olmaksızın tespit eder.

Genel Kurul Türkiye'de yabancı dillerle yayınlanan mevkuteler ile fikir ve sanat dergilerine ilan ve reklâm verme esaslarını ayrıca tayin eder."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 29. maddesine 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, 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, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

7.12.2010 gününde karar verildi.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, resmi ilan yayınlama işinin Türkiye'de pek çok yerel gazete için mali kaynak olduğu, resmi ilan yayınlama hakkı verilecek gazetelerde esas alınacak olan ilke ve kriterlerin kanun ile belirlenmesi gerekirken Basın İlan Kurumu Genel Kurul Kararı ile belirlendiği belirtilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 29. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

195 sayılı Kanun'un iptali istenen 32. maddesinde; resmi ilanların 34. maddede belirtilen ölçütler dikkate alınarak özellikleri belirlenecek süreli yayınlara Basın İlan Kurumu Genel Kurulunun tespit edeceği esaslar dahilinde dağıtılacağı; 34. maddede ise resmi ilan verilecek süreli yayınların münderecat, sayfa sayısı ve ölçüsü, kadro, fiili satış ve en az yayın hayatı süresi ve uygun görülecek diğer yönler dikkate alınarak Basın İlan Kurumu Genel Kurulunca tespit edileceği kurala bağlanmıştır. Kanun'un 37. maddesinde, resmi ilan verilebilecek olan süreli yayınların isimlerini ve vasıflarını ihtiva eden listenin Kurum Genel Müdürlüğü ve valilikler tarafından her ayın sonunda Hükümete, Kurum şubelerine ve diğer ilgililere gönderileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 29. maddesinde süreli yayınların çıkarılması, yayım şartları, mali kaynakları ve gazetecilik mesleği ile ilgili esasların kanunla düzenleneceği, Kanun'un haber, düşünce ve kanaatlerin serbestçe yayımlanmasını engelleyici veya zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, mali ve teknik şartlar koyamayacağı ve süreli yayınların, Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin veya bunlara bağlı kurumların araç ve imkânlarından eşitlik esasına göre yararlanacağı belirtilmiştir.

İptali istenen kurallarda, gazetelerin resmi ilan yayınlayabilmeleri için gerekli özelliklerin belirlenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Yasa koyucunun amacının, gazetelerin niteliğinin artırılması ve sırf resmi ilan alabilmek için gazete çıkarılmasının önlenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Süreli yayının varlık sebebi resmi ilan yayınlamak değil, haber ve düşüncelerin insanlara aktarılmasıdır. Anayasa'nın 29. maddesindeki düzenlemede ise gazetelerin yayın yapmasını zorlaştıran koşullar veya yayım hayatına başlamasına engel olan, güçleştiren ödevler yüklemek gibi siyasi, ekonomik, mali ve teknik koşulların konulması yasaklanmıştır. Anayasa'nın 29. maddesinde resmi ilanların dağıtılmasına ilişkin açık bir kural bulunmamaktadır. İtiraz konusu kurallarla gazetelerin niteliklerini artırma amacıyla, yayınlarda sürekliliği ve güvenilirliği hedefleyen ölçütler getirilmesi durumunun, yayın kuruluşlarının düşünce ve kanaatlerini serbestçe yayımlanması özgürlüklerini engelleyici veya bunların kullanılmalarını zorlaştırıcı siyasal, ekonomik, mali ve teknik koşulları içermediği açıktır.

Diğer taraftan itiraz konusu kurallarla resmi ilan yayınlama hakkının süreli yayınlara verilmesi esas ve usullerin belirlenmesi konusunda Basın İlan Kurumu Genel Kuruluna yetki verilirken; resmi ilan yayınlama hakkına ilişkin temel esaslar ve yürütmeye bırakılan alanın çerçevesi de çizilmiştir. Kanun'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konularda Basın İlan Kurumu Genel Kuruluna yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 29. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

2.1.1961 günlü, 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası ile 34. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 29.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2010/80
Karar Sayısı : 2011/178
Karar Günü : 29.12.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Muharrem İNCE

DAVANIN KONUSU: 11.6.2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda Ve Yem Kanunu'nun;

1) 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, "Ancak, Bakanlıkça izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan iş yerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünler satılabilir" şeklindeki ikinci cümlesinin,

2) 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının, "Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir" şeklindeki ikinci cümlesinin,

3) 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

4) 46. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla değiştirilen, 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 56., 73. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

"II. GEREKÇE

1) 11.06.2010 Tarihli ve 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunun 13 üncü Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İkinci Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

Veteriner tıbbî ürünlerinin toptan ve perakende satışı ve tanıtımının düzenlendiği 13 üncü maddenin (1) numaralı fıkrasın birinci tümcesinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki veteriner tıbbî ürünlerinin toptan satışının, ecza depoları veya veteriner ecza depoları kanalıyla, perakende satışlarının ise eczaneler, veteriner muayenehane, klinik, poliklinik ve hayvan hastaneleri kanalıyla yapılacağı belirtilmiştir.

Ancak, fıkranın ikinci tümcesinde, Tarım ve Köyişleri Bakanlığınca izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan işyerleri için istisna getirilmiş, bu işyerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünlerin de satılabileceği hüküm altına alınmıştır.

"Veteriner tıbbî ürünler", 5996 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinin 78 inci sırasında, "hayvana uygulanmak ya da hayvan için kullanılmak amacıyla tüm üretim aşamalarından geçerek kullanıma hazır hale getirilmiş etkin madde ihtiva eden ürünleri ve veteriner biyolojik ürünleri" ifade eder şeklinde tanımlanmıştır. Bunların, etkin madde ihtiva eden yapıları, insanlara ve doğru kullanılmadığı takdirde hayvanlara zararı göz önünde bulundurularak, toptan satışının, ecza depoları veya veteriner ecza depoları kanalıyla, perakende satışlarının ise eczaneler, veteriner muayenehane, klinik, poliklinik ve hayvan hastaneleri kanalıyla yapılması insan ve hayvanın sağlığı ve maddi yaşamı için önemlidir.

Anayasanın 5 inci 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 maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır"; "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56 ncı maddesinde de, "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir…" denilmiştir.

"Anayasanın 5 inci maddesiyle kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ödevi Devlete verilirken, 56 ncı maddesiyle de herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtilerek, bu hakkı korumanın yine devletin ve vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır.

Anayasanın 5 inci ve 56 ncı maddeleri ile Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesi, belli bir plan ve program çerçevesinde gözetim ve denetim ile gerçekleşebilir. Anayasada yer alan "sağlıklı ve dengeli çevre" kavramına, hava, su ve toprak kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, veteriner hizmetleri, bitki, gıda ve yem güvenilirliğinin de gireceği kuşkusuzdur. Yasa koyucunun, devlete ait ödevleri yerine getirirken, çıkardığı yasalarla gerekli önlemleri alması zorunludur. Hayvan ve insan sağlığı gibi, maddi ve manevi yaşamın vazgeçilmez konularının idarenin düzenlemesi ve takdirine bırakılması beklenemeyeceği gibi, yasa koyucunun bu alanda güvenliği zedeleyecek düzenlemeler yapması da kabul edilemez.

Süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan işyerleri, bu tür tıbbî ürünlerin satışı ve kullanım yöntemlerinin önerilmesi için uygun eğitim, öğretim ve nitelikte kişiler tarafından işletilmediği gibi, uygun saklama ve satış ortamına da sahip değildir. Bu tür, uygun koşulları taşımayan satışlar, halk, insan ve hayvan sağlığı yönünden ciddi sakıncalar oluşturmaktadır.

Kuralın, can ve mal güvenliğini sağlamak, dolayısıyla kamu düzenini ve yararını korumak amacıyla getirildiği de söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, 11.06.2010 Tarihli ve 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunun 13 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci tümcesi Anayasanın 5 inci ve 56 ncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 11.06.2010 Tarihli ve 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunun 22 nci Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının İkinci Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

22 nci maddede, sorumluluklar sıralanmış, (7) numaralı fıkrada, Yasanın Ek-1'inde belirlenen gıda ve yem işletmelerinin, işin nevine göre, konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorunda oldukları belirtilmiştir. Böylece, hangi gıda ve yem işletmelerinin, konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorunda oldukları Yasada tek tek sayılarak, bu konudaki sorumluluk yasal güvence altına alınmıştır. Ancak (7) numaralı fıkranın ikinci tümcesinde, Ek-1 sayılı çizelgede bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Bakanlıkça değişiklik yapılabileceği belirtilmiştir. Bakanlık, bu değişiklikleri çıkarılacak bir tebliğ ile ilan edecektir.

Bakanlığa yetki veren yasal düzenleme herhangi bir yasal çerçeve ve ölçüt içermemektedir. "bilimsel gelişmeler" ve "günü koşulları" bütünüyle soyut ve belirsiz kavramlardır.

Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde ise yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür. Buna göre, Anayasada yasayla 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, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma ve yasayla konulan kuralları değiştirme yetkisi verilemez. Yasal düzenlemeler ancak yasa koyucu tarafından konulabilir, kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*" dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi 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. 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. Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar. (AYMK., 17.04.2008 günlü, E.2005/5, K.2008/93).

Kuralda, yasa ile getirilen gıda ve yem işletmelerinin değiştirilmesi konusunda, yasa ile esasları belirlenmeden, çerçevesi çizilmeden, soyut ve belirsiz kavramlara dayanarak, Bakanlığa çok geniş yetkiler verilmektedir. Yasa'da açıkça düzenleme yoluna gidilmeden, gıda ve yem işletmeleri ile bunların çalıştıracağı personelin, "bilimsel gelişmeler ve günün koşulları" gibi soyut gerekçelere dayanılarak değiştirilmesi yetkisinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğini taşımaktadır. İdareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür.

Açıklanan nedenlerle, 11.06.2010 Tarihli ve 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunun 22 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci tümcesi Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 11.06.2010 Tarihli ve 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunun 35 inci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Fıkrada, Tarım ve Köyişleri Bakanlığının 5996 sayılı Yasa kapsamında yürütülen faaliyetler ve yapılan resmî kontrollerin karşılığı olarak ücret alabileceği, hangi faaliyetlerden ve resmî kontrollerden ne miktarda ücret alınacağının her yıl Aralık ayında Bakanlıkça belirleneceği öngörülmüştür.

Yasa koyucu, hem hangi faaliyet ve resmi kontrollerden ücret alınacağı, hem de ne miktarda ücret alınacağı konusunu tamamıyla Bakanlığa bırakmıştır.

Anayasanın 73 üncü maddesinde, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, vergi ödemekle yükümlü olduğu; vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin yasayla konulacağı belirtilmiştir.

Verginin, kamu giderlerini karşılamak üzere alınması ve herkesin bu nedenle vergi ödemekle yükümlü olası, temel anayasal ilkelerden biridir. "Vatandaş vazifelerinin en önemlilerinden biri" olarak tanımlanan vergi yükümünün amacı, kamu hizmetlerinin karşılığı olarak kamu giderlerine kaynak oluşturmaktır. Kamu giderleri, kamu hizmetlerinin gerektirdiği giderlerdir. (GEREK Şahnaz, AYDIN Ali Rıza, Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2010, s.42 vd.)

5996 sayılı Yasa kapsamındaki faaliyetler ve resmi kontroller, Anayasanın Devlete yüklediği görevler arasında olup, kamu hizmeti, bu hizmet karşılığında yapılacak harcamalar da kamu gideridir. Bu kamu hizmetinin gerektirdiği giderlerin, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerle karşılanması zorunludur. Bu durumda, söz konusu giderleri karşılamak amacıyla kişilerden alınan paranın da vergi ya da vergi benzeri yükümlülük olması gerekir. Bu hizmetlerin, kişilerden alınan ücretle değil Devletin genel gelirleriyle karşılanması gerekir.

Kuralda, "ücret alabilir" sözcükleri kullanılmak suretiyle, zorunluluk getirilmemekle birlikte, Yasa kapsamında yürütülen faaliyetler ve resmi kontrollerin hangilerinden ücret alınacağı ve ne miktarda ücret alınacağı Bakanlığa bırakılmıştır. Kural, düzenleniş şekliyle, Yasa kapsamındaki tüm faaliyetlerin ve resmi kontrollerin karşılığında ücret alınmasına kadar geniş bir yetkiyi Bakanlığa bırakmıştır ki bu durumda da, alınacak ücretler, kamu giderlerinin karşılanması için zorunlu hale gelecek ve kamu gücüne dayanılarak alınan vergi benzeri mali yükümlülük niteliğine dönüşecektir.

Kuralın düzenleniş şekli ve Bakanlığa verilen yetki, 5996 sayılı Yasa kapsamındaki kamu hizmetlerini ve kamu gideri niteliğindeki harcamalarla, bunlardan Devlet gelirleriyle karşılanmayacak ve belirli hizmetler karşılığında ücret alınacakları ayırmamakta, bu konudaki tüm yetkiyi Bakanlığa bırakmaktadır. Bu yönüyle, Anayasanın 73 üncü maddesindeki, kamu giderlerinin vergi gelirleriyle karşılanması ilkesi ihlal edildiği gibi, asıl olarak verginin yasallığı ilkesi de ihlal edilmiştir.

Anayasa koyucunun, her çeşit mali yükümlerin yasayla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılmasını buyururken, keyfi, takdiri ve sınırsız ölçülere dayalı uygulamaları önleyecek ilkelerin yasada yer alması amacını güttüğünde kuşku yoktur (age. s.147) Yasa koyucunun, yalnızca konusunu belli ederek bir mali yükümün ilgililere yükletilmesine izin vermesi, bunun yasayla konulmuş sayılması ve Anayasaya uygunluğunun kabulü için yeterli olmayacağı halde, 5996 sayılı Yasa kapsamındaki tüm faaliyet ve resmi kontrolleri kapsama alan bir yetki devrinin Anayasaya uygunluğunun kabulü mümkün değildir. Kural, aynı zamanda belirsizlik de içermekte, sadece yetki vermekle yetinmekte, kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmektedir.

Açıklanan nedenlerle 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunun 35 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası Anayasanın 2 nci ve 73 üncü maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

4) 11.06.2010 Tarihli ve 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunun 46 ncı Maddesinin (3) Numaralı Fıkrası ile Değiştirilen, 6343 Sayılı Kanunun 27 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının (7) Numaralı Bendinin Anayasaya Aykırılığı

5996 sayılı Yasanın 46 ncı maddesinin (3) numaralı fıkrası ile 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği ile Odalarının Teşekkül Tarzına ve Göreceği İşlere Dair Kanunun 27 nci maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendi değiştirilmiştir. Değişik (7) numaralı bende göre, Birliğin Büyük Kongresinin oluşumu için;

a) Oda başkanları tabii delege,
b) İlgili odalardan, üye sayısı (150)'ye kadar olanlardan (4) delege,
c) Üye sayısı (151 – 300) arasında olanlardan (5) delege,
d) Üye sayısı (301 – 600) arasında olanlardan (6) delege,
e) Üye sayısı (601 – 1000) arasında olanlardan (8) delege,
f) Ayrıca (1000)'den fazla üyesi olan odalardan (8) delegeye ek olarak her (500) üye için (1) delege,
g) Aynı sayıda yedek seçmek, Umumi Heyetin görevleri arasında sayılmıştır.

(7) numaralı fıkra değiştirilmeden önce, 2993 sayılı Yasa ile değişik şekline göre "Büyük Kongreye iştirak etmek üzere, elliye kadar üyesi olan

odalardan iki, yüze kadar üyesi olan odalardan dört ve yüzden fazla üyesi olan odalardan da altı temsilci seçmek" şeklindeyken, Anayasa Mahkemesinin 25.06.2009 günlü, E.2006/143, K.2009/98 sayılı kararıyla iptal edilmiş, ayrıca yeni düzenleme yapılması amacıyla 1 yıl süre verilmiştir. Karar 07.10.2009 günlü Resmi Gazetede yayımlanmış, bir yıllık süre dolmadan, 5996 sayılı Yasayla yeni düzenleme yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında;

"İtiraz konusu kural uyarınca, Türk Veteriner Hekimleri Birliği Kongresine katılmak üzere, elliye kadar üyesi olan Veteriner Hekimleri Odaları iki, yüze kadar üyesi olan odalar dört ve yüzden fazla üyesi olan odalar ise altı temsilci seçmektedirler. Böylece çok sayıda veteriner hekimin kayıtlı olduğu Veteriner Odaları, Büyük Kongre'de üye sayılarına göre değil, maktu bir sayı ile temsil edilmiş olmaktadırlar.

Anayasanın 135 inci maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla 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 oldukları belirtilmiştir.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, yasayla düzenlenen mesleklerin verdikleri kamu hizmetinde belli bir düzeyi korumak ve mesleğe mensup olanların ortak çıkarlarını kollamak ve aralarındaki dayanışmayı güçlendirmek için kurulurlar. Bu tür mesleki kuruluşların çok partili demokratik düzen içerisinde giderek etkili bir baskı grubu haline gelmeleri ve bu şekilde örgütlenen gruplar arasındaki dayanışmanın toplum çıkarları aleyhine gelişmesi tehlikesi, bunların kamu hukuku kural ve usulleriyle düzenlenmesini zorunlu kılmış ve sosyal bir olgu olarak öteden beri varlıklarını koruyabilmiş olan bu kuruluşları anayasal bir kurum haline dönüştürmüştür.

Anayasanın sözü edilen kuruluşları düzenleyen 135 inci maddesi konuya bazı noktalarda açıklık ve daha yoğun denetim sisteminin ölçütlerini getirmiştir. Meslek kuruluşlarının amaçları belirlenmiş, etkinlik alanları sınırlanmış, bunların

birer kamu tüzelkişisi olduğu açıklığa kavuşturulmuş, organlarının seçimi yargı gözetimine tabi kılınmış, amaç dışı faaliyet göstermeleri yasaklanmış, devletin bu kuruluşlar üzerindeki idari ve mali denetim hakkı açıkça belirlenmiştir.

Yukarıda anılan Anayasa kuralı kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının "... kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı denetimi altında, gizli oyla seçilen ..." tüzelkişiler olduğunu öngörmekte ve bunların kuruluşunda organlarının seçimle işbaşına gelme usulünü benimsemektedir. Herhangi bir kuruluşun oluşmasında demokrasinin temel kuralı olan seçime yer verilmişse, bu kuruluşun yönetim ve işleyişinin de demokratik kurallara aykırı olamayacağının kabulü gerekir.

Anayasanın 2 nci 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi, diğer seçimler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesine bağlıdır. Adil temsilin sağlanmadığı bir seçimin demokratik olmasından ve hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edilemez.

Demokrasinin olmazsa olmaz kuralı seçimdir. Demokratik seçimin en önemli niteliği ise adil bir temsil ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel-oy esasını içermesidir. İtiraz konusu kural ile sayısı kaç olursa olsun yüzden fazla üyesi olan veteriner odalarının Büyük Kongre' ye katılmasının altı temsilciyle sınırlandırılması ve böylece Türk Veteriner Hekimleri Birliğinin en önemli organının oluşumunda adil temsilin önlenmesi, Veteriner Hekim Odalarının iç işleyişinde demokrasiye aykırı düşen bir düzenlemedir.

Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasanın 2 nci ve 135 inci maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

denilmiştir. Kararda, demokratik seçim ilkeleri, odaların üye sayılarına göre temsil edilmemesi, sayısı kaç olursa olsun yüzden fazla üyesi olan odaların altı temsilciyle sınırlanması üzerinde durulmuş ve adil biçimde temsilin önlenmesi Anayasaya aykırı bulunmuştur.

5996 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikte, oda başkanları doğal delege kabul edilmekle birlikte, üye sayısı 150'ye kadar olanlardan (4) üye öngörülmüştür. Ancak, 150'den fazla üye sayısı olan odalarda, üye sayısı arttıkça adil temsil ilkesi bozulmaktadır. Şöyle ki, 150 üyeye (4) delege verilirken;

a) Üye sayısı (151 – 300) arasında olanlardan (5) delege, denilerek, artan 150 üye için (1) delege eklenmiştir.

b) Üye sayısı (301 – 600) arasında olanlardan (6) delege, denilerek, bu kez artan 300 üye için (1) delege eklenmiştir.

c) Üye sayısı (601 – 1000) arasında olanlardan (8) delege, denilerek, bu kez de artan 400 üye için (2) delege eklenmiştir.

d) Ayrıca (1000)'den fazla üyesi olan odalardan (8) delegeye ek olarak her (500) üye için (1) delege, denilerek, artan her 500 üye için (1)'er delege eklenmiştir.

Görüldüğü gibi, üye sayılarına göre adil biçimde temsil yine getirilmemiştir. 150 üye (4) delege ile temsil edilirken, artan 300 üye bir delegeyle temsil edilmektedir. Adil temsil ilkesi üye sayısı arttıkça değişmekte ve bozulmaktadır. 600 üyeden sonraki artışta, bu kez artan 400 üye iki delege ile temsil edilmektedir. Diğer bir anlatımla, üye sayısı 150 olan odalar (4) delege ile temsil edilirken, üye sayısı 1000 olan odalarda, artan 850 üye için (4) delege öngörülmüştür. 150 üyeli odada bir delegenin temsil oranı 37,5 iken, 1000 üyeli odada bu oran 12,5'e düşmektedir. 1000'den fazla üyesi olan odalarda ise her 500 üyeye (1) delege eklenerek adil temsil iyice bozulmaktadır. Üye sayısı 1000'dan fazla olan odalarda bir delegeye düşen üye sayısı ile küçük odalarda bir delegeye düşen üye sayısında yüzde 200'ü aşan farklılıklar oluşabilmektedir. Bir başka durum ise önceki düzenlemede 150 üyesi olan odalar (6) delege ile temsil edilirken, yeni düzenlemede bu sayı (4)'e düşürülmektedir.

5996 sayılı Yasayla yapılan değişiklik, Anayasa Mahkemesinin gerekçesini karşılamamış, üye sayısına göre temsili sağlayacak bir düzenleme yapılmamış, adil temsil ilkesine uyulmamıştır.

Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen E.2006/143 sayılı kararında belirtilen gerekçelerle ve açıklanan nedenlerle, 5996 Sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunun 46 ncı maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla

değiştirilen, 6343 Sayılı Kanunun 27 nci maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendi Anayasanın 2 nci ve 135 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Hukuk devletine aykırı olan, temel hak ve özgürlükleri ölçüsüzce sınırlandıran ve Anayasaya açıkça aykırı olan bir düzenlemenin, uygulanması halinde, sonradan giderilmesi olanaksız zararlara yol açacağı çok açıktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın da gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde sübjektif 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.

Yukarıda Anayasaya aykırılı ileri sürülen hükümlerin uygulanması halinde, gıda ve yem güvenilirliği, halk sağlığı, bitki ve hayvan sağlığı konularında Bakanlığın keyfi uygulamaları ile karşılaşılacak, bu uygulamalar sonunda kişilerin hukuk güvenlikleri ve özellikle sağlıkları ihlal ve tehdit altında kalacaktır. Hangi kamu hizmetlerinin giderlerinin devlet gelirleriyle karşılanacağı, hangilerinden ücret alınacağı yetkisinin sadece Bakanlıkça kullanılmasıyla maddi kayıplar yaşanacaktır. Öte yandan, Veteriner Hekimleri odalarının seçimleri Anayasa aykırı olarak yapılmaya devam edecektir.

Anayasanın hükümlerine açıkça aykırılık taşıyan söz konusu düzenlemelerin uygulamaya geçmesi durumunda ise telafisi imkansız zararlar doğacaktır.

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.

IV. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 11.06.2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununun;

1) 13 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının, *"Ancak, Bakanlıkça izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan iş yerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünler satılabilir"* şeklindeki ikinci tümcesinin, Anayasanın 5 inci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan,

2) 22 nci maddesinin (7) numaralı fıkrasının, *"Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir"* şeklindeki ikinci tümcesinin, Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 35 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Anayasanın 2 nci ve 73 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

4) 46 ncı maddesinin (3) numaralı fıkrası ile değiştirilen, 6343 sayılı Kanunun 27 nci maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin, Anayasanın 2 nci ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine, Anayasaya açıkça aykırı olmaları 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- 5996 sayılı Kanun'un iptali istenilen kuralın da yer aldığı 13. maddesi şöyledir:

"Veteriner tıbbî ürünlerinin toptan ve perakende satışı, tanıtımı

Madde 13- (1) Veteriner biyolojik ürünler dışındaki veteriner tıbbî ürünlerinin toptan satışı, ecza depoları veya veteriner ecza depoları kanalıyla, perakende satışları

ise eczaneler, veteriner muayenehane, klinik, poliklinik ve hayvan hastaneleri kanalıyla yapılır. ***Ancak, Bakanlıkça izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan işyerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünler satılabilir.*** *Veteriner biyolojik ürünlerin satışına ilişkin hususlar Bakanlıkça belirlenir.*

(2) Veteriner tıbbî ürünlerini depolayanlar, toptan ve perakende ticaretini yapanlar, alış ve satış ile ilgili kayıtları tutmak, Bakanlığın belirlediği uygun şartlarda muhafaza etmek ve denetimlerde her türlü kolaylığı göstermek zorundadır.

(3) Psikotropik ve narkotik veteriner tıbbî ürünleri, bu Kanun hükümlerine ilave olarak uyuşturucularla ilgili özel kanunlara da tâbidir. Bu ürünler sadece klinisyen veteriner hekimlere, veteriner fakültelerinin ilgili birimlerine satılabilir, sadece veteriner hekimler tarafından uygulanır ve Bakanlığın izni olmadıkça devredilemez ve satılamaz. Bu ürünler için azaltılmış olsa dahi tanıtım numunesi hazırlanamaz.

(4) Veteriner sağlık ürünlerinin tanıtımına ilişkin düzenlemeler Bakanlıkça belirlenir. Ancak, psikotropik ve narkotik etkili veteriner tıbbî ürünlerinin kitlesel iletişim vasıtalarıyla hatırlatıcı ya da bilgilendirici tanıtımı yapılamaz.

(5) Veteriner sağlık ürünlerinin ambalajında satış fiyatının belirtilmesi zorunludur. Bakanlık, ülke ihtiyaçları, piyasa koşulları, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak gerektiğinde satış fiyatlarını belirleyebilir.

(6) Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir."

2- Kanun'un 22. maddesi şöyledir:

"Sorumluluklar

Madde 22- (1) Gıda, gıda ile temas eden madde ve malzeme ve yem ile ilgili faaliyet gösteren işletmeciler, kendi faaliyet alanının her aşamasında bu Kanunda belirtilen şartları sağlamak ve bunu doğrulamakla yükümlüdür.

(2) Gıda ve yem işletmecisi ürettiği, işlediği, ithal ettiği, satışını veya dağıtımını yaptığı bir ürününün, gıda ve yem güvenilirliği şartlarına uymadığını değerlendirmesi veya buna ilişkin makul gerekçelerinin olması durumunda, söz konusu ürünü kendi

kontrolünden çıktığı aşamadan başlamak üzere, toplanması için gerekli işlemleri derhal başlatmak ve konu ile ilgili Bakanlığı bilgilendirmek zorundadır. Gıda ve yem işletmecisi, ürünün toplanması gerektiğinde, toplanma nedeni hakkında tüketiciyi veya kullanıcıyı doğru ve etkin olarak bilgilendirmek ve gerekli hâllerde, insan sağlığını korumaya yönelik alınacak tedbirlerin yeterli olmaması durumunda, tüketiciye veya kullanıcıya ürünün iadesi için çağrıda bulunmak zorundadır.

(3) Gıda ve yem işletmecisi, faaliyeti ile ilgili istenen kayıtları güncel tutmak, istendiğinde Bakanlığa sunmak zorundadır.

(4) Piyasaya arz edilecek gıda ve yemlerden onay alınması zorunlu olanlar Bakanlıkça belirlenir. Ürün sahibi, onay için Bakanlıkça talep edilen bilgi ve belgeleri sunmak zorundadır. Bu ürünlerin, onay alınmadan üretimi, ithalatı ve piyasaya arzı yasaktır.

(5) Bakanlık, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak için, gıda ve yem işletmecilerinin üretim, işleme ve dağıtımın tüm aşamalarında resmî kontrolleri yapar, gıda ve yem işletmeleri ile ilgili kayıtları tutar.

(6) Gıda ve yem işletmecisi, ürünle ilgili riskin önlenmesi, azaltılması veya ortadan kaldırılmasından sorumlu olup, bu gibi tedbirlerin alınmasında Bakanlıkla işbirliği yapar. İlgililer, Bakanlıkça alınan önlemlerin uygulanması sırasında hiçbir şekilde engelleme yapamaz.

(7) Ek-1'de belirlenen gıda ve yem işletmeleri, işin nevine göre, konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorundadır. ***Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir.*** *Bu değişiklikler Bakanlıkça çıkarılacak bir tebliğ ile ilan edilir.*

(8) Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir."

3- Kanun'un 35. maddesi şöyledir:

(1) ***Bakanlık, bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetler ve yapılan resmî kontrollerin karşılığı olarak ücret alabilir. Hangi faaliyetlerden ve resmî kontrollerden ne miktarda ücret alınacağı her yıl Aralık ayında Bakanlıkça belirlenir.***

(2) Bu Kanun kapsamında elde edilecek gelirlerden 21/12/1967 tarihli ve 969 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Merkez ve Taşra Kuruluşlarına Döner Sermaye Verilmesi Hakkında Kanun ile ilgili olan faaliyet gelirleri, döner sermaye bütçelerine gelir olarak kaydedilir ve bu gelirler öncelikli olarak bu Kanun kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesinde kullanılır. Diğer gelirler genel bütçeye gelir kaydedilir.

(3) Salgın ve bulaşıcı hayvan hastalıkları ile zararlı organizmaların kontrolü veya eradikasyonu, ulusal veya bölgesel düzeyde uygulanacak mücadele projelerinin hazırlatılması ve uygulanması, mücadelesi, kontrolü, denetimi ve bu amaçlarla alet, malzeme, aşı, ilaç ve benzerlerinin alımı ile acil durumlardaki ihtiyaçlar için döner sermaye bütçelerinden gerekli harcamaları yaptırmaya veya bu amaçlarla bir işletmeden diğer işletmeye borç veya karşılıksız olmak üzere kaynak aktarmaya Tarım ve Köyişleri Bakanı yetkilidir.

(4) Bakanlık bütçesine, döner sermaye faaliyetleri dışında, bu Kanun kapsamındaki görevlerin yerine getirilmesi amacıyla gerekli ödenek konulur.

(5) Bu Kanun kapsamında Bakanlık tarafından gümrüklerde kontrolü zorunlu olan canlı hayvan ve ürünler ile yurt içi hayvan sevklerinde yapılan kontrollerin mesai saatleri dışında veya resmi tatillerde yapılması halinde, bu kontrolleri gerçekleştiren personele, ayda 6000 gösterge rakamını geçmemek üzere görev yaptıkları her gün için 400 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpılması sonucu bulunacak tutarı geçmemek üzere, döner sermaye bütçesinden fazla çalışma ücreti ödenir.

(6) Bu maddenin uygulanması ile ilgili usul ve esaslar Maliye Bakanlığının görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenir."

4- Kanun'un (3) numaralı fıkrasıyla değiştirilen, 6343 sayılı Kanun'un iptali istenilen kuralın da yer aldığı 27. maddesi şöyledir:

"Madde 27 –Umumi heyetin vazifeleri aşağıda yazılı fıkralarda gösterilmiştir.

1. İdare heyeti ve murakabe kurulunun yıllık mesai raporlarını incelemek;

2. Bilançoyu tetkik ve müzakere eylemek;

3. Yeni yıl bütçe taslağını tetkik, müzakere, kabulü halinde tasdik etmek;

4. İdare heyeti tarafından sunulan teklif ve mevzuların müzakeresini yapmak;

5. Müddeti hitam bulan idare heyetinin ibrasına karar vermek;

6. Yeni idare heyeti seçimini yapmak;

7. Büyük Kongreye iştirak etmek üzere, oda başkanları tabii delege kabul edilerek ilgili oda azalarından; üye sayısı (150)'ye kadar olanlardan (4), üye sayısı (151 – 300) arasında olanlardan (5), üye sayısı (301 – 600) arasında olanlardan (6), üye sayısı (601 – 1000) arasında olanlardan (8), ayrıca (1000)'den fazla üyesi olan odalardan (8) delegeye ek olarak her (500) üye için (1) delege ve aynı sayıda yedek seçmek,

8. İki hesap murakıbı seçmek.

9. (Değişik bent: 03/04/1984 - 2993/7 md.) Beş asıl ve iki yedek haysiyet divanı üyelerini seçmek."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 7., 56., 73. ve 135. 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, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla 22.9.2010 günü yapılan ilk inceleme toplantısında,

1- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

2- 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) 5996 Sayılı Kanun'un 13. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde; dava konusu kuralda, süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan işyerlerinde, bu hayvanlara mahsus veteriner tıbbi ürünlerin satılabilmesine imkân tanındığı, ancak bu işyerlerinin söz konusu ürünleri uygun bir şekilde saklama koşullarına ve bu ürünleri önerecek nitelikteki uzmanlara sahip olmaksızın anılan satışları yapmasının, insan ve çevre sağlığını tehdit edebileceği belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile Bakanlıkça izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan işyerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünlerin satılabilmesine imkân tanınmıştır.

Anayasa'nın 5. maddesinde, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamanın Devletin amaç ve görevleri arasında bulunduğu, 56. maddesinde ise herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra,çevreyi geliştirmenin ve çevre sağlığını korumanın Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu hüküm altına alınmıştır.

5996 sayılı Yasa'nın 11. maddesi uyarınca, hayvan satacak işyerlerinin faaliyete başlamadan önce Bakanlıktan onay almaları zorunludur. Bu madde uyarınca, söz konusu işyerlerinin veteriner tıbbi ürünleri uygun koşullarda saklama ve satış ortamını sağlama koşullarını oluşturmamaları hâlinde bu yerlere Bakanlıkça onay verilmesi mümkün değildir. Bu sebeple kuralın izin verdiği süs hayvanlarına ilişkin veteriner tıbbi ürünlerinin satışının, insan ve çevre sağlığı açısından bir sakınca doğurduğu söylenemez.

Açıklanan nedenle kural, Anayasa'nın 5. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal istemin reddi gerekir.

B) Kanun'un 22. Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, hangi gıda ve yem işletmelerinin hangi formasyona sahip uzmanı çalıştırmak zorunda olduğunu bildiren 5996 sayılı Yasa'nın Ek-1 bölümünün kanunla düzenlendiği, dava konusu kuralın ise bir idari işlemle ve "bilimsel gelişmeler ve günün koşulları" gibi belirsiz kavramlara dayanılarak Bakanlığa Ek-1'de değişiklik yapma yetkisi verdiği, bu durumun Anayasa'nın 7. maddesinde belirtilen yasama yetkisinin devredilemeyeceği ve 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin belirlilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.

Kanun'un 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, Kanun'un Ek-1'inde gösterilen gıda ve yem işletmelerinin, işin nevine göre, konuyla ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorunda olduğu belirtilmiş, dava konusu kuralda ise bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabileceği düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik ilkesi"* dir. 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 gerekir.

Anayasa'nın 7. maddesinde ise "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamayacağı gibi yürütme organının yasama organı tarafından çerçevesi çizilmiş alanda ve değişen koşullara uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip kriterlere uygun olarak, genel nitelikte hukuksal tasarruflarda bulunması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine de aykırı değildir.

Kanun'un 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, Kanun'un Ek-1'inde gösterilen gıda ve yem işletmelerinin, işin nevine göre, konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorunda olduğu belirtilmek suretiyle, yasama organı tarafından konuya ilişkin genel kural saptanmış ve Kanun'un Ek-1 bölümünde bu zorunluluk altında bulunan gıda ve yem işletmelerinin hangileri olduğu belirlenmek suretiyle de sınırları belirlenmiş bir alan oluşturulmuştur. Bu şekilde konunun çerçevesi çizildikten sonra, dava konusu kuralla sadece hangi işletmelerin hangi uzmanı çalıştırması gerektiği yönündeki gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişiklik yapılması gereken teknik alanda, yürütmeye "bilimsel gelişmeler ve günün koşulları" kriterlerine dayalı olarak değişiklik yapma yetkisi verilmiştir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal istemin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

C) Kanun'un 35. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda ücret olarak adlandırılan bedelin aslında vergi benzeri bir yükümlülük olduğu ve kuralla hangi faaliyet ve kontrollerden ne miktarda ücret alınacağının Bakanlığa bırakıldığı, bu durumun Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen verginin yasallığı ilkesine aykırı olduğu ayrıca düzenlemenin belirsizlik içermesi sebebiyle kişilerin hukuki güvenliğini de ihlal ettiği belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptal başvurusuna konu kuralın birinci cümlesinde, Bakanlığın, 5996 sayılı Kanun kapsamında yürütülen faaliyetler ve yapılan resmî kontrollerin karşılığı olarak ücret alabileceği, ikinci cümlesinde ise hangi faaliyetlerden ve resmî kontrollerden ne miktarda ücret alınacağının her yıl aralık ayında Bakanlıkça belirleneceği düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında "*Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*" hükmüne yer verilmiştir. "Vergilerin yasallığı" ilkesi olarak da nitelendirilen bu kural gereği, kanun koyucunun yalnızca konusunu belli ederek bir vergi, resim, harç

veya benzeri bir mali yükümlülük alınmasına izin vermesi bunun kanunla konulmuş sayılması için yeterli değildir. Getirilen malî yükümlülüğün miktar ve oranı ile yükümlüsünün de kanunda gösterilmesi zorunludur. Ancak dava konusu kuralda; verilen bir hizmetin karşılığı olmak üzere ücret alınması söz konusu olup alınan ücretin, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülük niteliği bulunmamaktadır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik ilkesi"* dir. 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 gerekir. Ancak gelişen koşul ve durumlara göre sık sık değişik önlemler alma, bunları kaldırma ve süratli biçimde hareket etme zorunluluğunun bulunduğu alanlarda, yasama organının temel kuralları saptamasından sonra, çerçevesi çizilmiş ve değişen koşullar karşısında farklılık gösterebilecek ve bu sebeple dinamik bir mevzuatla yönetilmesi gereken alanda yürütme organının düzenleme yapması, hukuk devletinin belirlilik ilkesine aykırı değildir.

Yasa koyucu tarafından ücretin alınması hususunda genel kural ve ücretin alınacağı çerçeve belirlendikten sonra dava konusu kuralın ikinci cümlesiyle hangi hizmet türünden ne miktarda ücret alınacağı konusunda değişen koşullar karşısında farklılık gösterebilecek ve bu sebeple dinamik bir mevzuatla yönetilmesi gereken alanda yürütmeye düzenleme yapma izni verildiği görülmektedir. Yukarıda belirtilen kriterler ışığında bu düzenlemenin hukuk devletinin belirlilik ilkesiyle çelişir bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İptal istemin reddi gerekir.

Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zehra Ayla PERKTAŞ 35. maddenin (1) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

D) Kanun'un 46. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasıyla Değiştirilen, 6343 Sayılı Kanun'un 27. Maddesinin Birinci Fıkrasının (7) Numaralı Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda, Türk Veteriner Hekimleri Birliği Büyük Kongresi'ne delege seçilirken, üye miktarına düşen delege sayısının üye sayısı arttıkça azalan bir oranla artması sebebiyle, adil temsil ilkesine aykırı davranıldığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kural ile Türk Veteriner Hekimleri Birliği Büyük Kongresi'ne katılmak üzere, oda başkanları tabii delege kabul edilerek ilgili oda üyelerinden; üye sayısı (150)'ye kadar olanlardan (4), üye sayısı (151 – 300) arasında olanlardan (5), üye sayısı (301 – 600) arasında olanlardan (6), üye sayısı (601 – 1000) arasında olanlardan (8), ayrıca (1000)'den fazla üyesi olan odalardan (8) delegeye ek olarak her (500) üye için (1) delege ve aynı sayıda yedek seçilmesi düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve üst kuruluşlarının belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, meslekî faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleriyle ve halkla 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 oldukları belirtilmiştir.

Yukarıda anılan Anayasa kuralı kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının "... kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunla gösterilen usullere göre yargı denetimi altında, gizli oyla seçilen ..." tüzelkişiler olduğunu öngörmekte ve bunların kuruluşunda organlarının seçimle işbaşına gelme usulünü benimsemektedir. Herhangi bir kuruluşun oluşmasında demokrasinin temel kuralı olan seçime yer verilmişse, bu kuruluşun yönetim ve işleyişinin de demokratik kurallara aykırı olamayacağının kabulü gerekir.

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. Adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi, diğer seçimler yanında kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerinin seçimlerinde de seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesine bağlıdır. Adil temsilin

sağlanmadığı bir seçimin demokratik olmasından ve hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edilemez. Demokrasinin olmazsa olmaz kuralı seçimdir. Demokratik seçimin en önemli niteliği ise adil bir temsil ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel oy esasını içermesidir.

Dava konusu kural ile delegelerin maktu bir sayıya göre belirlenmesini öngören sistemin terk edilerek, odaların üye sayısı artışına paralel olarak seçecekleri delege sayısının da dinamik şekilde artmasını sağlayan bir sistemin getirildiği görülmektedir. Bu durum daha çok üyeye sahip odaların büyük kongrede daha geniş bir katılımla temsil edilmesini sağlamaktadır. Ayrıca kural ile sayısı ne kadar az olursa olsun her odanın Büyük Kongre'ye en az dört temsilci gönderebilmesi ve üye miktarına düşen delege sayısının üye sayısı arttıkça azalan bir oranla artması esası benimsenmiştir. Bu husus çoğulcu bir demokrasi anlayışının tezahürü olup, bu durum üye sayısı fazla olan odaların tüm karar süreçlerinden diğer odaları dışlayıp her konuda tek başlarına karar verici pozisyonda olmalarını engellemekte ve karar verirken küçük üyeli odaların da görüşlerinin dikkate alınmasını sağlamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırı değildir. İptal istemin reddi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

11.6.2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun:

1) 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, "Ancak, Bakanlıkça izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan iş yerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünler satılabilir." biçimindeki ikinci cümlesine,

2) 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının, "Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir." biçimindeki ikinci cümlesine,

3) 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

4) 46. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla değiştirilen, 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendine,

yönelik iptal istemleri, 29.12.2011 günlü, E. 2010/80, K. 2011/178 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, bent ve cümlelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 29.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

11.6.2010 günlü, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun:

A- 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Ancak, Bakanlıkça izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan işyerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünler satılabilir." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının "Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 46. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla değiştirilen, 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği

İle Odalarının Teşekkül Tarzına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

29.12.2011 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

11.6.2010 günlü, 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun "Resmî kontrollerin, veteriner ve bitki sağlığı hizmetlerinin finansmanı ve harcamalar" başlıklı 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilk cümlesinde Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının, bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetler ve yapılan resmî kontrollerin karşılığı olarak ücret alabileceği belirtilmiş, iptali istenilen ikinci cümlesinde ise ***"Hangi faaliyetlerden ve resmî kontrollerden ne miktarda ücret alınacağı her yıl Aralık ayında Bakanlıkça belirlenir"*** hükmüne yer verilmiştir.

Kuralda ücret alınması öngörülen "faaliyetler"den nelerin anlaşılması gerektiği konusu Kanun'un herhangi bir maddesinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Kanunun gerekçesi, hükümleri ve özellikle Kanun'un kapsamını gösteren 2. maddesi dikkate alındığında bu faaliyetlerin gıda, gıda ile temas eden madde ve malzeme ile yemlerin üretim, işleme ve dağıtımının tüm aşamaları, bitki koruma ürünü ve veteriner tıbbî ürün kalıntıları ile diğer kalıntılar ve

bulaşanların kontrolleri, salgın veya bulaşıcı hayvan hastalıkları, bitki ve bitkisel ürünlerdeki zararlı organizmalar ile mücadele, çiftlik ve deney hayvanları ile ev ve süs hayvanlarının refahı, zootekni (Hayvanların yetiştirilmesi, ıslahı, bakımı ve beslenmesi, üreme ve çoğalması ve belgelendirme ile ilgili uygulamalar.) konuları, veteriner sağlık ve bitki koruma ürünleri, veteriner ve bitki sağlığı hizmetleri, canlı hayvan ve ürünlerin ülkeye giriş ve çıkış işlemleri, bulaşıcı hayvan hastalıkları ve bitki hastalık ve zararlıları ile mücadele edilmesine ilişkin, Bakanlığın yürüttüğü tüm faaliyetler olduğu anlaşılmaktadır.

"Resmi kontroller" ise Kanun kapsamındaki faaliyetler ile bu alanda faaliyet gösteren işletmeler, kuruluşlar ve meslek mensupları ve Kanun kapsamına giren ürün ve canlı hayvanlarla ilgili ithalat ve ihracat aşamasındaki tüm süreçlerin, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından denetlenmesini ifade etmektedir.

İptali istenen kuralda geçen "ücret" kavramının niteliğinin saptanması için tespit edilmesi gereken husus "yasa kapsamındaki faaliyetler" ile "resmi denetimlerin" niteliğinin ne olduğudur. Kuralda geçen "bu kanun kapsamındaki faaliyetler" ve "resmi kontroller" kamu otoritesi dışındaki bir otoritenin yerine getirmesi mümkün olmayan, devletin tek otorite olarak yürüttüğü ve devletin devlet olması sebebiyle egemen gücüne dayalı olarak kamu yararını sağlamak üzere sağladığı kamu hizmetleridir. Nitekim madde gerekçesinde bu husus; *"Halk sağlığının korunması, halka güvenilir gıdanın sunulması için gıda ve yemle ilgili resmî kontrollerin, bulaşıcı hayvan hastalıkları ve bitki hastalık ve zararlıları ile mücadelenin yapılması devletin asli görevlerindendir."* denilmek suretiyle vurgulanmıştır.

Kural kapsamında elde edilecek gelirin nereye harcanacağı hususu da 35. maddenin (2) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olup, bu fıkrada ikili bir ayırıma gidilerek elde edilen gelirin, 21.12.1967 tarihli ve 969 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Merkez ve Taşra Kuruluşlarına Döner Sermaye Verilmesi Hakkında Kanun ile ilgili olan faaliyet gelirlerinin, döner sermaye bütçelerine gelir olarak kaydedileceği ve bu gelirlerin öncelikli olarak 5996 sayılı Kanun kapsamındaki faaliyetlerin yürütülmesinde kullanılacağı belirtilmiş, faaliyet gelirleri dışında kalan diğer gelirlerin ise genel bütçeye gelir kaydedileceği hüküm altına alınmıştır.

Karşılığında ücret alınabileceği belirtilen hizmetin, sadece devlet tarafından üretilen bir kamu hizmeti olması, hizmet karşılığı alınan ücretin tarafların iradesi ile oluşan bir sözleşmeye değil kamu gücüne dayanması, ücretin gerektiğinde kamu gücü kullanılarak alınması ve miktarının kamu otoritesince belirlenmesi,

nihayet hizmet karşılığı alınan ücretin kamu giderlerinde kullanılması birlikte gözetildiğinde, kuralda yer alan ücret-hizmet ilişkisinin, bir özel hukuk ilişkisi olmayıp, bir kamu hukuku ilişkisi olduğu konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Alınabileceği öngörülen ücretin açıklanan bu nitelikleri onun vergi, resim ve harç değil ancak, yine Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen benzeri bir mali yükümlülük olduğunu göstermektedir.

Anayasa'nın "Vergi ödevi" başlıklı 73. maddesinde ***"…Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır"*** hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin; miktar ve oranının, konusunun ve yükümlüsünün kanunla belirlenmesinde bir zorunluluk vardır. Kanun koyucunun herhangi bir şekilde vergi, harç, resim ve "benzeri yükümlülüklerin" konusunu, miktar ve oranını ve yükümlüsünü belirleme noktasında yürütmeyi yetkilendirmesi, açıkça yasama yetkisinin devri sonucunu doğuracaktır. Kanun koyucu 73. maddenin dördüncü fıkrasının verdiği izin doğrultusunda ancak vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerden muaflık, istisnalar ve indirimleriyle, bu yükümlülüklerin oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisini, Bakanlar Kurulu'na verilebilir.

İptali istenilen kuralda ise, hangi faaliyetlerden ve resmî kontrollerden ne miktarda ücret alınacağının Bakanlıkça belirleneceği öngörülmektedir. Böylece düzenleme ile Anayasada öngörülen "verginin yasallığı" ilkesine aykırı olarak Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'na "benzeri mali yükümlülük" niteliğindeki yükümlülüğün, miktarını, oranını ve yükümlüsünü belirleme konusunda yetki verildiği görülmektedir.

Kuralla öngörülen yükümlülüğün miktarının, oranının ve yükümlüsünün belli olmaması ve her zaman değiştirilebilme olasılığının bulunması aynı zamanda kişilerin hukuki güvenliğini de tehdit edici niteliktedir.

Açıklanan gerekçeyle 35. maddenin (1) numaralı fıkrasının dava konusu ikinci cümlesi Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki çoğunluk kararına katılmadım.

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun:

I- 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının iptali istenilen ikinci cümlesinde "***Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, ek-1'de bakanlıkça değişiklik yapılabilir***" denilmektedir.

Kanun'un 22. maddesinde, gıda ve yem ile ilgili faaliyet gösteren işletmelerin sorumlulukları düzenlenmiş, bu çerçevede Kanun'un EK 1'inde gösterilen gıda ve yem işletmelerinin, işin nevine göre, konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorunda oldukları da hüküm altına alınmıştır.

Konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorunda olan gıda ve yem işletmelerinin hangileri olduğunu belirten EK-1'in, kanun ile düzenlendiği ve düzenlenen bu listenin bir kanun hükmü olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 7. maddesinde ***"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez"*** hükmüne yer verilmiştir.

İptal davasına konu olan kural, EK-1'de yer alan gıda ve yem işletmeleri ile ilgili listede, bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Bakanlıkça değişiklik yapılmasına izin vermektedir.

Kanun koyucu insan ve hayvan sağlığı bakımından olası risklerin üretim aşamasında engellenebilmesi ve üretim kayıplarının önlenmesi için konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorunluluğu getirmiş ve bu işletmelerin hangileri olduğu ve hangi işletmelerin hangi meslek mensubu uzmanları çalıştıracağı hususunu Kanun'un bir bölümü olarak EK-1.de düzenlemiş, ancak, EK 1.de değişiklik yapma yetkisini Bakanlığa terk ederek kanun hükmünün bir idari işlemle değiştirilmesine imkan, sağlayarak idari işleme kanun fonksiyonu ve gücü yüklemiştir. Başka bir ifadeyle idareye kanun yapma yetkisi tanımıştır.

Bu durum, yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine uygun düşmemektedir.

Açıklanan gerekçeyle dava konusu kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır.

İptali gerekir.

II- 35. maddesinin (1)numaralı fıkrasının iptali istenilen ikinci cümlesinde ***"Hangi faaliyetlerden ve resmî kontrollerden ne miktarda ücret alınacağı her yıl Aralık ayında Bakanlıkça belirlenir"*** denilmektedir.

Kanun 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasında bu Kanun kapsamında yürütülen faaliyetlerin ve yapılan resmi kontrollerin karşılığı olarak ücret alınabileceği hükme bağlanmıştır.

Karşılığında ücret alınabileceği belirtilen hizmetin, sadece devlet tarafından üretilen bir kamu hizmeti olması, hizmet karşılığı alınan ücretin tarafların iradesi ile oluşan bir sözleşmeye değil kamu gücüne dayanması, ücretin gerektiğinde kamu gücü kullanılarak alınması ve miktarının kamu otoritesince belirlenmesi, nihayet hizmet karşılığı alınan ücretin kamu giderlerinde kullanılması birlikte gözetildiğinde, kuralda yer alan ücret-hizmet ilişkisinin, bir özel hukuk ilişkisi olmayıp, bir kamu hukuku ilişkisi olduğunu duraksamasız ortaya koymaktadır. Alınabileceği öngörülen ücretin açıklanan bu nitelikleri onun vergi, resim ve harç değil ancak, yine Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen benzeri bir mali yükümlülük olduğunu göstermektedir.

Anayasa'nın "Vergi ödevi" başlıklı 73. maddesinde:

"…Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır" hükmüne yer verilmiştir.

Kuralın iptal davasına konu edilen ikinci cümlesinde, hangi faaliyetlerden ve resmî kontrollerden ne miktarda ücret alınacağının Bakanlıkça belirleneceği öngörülmektedir. Kuralda yer alan ücretin Anayasa'nın 73. maddesinde belirtilen benzeri mali yükümlülük olduğu dikkate alındığında, ikinci cümlesi uyarınca hangi faaliyetlerden ve resmî kontrollerden ne miktarda ücret alınacağına ilişkin belirleme Bakanlıkça değil ancak, yasama organın çıkaracağı bir kanunla mümkün olabilecektir. Bakanlığa verilen düzenleme yetkisi kanunilik ilkesine uygun düşmeyeceği için, kural Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklanan gerekçeyle 35. maddenin (1) fıkrasının dava konusu ikinci cümlesi, Anayasa'nın 73. maddesine aykırıdır.

İptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY YAZISI

5996 sayılı Kanun'un 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde, Yasa'ya Ek-1 olarak eklenen listede bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre Bakanlıkça değişiklik yapılabilmesi öngörülmüştür. Bahse konu liste yasa metnine dahil olup, ancak yasama organı tarafından değiştirilebilir. İdari bir işlemle yasada değişiklik yapılması mümkün değildir.

Yasa ile konunun çerçevesinin çizilerek uzmanlık ve idare tekniğine ait hususların İdareye bırakılması gereken durumlarda yasa esasen ayrıntılı ve sık değişikliklere konu olabilecek kurallara yer vermemelidir. Yasa kuralının idari işlemle değiştirilmesi Anayasa'nın yasakladığı ve hukuk devleti ile bağdaşmayan bir ilke meselesi olup, yapılacak değişikliğin önemsiz olması da bu durumu değiştirmez. Anayasa yargısına düşen bu konuda İdarenin rahat çalışması mülahazasına göre hüküm vermek değil Anayasal ilkeleri korumaktır. Kuralın, Anayasanın hukuk devletini düzenleyen 2. maddesine ve yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin 7. maddesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

5996 sayılı Kanun'un 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasının da Bakanlığa verdiği ücretlendirme ve bu ücretlerin miktarını belirleme yetkisinin belirsizlik taşıması ve yaptırılması Bakanlıkça zorunlu tutulabilecek kontrollerin ücretlerini belirlemede İdareye sınırsız bir takdir hakkı vermesi nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırı olduğu düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY GEREKÇESİ

5996 sayılı Veteriner Hizmetleri Birliği, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanunu'nun 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının iptali istenilen ikinci cümlesinde, *"Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre EK-1 de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir."* denilmiştir. Kanun'a ekli diğer bir ifade ile Kanun'un eki bir listenin İdare tarafından değiştirilmesini kabul etmek idareye Kanun yapma yetkisi vermek gibidir. Bu hususun da Anayasa'ya aykırı olduğu açıktır.

"Bilimsel gelişmeler ve günün koşulları" gerekçesi ile Kanun'da, Bakanlığa listede değişiklik yapma yetkisi verilmiş ise de hiçbir gerekçe ile Bakanlığa Kanun değiştirme yetkisi verilemez.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği ifade olunduğuna göre bir kanun ekinin aynı nitelikteki bir hukuki düzenleme ile değiştirilmesi mümkündür. Değişikliğin Bakanlıkça çıkarılacak bir *"tebliğ"* ile yapılarak *"ilan"* edilmesini öngörmek izahına çalışılan nedenlerle Anayasa'ya aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, iptali talep olunan kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

KARŞI OY GEREKÇESİ

Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) grup başkan vekilleri Akif Hamzaçebi ile Muharrem İnce tarafından 11.06.2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda Ve Yem Kanunu'nun 13. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi, 22. maddesinin 7. fıkrasının ikinci cümlesi, 35. maddesinin birinci fıkrası ile 46. maddesinin 3. fıkrası ile değiştirilen 6343 sayılı Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının yedinci bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir.

Karşı görüşün konusunu oluşturan, iptali talep edilen hükmünde yer aldığı 22. maddenin 7. fıkrası şu şekildedir: *"Ek-1'de belirlenen gıda ve yem işletmeleri, işin nevine göre, konu ile ilgili lisans eğitimi almış en az bir personel çalıştırmak zorundadır.* ***Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir.*** *Bu değişiklikler Bakanlıkça çıkarılacak bir tebliğ ile ilan edilir."*

Bu hükmün gerekçesi, "… *insan ve hayvan sağlığı bakımından olası risklerin daha üretim aşamasında engellenebilmesi, üretim kayıplarının önlenebilmesi için bu işyerlerinde, üretimin nevine göre en az lisans düzeyinde gerekli eğitimi almış personel gözetiminde yapılmasını sağlamak amacıyla, Kanunun ekinde yer alan listede belirtilen işyerlerinde sözü edilen personelin istihdamının sağlanması amacıyla gerekli düzenleme yapılmaktadır".*şeklinde belirtilmiştir.

Mahkememiz çoğunluğu tarafından, ekli listede düzenlenen konuların uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususlar olduğu, o nedenle idareye bırakılabileceği gerekçesiyle kuralda Anayasa'ya herhangi bir aykırılık görülmemiştir.

"Gıda ve Yem İşletmelerinden Üretimin Nevine Göre Personel Çalıştırmak Zorunda Olan İşletmeler ve Bu İşletmelerde Çalışabilecek Meslek Mensupları" başlıklı ekli listede, hem işletmeler, hem de çalıştırmak zorunda oldukları meslek unvanları liste halinde belirtilmiştir.

Liste yakından incelendiğinde gerçekten, idare tekniğine ilişkin ayrıntı sayılabilecek hususların düzenlendiği görülmektedir. Ancak bu hususlar, idare tarafından, idari bir işlemle düzenlenmemiş, kanunun ekinde ayrı bir liste halinde düzenlenmiştir. O nedenle ekteki bu liste de, hiç şüphesiz kanuna dahildir, kanun niteliğindedir. İşte bu listenin, iptali istenen kuralla, bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Bakanlıkça değiştirilebilmesi ve bu değişikliklerin çıkarılacak bir tebliğ ile ilan edilmesi öngörülmüştür. Bakanlık, sözkonusu listede, herhangi bir sınırlama da yapılmadığından, gerek işletmeler, gerekse çalıştırmak zorunda oldukları meslek mensupları açısından değişiklik yapabilecektir.

Anayasa'nın 7. maddesi gereği, yasama yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir, bu yetki devredilemez. Bu kural gereği, bir hukuki düzenleme, en az kendisiyle aynı nitelikteki yahut aynı güçteki diğer bir hukuki düzenleme ile kaldırılabilir veya değiştirilebilir. Burada ise, kanunla düzenlenen bir listenin,

Bakanlığın idari bir işlemi olan "tebliğ" ile değiştirilebilmesi kabul edilmiştir. Buna göre, Bakanlığın çıkarmış olduğu tebliğe, kanun gücü ve kuvveti tanınmış olmaktadır veya kanun gücündeki bir düzenlemenin, daha aşağı seviyedeki bakanlığın düzenleyici işlemi olan "tebliğ" ile değiştirilmesi kabul edilmiş olmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. **"Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre"** söz konusu listede gerekli değişikliklerin yapılması hiç şüphesiz gerekli olabilir ve bu değişikliklerin çabuk yapılması gerekebilir; ancak bu durum, kanunla düzenlenen bir hususun, Bakanlığın düzenleyici işlemiyle değiştirilmesini haklı kılmamalıdır. Listenin, çerçevesi ve esaslı noktaları kanunla belirlenip, idare tekniğine ilişkin ayrıntılar, daha baştan idarenin düzenleyici işlemine bırakılabilirdi. Ancak iptali istenilen kuralda, bu şekilde davranılmayıp, idare tarafından düzenlenebilecek hususlar doğrudan kanun tarafından düzenlendiğinden, sonradan yapılacak değişikliklerin de yine kanun tarafından yapılması gereklidir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 11.06.2010 tarihli ve 5996 sayılı Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda Ve Yem Kanunu'nun 22. maddesinin 7 numaralı fıkrasının *"…Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir."* şeklindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2010/89
Karar Sayısı : 2011/179
Karar Günü : 29.12.2011

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri M. Akif HAMZAÇEBİ ile Muharrem İNCE

İPTAL DAVASININ KONUSU: 7.7.2010 günlü, 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "… *ve Hükümeti*…" sözcüklerinin, Anayasa'nın Başlangıcının ikinci paragrafı ile 2., 6. ve 104. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal istemini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"II. GEREKÇE

07.07.2010 tarihli ve 6004 sayılı Yasayla, Dışişleri Bakanlığının kuruluş ve görevleri yeniden düzenlenmiş ve 24.06.1994 tarihli ve 4009 sayılı Yasa yürürlükten kaldırılmıştır. 4009 sayılı Yasada büyükelçi, nezdinde görevli bulunduğu ülke veya ülkelerde "Türkiye Cumhuriyeti Devletini ve Cumhurbaşkanını" temsil ederken, 6004 sayılı Yasada, Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Cumhurbaşkanı ile birlikte "Hükümeti" de temsil eder durumu getirilmiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin, 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 devleti olduğu; Başlangıç'ın ikinci paragrafında da, Türkiye Cumhuriyetinin "dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, 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, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin, diğer ülkelerde temsili, Anayasanın bu temel ilkeleri doğrultusunda, evrensel hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleşmek zorundadır.

Anayasanın 6 ncı maddesinde, Türk Ulusunun egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanacağı belirtilirken, egemenliğin kullanılmasının, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı; hiçbir kimse veya organın da kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı vurgulanmıştır. Yetkili organlar, Anayasanın 7 nci, 8 inci ve 9 uncu maddelerinde sayılmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bu yetkili organlarla birlikte, Anayasanın, Cumhuriyetin temel organları başlıklı üçüncü kısmında sayılan diğer anayasal kurumların bütününden oluşur.

Anayasanın 104 üncü maddesinde de Cumhurbaşkanı, "Devletin başı" olarak tanımlanmış ve kendisine, bu sıfatla "Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil" etme görev ve yetkisi verilmiştir. "Yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek" görev ve yetkisi de yine 104 üncü maddeye göre Cumhurbaşkanına aittir.

"Türkiye Cumhuriyeti Devletini" temsil ve doğal olarak diğer ülkelerde "Türkiye Cumhuriyetini Devletini temsil" bu anayasal bütünlük içinde anlaşılması gerekir. Anayasada, bunun istisnaları gösterilmedikçe, bu temsil yetkisi başka organlar adına kullanılamaz. Kullanıldığı takdirde, bu yetki, kaynağını Anayasadan almayan bir yetki olur.

Başbakan ve bakanlardan oluşan, "Hükümet" ise, dış ilişkilerle ilgili görev ve yetkileri bulunmasına karşın, diğer ülkelerde Türkiye Cumhuriyeti Devletini sürekli temsil gibi bir anayasal görev ve yetkiyle donanmamıştır. Kaldı ki, Türkiye Cumhuriyeti Devletini temsil, Devlet organlarının bütününü temsil anlamına gelir. Bu görev ve yetki, Anayasa ile Cumhurbaşkanına verilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Devletini ve Cumhurbaşkanını temsil, aynı zamanda Devlet politikalarını temsil anlamına gelir. Büyükelçilerin, Hükümeti de temsil etmesi halinde, Devlet politikalarını temsil eden büyükelçilerin, Hükümet politikaları ile sınırlandırılması ve bağlanması söz konusu olur. Uluslararası ilişkilerde, Hükümet politikaları her zaman Devlet politikası haline gelmeyebilir ve sorumlulukları farklıdır.

Büyükelçilerin, Hükümeti değil de Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Cumhurbaşkanını temsildeki temel amaç, bu temsilde iç siyasi etkiden uzak kalınmasıdır. Anayasanın 90 ıncı maddesinde de uluslararası sözleşmeler Hükümetin kabulüne bırakılmamış, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak sözleşmelerin onaylanması, TBMM'nin onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlı kılınmıştır. Yine aynı maddeye göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Burada artık, hükümet politikası yerine devlet politikası söz konusudur.

Uluslararası hukuk ve diplomatik gelenekler de büyükelçilerin devletlerini temsil etmesini öngörmektedir. TBMM tarafından 4.9.1984 tarihli ve 3042 sayılı Yasa ile uygun bulunan 1961 tarihli "Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi", büyükelçinin nezdinde bulunduğu ülkede, kendisini gönderen devleti temsil ettiğini ve kabul eden devletin de büyükelçiyi bu sıfatla kabul ettiğini öngörmektedir (madde 1 ve 3). Sözleşmenin 4 üncü maddesinde ise bir devletin göndereceği büyükelçi için kabul edecek devletten agreman istemesinin devlet adına yapılan bir işlem olması düzenlenmiştir. Gönderen devletin büyükelçisinin, kabul eden devletin devlet başkanına tevdi etmesi için düzenlenen güven mektupları da gönderen devletin devlet başkanı adına düzenlenmektedir. Bu uluslararası kurallara uygun davranmanın, Anayasanın Başlangıç'ında belirtilen, "dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olma ve "hukuk devleti" ilkesi bakımından gerekliliği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 07.07.2010 tarihli ve 6004 sayılı "Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"un 12 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "… ve Hükümeti …" sözcükleri Anayasanın Başlangıç'ının ikinci paragrafı ile 2 nci, 6 ncı ve 104 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

III. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 07.07.2010 tarihli ve 6004 sayılı "Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun"un 12 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "… ve Hükümeti …" sözcükleri Anayasanın Başlangıç'ının ikinci paragrafı ile 2 nci, 6 ncı ve 104 üncü maddelerine aykırı olduklarından iptallerine karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

7.7.2010 günlü, 6004 sayılı Kanun'un, iptali istenen sözcüklerin de yer aldığı 12. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

*"**MADDE 12-** (2) Büyükelçi unvanına ilişkin esaslar şunlardır:*

*a) Büyükelçi, nezdinde görevli bulunduğu ve akredite edildiği ülkelerde Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Cumhurbaşkanını **ve Hükümeti** temsil eder.*

b) Büyükelçi, görev yaptığı ülkede büyükelçiliğe bağlı tüm birimlerin amiridir.

c) Büyükelçiliğe hiyerarşik olarak bağlı bulunmamakla birlikte, diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yurtdışındaki temsilcileri veya birimleri de yürüttükleri faaliyetler bağlamında büyükelçinin gözetimine tabi olup, bu faaliyetler hakkında büyükelçiyi bilgilendirir.

ç) Meslek memurlarının 14 üncü maddenin beşinci fıkrasına göre belirlenen dış temsilcilik gruplandırması gözetilmeksizin büyükelçi olarak atanabilmeleri için, merkez teşkilatında elçi veya yurtdışı teşkilatında elçi, elçi-müsteşar, elçi-daimi temsilci yardımcısı ve birinci sınıf başkonsolos unvanlarından biriyle, başarılı şekilde en az bir yıl

görev yapmış olmaları gerekir. Bu unvanları henüz almamış birinci unvan grubundaki meslek memurları ile ikinci ve üçüncü derece kadrodaki meslek memurları dış temsilcilik gruplandırmasında sondaki üç grupta yer alan temsilciliklere büyükelçi olarak atanabilir.

d) 657 sayılı Kanunun 59 uncu maddesi çerçevesinde büyükelçi olarak atananlardan diğer kamu kurum veya kuruluşlarına mensup olanlar, merkeze döndüklerinde, hizmetlerine ihtiyaç duyulması halinde, Bakanlıkta çalışmaya ve bu görevleri süresince büyükelçi unvanını kullanmaya devam ederler. Bunlardan hizmetlerine ihtiyaç duyulmayanlar, Bakanlık ile ilişikleri kesilerek daha önceden bağlı bulundukları kamu kurum ve kuruluşlarındaki kadrolarına iade edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıcının ikinci paragrafı ile 2., 6. ve 104. 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, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla 22.9.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde özetle, hukuk devleti bağlamında iptali istenen kuralın evrensel hukuk ilkelerine uygun olmadığı, egemenliğin kullanılmasının hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamayacağı, hiçbir kimse veya organın da kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı,Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni ve Cumhurbaşkanı'nı temsilin, aynı zamanda devlet politikalarını temsil anlamına geldiği, büyükelçilerin hükümeti de temsil etmesi halinde, devlet politikalarını temsil

eden büyükelçilerin, hükümet politikaları ile sınırlandırılması ve bağlanmasının söz konusu olacağı, büyükelçilerin hükümeti değil de Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Cumhurbaşkanı'nı temsilindeki amacın bu temsilde iç siyasi etkiden uzak kalınması olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın Başlangıcının ikinci paragrafı ile 2., 6. ve 104. 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.

Anayasa'nın 6. maddesinde, "*Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.*" denilmiştir.

Anayasa'nın 104. maddesine göre, Cumhurbaşkanı Devletin başı olup, bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. Aynı maddede yabancı devletlere Türk Devletinin temsilcilerini göndermek, Türkiye Cumhuriyetine gönderilecek yabancı devlet temsilcilerini kabul etmek, Cumhurbaşkanı'nın yürütme ile ilgili görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

7.7.2010 günlü, 6004 sayılı Kanunla Dışişleri Bakanlığı'nın kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin esaslar yeniden düzenlenmektedir. 24.6.1994 günlü ve 4009 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 6004 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bakanlık teşkilatı açısından ve meslek memurlarının mesleğe başlarken ve daha sonraki meslek içi eğitimleri yönünden bazı yenilikler getirilmiş bulunmaktadır.

4009 sayılı Kanun'da büyükelçi, nezdinde görevli bulunduğu ülke veya ülkelerde "*Türkiye Cumhuriyeti Devletini ve Cumhurbaşkanını*" temsil edeceği belirtilmişken, 6004 sayılı Kanun'la buna "*Hükümet*" de eklenmiştir.

Uluslararası ilişkilerin hükümetler tarafından yürütülmesi asıldır. Evrensel hukuk ilkelerine saygılı bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti de dış ilişkilerini diplomatik teamüllere ve uluslararası hukuk sisteminin gereklerine uygun olarak yürütmektedir.

Günümüzde uluslararası ilişkiler, diplomasi alanında önemli sonuçlar doğuran ve yaptırım gücü olan, egemen devletlerin uluslararası sözleşmelerle oluşturdukları ve uluslararası hukuk tüzelkişiliğine sahip Birleşmiş Milletler, NATO, AGİT, Avrupa Birliği, OECD gibi kuruluşların forumlarında taraf devletlerin hükümetlerinin aldığı kararlara göre şekillenmektedir. Bu gibi uluslararası forumlarda kararlar zaman zaman devlet veya hükümet başkanları veya dışişleri bakanları ya da konusuna göre ilgili bakanların katılımı ile alınmakta ve uygulanmaktadır.

İkili çerçevede ülkeler arası ilişkilerin, her iki ülkenin hükümetleri tarafından dışişleri bakanlıkları veya yerine göre teknik konularda ilgili icracı (enerji, sağlık, maliye) bakanlıkların doğrudan işbirliği ile yürütüldüğü açıktır. Devlet başkanlarının ülkelerini temsildeki rolü ise daha çok diplomatik teamüllerden kaynaklanmakta ve protokoler nitelik taşımaktadır.

Türkiye'de büyükelçiler, 23.4.1981 günlü ve 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Kanun'un 2. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu kararnamesi ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile atanmaktadırlar.

Uluslararası hukukun teamüllerine göre Cumhurbaşkanı devlet başkanı sıfatıyla yabancı devletlere gönderilen büyükelçi ile birlikte güven mektubu gönderir. Bu mektup, kabul eden ülkenin devlet başkanına hitaben yazılmış, yeni büyükelçiyi kendi temsilcisi olarak takdim eden belgedir. Mektubun kabulünden sonra büyükelçi göreve başlamış kabul edilir. Aynı şekilde ülkemizde görevlendirilen yabancı büyükelçilerin güven mektuplarını da Cumhurbaşkanı kabul eder. Ülkemizde görevlendirilen yabancı büyükelçiler de göreve başlayıp, bundan sonraki temaslarını dışişleri bakanlığı ile yürütür.

Anayasa'nın 105. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı, başbakan ve ilgili bakanlarla birlikte imzaladığı kararlardan dolayı sorumlu değildir. Bu kurala göre dış politika ile ilgili olarak da Cumhurbaşkanı'nın sorumluluğu yoktur, sorumluluk hükümettedir. Dolayısıyla dış politika da sorumluluğu taşıyan hükümeti büyükelçilerin temsil etmesi doğal karşılanmalıdır.

Cumhurbaşkanı Milli Güvenlik Kurulu ile gerektiğinde Bakanlar Kurulu'na başkanlık etmektedir. Bu kurullarda dış politika ile ilgili önemli kararlar alınmakta, Cumhurbaşkanı bu suretle dış politikaya etki edebilmektedir. Ancak, Cumhurbaşkanı büyükelçiler ile doğrudan bağlantı kurmamaktadır.

Büyükelçilerin hiyerarşik olarak amirleri dışişleri bakanları ve dolayısıyla başbakandır.

Büyükelçiler, Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında devletin, asli ve sürekli görevlerinden olan dış ilişkilerini yürütmekte olan üst düzey devlet görevlileridir. Doğrudan yürütmeye bağlı olup, bunun emir ve talimatları doğrultusunda hareket ederler. Hükümetten bağımsız olarak hareket edememesi yurtdışında hükümeti temsil görevinin gereğidir. 6004 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle uluslararası teamüllere ve Anayasa'ya uygun olan bir duruma açıklık kazandırılmak istendiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın Başlangıcının ikinci paragrafı ile Anayasa'nın 2., 6., 104. maddelerine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

V- SONUÇ

7.7.2010 günlü, 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "… ve Hükümeti…" sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 29.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2010/104
Karar Sayısı : 2011/180
Karar Günü : 29.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Tokat 1. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 8.1.2003 günlü, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan *"…sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır."* ibaresinin, Anayasa'nın 23. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Uyuşturucu madde alarak araç kullanan kişinin sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınmasının talep edildiği davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Tokat Asayiş Şube Müdürlüğüne bağlı ekiplerce 13/11/2009 tarihinde şüphe üzerine otomobil sürücüsü ..'in araçtan sağa sola yalpalayarak indiği ve elinde, içerisinde bally ile doldurulmuş bir poşet görülmesi üzerine aldırılan doktor raporunda bally kullandığı ve bu haliyle araç kullanımının tehlike doğuracağı belirtilmekle; 2918 sayılı K.Y.T.K.nun 48/6. maddesi uyarınca sürücü ehliyetinin geri alınması talep edilmiştir.

Dosyamıza sunulan bilgi ve belgelerden sanığın trafik görevlileri tarafından bir şey içerken ve zik-zag yaparak gitmesi sonucunda ve nihayetinde alınan raporunda balley kullandığının belirtildiği, buna ilişkin hakkında ehliyeti süresiz alınması talep edilenle ilgili 13/11/2009 tarih ve F 748741 numaralı 2918

sayılı Yasanın 48/6. maddesine muhalefetten suç duyurusunda bulunulduğu ve mahkememize de anılan şahsın ehliyetinin sürekli alınması talebiyle başvurulduğu, mahkememizce yapılan yargılama ve alınan 17/05/2010 tarihli Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu raporunun sonuç kısmında anılan maddenin uyarıcı ve uyuşturucu nitelikte olduğu, suiistimalinin yaygın olduğu, üretim ve ithalatının yaygın olduğu, üretim ve izninin resmi izinlere tabi olduğu, illegal kullanımı halinde TCK. 188/6. madde kapsamında değerlendirileceği rapor edilmiş ve ayrıca balley kullanımının tedavisine ilişkin bunun mümkün bulunup bulunmadığına ilişkin Tokat Adli Tıp Şube Müdürlüğünden görüş sorulmuş ve anılan Şube Müdürlüğünün 27/09/2010 tarihli yazısında uyuşturucu madde bağımlılarıyla ilgili ülke genelinde AMATEM Birimlerinin görevli olduğu, tedavi süresinin etkisinin tedavi programına ve kişinin buna uyup devam edip etmemesine bağlı olduğu bildirilmiştir.

Mahkememizce yargılama yapılırken söz konusu kabahat eylemi nedeniyle sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınması Anayasa hükümlerine ciddi oranda aykırı olduğu, aşağıdaki gerekçelerle değerlendirilmiştir.

Öncelikle 2918 sayılı Yasanın 48/6. maddesi "Uyuşturucu ve keyif verici maddeleri alarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile birlikte 532.600.000 lira hafif para cezası uygulanır ve sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." hükmü mevcuttur, ayrıca bu maddenin başında başka suç hükümleri saklı kalmak üzere ibaresi de mevcuttur.

Öncelikle anılan uyuşmazlığa bakmayan mahkememizin görevli ve yetkili olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir buna göre Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09/06/2009 tarihli ve 2009/7-119 Esas ve 2009/158 Karar sayılı ilamına göre; "buna göre 2918 sayılı Yasanın 48/5, 5252 sayılı Yasanın 7, 5326 sayılı Yasanın 19. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde; kabahat nedeniyle sürücü belgesinin geri alınmasına veya alınmamasına ilişkin olarak verilen karar 5237 sayılı TCY. kapsamında güvenlik tedbirine ilişkin olarak verilmiş bir karar ve bu anlamda 5271 sayılı CYY.nın 223. maddesi anlamında hüküm sayılamayacağından somut olayda alkollü araç kullanma kabahati nedeniyle, hükmedilecek idari tedbir nedeniyle yaptırıma karşı sadece hükümlere karşı başvurulabilecek bir yasa yolu olan temyiz yasa yoluna başvuralamaz," daha önceden 2918 sayılı Yasanın 48. maddesindeki hafif para cezaları ve hafif hapis cezalarını mahkememiz baktığından 5252 sayılı Yasanın 7. maddesi ve Kabahatler Kanununun 3 ve 19. maddeleri dikkate alındığında artık para cezası

vermeye Cumhuriyet Başsavcılıkları ve tedbir niteliğinde ehliyetin geri alınması taleplerine ise mahkememiz bakmaktadır, ayrıca dosyanın niteliği dikkate alınarak mahkememizce duruşma açılmak suretiyle yargılama yapılması yolu tercih edilmiştir.

Bilindiği üzere 01/06/2005 tarihinden sonra yeni Türk Ceza Sistemi yürürlüğe girmiş ve burada da eski mülga 765 sayılı TCK. 121, 122 ve 123. maddelerinde belirtilen cezanın infazından sonra 3 yıl iyi halli olduğuna kanaat getirilmesi şartıyla 3 yıl sonunda memnu hakların iadesi sistemi mevcuttu, fakat yeni ceza sisteminde TCK 53. maddesi uyarınca suçla ilgili ceza ve güvenlik tedbirine hükmedilmesi halinde cezanın infazıyla birlikte biten hak mahrumiyetleri düzenlemesi getirilmiştir, yani yeni sistemde infazdan sonra tedbir niteliğindeki hak mahrumiyeti söz konusu değildir. Bu bağlamda Yargıtay 10. Ceza Dairesinin "Uyuşturucu suçlarından 5237 sayılı TCK.nun 5. ve 53. maddeleri ile 5252 sayılı TCK.nun uygulama Kanununun geçici 1. maddesi hükmü gereğince sanık hakkında 2918 sayılı Yasanın 119. maddesinin uygulanmasına olanak bulunmaması" (10. Ceza Dairesi 2008/14735 Esas, 2009/429 Karar) hükmü de dikkate alındığında artık suçlarda 2918 sayılı Yasanın 119. maddesindeki uyuşturucu ve benzeri suçlardan mahkûmiyet halinde sürücü belgesinin süresiz alınması da artık mümkün değildir.

Hal böyleyken daha ağır nitelikte olan suçlar için yeni Türk Ceza sisteminde infazdan sonra hak mahrumiyeti söz konusu olmazken Karayolları Trafik Kanununu 48/6. maddesindeki sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınması Anayasamıza aykırıdır. Şöyleki;

Sürücü belgesi bir kimse için bu çağımızda araçların çoğaldığı, bireysel araç kullanımının arttığı bu devirde kanaatimize göre seyahat hürriyeti açısından son derece önemlidir. Yani bir kimsenin sürücü belgesinin olmaması seyahat hürriyetini ciddi oranda kısıtlama getirmektedir. Bu bağlamda Anayasamızda yerleşme ve seyahat hürriyetini düzenleyen;

"Madde 23- Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir.

Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak;

Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek;

Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir.

(Değişik fıkra:07.05.2010-5982 S.K./3.mad) Vatandaşın yurtdışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir.

Vatandaş sınır dışı edilemez ve yurda girme hakkından yoksun bırakılamaz." hükmü mevcuttur, buna göre bu şekilde bir kabahat nedeniyle süresiz olarak sürücü belgesinin geri alınması Anayasamızın bu hükmüne ciddi oranda aykırılık teşkil etmektedir. Yine Anayasamızın 23. maddesindeki seyahat hürriyetinin dolaylı olarak bir çok hürriyetle ilintili olması nedeniyle de bu yönüyle de kanaatimize göre 2918 sayılı Yasanın 48/6. maddesindeki "... sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." Anayasamıza aykırılık teşkil etmektedir.

Ayrıca Avrupa insan Hakları Sözleşmesi hükümlerinde ve yine Anayasamızın 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." bu madde hükmüne göre de bu şekilde trafikteki kabahat eylemi nedeniyle bu oranda Anayasamızın 23. maddesindeki yerleşme ve seyahat hürriyetinin özüne dokunacak surette ve yine ölçüsüz bir şekilde tedbir uygulanması bu yönüyle de kanaatimize göre 2918 sayılı Yasanın 48/6. maddesindeki "... sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." Anayasamıza aykırılık teşkil etmektedir.

Sonuç olarak; hakkında tedbir uygulanmak istenilen kişi ile ilgili 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasının 48/6 "… sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin Anayasanın 23. maddesindeki seyahat hürriyeti ve yine bu hürriyet ile bağlantılı olarak bir çok temel hak ve özgürlüğü de dolaylı olarak etkileyebileceği anlaşılmakla Anayasamızın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 28. ve 29. maddeleri uyarınca anılan metnin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu tarihten itibaren 5 ay içerisinde, Anayasa Mahkemesince, karar verilmediği taktirde dosyamızın yeniden işleme alınıp (13/03/2011

tarihinde) mevcut mevzuat uyarınca karar verilmesine şeklinde karar vermek gerekmiştir.

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere,

Hakkında tedbir uygulanmak istenilen kişi ile ilgili 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasasının 48/6 "...sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." ibaresinin, Anayasanın 23. maddesindeki seyahat hürriyeti ve yine bu hürriyet ile bağlantılı olarak bir çok temel hak ve özgürlüğü de dolaylı olarak etkileyebileceği anlaşılmakla Anayasamızın 152. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 28. ve 29. maddeleri uyarınca anılan metnin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

Bu tarihten itibaren 5 ay içerisinde, Anayasa Mahkemesince, karar verilmediği taktirde dosyamızın yeniden işleme alınıp (13/03/2011 tarihinde) mevcut mevzuat uyarınca karar verilmesine,

Dair hakkında tedbir uygulanması talep edilen vekilinin yüzüne karşı tedbir istenilenin yokluğunda karar verildi, 13/10/2010"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu ibareyi de içeren 2918 sayılı Kanun'un 48. maddesi şöyledir:

"**Madde 48-** Uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmeleri yasaktır.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılır. Tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir.

Bu madde hükmüne uymayan sürücüler derhal araç kullanmaktan men olunur.

(Ek fıkra: 17/10/1996 - 4199/20 md; Değişik fıkra: 21/05/1997 - 4262/4 md.) Toplu taşım araçlarında sigara içilemez. Sigara içenler hakkında 4207 sayılı Tütün Mamüllerinin Zararlarının Önlenmesine Dair Kanun hükümleri uygulanır.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Yönetmelik ile belirtilen miktarların üzerinde alkollü araç kullandığı tespit edilen sürücülerin, suçun işlendiği tarihten itibaren geriye doğru beş yıl içinde; birinci defasında sürücü belgeleri altı ay süreyle geri alınır ve haklarında 265 300 000 lira para cezası uygulanır. İkinci defasında sürücü belgeleri iki yıl süreyle geri alınır ve haklarında 332 600 000 lira para cezası uygulanır ve bu sürücüler Sağlık Bakanlığınca, esas ve usulleri Sağlık ve İçişleri Bakanlıklarınca çıkarılacak yönetmelikte gösterilen sürücü davranışlarını geliştirme eğitimine tabi tutulurlar, eğitimi başarıyla tamamlayanların belgeleri süresi sonunda iade edilir. Üç veya üçten fazlasında ise, sürücü belgeleri beş yıl süreyle geri alınır ve altı aydan aşağı olmamak üzere hafif hapis cezası ile birlikte 532 600 000 lira hafif para cezası uygulanır. Ayrıca, psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesine tabi tutulurlar. Bu değerlendirme ve muayene sonrasında uygun görülenlere, geri alma süresi sonunda sürücü belgeleri iade edilir. Psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesinin yapılmasına dair esas ve usuller yönetmelikte gösterilir.

(Değişik fıkra: 08/01/2003 - 4785 S.K./3. md.) Uyuşturucu ve keyif verici maddeleri alarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile birlikte 532 600 000 lira hafif para cezası uygulanır ve **sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır."**

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 23. maddesine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

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, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin ESASININ İNCELENMESİNE,

7.12.2010 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı 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 kararında, sürücü belgesinin, araçların çoğaldığı ve bireysel araç kullanımının arttığı günümüzde seyahat özgürlüğü açısından son derece önemli olduğu, bir kimsenin sürücü belgesinin olmamasının seyahat hürriyetini ciddi oranda kısıtladığı ve trafikteki bir kabahat eylemi nedeniyle sürücü belgesinin süresiz olarak geri alınmasının seyahat hürriyetini özüne dokunacak şekilde sınırladığı ve öngörülen tedbirin ölçüsüz olduğu belirtilerek kuralın Anayasa'nın 23. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 1. maddesinde, Kanun'un amacı karayollarında can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlaması ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi olarak ifade edilmiştir. Bu bağlamda trafik düzeni ve güvenliğinin sağlanması amacıyla Kanun'un *"alkollü içki, uyuşturucu ve keyif verici maddelerin etkisi altında araç sürme yasağı"* başlıklı 48. maddesinde uyuşturucu veya keyif verici maddeleri almış olanlar ile alkollü içki almış olması nedeniyle güvenli sürme yeteneklerini

kaybetmiş kişilerin kara yolunda araç sürmelerinin yasak olduğu belirtilmiştir. Maddenin itiraz konusu ibareyi de içeren son fıkrasında ise uyuşturucu ve keyif verici maddeleri alarak araç kullananlara, eylemi başka bir suç oluştursa bile ayrıca, altı ay hafif hapis cezası ile hafif para cezası uygulanacağı ve sürücü belgelerinin süresiz olarak geri alınacağı kural altına alınmıştır.

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.

Yasakoyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, idari yaptırımlar bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari yaptırımlara ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir.

Ceza hukukunda, doğrudan doğruya bir suçun karşılığı olmak üzere öngörülen asli cezanın yanında, bu cezanın etkisini artırmak, suç işlenmesinde caydırıcılığı sağlamak için, asli cezaya ek olarak kimi hak yoksunlukları da getirilmiştir. Ancak, ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren diğer düzenlemelerde de hukuka aykırı eylem ile yaptırım arasında adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygunluk bulunmalıdır.

İtiraz konusu kuralın, toplumun, refah, huzur ve mutluluğunu etkileyen trafik kazalarının önlenmesini sağlamak, dolayısıyla kişilerin can ve mal güvenliğini ve kamu düzenini korumak amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır. Ancak itiraz konusu kuralda, sürücü belgesinin geri alınmasının düzenlendiği diğer kuralların aksine muayene ve tedavi tedbirine yer verilmemesi, kişinin tedavi ve ıslah olması halinde sürücü belgesi almasına imkan tanınmaması, güvenli sürüş yeteneğini kaybetme ölçütüne yer verilmemesi ve belirli sürelerle kademelendirmenin de yapılmaması nedeniyle

kuralın hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı açıktır. Ayrıca, yaptırımlarda güdülen asıl amacın işlediği suçtan dolayı kişinin ıslah olmasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğu dikkate alındığında, itiraz konusu kuralla süresiz bir hak yoksunluğu getirilmesi, yaptırımların ıslah edici yönüyle de bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. İptali gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 23. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrasında, Kanun'un belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değiştirilen altıncı fıkrasındaki "sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden önce yer alan "...ve..." sözcüğünün de, 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince iptali 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 iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır.

İtiraz konusu kuralın iptal edilmesi nedeniyle doğan boşluk, kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden iptal hükmünün, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

1- 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin, 8.1.2003 günlü, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "… sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinin, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "… sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden önceki "… ve …" sözcüğünün de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE,

3- 2918 sayılı Kanun'un 48. maddesinin 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "…ve sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır" 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 ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

29.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/36
Karar Sayısı : 2011/181
Karar Günü : 29.12.2011

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 3. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun, 9.12.2009 günlü, 5940 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 42. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan *"…32…"* ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının ruhsat almaksızın yaptığı öne sürülen yapının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi gereğince yıkılmasına ve aynı Kanun'un 42. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca davacıya idari para cezası uygulanmasına dair belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı... vekili Av.... tarafından, İzmir İli, Gaziemir İlçesi, Hürriyet Mahallesi, 1060 Sokak, No:51 adresinde ve tapunun 11553 ada, 2 parselde kayıtlı taşınmazda ruhsatsız yapıldığı öne sürülen inşaatın 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 32. maddesi gereğince yıkımına ve davacının aynı Yasanın 42. maddesi uyarınca 9.391,12-TL para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Gaziemir Belediye Encümeni'nin 02/12/2010 günlü, 795 sayılı kararının iptali istemiyle Gaziemir Belediye Başkanlığı'na karşı açılan davada, uyuşmazlığın konusu para cezasının dayanaklarından birisi olan 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 09/12/2009 günlü, 5940 sayılı Yasa ile değişik 42. maddesinin 3. fıkrasının "18, 28,

32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41 inci maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı olmak üzere ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması halinde dörtbin Türk Lirası, can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idari para cezası verilir." şeklindeki hükmünde yer alan, aynı Kanunun 32. maddesini ifade eden, "32" ibaresinin Anayasa hükümlerine aykırı olduğu düşüncesi ile 2949 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesince "somut norm denetimi" yapılmak üzere Anayasa'ya aykırılık itirazında bulunulması gerektiği sonucuna varılmakla işin gereği görüşüldü:

Uyuşmazlık konusu olayda, davacı tarafından ruhsatsız olarak 121 m2 ebadında zemin üstü (kolon betonları dökülmüş, tuğla duvarları örülmüş, tabliyenin betonları dökülüyor vaziyette) 2. katının inşa edildiğinin 11/11/2010 günlü Yapı Tatil Zaptı ile tespit edildiği ve yapının mühürlenerek inşaatın durdurulduğu, sonrasında dava konusu Gaziemir Belediye Encümeni'nin 02/12/2010 günlü, 795 sayılı kararı ile davacının, söz konusu eylemi nedeniyle 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5940 sayılı Yasa ile değişik 42. maddesinin 2. fıkrası uyarınca hesaplanan 7.347,12-TL ve davacının yine aynı maddenin 3. fıkrasında atıf yapılan Yasanın 32. maddesine aykırı davrandığından bahisle 2.044,00-TL (yeniden değerleme oranında artırılarak uygulanan tutar) olmak üzere toplam 9.391,12-TL para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, Gaziemir Belediye Encümeni'nin yıkım ve para cezasına konu 02/12/2010 tarih ve 795 sayılı kararının iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

3194 sayılı Yasanın 42. maddesinde düzenlenen idari para cezaları, imar ve kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi amacıyla, araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan yaptırımlardır. 09/12/2009 günlü, 5940 sayılı Yasa ile değişik söz konusu maddenin 2. fıkrası hükmü, ruhsat alınmadan, ruhsat veya eklerine veya imar mevzuatına aykırı olarak yapının yapıldığı yönündeki idarenin tespiti üzerine fıkrada belirtilen kıstaslar çerçevesinde para cezası verilmesini öngörmektedir. Anılan maddede para cezası kesilmesinin sebep unsurunu oluşturan davranışlar; "ruhsat alınmadan yapı yapılması", "ruhsat veya eklerine aykırı yapı yapılması" ve "imar mevzuatına aykırı yapı yapılması" olarak sayılmıştır.

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise; "18, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41. maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı olmak üzere ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması halinde dörtbin Türk Lirası, can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idari para cezası verilir." hükmü yer almaktadır.

Yukarıda yer verilen 42. maddenin 3. fıkrası hükmünde, "32. maddede belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmemek" veya "32. maddeye aykırı davranmak" hallerinin de ayrıca para cezası gerektirdiği ifade edilmektedir.

3194 sayılı Yasanın "Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlanan yapılar" başlıklı 32. maddesinde; "Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası da muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mühürün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir." hükmüne yer verilmiştir.

Yasanın 32. maddesi hükmünde, aynı Yasanın 42. maddesinin 3. fıkrasında atıf yapılan "32. maddeye aykırı davranmak" halleri; "ruhsat alınmadan yapıya

başlanılması" veya "ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapılması" şeklinde ifade edilmiş, "32. maddede yer alan mükellefiyetler" ise; (yapının ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı olarak başlandığının tespiti üzerine tespit tarihinden itibaren en çok bir ay içinde) "yapının ruhsata uygun hale getirilmesi" veya "ruhsat alınması" olarak belirtilmiştir.

Bu açıklamalar çerçevesinde, 3194 sayılı Yasanın 5940 sayılı Yasa ile değişik 2. ve 3. fıkralarında para cezası kesilmesini gerektiren davranışlar, "ruhsat alınmadan yapı yapılması" veya "ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapılması" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin 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 Devleti olduğu belirtilmiştir.

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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. Ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığının tespiti üzerine idare tarafından, ilgilisi "ruhsat almadan veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yaptığı" gerekçesiyle İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 2. fıkrası uyarınca para cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra itiraz konusu 3. fıkraya göre de aynı nedenlerle ayrıca bir para cezası ile cezalandırılması ihtimali ortaya çıkacaktır.

Böyle bir olasılığın varlığı, 3194 sayılı Yasanın 42. maddesinin 3. fıkrasındaki "18, 28, *32*, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41. maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı olmak üzere ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması halinde dörtbin Türk Lirası, can ve mal

emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idari para cezası verilir." hükmünde 32. maddeye yönelik düzenlemeyi ("32" ibaresini), Anayasanın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.

Nitekim, 5940 sayılı Yasanın, TBMM'ne ait internet sitesinde yer alan madde gerekçelerinin uyuşmazlığa konu fıkraya ilişkin bölümünde, 32. maddeye atfen yapılan düzenlemeye yönelik bir açıklamaya da yer verilmemiştir.

Diğer yandan, İmar Kanunu'nun 42. maddesinin 3. fıkrası, aynı Yasanın 32. maddesinde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen bir kişinin ayrıca para cezası ile cezalandırılacağını öngörmektedir.

3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5940 sayılı Yasa ile değişik 42. maddesinin 1. fıkrasında; "Bu maddede belirtilen ve imar mevzuatına aykırılık teşkil eden fiil ve hallerin tespit edildiği tarihten itibaren on iş günü içinde ilgili idare encümenince sorumlular hakkında, üstlenilen her bir sorumluluk için ayrı ayrı olarak bu maddede belirtilen idari müeyyideler uygulanır." hükmü yer almaktadır.

Söz konusu fıkra ile, aynı maddenin 3. fıkrası hükmünde öngörülen para cezasının da tespit tarihinden itibaren 10 iş günü içinde kesileceği kuralı getirilmektedir.

Yasanın 42. maddesinin 3. fıkrasında, aynı Yasanın 32. maddesinde ifade edilen mükellefiyetlerin yerine getirilmemesinin para cezasını gerektireceği öngörülmekle beraber, 32. maddede, "yapının ruhsata uygun hale getirilmesi" veya "ruhsat alınması" şeklindeki mükellefiyetlerin tespit tarihinden itibaren en çok bir ay içinde yerine getirilmesi kuralı yer almaktadır.

Bu haliyle, "ruhsat alınmadan yapıya başlayan" veya "ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapan" bir kişinin, ruhsat alması veya yapısını ruhsata uygun hale getirmesi için gerekli bir aylık süre dolmadan Yasanın 42. maddesinin 1. fıkrası uyarınca 10 gün içinde para cezası ile cezalandırılması şeklinde bir durum ortaya çıkacaktır. Diğer bir ifadeyle, ruhsatsız veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapan bir kişi, tespit tarihini takip eden 10 günün sonrasında bir aylık süre dolmadan ruhsat almak veya yapısını ruhsata uygun hale getirmek istese bile 42. maddenin 1. fıkrası uyarınca tespit tarihinden itibaren 10 iş günü içinde aynı maddenin 3. fıkrasında öngörülen para cezası ile cezalandırılması imkanı ortaya çıkacaktır.

Bu durum, 3194 sayılı Yasanın 42. maddesinin 3. fıkrasında, 32. maddeye atfen "mükellefiyetlerini yerine getirmemek" nedeniyle verilecek para cezasını aynı şekilde, Anayasanın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 5940 sayılı Yasa ile değişik 42. maddesinin 3. fıkrasında yer alan; "32" ibaresinin iptali isteğiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddeleri uyarınca kararımız ile dava dosyasının onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, bu kararın bir örneğinin bilgi amacıyla taraflara tebliğine, 25/02/2011 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3194 sayılı İmar Kanunu'nun, 5940 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 42. maddesinin, itiraz konusu ibareyi de içeren üçüncü fıkrası şöyledir:

"18, 28, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 40 ve 41 inci maddelerde belirtilen mükellefiyetleri yerine getirmeyen veya bu maddelere aykırı davranan yapı veya parsel sahibine, harita, plan, etüt ve proje müelliflerine, fenni mesullere, yapı müteahhidine ve şantiye şefine, ilgisine göre ayrı ayrı olmak üzere ikibin Türk Lirası, bu fiillerin çevre ve sağlık şartlarına aykırı olması halinde dörtbin Türk Lirası, can ve mal emniyetini tehdit etmesi halinde altıbin Türk Lirası idari para cezası verilir."

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

3194 sayılı İmar Kanunu'nun ilgili görülen 32. maddesi şöyledir:

"Bu Kanun hükümlerine göre ruhsat alınmadan yapılabilecek yapılar hariç; ruhsat alınmadan yapıya başlandığı veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yapıldığı ilgili idarece tespiti, fenni mesulce (...) tespiti ve ihbarı veya herhangi bir şekilde bu duruma muttali olunması üzerine, belediye veya valiliklerce o andaki inşaat durumu tespit edilir. Yapı mühürlenerek inşaat derhal durdurulur.

Durdurma, yapı tatil zaptının yapı yerine asılmasıyla yapı sahibine tebliğ edilmiş sayılır. Bu tebligatın bir nüshası da muhtara bırakılır.

Bu tarihten itibaren en çok bir ay içinde yapı sahibi, yapısını ruhsata uygun hale getirerek veya ruhsat alarak, belediyeden veya valilikten mührün kaldırılmasını ister.

Ruhsata aykırılık olan yapıda, bu aykırılığın giderilmiş olduğu veya ruhsat alındığı ve yapının bu ruhsata uygunluğu, inceleme sonunda anlaşılırsa, mühür, belediye veya valilikçe kaldırılır ve inşaatın devamına izin verilir.

Aksi takdirde, ruhsat iptal edilir, ruhsata aykırı veya ruhsatsız yapılan bina, belediye encümeni veya il idare kurulu kararını müteakip, belediye veya valilikçe yıktırılır ve masrafı yapı sahibinden tahsil edilir."

C- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, 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, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 14.4.2011 günü 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 ve ilgili görülen Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere ya da imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci ve itiraz konusu ibareyi de içeren

üçüncü fıkraları uyarınca iki ayrı idari yaptırım uygulanmasının, aynı eylem için mükerrer ceza tatbiki anlamına geldiği belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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 sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

İtiraz konusu kural, İmar Kanunu'nun 32. maddesine yapılan yollamaya ilişkindir. Söz konusu maddede, ruhsat almadan yapıya başlayan veya ruhsat ve eklerine aykırı yapı yaptığı tespit edilen yapı sahibine bir ay içerisinde, yapı ruhsatsız ise ruhsat alma, ruhsat ve eklerine aykırı ise ruhsata uygun hâle getirme, bu iki şekilde hukuka aykırılık giderilmemiş ise yapıyı yıkma mükellefiyetleri öngörülmüş, bu yükümlülükleri yerine getirmemenin yaptırımı, anılan Kanun'un 42. maddesinin üçüncü fıkrasında belirlenmiştir. Söz konusu fıkrada geçen *"bu maddeye aykırı davrananlar"* ibaresi 32. maddede sayılan yükümlülükleri yerine getirmemeyi ifade etmektedir.

Kanun'un 42. maddesinin ikinci fıkrasında, ruhsat alınmaksızın veya ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere ya da imar mevzuatına aykırı olarak yapılan yapının sahibine, yapı müteahhidine veya aykırılığı altı iş günü içinde idareye bildirmeyen ilgili fennî mesullere; yapının mülkiyet durumuna, bulunduğu alanın özelliğine, durumuna, niteliğine ve sınıfına, yerleşmeye ve çevreye etkisine, can ve mal emniyetini tehdit edip etmediğine ve aykırılığın büyüklüğüne göre nispi olarak idari yaptırım öngörülmektedir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise bu fıkradan farklı olarak verilen süre içerisinde yükümlülüklerini yerine getirmeyenler için maktu para cezası öngörülmektedir. Bu durumda ikinci fıkrada imar mevzuatına aykırı yapı yapılması cezalandırıldığı hâlde, üçüncü fıkrada verilen süre içerisinde saptanan aykırılığın giderilmemesi cezalandırılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, farklı eylemlere, şartları oluştuğunda ayrı ayrı ceza uygulanması mükerrer cezalandırma olarak nitelendirilemeyeceğinden kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

3.5.1985 günlü, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 9.12.2009 günlü, 5940 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 42. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "… 32 …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 29.12.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Ahmet AKYALÇIN	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/62
Karar Sayısı : 2012/2
Karar Günü : 12.1.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Özalp 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesinde yer alan "***Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler,***" ibaresinin Anayasa'nın 2., 7., 10., 13. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir**.**

I- OLAY

Barış ve Demokrasi Partisi Özalp İlçe Başkanı hakkında, 6.1.2011 tarihinde parti ilçe binası önünde Kürtçe olarak kısa bir konuşma yaptıktan sonra Türkçe olan mevcut ilçe başkanlığı tabelasını Türkçe ve Kürtçe ifadelerin yer aldığı yenisiyle değiştirdiği iddiasıyla 2820 sayılı Kanun'un 81/1-c maddesi delaletiyle 117. maddesi uyarınca cezalandırılması talebiyle açılan davada, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizce Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 'Kanuna Aykırı Sair Davranışlar' başlıklı 117. maddesinde 'bu Kanunun 4. kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, 6 aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar.' denilmektedir. Aynı Kanunun 4. kısmı ise 4 bölümden oluşmaktadır ve 'Siyasi partiler ile ilgili yasaklar' başlığını taşımaktadır. Birinci bölümde Amaçlar ve Faaliyetler İle İlgili Yasaklar, ikinci bölümde Milli Devlet

Niteliğinin Korunması, Üçüncü bölümde Atatürk İlke ve İnkılaplarının ve Laik Devlet Niteliğinin Korunması, Dördüncü bölümde ise Çeşitli Yasaklar düzenlenmiştir. Dolayısıyla 4. kısmın başlığından da anlaşılacağı üzere, Siyasi partilerle ilgili yasakları düzenlediği söylenebilir. Esasen bu kısımda belirtilen yasakların bir kısmının gerçek kişiler (insanlar) tarafından ihlali zaten mümkün değildir. Örnek olarak; madde 96'da yer alan 'Kullanılamayacak Parti Adları ve işaretler' ile madde 90'da yer alan 'Tüzük ve Programlar ile Parti Faaliyetlerine İlişkin Sınırlamalar' genel niteliktedirler. Örnek olarak; 78. maddenin (e) fıkrasında yer alan 'Genel Ahlak ve Adaba Aykırı Amaç Gütme Yasağı' bunlardan bir tanesidir.

Bu açıklamalardan sonra 2820 sayılı Kanunun 117. maddesinin aynı Kanununun 4. kısmında yer alan yasaklardan hangisinin gerçek kişiler (insanlar) tarafından işlenmesini cezai hükme bağladığını anlayabilme imkanı yoktur. Kanun maddesi suç saydığı fiilleri açık ve seçik bir şekilde düzenlemeyerek Anayasa'nın kabul etmiş olduğu suç ve cezada kanunilik ilkesinden ayrılmıştır. Buna örnek olarak yukarıda değinilen 2820 sayılı Kanunun 78/e maddesinde düzenlenen genel ahlak ve adaba aykırı amaç gütme yasağı söylenebilir. Zira; Ceza Hukukunun günümüzde evrensel boyuta ulaşmış ilkeleri nazara alındığında ne denli ahlaka aykırı, kötü yada çirkin olursa olsun; kimsenin iç dünyasını, amaçlarını icra hareketlerine başlanmadıkça (eyleme dönüşmedikçe) yargılayamayacağı kabul edilmektedir. Ancak 2820 sayılı Kanunun 117. maddesi aynı Kanunun 4. kısmına yapmış olduğu genel atıfla, adeta bunun tersinin mümkün olabileceğini hüküm altına almıştır.

Bundan başka 2820 sayılı Kanunun 117. maddesindeki "...işleyenler..." ibaresinden ne anlaşılacağı da kuşkuludur. Zira maddenin atıf yaptığı 4. kısım Siyasi partiler ile ilgili yasakları düzenlemektedir. Dolayısıyla 4. kısımda yer alan yasaklar her vatandaş için geçerli olmayıp sadece siyasi parti üyeleri, İl ya da İlçe örgütü yöneticileri için geçerlidir denebilir. Ancak; siyasi partilerin İl ya da İlçe teşkilatlarının ayrı bir tüzel kişiliği bulunmamaktadır. Çünkü 2820 sayılı Kanunun 3. maddesinde siyasi partilerin ülke çapında faaliyet göstermek üzere teşkilatlanan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olduğu belirtilmiştir. Yetkili temsilcileri ise; kural olarak partinin genel başkanıdır. Yargıtay'ın görüşü de bu doğrultudadır. (Yargıtay 2. HD.28/02/2006, 2005/18115 E., 2006/2495 K) Madde metninde ise, böyle bir sınırlama yapılmayıp 4. kısımdaki yasaklara aykırı hareket edenlerin en az 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmaları öngörülmüştür. Sonuç olarak maddedeki "işleyenler" kelimesinin kimi ya da kimleri kastettiği

anlaşılamamaktadır. İşte Anayasa'ya bir diğer aykırılık da burada ortaya çıkmaktadır. Çünkü suç ve cezada kanunilik ilkesi bireyin hangi davranışının suç olduğunu bilmesini, buna göre ise; suç oluşturmadığını düşündüğü davranışlarını özgürce gerçekleştirebilmesini de ifade eder. Burada ise suçun kimler tarafından işlenebileceği açıkça belirtilmemiş ve hukuk güvenliği ile belirlilik ilkelerine aykırı hareket edilmiştir.

2820 sayılı Kanunun 117. maddesindeki düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı, düzenlemede hukuki boşluk bulunduğu ve yorum yolu ile bu boşluğun doldurulabileceği de ileri sürülemez. Çünkü; "Hukukta ve özellikle Ceza Hukukunda metne bağlı yorum yapılması, artık hemen tüm dünyada, Anayasal düzeyde bir ilke olan suçların ve cezaların yasallığı kuralının da doğal sonucu ve uygulanmasının vazgeçilmez koşuludur. O yüzden, bireyci anlayış, ceza yasalarının dar yorumlanması kuralından vazgeçmemektedir." (Sami SELÇUK, Adalet ve Hukuk sy. 410, İmge Yayınevi) Madde metnine bağlı kalmaksızın yorum yapılması ise; Yasama erkinin yetkisini elinden almak olur ki, bu da açık ve bariz bir yetki gaspı sonucunu doğurur. Sonuç olarak ise; yapılan işlem batıl olacaktır. Ayrıca böyle bir durum yine ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan kıyas yasağına da aykırı olacaktır. (Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, İçel/Donay Beta Yayınları 3. Bası, sy. 83, 84 İstanbul) "Erkler ayrılığını benimsemiş bir ülkede, ceza normunu yasama organı koyar, yargı organı uygular. Yargı Organı, Yasama Organının yerine geçemez. Tersi durumda, bireysel özgürlüğün kalesi olan yasallık ilkesi yıkılır, hukuki güven sarsılır." (Prof. Dr. Sami SELÇUK, aynı eser sy. 446- 25. dipnot) Ceza Hukukunda yoruma ilişkin bu temel ilkeler bile söz konusu kanun maddesinde yer alan Anayasa'ya aykırılığı açıkça ortaya koymaktadır.

2820 sayılı Kanunun 117. maddesinin "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler," ibaresinin 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 7, 10, 13 ve 38. maddelerine aykırı olması sebebi ile iptaline karar verilmesine saygıyla arz ve talep ederim."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 117. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, altı aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İtiraz başvurusunda Anayasa'nın 2., 7., 10., 13. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesini gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımıyla 30.6.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, Fettah OTO'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 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- Anlam ve Kapsam

2820 sayılı Kanun'un "Ceza Hükümleri" başlıklı Yedinci Kısmı'nı oluşturan 111 ila 117. maddelerinde suç sayılan bir kısım fiillerle bunlara verilecek cezalar düzenlenmiştir. İtiraz konusu ibarenin içinde yer aldığı maddede, ***"Bu Kanun'un dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler****, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, altı aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar"* hükmüne yer verilmiştir. Maddede atıf yapılan dördüncü kısım, toplam dört bölüm içerisindeki 78 ila 96. maddeleri kapsamaktadır. Buna göre, itiraz konusu kuralla, geniş bir alanı kapsayan Dördüncü Kısım'a genel bir atıf yapılarak burada sayılan hükümlere aykırılık, fiilin daha ağır bir cezayı gerektirmemesi şartıyla, ceza yaptırımına bağlanmaktadır.

Maddede atıf yapılan Dördüncü Kısımda yer alan hükümler incelendiğinde, bunların doğrudan siyasi parti tüzel kişiliğine hitap eden bir kısım yasakları ihtiva ettikleri anlaşılmakta ise de bu hükümler, itiraz konusu kural marifetiyle bireylerin cezalandırılmasına da dayanak teşkil etmektedirler.

Kanun'un Beşinci Kısmında ise siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin usul ve esaslara dair hükümler yer almaktadır. Bu kısımdaki 101. ve 103. maddelerde sayılan siyasi parti kapatma nedenleriyle Kanun'un Dördüncü Kısmında yer alan yasaklar birlikte değerlendirildiğinde, bunların büyük ölçüde Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında ifade edilen yasakları nitelik ve nicelik bakımından genişleten düzenlemeler oldukları görülmektedir. Buna göre, itiraz konusu kural delaletiyle bireylerin cezalandırılmasına dayanak oluşturan Kanun'un Dördüncü Kısmındaki yasaklar esasen bir siyasi partinin kapatılmasına veya hazine yardımından mahrum edilmesine neden olabilecek yaptırımlara esas teşkil edebilecek aykırılıklardır. Nitekim itiraza konu maddenin yasalaşma sürecine ışık tutan tutanaklarda, Dördüncü Kısımdaki yasak fiillerin işlenmesi halinde yalnız siyasi partilerin kapatılması ile yetinilmeyip, özellikle buna neden olanların da cezalandırılması amacıyla bu hükmün konulduğu ifade edilmiştir.

İtiraz konusu hükmün içinde yer aldığı maddenin, geniş bir kısımda yer alan ve büyük ölçüde siyasi parti tüzel kişiliğini muhatap alan kuralları bireyler bakımından yasak kapsamına almak suretiyle ceza yaptırımına bağladığı ve fiiller arasında ayrıma gitmeden faillerin altı aydan az olmamak üzere cezalandırılmalarını öngördüğü sonucuna varılmaktadır. 5252 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrasının (b) bendi uyarınca cezanın üst sınırı beş yıldır.

B- Anayasaya Aykırılık Sorunu

İtiraz gerekçesinde, temelde dört bölümden oluşan Kısımda düzenlenen yasakların birçoğunun esasen kişiler tarafından ihlal edilemeyeceği, buna rağmen genel bir ifadeyle suç kapsamına alındıkları, suç sayılan eylemlerin açık ve seçik olarak belirtilmediği, böylece hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine ve dolayısıyla suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı davranıldığı ileri sürülerek kuralın Anayasanın 2., 7., 10., 13. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

İtiraz konusu kuralın içinde yer aldığı maddede, ***"Bu Kanun'un dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler****, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, altı aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar"* denilmek suretiyle, Dördüncü Kısım'da sayılan siyasi parti yasakları, fiilin daha ağır bir cezayı gerektirmemesi şartıyla, bireyler açısından da cezayı müstelzim hale getirilmektedir.

Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasa koyucu, 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. maddesinin birinci fıkrasında, "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz…", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" hükümlerine yer verilmiştir. Suç ve cezaların kanuniliği olarak ifade edilen bu ilke gereğince, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun 'açıkça' suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılmasının yeterli olmadığı, bunların içerik bakımından da belli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerektiği vurgulanmaktadır. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanun muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte, kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden, aranan açıklığın ölçüsü, söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir olması da gerekir.

İtiraz konusu kural Siyasî Partiler Kanunu'nda yer alıp, Kanun'un Dördüncü Kısmı'ndaki yasak fiilleri kişiler yönünden ceza kapsamına almaktadır. Esasen siyasi partiler için birçok yasak öngören bu Kısımdaki maddelerde yer alan fiillerin hangi hallerde suç teşkil edeceğinin gerçek

kişilerce yeterli açıklıkta öngörülebilir oldukları söylenemez. Çünkü doğrudan siyasi parti tüzel kişiliğini muhatap alan bu yasaklar, itiraz konusu kuralla, kişiler hakkında yaptırım öngören düzenlemelere dönüştürülmüştür. Bu yapılırken anılan kısımda sayılan fiillerin ağırlıklarıyla bunları işleyenlerin siyasi partideki sıfat ve konumları da dikkate alınmamıştır. Bu durumda, siyasi faaliyette bulunan geniş bir kitleyi hiçbir ayrım gözetmeksizin ceza tehdidi altında bırakan düzenleme gerçek şahıslarca yeterli derecede öngörülebilir değildir.

Diğer yandan, gerek anayasal veya yasal değişiklikler sonucunda gerekse uygulamayla zaman içerisinde siyasi faaliyet alanı genişlemiştir. Buna bağlı olarak kuralın, içinde yer aldığı Kanun'un yasalaştığı dönemde 'öngörülebilir' olduğu kabul edilse bile, Anayasa ile yasalarda yapılan siyasi faaliyet özgürlüğünü genişleten değişikliklerle buna paralel uygulamalar neticesinde öngörülebilir olma özelliğini tümden yitirdiği sonucuna varılmıştır.

Açıklanan gerekçeyle kural Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 10. ve 13. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Bu görüşe Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Nuri NECİPOĞLU ile Celal Mümtaz AKINCI katılmamışlar, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Burhan ÜSTÜN ise farklı gerekçelerle katılmışlardır.

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.

2820 sayılı Kanun'un 117. maddesinde yer alan "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler, …" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan maddenin kalan bölümünün de iptali 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.

2820 sayılı Kanun'un 117. maddesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

1- 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesinde yer alan "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler, …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Nuri NECİPOĞLU ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 2820 sayılı Kanun'un 117. maddesinde yer alan "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler, …" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan maddenin kalan bölümünün de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 2820 sayılı Kanun'un 117. 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, OYBİRLİĞİYLE,

12.1.2012 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY

Başvuran mahkeme, iptalini istediği 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesinde yer alan "Bu kanunun dördüncü kısmında yer alan yasak fiilleri işleyenler" ibaresinin,

-yasaklardan hangisinin gerçek kişiler tarafından işlenmesinin ceza hükmüne bağlandığının anlayabilme imkanı olmadığını,

-"işleyenler" ibaresinin kimi kastettiğinin kuşkulu olduğu yolundaki beyanları ile Anayasa'nın, 2., 7., 10., 13. ve 38. maddelerine aykırılığını iddia etmiştir.

Mahkememiz çoğunluk görüşüne ait kararında gerekçe olarak; kuralın atıfta bulunduğu dördüncü kısımda siyasi parti yasaklarına ilişkin cezaların birey açısından uygulanabilir hale geldiğini, ceza siyaseti gereği suç sayılacak eylemler belirlemede yasa koyucunun takdir hakkı olduğunu, ANCAK yasak öngören kısımda yer alan maddelerde yer alan FİİLLERİN hangi hallerde suç teşkil edeceğinin YETERLİ AÇIKLIKTA ÖNGÖRÜLEBİLİR olduğunun söylenemeyeceğini çünkü doğrudan siyasi parti tüzel kişiliğini muhatap alan yasakların kişi hakkında yaptırıma dönüştüğünü, suçu işleyenlerin parti sıfat ve konumu dikkate alınmadığı ve gerçek kişilerce yeterli derecede öngörülebilir

olmadığı nedenleri ile Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslarına aykırı olduğu kanaatine ulaşmıştır.

2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun iptali istenen 117. maddesinin atıfta bulunduğu dördüncü kısım yasanın 78 ila 97. maddeleri arasındaki bölümü oluşturmakta ve bu kısımda siyasi partilerle ilgili yasaklar:

-Demokratik devlet düzeninin,
-Bağımsızlığın,
-Devletin tekliği ilkesinin,
-Eşitlik ilkesinin,
-Atatürk ilke ve inkılaplarının,
-Diyanet İşleri Başkanlığı'nın yerinin korunması,
-Azınlık yaratılmasının önlenmesi,
-Bölgecilik ve ırkçılık yasağı,
-Atatürk'e saygı,
-Din ve dince kutsal sayılan şeylerin istismarı,
-Dini gösteri yasakları ile tüzük ve program ve siyasi faaliyetlerine ilişkin,
-Dernek, sendika, vakıf, kooperatif, meslek kuruluşlarıyla siyasi ilişki ve işbirliği,
-Kapatılan siyasi parti ve mensuplarının durumu ve,
-Kullanılamayacak parti adları ve işaretleri.

Başlıkları altında yer alan suç sayılacak fiillerin tanımı ve kapsamına dahil yasak eylemleri her hangi bir yorum gerektirmeyecek açıklık ve netlikte, siyasi partilerin uyması gereken davranışlar olarak belirlediği görülmektedir.

Maddeler okunduğunda mahkeme gerekçesindeki gibi fiillerin hangi hallerde suç teşkil edeceğine ilişkin yeterli açıklıkta olmadığının kabulüne katılmaya olanak yoktur.

Bir örnek vermek gerekirse, yasanın 85. maddesinde Atatürk'ün şahsiyetini, hatırasını kötülemek küçük düşürmek şeklindeki fiilin ya da parti ad ve ambleminde adının kullanılamayacağı şeklindeki açık nitelemeye karşın ceza öngören kuralda, "çoğunluk gerekçesi " öngörülemeyen yeterli açıklık ya da belirsizlik" nerededir?. Yine Yasa'nın 87. maddesinde dince mukaddes olarak bilinenlerin siyasi partilerce propagandalarına alet edinilmesi, istismar edilmesi şeklinde tanımlanan fiilde belirsizlik içerecek, tanım zorluğu ile karşılaşılan husus ne olmaktadır?

Demokratik düzenin zorunlu, ayrılmaz parçası olarak kabul edilen siyasi partiler, yasa koyucu tarafından suç ve ceza siyaseti ve takdir hakkı kapsamında yasallık ilkesine uygun olarak konulmuş, ifade zaafı yarattığı söylenemeyecek amaçsal ve lafzi yorumu çok açık bu sınırlama ve yasaklama içeren normlara uymakla yükümlüdürler.

Demokratik ve Anayasal düzenin sürdürülmesi ve korunması sorumluluklarının siyasi parti tüzel kişiliklerine ait olacağı, bu nedenle de yasa koyucunun sınırladığı ve yasakladığı eylemlerin muhatapları olarak partinin tüzel kişiliklerini alacağı da tartışmasızdır. Nitekim 2820 sayılı Yasa'nın dördüncü kısmında sayılan fiillerin bir bölümü, işleyenlerin siyasi partideki sıfat ve konumlarına göre hakkında ilgili siyasi partinin kapatılması davası açılmasına sebep olacak ağırlıkta iken, siyasi partide örneğin Anayasa'nın 69. maddesinin altıncı fıkrası kapsamı dışında kalan eylemler yönünden ya da anılan fiilin partisince yeterince benimsenmemiş olması halinde fiilin bu ağırlıkta nitelemesi mümkün olmayabilecektir. Veya dince kutsalları veya Atatürk'ün hatırasını kötüleyen gerçek kişi siyasi parti yetkilisinin de belirsiz olduğu söylenemeyeceği ya da siyasi partide sıfat ve konumu da işlenmiş suça karşı onu koruyucu bir nitelik ya da bağışık tutacak vasıf olamayacağından, suç sayılan fiiller yeterli açıklık içerdiği, muhatabı da belli olduğu için cezalandırılması mümkün olacaktır.

Tüzel kişilik faaliyetlerinin icra sorumlusunun parti ilgilisi birey olduğunda ve muhtemel cezanın şahsında hüküm ifade edeceğinde, eylemin niteliğine ve yoğunluğuna göre de tüzel kişi siyasi partiyi de hukuki ve cezai sorumluluk altına sokacağında kuşku yoktur. Yargı erki yetkililerinin de bu ayırdı yapacak yeterlilik de olduğu şüphesizdir.

Bir yasal düzenlemenin nasıl yapılması gerektiği, sistematiği, korunan hukuki yarar, muhatabın kişiliği, ehliyeti suçun mahiyeti, cezanın amaç ve işlevselliği, suç ve ceza siyaseti gibi bilimsel bir çok faktöre bağlı olarak Anayasal ve temel ceza hukuku ilkelerine aykırı olmamak kaydı ile yasa koyucunun geniş takdir alanı içindedir. İptali istenen kuralda kuşkusuz bu içerikte olup Mahkeme'nin kuralın gerçek kişiler yönünden yeterli derecede öngörülebilir olmadığı gerekçesi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulan çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili	Üye
Serruh KALELİ	Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesinde yer alan "***Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler***" bölümünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasının incelenmesi.

İtiraz başvurusunda, Siyasî Partiler Kanunu'nun dördüncü kısımda yer alan ve dört bölümden oluşan yasaklardan birçoğunun kişiler tarafından ihlal edilmesi mümkün olmadığı halde genel olarak suç kapsamına alındığı, suç sayılan eylemlerin açık ve seçik belirtilmediği, böylece hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine dolayısı ile de suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı davranıldığı ileri sürülmektedir.

Aykırılığı ileri sürülen kuralın, yollama yaptığı Siyasî Partiler Kanunu'nun dördüncü kısmı, tüzel kişiliğe sahip siyasi partiler ile gerçek kişiler tarafından işlenmemesi gereken ve işlenmesi halinde de yaptırım uygulanmasını öngören yasak fiilleri tanımlamaktadır.

Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleri, suç ve cezanın kanunla belirlenmesini ve kanunla belirlenirken de suç ve cezanın belirsizlik içermeyen açıklıkta düzenlenmesi gereğine işaret ederek hukuki güvenlilik içermesini öngörmektedir.

Kanun dördüncü kısmında yer alan yasak fiillerin nelerden ibaret olduğu dört bölüm halinde ve yoruma fırsat vermeyecek açıklıkta ve her bir fiilin tanımı yapılarak sayılmıştır. Açık, seçik ve anlaşılır biçimde sayılan yasak fiillerin bu durumu dikkate alındığında, gerçek kişiler ile soruşturma ve kovuşturma makamlarının yasak eylemlerin neler olduğunu tespit etmelerinde ve kovuşturma makamlarının da karşılığındaki yaptırımı uygulamasında bir sorun yaşamayacakları açıktır. Nitekim, siyasi partilerin yasak fiillere uymalarında, uymamaları halinde ise soruşturulma ve kovuşturulmalarında ve sabit olan eylemin karşılığı olan yaptırımın uygulanmasında duraksama yaşanmaması da bunu doğrulamaktadır.

Bu saptamalar, Kanun'un dördüncü kısımda yazılı yasak fiillerin tanımının açık, seçik ve anlaşılabilir olduğunu, gerçek kişiler yönünden de hukuki güvensizlik ve belirsizlik içermediğini, dolayısı ile de suç ve cezada kanunilik ilkesine uygun olduğunu göstermektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'da öngörülen hukuk devleti ilkesine ve suçta kanunilik ilkesine aykırı bulunmamakta ve itiraz başvurusunun reddi gerekmektedir.

Üye
Mehmet ERTEN

AYRIŞIK OY GEREKÇESİ

2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesinde yer alan "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler" ibaresinin Anayasa'nın ilgili maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istenmektedir.

İtiraz konusu ibarenin içinde yer aldığı 117. maddede "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde altı aydan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılırlar" denilmek suretiyle dört bölümden oluşan bu kısımda yer alan yasak fiillere genel bir atıf yapılmakta ve bu fiilleri işleyenlerin cezalandırılmaları öngörülmektedir. Yasa'nın bu maddesiyle göndermede bulunulan dördüncü kısım siyasî partilerle ilgili yasakları düzenlemektedir. Bu kısımdaki yasak fiiller ise ancak siyasî partiler veya üyeleri tarafından işlenebilir.

117. maddenin yasalaşması evresinde Danışma Meclisi'nin 3.3.1983 günlü bileşiminde, dördüncü kısımdaki yasak fiillerin işlenmesi halinde, yalnız siyasî partilerin kapatılması ile yetinilmeyip özellikle buna neden olanların da cezalandırılması amacıyla Yasa'nın bu maddesinde değişiklik yapılmıştır. Bu hususun Meclis görüşme tutanaklarının incelenmesinden anlaşıldığı ilk inceleme raporunda belirtilmektedir. Buna göre siyasi partilerin kapatılmasına neden olan fiiller ancak bir kapatma davasının sonuçlanması ile açıklık kazanabileceğinden, getiriliş amacına da uygun olarak 117. maddenin de bu aşamadan sonra uygulanabileceğinin kabulü gerekmektedir. Bu durumda itiraz konusu kuralın uygulanabilmesi, parti hakkında açılmış bir dava sonucunda Anayasa Mahkemesi kararına bağlı bulunduğundan, davada böyle bir koşulun gerçekleşmediği de görüldüğünden, itiraz yoluna başvuran Mahkeme önünde usulüne uygun açılmış bir davanın olmadığı ve itiraz konusu kuralın davada uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle ilk inceleme aşamasında Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle başvurunun reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle işin esasının incelenmesi hakkındaki çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye
Fettah OTO

DEĞİŞİK GEREKÇE

2820 sayılı Kanun'un Dördüncü Kısmı dört bölümden meydana gelmekte ve Dördüncü Kısım toplam 20 maddeden oluşmaktadır. İtiraz Mahkemesi'nin iptal istemine konu yaptığı 117. madde ise bir bütün olarak bu yirmi madde bakımından bir suç tipi yaratarak, sonuçta bu fiillere altı aydan az olmamak üzere hapis cezası şeklinde bir ceza yaptırımı öngörmektedir. Yasa koyucunun suç olarak öngördüğü fiillerin yirmi maddeye dağılmış hareketler olması itibariyle, her bir maddeye konu fiiller için suç ve ceza öngörülmesi gerekmemekle ve bu konu yasa koyucunun takdir yetkisine giren bir husus olmakla beraber; "Milli Devlet Niteliğinin Korunması", "Atatürk İlke Ve İnkilâplarının Ve Laik Devlet Niteliğinin Korunması", "Çeşitli Yasaklar" başlıkları altında toplanan fiil ve hareketlerin yasada kendi içinde bir bütünlük taşıması karşısında, yasa koyucunun bu bölümlerin ihlâl ettikleri değerlerin nitelik ve önemine göre bir ayırım yapması ve bu bölümler yönünden ayrı bir suç-ceza siyaseti izlemesi gerekli bulunmaktadır.

Oysa itiraz konusu kuralla bir belirsizliğe yol açılmış ve "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiiller" şeklinde bir niteleme ile ölçülülük ilkesine uyarlı düşmeyen bir suç tipi yaratılmıştır. Diğer bir deyişle, yasa koyucunun suç ve ceza siyaseti bakımından sahip olduğu takdir yetkisi, söz konusu kuralla belirsiz ve ölçüsüz şekilde kullanılmış ve kural bu mahiyeti itibariyle Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesine aykırı düşmüştür.

Açıklanan nedenlerle; kuralın Anayasa'nın 2. maddesine bu sebeple aykırı düştüğü kanısına vardığımızdan, çoğunluğun iptal kararına bu gerekçeyle katılıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Burhan ÜSTÜN

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtirazın konusu, 2820 sayılı Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesinde yer alan "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler," ibaresinin, Anayasa'nın 2., 7., 10., 13. ve 38. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemidir.

İtiraz başvurusunda, "… bu Kanunun Dördüncü Kısmında başlığından da anlaşılacağı üzere, siyasi partilerle ilgili yasakları düzenlediği söylenebilir. Esasen bu kısımda belirtilen yasakların bir kısmının gerçek kişiler tarafından ihlali zaten mümkün değildir… Madde 96' da yer alan 'Kullanılamayacak Parti adları ve işaretler' ile madde 90' da yer alan 'Tüzük ve Programlar ile Parti Faaliyetlerini İlişkin Sınırlamalar' genel niteliktedirler. Örnek olarak; 78. maddenin (e) fıkrasında yer alan 'Genel Ahlak ve Adaba Aykırı Amaç Gütme Yasağı' bunlardan bir tanesidir… Kanunun Dördüncü Kısmında yer alan yasaklardan hangisinin gerçek kişiler tarafından işlenmesini cezai hükme bağladığını anlayabilme imkanı yoktur. Kanun maddesi suç saydığı fiilleri açık ve seçik bir şekilde düzenlemeyerek Anayasa'nın kabul etmiş olduğu suç ve cezada kanunilik ilkesinden ayrılmıştır… maddedeki 'işleyenler' kelimesinin kimi ya da kimleri kastettiği anlaşılamamaktadır… suçun kimler tarafından işlenebileceği açıkça belirtilmemiş ve hukuk güvenliği ile belirlilik ilkelerine aykırı hareket edilmiştir…" şeklinde ileri sürülmektedir.

Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesi Siyasî Partiler Kanunu'nun dördüncü kısmına yollama yapmaktadır. Dördüncü kısım ise Siyasî Partilerle ilgili yasaklar başlığı altında dört bölümden oluşmaktadır. Bölümler, amaçlar ve faaliyetlerle ilgili yasaklar, Milli Devlet Niteliğinin Korunması, Atatürk İlke ve İnkılaplarının korunması ve çeşitli yasaklar alt başlıklı olup, tüzel kişiliği olan siyasi partiler tarafından işlenmemesi gereken yasak fiilleri belirlemektedir (Madde 78-96).

Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleri, tereddüte yer vermeyecek ve açık bir şekilde suç ve cezanın kanunla belirlenmesini öngörmektedir.

Siyasî Partiler Kanunu'nun Dördüncü Kısmında yer alan yasak fiillerin nelerden ibaret olduğu tereddüte yer bırakmayacak şekilde ve açıklıkta belirtilmektedir. Suç tanımlarında belirsizlik bulunmamaktadır. Soruşturma ve koğuşturma makamları yargı faaliyetlerinde bulunurken yasak fiillerin neler

olduğunu tespit etmekte bir sorunla karşılaşmayacakları anlaşılmaktadır. Fiil ve cezalar Siyasî Partiler Kanunu'nda açık ve anlaşılabilir olduğunu, hukuki güvensizlik ve belirsizlik bulunmadığını, suç ve cezada kanunilik ilkesinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'da belirtilen hukuk devleti ilkesine ve suçta kanunilik ilkesine aykırı olmadığından itiraz başvurusunun reddi gerektiği düşüncesinde olduğumdan çoğunluğun kararına katılamadım.

Üye
Nuri NECİPOĞLU

Esas Sayısı : 2011/23
Karar Sayısı : 2012/3
Karar Günü : 12.1.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Sakarya 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 21. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

İmar Kanunu'nun 18. maddesinin uygulanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davanın incelemesi sırasında, 18. madde uygulaması ile kapanan yol parçalarının davalı Belediye adına tescil edilmesi nedeniyle kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Dava, davacı Bolu İl Özel İdaresi tarafından Bolu ili, Merkez ilçe, Tabaklar Mahallesi 4 pafta, 424 ada, 95 parseldeki taşınmazın bulunduğu alanda 3194 sayılı Yasa'nın 18. madde uygulaması yapılmasına ilişkin belediye encümen kararına yapılan itirazın reddine dair 22.01.2010 gün ve 2010/86 sayılı Encümen kararının; taşınmazlarında değer kaybı olduğu, bu alana idarelerince yapılmak istenen yatırımın engellendiği ve taşınmazın yola bakan kısmının belediye tarafından mülk edinildiği, kamu yararı bulunmadığı ileri sürülerek iptali istemiyle Bolu Belediye Başkanlığı'na karşı açılmıştır.

Davalı idarece, dava konusu edilen işlemde 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 18. maddesini uygulaması amacının kamu yararı olduğu, yapılan düzenleme

sonucu oluşan yeni parsellerin mümkün olduğunca ana taşınmaza yakın parsellerden verilmeye çalışıldığı, uygulamanın kesinleştirilerek tescil işlemlerinin tamamlandığı, düzenlemeye giren taşınmazlardan yoldan ihdas yoluyla elde edilen taşınmazların dayanağının 2644 sayılı Tapu Kanununun 21. maddesinde yer alan "Köy ve belediye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlaları köy veya belediye namına tescil olunur." hükmü olduğu, bu nedenlerle tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı ve davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

Anayasa'nın 2. 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, 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, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 35. maddesinde ise; "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 1 nolu Protokol'ün "Mülkiyetin Korunması" başlıklı 1. maddesinde; "Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir." şeklindeki hükümle mülkiyet hakkı Sözleşmenin koruma şemsiyesi altına alınmış, kapsam ve sınırları belirlenmiştir.

2644 sayılı Tapu Kanununun 21. maddesinde; "Köy ve belediye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlaları köy veya belediye namına tescil olunur." hükmü yer almaktadır.

Bilindiği üzere kamunun kullanımındaki yollar; kadimden beri kullanıla gelen, nasıl ve ne zaman oluştuğu bilinmeyen yollar olabildiği gibi, kişilerin özel mülkiyetindeki taşınmazların bir kısmının rızaen yola terk edilmesi sonucu da oluşabilmektedir. Bu yollar, kamunun kullanımında olması nedeniyle kadastro çalışmaları sırasında özel mülkiyete konu edilmeyerek tescil dışı bırakılmaktadır.

Kamunun kullanımındaki yolların herhangi bir idari tasarrufla kapatılması sonucu elde edilen taşınmazların Tapu Kanununun 21. maddesi uyarınca belediyeler veya köyler adına tescil edilmesiyle; kadimden bu yana yol olarak kullanılan veya kişilerin özel mülkiyet haklarından feragat ederek kamunun kullanımına bıraktıkları alanlar, idari bir tasarrufla idarenin özel mülkiyeti haline getirilmektedir. Bu taşınmazların, üçüncü kişilere satışı da dahil her türlü hukuki işleme konu edilmesi de mümkün olabilmektedir. Oysa ki, mülkiyet hakkından vazgeçilerek kamunun kullanımına bırakılan alanların, idari bir tasarrufla belediye veya köylerin özel mülkiyetine dönüştürülmesi Anayasanın 35. maddesine aykırı olduğu gibi Anayasamızın 2. maddesinde ifade edilen amacın gerçekleştirilmesine de hizmet etmemektedir.

Öte yandan, köy ve belediye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlalarının köy veya belediye namına tescil edilmesi söz konusu olabilecekse, bu taşınmazların ancak yeniden kamunun kullanımına açılacak şekilde düzenlenmesi ve tescilin bu amaçla sınırlandırılması, özel mülkiyet haline dönüştürülmesinin engellenmesi gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle 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 Kanunun 28. maddesi gereğince 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 21. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle re'sen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve Anayasa Mahkemesince verilecek olan kararın gecikmesi halinde 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 Başkanlığı'na gönderilmesine, 17/01/2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun itiraz konusu 21. maddesi şöyledir;

"**Köy ve belediye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlaları köy veya belediye namına tescil olunur**."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, 10.3.2011 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- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 21. maddesine ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE 10.3.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

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 kamunun kullanımındaki yolların kadimden beri kullanılagelen, nasıl ve ne zaman oluştuğu bilinmeyen yollar olabildiği gibi, kişilerin özel mülkiyetindeki taşınmazların bir kısmının rızaen yola terk edilmesi sonucu da oluşabildiği belirtilerek, kamunun kullanımındaki yolların herhangi bir idari tasarrufla kapatılması sonucu elde edilen taşınmazların itiraz konusu kural gereğince belediye ya da köyler adına tescil edildiği, bu taşınmazların kaynağına bakılmaksızın idarenin özel mülkiyeti haline geldiği, idarenin bu taşınmazları satabildiği vurgulanarak, özellikle bireyler tarafından rızaen yola terk edilen taşınmazların bu şekilde bir idari tasarrufla idarenin özel malı haline getirilmesinin Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 21. maddesi köy ve belediye sınırları içinde kapanmış yollarla yol fazlalarının köy veya belediye namına tescil olunmasını öngörmektedir. Bu hüküm gereğince plan değişikliği ya da benzeri nedenlerle bir yolun kapanması ya da bazı bölümlerinin yol olmaktan çıkarılması durumunda bu şekilde açığa çıkan taşınmazların belediye ya da köy sınırları içinde bulunması halinde bu tüzelkişilikler adına tescil edilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi, keyfi yönetimin karşıtı olarak devletin hukuka bağlılığını ifade eder. Buna göre devlet yetkisi kullanan tüm organların eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması, işlemlerin hukuka uygunluğunun yargısal yollarla denetlenebilmesi ve devletin tüm faaliyetlerinde bireylerin temel hak ve özgürlüklerine saygı göstermesi gerekir.

Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkı birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olup, bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. Devlet mülkiyet hakkına ancak kamu yararı amacıyla ve kanuna uygun olarak müdahale edebilir.

Hukukumuzda, yollar kamu yararına tahsis edilmiş orta malı niteliğinde olup kamu mallarının tâbi olduğu hukuki rejime bağlıdırlar. Yollar zamanaşımı yoluyla kazanılamazlar, haczedilemezler ve yolların tapu siciline kaydı gerekmez. Sadece ölçümü yapılarak haritalarında gösterilmekle yetinilir.

Yollar zaman içinde gelişen ihtiyaçlara bağlı olarak imar planlarında değişiklik yapılması suretiyle kapatılabileceği gibi bazı yol parçalarının açığa

çıkması da ihtimal dâhilindedir. Kapanan ya da açığa çıkan yol veya yol parçaları kamu malı niteliğini kaybederek idarenin özel malı haline geleceğinden kamu mallarına ilişkin koruma ortadan kalkar. Bu nedenle itiraz konusu kural böylece açığa çıkan taşınmazların tapu sicilinin sağladığı güvenceden yararlanabilmesi için tapu siciline tescilini öngörmektedir. İdare yeni bir kararla bu taşınmazları kamu yararına tahsis ederek kamu malına da dönüştürebilir. Aynı şekilde İmar Kanunu'nun 18. maddesi gereği parsellerin yeniden düzenlenmesinde eski yol parçalarını özel kişilerin arsaları ile birleştirebilir. Eğer yeniden kamu yararına tahsis edilmezse, idare özel hukuk rejimi çerçevesinde bu mallara tasarruf eder, gerekirse satabilir.

Kamu mallarının ve idarenin özel mallarının tabi olduğu hukuki rejim mevzuatımızda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İdarenin keyfi uygulamalara sapması halinde buna karşı adli ve idari yargıda dava açma yolları açıktır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın keyfiliğe yol açacak bir düzenleme olduğu söylenemez.

Diğer taraftan kamu malları devletin mülkiyeti altındadır. İtiraz yoluna başvuran mahkeme her ne kadar yolların kaynağı itibariyle özel mülkiyet konusu taşınmaz olma ihtimalini dikkate alarak malik tarafından rızaen yola terk edilen alanların idarenin bir kararı ile yol olmaktan çıkarılarak idarenin özel malı haline getirilmesinin Anayasa'nın 35. maddesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüşse de, yollar kaynağı itibariyle özel mülkiyetteki taşınmazlara dayansa bile bunlar çeşitli usullerle kamu malı haline getirilmiş olabilirler. Kamulaştırma, düzenleme ortaklık payı ayrılması gibi usuller özel mülkiyetteki taşınmazların yol yapılmasında başvurulacak temel usullerdir. Bu hallerde malik taşınmazın karşılığını ya kamulaştırma bedeli, tazminat ya da geri kalan taşınmazlarının değer artışı yoluyla elde etmiş ve taşınmazın mülkiyeti kamuya geçmiştir. Malikin rızasıyla yola terk etmesi de kaynaklardan birisi olmakla birlikte bu durumda bir bağışlama söz konusu olup hukukumuzda bağışlamanın şarta bağlı olarak yapılması mümkündür. Eğer malik bağışladığı taşınmazın yol dışında başka bir amaç için kullanılmasını istemiyorsa şarta bağlı bağışlama yapma imkânına sahiptir. Bu yönüyle itiraz konusu kuralın mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VII- SONUÇ

22.12.1934 günlü, 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 21. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 12.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/90
Karar Sayısı : 2012/1 (Yürürlüğü Durdurma)
Karar Günü : 12.1.2012

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Serik İcra Hukuk Mahkemesi

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "…alacaklının muvafakatı ve …" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüğün durdurulması istemini de içeren başvuru kararı ve ekleri, bu konudaki esas inceleme raporu ile ekleri, itiraz konusu ibare, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile öteki yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "… alacaklının muvafakatı ve…" ibaresi, 12.1.2012 günlü, E. 2010/90, K. 2012/4 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu 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, 12.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2010/90
Karar Sayısı : 2012/4
Karar Günü : 12.1.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Serik İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna, 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "alacaklının muvafakatı ve" ibaresinin Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Tarafı olmadığı icra takibinde, elinde bulundurduğu ve kendisine ait olduğunu iddia ettiği mallar, icra müdürlüğü tarafından haczedilen üçüncü kişinin, açtığı istihkak davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇELERİ

A- İtiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"İ.İ.K.'nun 88/2. maddesinin üçüncü cümlesi "üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü şahsa yedi emin olarak bırakılır." hükmünü içermektedir. Bu maddeye göre alacaklı muvafakat etmez ise üçüncü şahıs elinde haczedilen mallar muhafaza altına alınacaktır. Zira bu konuda haczi yapan icra memurunun herhangi bir takdir ve yetkisi yoktur. Dolayısıyla alacaklı veya vekilinin borçluya ait olduğunu iddia ettiği, borç ile hiç ilgili olmayan üçüncü

kişilerin malları haczedilerek muhafaza altına alınması mümkün olmaktadır. Esasen üçüncü kişilerin elinde haczedilen mallar ile ilgili istihkak iddiasına itirazın nasıl olacağı İ.İ.K'nun 99. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre alacaklı üçüncü kişinin elinde bulunan bir mal haczedilince üçüncü kişi istihkak iddiasında bulunursa, icra müdürü alacaklıya merci hakimliğine dava açması için yedi günlük süre verir, bu süre içerisinde dava açılmaması durumunda, üçüncü kişinin istihkak iddiası kabul edilmiş sayılır. Bu maddede görüldüğü gibi esasen üçüncü kişi elinde mal haczedilince istihkak davası açma külfeti ve hacizli malın borçluya ait olduğunu ispat külfeti alacaklıdadır. Ancak 88/2. maddenin itiraz yoluna başvurulan kelimeleri nedeni ile alacaklının talebi üzerine borç ile hiç ilgili olmayan üçüncü kişinin malları haczedilmektedir. Malları haczedilen üçüncü kişi dava açma külfeti alacaklıya ait olmasına rağmen mallarını biran önce alabilmek için alacaklının dava açmak için yedi günlük süresini beklememekte istihkak davasını da kendisi açmaktadır. Bu nedenle iptal yoluna başvurulan kelimeler istihkak iddiasına itiraz başlığını düzenleyen İ.İ.K'nun hükümlerini uygulanmaz hale getirmektedir. Bunların dışında itiraz yoluna başvurulan kelimeler nedeni ile üçüncü şahıs zilyetliğinde bulunan zilyetlik karnesi ile korunun ve borç ile hiçbir alakası olmayan üçüncü şahsa ait menkul mallar haczedilerek muhafaza altına alınabilmekte, alacaklı tarafından malların borçluya ait olduğuna dair herhangi bir dava açarak bu husus ispatlaması gerekirken böyle bir dava açmadan üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına dokunulmaktadır. Bu tür uygulama Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile kesinlikle bağdaşmamaktadır. Ayrıca Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması ancak Anayasasının ilgili maddelerinde belirtilen sebeplerine bağlı olarak ve ancak kanunlarla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne, ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerini ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz, itiraz yoluna başvurulan kelimeler tamamen Anayasanın 13. maddesine aykırı şekilde mülkiyet hakkını sınırlamaktadır. Ayrıca itiraz yoluna başvurulan kelimeler Anayasanın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda belirtilen gerekçe ve yüksek mahkemece resen nazara alınacak diğer gerekçeler ile itiraza konu 2004 sayılı İ.İ.K'nun 88/2. maddesinin üçüncü cümlesinde geçen "alacaklının muvafakati ve" kelimelerini Anayasanın 2, 13 ve 35. maddelerine aykırı olması nedeniyle Anayasanın 152. maddesi gereğince; iptaline karar verilmesi arz olunur."

B- Yürürlüğün durdurulması isteminin gerekçesi şöyledir:

"Mahkememiz tarafından İ.İ.K.'nun 88/2. maddesinin "alacaklının muvafakatı ve" kelimelerinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ile iptali için başvuruda bulunulmuştur. Ancak bu maddenin halen yürürlükte olması ve iptal başvurusunda belirtilen gerekçeler ile üçüncü kişilerin halen mağduriyetine sebep olması nedeni ile aynı zamanda bu yasanın iptal yoluna başvurulan "alacaklının muvafakatı ve" kelimelerinin yürütmesinin de durdurulmasına karar verilmesi arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun, itiraz konusu ibareyi de içeren 88. maddesi şöyledir:

"Haczolunan paraları, banknotları, hamiline ait senetleri, poliçeler ve sair cirosu kabil senetlerle altın ve gümüş ve diğer kıymetli şeyleri icra dairesi muhafaza eder.

Diğer taşınır mallar masrafı peşinen alacaklıdan alınarak münasip bir yerde muhafaza altına alınır. Alacaklı muvafakat ederse istenildiği zaman verilmek şartiyle muvakkaten borçlu yedinde veya üçüncü şahıs nezdinde bırakılabilir. (Ek son cümle: 17/7/2003-4949/21 md.) Üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, ***alacaklının muvafakatı ve*** *üçüncü şahsın kabulü hâlinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır.*

İcra dairesi üçüncü bir şahsa rehnedilmiş olan malları da muhafaza altına alabilir. (Ek cümle: 17/7/2003-4949/21 md.) Ticarî işletme rehni kapsamındaki taşınırlar ise, icra dairesince satılmalarına karar verilmesinden sonra muhafaza altına alınabilir. Bu mallar paraya çevrilmediği takdirde geri verilir.

(Ek fıkra: 6/6/1985 - 3222/11 md.;Değişik: 17/7/2003-4949/21 md.) Adalet Bakanlığı, mahcuz malların muhafazası için uygun göreceği yerlerde depo ve garaj açabileceği gibi; Adalet Teşkilâtını Güçlendirme Vakfına da açtırabilir veya işletme hakkını verebilir. (Ek cümleler: 14/7/2004-5219/4 md.) Alınacak depo ve garaj ücretleri Adalet Bakanlığınca belirlenir. Bu yerlerin çalışma esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir.

(Ek fıkra: 6/6/1985 - 3222/11 md.;Değişik: 17/7/2003-4949/21 md.) İcra dairesi, depo ve garajlarda ve yediemin olarak kendisine hacizli malın bırakılmış olduğu üçüncü kişilerde saklanıp da hukuken artık muhafazasına gerek kalmayan malı, vereceği uygun süre içinde geri almasını ilgililere re'sen bildirir. Verilen süre içinde eşya geri alınmazsa, icra müdürü tetkik merciinin kararı ile taşınır mal satışlarına ilişkin hükümler uyarınca bunları satar. Elde edilen miktardan muhafaza ve satış giderleri ödenir. Artan miktar 9 uncu madde hükmüne göre muhafaza olunur. Bu konuda ortaya çıkan ihtilâflar tetkik mercii tarafından basit yargılama usulüne göre çözülür."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi'nin İçtüzüğünün 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, Celal Mümtaz AKINCI'nın katılımlarıyla 7.12.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, 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:

A- Anlam ve Kapsam

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'na göre, haciz işleminin konusunu, borçlunun taşınır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki alacakları ve diğer malvarlığı hakları oluşturur. Haczedilecek malın üçüncü kişinin elinde olması haciz yapılmasına engel değildir. Haciz işlemi sırasında borçlunun elinde bulunan malların yanında, üçüncü kişi elinde bulanan ancak borçluya ait olduğu iddia edilen mallar da haczedilebilir. Üçüncü kişinin kendisine ait olduğunu

iddia etmesine rağmen yasal zorunluluk nedeniyle bu mallar haczedilebilir ancak istihkak iddiası haciz tutanağına yazılır. Açılacak istihkak davası ile malların mülkiyetinin kime ait olduğu belirlenir.

Mülkiyet sahibi belirleninceye kadar haczedilen malların muhafazası usulü, itiraz konusu kuralı da içeren 88. maddede düzenlenmiş, haczedilen taşınır malların türüne göre hangi tedbirlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

4949 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile eklenen itiraz konusu kural uyarınca kıymetli evrak dışındaki diğer taşınır mallar, masrafı alacaklıdan peşin alınarak, uygun bir yerde saklanabileceği gibi alacaklı izin verdiği takdirde, istendiği zaman geri verilmek koşulu ile geçici olarak borçlu ya da üçüncü kişiye yediemin olarak da bırakılabilir. Alacaklı muvafakat etmez ise üçüncü kişinin hak iddia ettiği ve elinde bulundurduğu mallar haczedildikten sonra üçüncü kişi elinde bırakılamayacak, elinden alınarak ya başka birine yediemin olarak bırakılacak ya da muhafaza altına alınacaktır. İcra görevlisinin bu konuda takdir hakkı bulunmamaktadır. Üçüncü kişi, elinde bulunan mallar hakkında haciz sırasında istihkak iddiasında bulunsa ve bu iddia haciz tutanağına yazılsa dahi, alacaklının muvafakatı olmadığı sürece, bu mallar yediemin olarak üçüncü kişi elinde bırakılamayacaktır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin 2. fıkrasının üçüncü cümlesine göre alacaklı muvafakat etmez ise borç ile ilgisi olmayan üçüncü kişilerin mallarının haczedilerek muhafaza altına alınmasının mümkün olduğu ayrıca üçüncü kişilerin, dava açma külfeti alacaklıya ait olmasına rağmen mallarını kurtarabilmek için dava açmak zorunda kaldıkları, iptali istenen ibare nedeniyle malı elinde bulunduran üçüncü kişilerin lehine karine getiren 2004 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanamaz hale geldiği, itiraza konu kuralın, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, mülkiyet hakkının kullanılmasını hukuka aykırı olarak kısıtladığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 13. ve 35. 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, hukuk güvenliğini sağlayan, 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 devletinin en temel unsurlarından birisi olan hukuki güvenlik ilkesi, bireyleri keyfi yönetimlere ve belirsizliklere karşı korumak için hukuk kurallarının açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmasını gerektirir. Hukuki güvenlik ilkesi mülkiyet sahibi olan kişilerin her türlü hakkının da korunmasını gerektirir. Bu aynı zamanda mülkiyet hakkının sağladığı güvencenin de bir sonucudur. Kazanılmış haklara saygı ilkesi de hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı da bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir.

Mülkiyet hakkı herkese karşı ileri sürülebilen ayni bir haktır. Anayasa'nın 35. maddesi, temel bir insan hakkı olan mülkiyet hakkını, bireyin eşya üzerindeki hâkimiyetini güvence altına almaktadır. Eşya üzerindeki hâkimiyet, devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratarak, kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sunmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak yasayla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'da dayanağı olmayan bir nedenle kişilerin mülkiyet hakkını kullanması engellenemez ya da sınırlanamaz.

Mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp, kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırmanın da ölçülü ve orantılı olması, kamu yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasında makul bir denge kurması gerekir. İcra ve iflas hukukunun temel ilkelerden biri, alacaklı ve borçlunun hak ve menfaatlerinin belli bir denge içinde korunmasıdır.

İtiraz konusu kural ile borçluya ait olduğu iddia edilen ancak üçüncü kişi elinde bulunan menkul mallar, alacaklının muvafakatı olmaksızın, yediemin olarak üçüncü kişiye bırakılamamakta, muhafaza altına alınması gerekmektedir. Üçüncü kişinin tek başına kabulü yeterli değildir. Böylece üçüncü kişi, istihkak davasının sonucuna kadar el konulan mallardan faydalanamamaktadır.

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 97/a maddesi ile malı elinde bulunduranın lehine yasal karine getirilmekte, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 985. maddesinde de "*Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır.*" denilmektedir. Zilyetlik, başlı başına mülkiyeti göstermez ancak mülkiyetin sahibi konusunda bir karine teşkil eder. Üçüncü kişi lehine olan bu karine itiraz konusu kural nedeniyle uygulanamamaktadır.

Devletin cebri icra gücünü kullanmakla görevli organı, bu gücü kullanırken borçlunun haklarının yanında üçüncü kişinin haklarını da hukuka aykırı müdahalelere karşı korumakla yükümlüdür.

İtiraz konusu kuralla, haczedilen taşınır malların, istihkak iddiasına karşın üçüncü kişinin yedi emin olarak muhafazasında bırakılabilmesi konusu alacaklının iradesine terk edilmektedir. Buna göre, mülkiyet karinesi lehine olmasına rağmen üçüncü kişinin elinde haczedilen ancak muhafazası için yedinde bırakılmasına alacaklı tarafın muvafakat edilmeyen hacizli mal üzerinde kullanım ve yararlanma hakkı engellenmekte, bu yolla mülkiyet hakkı sınırlandırılmaktadır. Mülkiyet hakkını kullanamayan ya da hakkı kısıtlanan ve borçla ilgisi henüz belirlenmemiş olan üçüncü kişinin, hukuk güvenliğinin sağlanamamış olması da hukuk devleti ilkesinin ihlâlidir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle eklenen son cümlede yer alan "alacaklının muvafakatı ve" ibaresi 12.1.2012 günlü, E. 2010/90, K. 2012/4 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu 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, 12.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı Kanun'un 21. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "… alacaklının muvafakatı ve…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 12.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 25.10.1963 günlü, 353 sayılı **Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu**'nun 19.06.2010 günlü, 6000 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen 19. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemi. **(K: 2011/148, E: 2010/114)** **259**

2. 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı **Avukatlık Kanunu**'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının "anonim şirketler" yönünden, Anayasa'nın 2., 10., 20., 38. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2011/110, E: 2010/10)** **173**

B

3. 2.1.1961 günlü, 195 sayılı **Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun**'un 32. maddesinin birinci fıkrası ile 34. maddesinin, Anayasa'nın 29. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/177, E: 2010/78)** **521**

4. 1- 13.2.2011 günlü, 6111 sayılı **Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere…" bölümünün, 2- 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesiyle 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesine eklenen fıkrada yer alan "…bu Kanunda öngörülen…" ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/145, E: 2011/46)** **237**

5. 18.2.2009 günlü, 5838 sayılı **Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un, geçici 3. maddesinin "Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/170, E: 2010/118) 441**

6. 26.5.1981 günlü, 2464 sayılı **Belediye Gelirleri Kanunu**'nun 96. maddesinin (B) fıkrasının, Anayasa'nın 2., 6., 8., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/175, E: 2010/62) 501**

7. 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı **Belediye Kanunu**'nun 15. maddesinin altıncı fıkrasının "2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75 inci maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/163, E: 2010/77).....349**

C

8. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 135. maddesinin, 25.5.2005 günlü, 5353 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/82, E: 2009/1) 73**

9. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun; 1- 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkrasının, 2- 325. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/149, E: 2010/1) 267**

D

10. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinin "Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak," biçimindeki (j) alt bendinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/139, E: 2010/28) 191**

11. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun 212. maddesinin, Anayasa'nın 7., 55. ve 128. maddelerine aykırılığı savı ile iptali istemi. **(K: 2011/168, E: 2010/96)** **403**

12. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun 146. maddesinin üçüncü fıkrasının "Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10000, diğerleri için 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının oniki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır" bölümünün Anayasa'nın 10. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/173, E: 2010/97)** **473**

13. 7.7.2010 günlü, 6004 sayılı **Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "… ve Hükümeti…" sözcüklerinin, Anayasa'nın Başlangıcının ikinci paragrafı ile 2., 6. ve 104. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/179, E: 2010/89)** **559**

E

14. 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı **Elektronik Haberleşme Kanunu**'nun; 1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; a- (a) bendinin "… bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek …" bölümünün, b- (d) bendinin "… uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" bölümünün, c- (ı) bendinde yer alan "… her türlü …" ibaresinin, 2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, 3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan " … ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler" ibaresinin, 4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin, 5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinin, 6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 12., 13., 48., 87. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2011/86, E: 2008/115)** **95**

F

15. 5.12.1951 günlü, 5846 sayılı **Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu**'nun, 21.2.2001 günlü, 4630 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile değiştirilen Ek 2. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın 10., 35. ve 64. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemi. **(K: 2011/176, E: 2010/73)** **511**

G

16. 31.12.1960 günlü, 193 sayılı **Gelir Vergisi Kanunu**'nun, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen geçici 73. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/172, E: 2010/7)** **463**

İ

17. 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanunu**'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "…alacaklının muvafakatı ve …" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2012/1, E: 2010/90) (YD)** **611**

18. 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı **İcra ve İflas Kanunu**'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna, 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "alacaklının muvafakatı ve" ibaresinin Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi. **(K: 2012/4, E: 2010/90)** **613**

19. 3.5.1985 günlü, 3194 sayılı **İmar Kanunu**'nun, 9.12.2009 günlü, 5940 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 42. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "…32…" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/181, E: 2011/36)**.....**577**

K

20. 20.11.2008 günlü, 5812 sayılı **Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 3. maddesiyle 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "…en fazla beşte bir oranında…" ibarelerinin, 2- 6. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin; a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "…ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri…" ibaresinin, b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümlenin, 3- 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…(b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; …" ibaresinin, 4- 20. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin; a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafın, b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendinin, 5- 23. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin; a- Birinci fıkrasının son cümlesinin, b- İkinci fıkrasının son cümlesinin, 6- 27. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "…ile yapım işlerine…" ibaresinin, 7- 30. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddenin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 13., 125. ve 167. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi. **(K: 2011/103, E: 2009/9)** **129**

21. 10.12.2003 günlü, 5018 sayılı **Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'**nun; 8. maddesinde yer alan "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin, 12. maddesinin, 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler " ibaresinin, 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 37. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinin, 49. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, 61. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin, 71. maddesinin son fıkrasının, Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının, Geçici 11. maddesinin son fıkrasının, Geçici 13. maddesinin, Ekindeki (I) SAYILI CETVEL'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin, Ekindeki (II) SAYILI CETVEL'de yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve

Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 88., 89., 95., 123., 128., 130., 133., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2009/7, E: 2004/10) (YD)** **1**

22. 10.12.2003 günlü, 5018 sayılı **Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'**nun; 1- 8. maddesinde yer alan "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin, 2- 12. maddesinin, 3- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler " ibaresinin, 4- 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 5- 37. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinin, 6- 49. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, 7- 61. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin, 8- 71. maddesinin son fıkrasının, 9- Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının, 10- Geçici 11. maddesinin son fıkrasının, 11- Geçici 13. maddesinin, 12**-** Ekindeki (I) Sayılı Cetvel'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin, 13- Ekindeki (II) Sayılı Cetvel'de yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 88., 89., 95., 123., 128., 130., 133., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi. **(K: 2009/68, E: 2004/10)** **5**

23. 1.7.2003 günlü, 4915 sayılı **Kara Avcılığı Kanunu**'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 513. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…Bakanlıkça…" sözcüğünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/137, E: 2010/51)** **183**

24. 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanunu**'nun 48. maddesinin 8.1.2003 günlü, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "…sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." ibaresinin, Anayasa'nın 23. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/180, E: 2010/104)** **567**

25. 25.10.1984 günlü, 3065 sayılı **Katma Değer Vergisi Kanunu**'nun 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen "Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya; Maliye Bakanlığı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir" şeklindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi. **(K: 2011/153, E: 2010/11)** **307**

M

26. 26.5.2005 günlü, 5355 sayılı **Mahallî İdare Birlikleri Kanunu**'nun 22. maddesine 29.12.2005 günlü, 5445 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın "Karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığı, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar on gün içinde idarî yargıya başvurabilirler." biçimindeki üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/151, E: 2011/11)** **295**

S

27. 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı **Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu**'na 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 4'ün ikinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/164, E: 2010/113)** **361**

28. 22.4.1983 günlü, 2820 sayılı **Siyasî Partiler Kanunu**'nun 117. maddesinde yer alan "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler," ibaresinin Anayasa'nın 2., 7., 10., 13. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. (**K: 2012/2, E: 2011/62)** **587**

29. 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu**'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin dördüncü fıkrasının "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler" biçimindeki dördüncü cümlesinin Anayasa'nın 2., 36., 125., 141. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemi. **(K: 2011/140, E: 2010/55) 203**

30. 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu**'nun 101. maddesinde yer alan "…bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" bölümünün, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi. **(K: 2011/169, E: 2010/65) 421**

31. 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı **Soyadı Kanunu**'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2011/165, E: 2010/119) 371**

T

32. 22.12.1934 günlü, 2644 sayılı **Tapu Kanunu**'nun 21. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2012/3, E: 2011/23) 603**

33. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 267. maddesinin (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarının Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/154, E: 2010/115) 325**

34. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 257. maddesinin, 6086 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen; 1- (1) numaralı fıkrasında yer alan "…altı aydan iki yıla kadar…" ibaresinin, 2- (2) numaralı fıkrasında yer alan "…üç aydan bir yıla kadar…" ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüğünün durdurulması istemi. **(K: 2011/171, E: 2011/17)** **449**

35. 7.6.1985 günlü 3224 sayılı **Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu**'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemi. **(K: 2011/146, E: 2011/55)** **251**

36. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı **Türk Medenî Kanunu**'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasının "...hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." bölümünün, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 36., 40. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/143, E: 2010/71)** **223**

V

37. 4.1.1961 günlü, 213 sayılı **Vergi Usul Kanunu**'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 280. maddesiyle değiştirilen 367. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/40, E: 2009/89)** **63**

38. 4.1.1961 günlü, 213 sayılı **Vergi Usul Kanunu**'nun ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinin, 25.6.2009 günlü, 5917 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla yeniden düzenlenen "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan..." biçimindeki ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2011/161, E: 2010/26)** **335**

39. 11.6.2010 tarihli ve 5996 sayılı **Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda Ve Yem Kanunu**'nun; 1) 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, "Ancak, Bakanlıkça izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan iş yerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünler satılabilir" şeklindeki ikinci cümlesinin, 2) 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının, "Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir" şeklindeki ikinci cümlesinin, 3) 35.

maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 4) 46. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla değiştirilen, 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 56., 73. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2011/178, E: 2010/80) 527**

Y

40. 29.6.2001 günlü, 4708 sayılı **Yapı Denetimi Hakkında Kanun**'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına, 30/6/2004 günlü, 5205 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen "… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2011/42, E: 2010/75) (YD).....279**

41. 29.6.2001 günlü, 4708 sayılı **Yapı Denetimi Hakkında Kanun**'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen "… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemi. **(K: 2011/150, E: 2010/75) 281**

42. 24.6.1995 günlü, 552 sayılı **Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 17. maddesinin Anayasa'nın 73. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemi. **(K: 2011/167, E: 2010/31) 389**

43. 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı **Yükseköğretim Kanunu**'nun 7. maddesinin (*l*) bendinin Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2011/166, E: 2010/20) 381**

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
193	Gelir Vergisi Kanunu'nun, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle eklenen geçici 73. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/172	2010/7	İTZ	463
195	Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrası ile 34. maddesinin, Anayasa'nın 29. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/177	2010/78	İTZ	521
213	Vergi Usul Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 280. maddesiyle değiştirilen 367. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/40	2009/89	İTZ	63
213	Vergi Usul Kanunu'nun ek 13. maddesinin (4) numaralı fıkrasının (a) bendinin, 25.6.2009 günlü, 5917 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla yeniden düzenlenen "Maliye Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında çalışan..." biçimindeki ibaresinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/161	2010/26	İTZ	335
353	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 19.06.2010 günlü, 6000 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen 19. maddesinin birinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemi.	2011/148	2010/114	İTZ	259
552	Yaş Sebze ve Meyve Ticaretinin Düzenlenmesi ve Toptancı Halleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin Anayasa'nın 73. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemi.	2011/167	2010/31	İTZ	389
657	Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (D) bendinin "Belirlenen durum ve sürelerde mal bildiriminde bulunmamak," biçimindeki (j) alt bendinin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/139	2010/28	İTZ	191

657	Devlet Memurları Kanunu'nun 212. maddesinin, Anayasa'nın 7., 55. ve 128. maddelerine aykırılığı savı ile iptali istemi.	2011/168	2010/96	İTZ	403
657	Devlet Memurları Kanunu'nun 146. maddesinin üçüncü fıkrasının "Şu kadar ki, vekalet ücretinin yıllık tutarı, hukuk müşavirleri ve avukatlar için 10000, diğerleri için 6000 gösterge rakamının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunacak aylık brüt tutarının oniki katını geçemez. Bu esasa göre yapılacak dağıtım sonunda artan miktar merkezde bir hesapta toplanarak Maliye ve Gümrük Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmeliğe göre diğer avukatlar arasında, yukarıdaki miktarı aşmamak üzere eşit olarak dağıtılır" bölümünün Anayasa'nın 10. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/173	2010/97	İTZ	473
1136	Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 329. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının "anonim şirketler" yönünden, Anayasa'nın 2., 10., 20., 38. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi.	2011/110	2010/10	İTZ	173
2004	İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "…alacaklının muvafakatı ve …" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2012/1	2010/90	İTZ YD	611
2004	İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna, 17.7.2003 günlü, 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 21. maddesiyle eklenen cümlede yer alan "alacaklının muvafakatı ve" ibaresinin Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi.	2012/4	2010/90	İTZ	613
2464	Belediye Gelirleri Kanunu'nun 96. maddesinin (B) fıkrasının, Anayasa'nın 2., 6., 8., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/175	2010/62	İTZ	501
2525	Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi.	2011/165	2010/119	İTZ	371

2547	Yükseköğretim Kanunu'nun 7. maddesinin (l) bendinin Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2011/166	2010/20	İTZ	381
2644	Tapu Kanunu'nun 21. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2012/3	2011/23	İTZ	603
2820	Siyasî Partiler Kanunu'nun 117. maddesinde yer alan "Bu Kanunun dördüncü kısmında yazılı yasak fiilleri işleyenler," ibaresinin Anayasa'nın 2., 7., 10., 13. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/2	2011/62	İTZ	587
2918	Karayolları Trafik Kanunu'nun 48. maddesinin 8.1.2003 günlü, 4785 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen altıncı fıkrasında yer alan "…sürücü belgeleri süresiz olarak geri alınır." ibaresinin, Anayasa'nın 23. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/180	2010/104	İTZ	567
3065	Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 29. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, 4.6.2008 günlü, 5766 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendiyle değiştirilen "Bakanlar Kurulu, vergi nispeti indirilen mal ve hizmet grupları ile sektörler itibarıyla, amortismana tabi iktisadi kıymetler dolayısıyla yüklenilen katma değer vergisinin iade hakkını kaldırmaya; Maliye Bakanlığı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye yetkilidir" şeklindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi.	2011/153	2010/11	İTZ	307
3194	İmar Kanunu'nun, 9.12.2009 günlü, 5940 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 42. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "…32…" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/181	2011/36	İTZ	577
3224	Türk Diş Hekimleri Birliği Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 135. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istemi.	2011/146	2011/55	İTZ	251
3359	Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Ek Madde 4'ün ikinci fıkrasının dördüncü ve beşinci cümlelerinin Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/164	2010/113	İTZ	361

4708	Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına, 30/6/2004 günlü, 5205 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle eklenen "… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2011/42	2010/75	İTZ YD	279
4708	Yapı Denetimi Hakkında Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasına 30.6.2004 günlü, 5205 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen "… ile tek parselde, bodrum katı dışında en çok iki katlı ve toplam ikiyüz metrekareyi geçmeyen müstakil yapılar…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 56. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemi.	2011/150	2010/75	İTZ	281
4721	Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasının "...hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar." bölümünün, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 17., 36., 40. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/143	2010/71	İTZ	223
4915	Kara Avcılığı Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 513. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin son fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "… Bakanlıkça…" sözcüğünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/137	2010/51	İTZ	183
5018	Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun; 8. maddesinde yer alan "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin, 12. maddesinin, 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler " ibaresinin, 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 37. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü cümlesinin, 49. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, 61. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin, 71. maddesinin son fıkrasının, Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının, Geçici 11. maddesinin son fıkrasının, Geçici 13. maddesinin, Ekindeki (I) SAYILI CETVEL'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin,	2009/7	2004/10	İPT YD	1

	Ekindeki (II) SAYILI CETVEL'de yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 88., 89., 95., 123., 128., 130., 133., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
5018	Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun; 1- 8. maddesinde yer alan "yetkili kılınmış mercilere" ibaresinin, 2- 12. maddesinin, 3- 15. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "kısmen veya tamamen uygulanmayacak hükümler " ibaresinin, 4- 31. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, 5- 37. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinin, 6- 49. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinin, 7- 61. maddesinin son fıkrasının son cümlesindeki "yetkileri" ve "diğer hususlar" ibarelerinin, 8- 71. maddesinin son fıkrasının, 9- Geçici 4. maddesinin birinci fıkrasının, 10- Geçici 11. maddesinin son fıkrasının, 11- Geçici 13. maddesinin, 12- Ekindeki (I) Sayılı Cetvel'de yer alan "41- Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü", "42- Karayolları Genel Müdürlüğü", "43- Köy Hizmetleri Genel Müdürlüğü", "46- Tarım Reformu Genel Müdürlüğü", "47- Orman Genel Müdürlüğü", "48- Petrol İşleri Genel Müdürlüğü", "49- Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin, 13- Ekindeki (II) Sayılı Cetvel'de yer alan "1- Yükseköğretim Kurulu", "2- Üniversiteler", "3- Yüksek Teknoloji Enstitüleri", "11- Türkiye Bilimsel ve Teknik Araştırma Kurumu", "20- Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğü" ibarelerinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 13., 35., 88., 89., 95., 123., 128., 130., 133., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi.	2009/68	2004/10	İPT	5
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 267. maddesinin (5), (6) ve (7) numaralı fıkralarının Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/154	2010/115	İTZ	325
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 257. maddesinin, 6086 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değiştirilen; 1- (1) numaralı fıkrasında yer alan "…altı aydan iki yıla kadar…" ibaresinin, 2- (2) numaralı fıkrasında yer alan "…üç aydan bir yıla kadar…" ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüğünün durdurulması istemi.	2011/171	2011/17	İPT	449

5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 135. maddesinin, 25.5.2005 günlü, 5353 sayılı Yasa'nın 17. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrası ile (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 20. ve 22. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/82	2009/1	İTZ	73
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun; 1- 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkrasının, 2- 325. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/149	2010/1	İTZ	267
5355	Mahallî İdare Birlikleri Kanunu'nun 22. maddesine 29.12.2005 günlü, 5445 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle eklenen ikinci fıkranın "Karara karşı, ülke düzeyinde kurulan birlikler ile başkanı vali veya vali yardımcısı olan birliklerde İçişleri Bakanlığı, diğerlerinde ise valiler veya hakkında kişi borcu çıkarılanlar on gün içinde idarî yargıya başvurabilirler." biçimindeki üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/151	2011/11	İTZ	295
5393	Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin altıncı fıkrasının "2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 75 inci maddesi hükümleri belediye taşınmazları hakkında da uygulanır." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/163	2010/77	İTZ	349
5510	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin dördüncü fıkrasının "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler" biçimindeki dördüncü cümlesinin Anayasa'nın 2., 36., 125., 141. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğün durdurulması istemi.	2011/140	2010/55	İTZ	203
5510	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "…bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" bölümünün, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi.	2011/169	2010/65	İTZ	421

5809	Elektronik Haberleşme Kanunu'nun; 1- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; a- (a) bendinin "… bu amaçla ilgili pazarlarda etkin piyasa gücüne sahip işletmecilere ve gerekli hallerde diğer işletmecilere yükümlülükler getirmek …" bölümünün, b- (d) bendinin "… uzlaşma sağlanamadığı takdirde ilgili taraflar arasında aksi kararlaştırılıncaya kadar geçerli olmak üzere gerekli tedbirleri almak" bölümünün, c- (ı) bendinde yer alan "… her türlü …" ibaresinin, 2- 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, 3- 9. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan " … ve yapılacak ihaleye ilişkin usul ve esasları belirler" ibaresinin, 4- 31. maddesinin (3) numaralı fıkrasının son cümlesinin, 5- 36. maddesinin (4) numaralı fıkrasının son cümlesinin, 6- 60. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 12., 13., 48., 87. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2011/86	2008/115	İPT	95
5812	Kamu İhale Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 3. maddesiyle 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10. maddesinin üçüncü fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "…en fazla beşte bir oranında…" ibarelerinin, 2- 6. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 20. maddesinin; a- Birinci fıkrasının değiştirilen son cümlesinde yer alan "…ile yaklaşık maliyeti eşik değerin yarısını aşan yapım işi ihaleleri…" ibaresinin, b- Üçüncü fıkrasının sonuna eklenen cümlenin, 3- 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… (b) fıkrasının (9) numaralı bendinden sonra gelen paragraf yürürlükten kaldırılmış; …" ibaresinin, 4- 20. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un 53. maddesinin; a- (c) fıkrasının sonuna eklenen paragrafın, b- (j) fıkrasının değiştirilen (2) numaralı bendinin, 5- 23. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen 56. maddesinin; a- Birinci fıkrasının son cümlesinin, b- İkinci fıkrasının son cümlesinin, 6- 27. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 2. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan "… ile yapım işlerine…" ibaresinin, 7- 30. maddesiyle 4734 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 10. maddenin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 13., 125. ve 167. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi.	2011/103	2009/9	İPT	129
5838	Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un, geçici 3. maddesinin "Tahsil edilmiş tutarlar red ve iade edilmez." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/170	2010/118	İTZ	441

5846	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun, 21.2.2001 günlü, 4630 sayılı Kanun'un 35. maddesi ile değiştirilen Ek 2. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'nın 10., 35. ve 64. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemi.	2011/176	2010/73	İTZ	511
5996	Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda Ve Yem Kanunu'nun; 1) 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, "Ancak, Bakanlıkça izin verilmiş süs kuşları ile akvaryum ve egzotik süs hayvanlarını satan iş yerlerinde, veteriner biyolojik ürünler dışındaki sadece bu hayvanlara mahsus olan veteriner tıbbî ürünler satılabilir" şeklindeki ikinci cümlesinin, 2) 22. maddesinin (7) numaralı fıkrasının, "Bilimsel gelişmeler ve günün koşullarına göre, Ek-1'de Bakanlıkça değişiklik yapılabilir" şeklindeki ikinci cümlesinin, 3) 35. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, 4) 46. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla değiştirilen, 9.3.1954 günlü, 6343 sayılı Veteriner Hekimliği Mesleğinin İcrasına, Türk Veteriner Hekimleri Birliği İle Odalarının Teşekkül Tarzına Ve Göreceği İşlere Dair Kanun'un 27. maddesinin birinci fıkrasının (7) numaralı bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 56., 73. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2011/178	2010/80	İPT	527
6004	Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "… ve Hükümeti…" sözcüklerinin, Anayasa'nın Başlangıcının ikinci paragrafı ile 2., 6. ve 104. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/179	2010/89	İPT	559
6111	1- Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması İle Sosyal Sigortalar Ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Ve Diğer Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 17. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin "7/11/1996 tarihli ve 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrası ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun 39 uncu maddesine göre verilen idari para cezaları hariç olmak üzere…" bölümünün, 2- 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 6. maddesiyle 9.6.1932 günlü, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 354. maddesine eklenen fıkrada yer alan "…bu Kanunda öngörülen…" ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2011/145	2011/46	İTZ	237

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2009/7	2004/10	YD	1
2009/68	2004/10	İİD	5
2011/40	2009/89	İİD	63
2011/42	2010/75	YD	279
2011/82	2009/1	İİD	73
2011/86	2008/115	İİD	95
2011/103	2009/9	İİD	129
2011/110	2010/10	İİD	173
2011/137	2010/51	İİD	183
2011/139	2010/28	İİD	191
2011/140	2010/55	İİD	203
2011/143	2010/71	İİD	223
2011/145	2011/46	İİD	237
2011/146	2011/55	İİD	251
2011/148	2010/114	İİD	259
2011/149	2010/1	İİD	267
2011/150	2010/75	İİD	281
2011/151	2011/11	İİD	295
2011/153	2010/11	İİD	307
2011/154	2010/115	İİD	325
2011/161	2010/26	İİD	335
2011/163	2010/77	İİD	349
2011/164	2010/113	İİD	361
2011/165	2010/119	İİD	371
2011/166	2010/20	İİD	381
2011/167	2010/31	İİD	389

*İİD: İptal ve İtiraz Davası, YD: Yürürlüğü Durdurma Kararı

2011/168	2010/96	İİD	403
2011/169	2010/65	İİD	421
2011/170	2010/118	İİD	441
2011/171	2011/17	İİD	449
2011/172	2010/7	İİD	463
2011/173	2010/97	İİD	473
2011/175	2010/62	İİD	501
2011/176	2010/73	İİD	511
2011/177	2010/78	İİD	521
2011/178	2010/80	İİD	527
2011/179	2010/89	İİD	559
2011/180	2010/104	İİD	567
2011/181	2011/36	İİD	577
2012/1	2010/90	YD	611
2012/2	2011/62	İİD	587
2012/3	2011/23	İİD	603
2012/4	2010/90	İİD	613

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2004/10	2009/7	YD	1
2004/10	2009/68	İİD	5
2008/115	2011/86	İİD	95
2009/1	2011/82	İİD	73
2009/9	2011/103	İİD	129
2009/89	2011/40	İİD	63
2010/1	2011/149	İİD	267
2010/7	2011/172	İİD	463
2010/10	2011/110	İİD	173
2010/11	2011/153	İİD	307
2010/20	2011/166	İİD	381
2010/26	2011/161	İİD	335
2010/28	2011/139	İİD	191
2010/31	2011/167	İİD	389

2010/51	2011/137	İİD	183
2010/55	2011/140	İİD	203
2010/62	2011/175	İİD	501
2010/65	2011/169	İİD	421
2010/71	2011/143	İİD	223
2010/73	2011/176	İİD	511
2010/75	2011/42	YD	279
2010/75	2011/150	İİD	281
2010/77	2011/163	İİD	349
2010/78	2011/177	İİD	521
2010/80	2011/178	İİD	527
2010/89	2011/179	İİD	559
2010/90	2012/1	YD	611
2010/90	2012/4	İİD	613
2010/96	2011/168	İİD	403
2010/97	2011/173	İİD	473
2010/104	2011/180	İİD	567
2010/113	2011/164	İİD	361
2010/114	2011/148	İİD	259
2010/115	2011/154	İİD	325
2010/118	2011/170	İİD	441
2010/119	2011/165	İİD	371
2011/11	2011/151	İİD	295
2011/17	2011/171	İİD	449
2011/23	2012/3	İİD	603
2011/36	2011/181	İİD	577
2011/46	2011/145	İİD	237
2011/55	2011/146	İİD	251
2011/62	2012/2	İİD	587

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
13.06.2009	27257	2004/10	2009/7	YD	1
15.11.2011	28113	2010/75	2011/42	YD	279
21.01.2012	28180	2010/90	2012/1	YD	611
25.01.2012	28184	2010/51	2011/137	İİD	183
25.01.2012	28184	2010/1	2011/149	İİD	267
25.01.2012	28184	2010/77	2011/163	İİD	349
25.01.2012	28184	2010/20	2011/166	İİD	381
25.01.2012	28184	2010/65	2011/169	İİD	421
03.02.2012	28193	2004/10	2009/68	İİD	5
07.02.2012	28197	2009/89	2011/40	İİD	63
07.02.2012	28197	2010/28	2011/139	İİD	191
07.02.2012	28197	2010/71	2011/143	İİD	223
07.02.2012	28197	2010/114	2011/148	İİD	259
07.02.2012	28197	2011/11	2011/151	İİD	295
07.02.2012	28197	2010/26	2011/161	İİD	335
07.02.2012	28197	2010/113	2011/164	İİD	361
07.02.2012	28197	2011/17	2011/171	İİD	449
14.02.2012	28204	2010/55	2011/140	İİD	203
14.02.2012	28204	2010/75	2011/150	İİD	281
14.02.2012	28204	2010/11	2011/153	İİD	307
14.02.2012	28204	2010/119	2011/165	İİD	371
14.02.2012	28204	2010/96	2011/168	İİD	403
14.02.2012	28204	2010/7	2011/172	İİD	463
14.02.2012	28204	2010/97	2011/173	İİD	473
18.02.2012	28208	2009/1	2011/82	İİD	73
18.02.2012	28208	2010/10	2011/110	İİD	173
17.03.2012	28236	2008/115	2011/86	İİD	95
17.03.2012	28236	2011/55	2011/146	İİD	251
17.03.2012	28236	2010/115	2011/154	İİD	325
17.03.2012	28236	2010/73	2011/176	İİD	511
17.03.2012	28236	2011/23	2012/3	İİD	603
05.04.2012	28255	2010/89	2011/179	İİD	559

05.04.2012	28255	2011/36	2011/181	İİD	577
19.05.2012	28297	2009/9	2011/103	İİD	129
19.05.2012	28297	2011/46	2011/145	İİD	237
19.05.2012	28297	2010/31	2011/167	İİD	389
19.05.2012	28297	2010/118	2011/170	İİD	441
19.05.2012	28297	2010/62	2011/175	İİD	501
19.05.2012	28297	2010/104	2011/180	İİD	567
19.05.2012	28297	2010/90	2012/4	İİD	613
29.05.2012	28307	2010/80	2011/178	İİD	527
26.06.2012	28335	2010/78	2011/177	İİD	521
05.07.2012	28344	2011/62	2012/2	İİD	587

4-Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
02.06.2009	2004/10	2009/7	YD	1
02.06.2009	2004/10	2009/68	İİD	5
10.02.2011	2009/89	2011/40	İİD	63
18.05.2011	2009/1	2011/82	İİD	73
02.06.2011	2008/115	2011/86	İİD	95
16.06.2011	2009/9	2011/103	İİD	129
30.06.2011	2010/10	2011/110	İİD	173
12.10.2011	2010/51	2011/137	İİD	183
20.10.2011	2010/28	2011/139	İİD	191
20.10.2011	2010/55	2011/140	İİD	203
27.10.2011	2010/71	2011/143	İİD	223
27.10.2011	2011/46	2011/145	İİD	237
27.10.2011	2011/55	2011/146	İİD	251
03.11.2011	2010/75	2011/42	YD	279
03.11.2011	2010/114	2011/148	İİD	259
03.11.2011	2010/1	2011/149	İİD	267
03.11.2011	2010/75	2011/150	İİD	281
03.11.2011	2011/11	2011/151	İİD	295
17.11.2011	2010/11	2011/153	İİD	307
17.11.2011	2010/115	2011/154	İİD	325

08.12.2011	2010/26	2011/161	İİD	335
08.12.2011	2010/77	2011/163	İİD	349
08.12.2011	2010/113	2011/164	İİD	361
08.12.2011	2010/119	2011/165	İİD	371
22.12.2011	2010/20	2011/166	İİD	381
22.12.2011	2010/31	2011/167	İİD	389
22.12.2011	2010/96	2011/168	İİD	403
22.12.2011	2010/65	2011/169	İİD	421
22.12.2011	2010/118	2011/170	İİD	441
22.12.2011	2011/17	2011/171	İİD	449
22.12.2011	2010/7	2011/172	İİD	463
22.12.2011	2010/97	2011/173	İİD	473
29.12.2011	2010/62	2011/175	İİD	501
29.12.2011	2010/73	2011/176	İİD	511
29.12.2011	2010/78	2011/177	İİD	521
29.12.2011	2010/80	2011/178	İİD	527
29.12.2011	2010/89	2011/179	İİD	559
29.12.2011	2010/104	2011/180	İİD	567
29.12.2011	2011/36	2011/181	İİD	577
12.01.2012	2010/90	2012/1	YD	611
12.01.2012	2011/62	2012/2	İİD	587
12.01.2012	2011/23	2012/3	İİD	603
12.01.2012	2010/90	2012/4	İİD	613

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 48, 303, 564, 566

m. 2: 1, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 70, 71, 113, 114, 115, 120, 121, 122, 127, 151, 152, 155, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 168, 169, 176, 180, 189, 190, 198, 200, 218, 220, 230, 231, 232, 247, 248, 249, 255, 256, 263, 264, 265, 275, 277, 290, 293, 303, 319, 322, 331, 333, 353, 354, 355, 386, 387, 433, 435, 440, 460, 461, 469, 471, 507, 508, 517, 519, 544, 545, 546, 547, 548, 552, 555, 564, 566, 573, 574, 575, 584, 591, 593, 595, 600, 601, 607, 611, 617, 619

m. 5: 166, 177, 230, 232, 290, 291, 293, 303, 353, 355, 543

m. 6: 1, 45, 47, 48, 49, 112, 113, 117, 118, 120, 507, 508, 564, 566

m. 7: 1, 45, 47, 48, 49, 59, 112, 113, 117, 118, 120, 159, 160, 409, 410, 412, 413, 417, 418, 419, 544, 545, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 591, 593, 595, 601

m. 8: 1, 40, 42, 45, 47, 48, 49, 112, 117, 118, 120, 159, 160, 507, 508

m. 9: 439

m. 10: 1, 50, 69, 70, 155, 157, 168, 169, 176, 178, 180, 186, 187, 230, 232, 247, 248, 249, 263, 265, 275, 276, 277, 290, 293, 331, 333, 344, 346, 353, 354, 374, 375, 379, 446, 447, 460, 461, 497, 498, 499, 517, 519, 591, 593, 595, 601

m. 11: 1, 40, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 70, 71, 151, 153, 155, 157, 159, 160, 162, 164, 165, 168, 331, 333, 353, 355, 507, 508

m. 12: 115, 116, 117

---

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 13: 1, 50, 83, 85, 88, 90, 91, 92, 93, 115, 116, 117, 123, 124, 160, 161, 230, 232, 365, 366, 374, 379, 591, 593, 595, 601, 611, 617, 618, 619

m. 17: 230, 231, 232

m. 18: 365, 366, 367, 368

m. 20: 80, 81, 82, 83, 85, 88, 89, 92, 93, 176, 180

m. 22: 80, 81, 82, 83, 85, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 117

m. 23: 573, 575

m. 29: 524, 525

m. 35: 1, 50, 497, 499, 517, 518, 519, 607, 608, 611, 617, 618, 619

m. 36: 89, 186, 187, 189, 190, 218, 220, 230, 231, 232, 353, 354, 355

m. 37: 433, 434, 435, 440

m. 38: 127, 128, 176, 179, 180, 198, 199, 200, 275, 276, 277, 331, 333, 591, 592, 593, 595, 597, 601

m. 40: 230, 232

m. 41: 230, 232, 374, 375, 376, 379

m. 48: 123, 124, 127, 128, 176, 177, 180, 365, 366, 368

m. 55: 409, 410, 416, 417, 499

m. 56: 187, 290, 291, 292, 293, 543

m. 57: 290, 291, 292, 293

m. 64: 517, 519

m. 67: 255, 256

m. 69: 597

m. 71: 199

m. 73: 319, 320, 321, 322, 397, 398, 400, 401, 507, 508, 545, 546, 552, 554, 555

m. 87: 113, 115

m. 88: 1, 43, 44, 45

m. 89: 1, 43, 44, 45

m. 91: 397, 398, 400

m. 95: 1, 48

m. 104: 564, 566

m. 105: 565

m. 123: 1, 40, 42, 47, 48, 49, 57, 300, 301, 302, 303

m. 125: 120, 121, 122, 157, 158, 218, 220, 433, 434, 435, 437, 438, 439, 440

m. 126: 303

m. 127: 300, 301, 302, 303, 304

m. 128: 1, 40, 42, 45, 47, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 566

m. 130: 1, 43, 50, 386, 387

m. 133: 1, 50

m. 135: 255, 256, 547, 548

m. 138: 70, 71

m. 140: 218, 434, 437, 438, 439

m. 141: 218, 220

m. 142: 218, 264, 434, 437, 438

m. 145: 264,

m. 152: 315, 385, 396, 397, 398

m. 153: 219, 233, 234, 257, 333, 334, 344, 345, 346, 347, 508, 509, 575, 576, 594

m. 155: 218, 220, 433, 434, 435, 437, 438, 439, 440

m. 160: 43, 49

m. 161: 1, 42, 43, 44, 45, 49, 50, 55, 57

m. 162: 1, 42, 43, 44, 49, 50

m. 163: 1, 42, 43, 46, 47, 49, 50, 58, 60, 61, 62

m. 166: 177

m. 167: 111, 153, 154, 165, 166, 167, 178

m. 168: 120

www.anayasa.gov.tr

ISBN 978-975-7427-50-6
9 789757 427506

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Yolu Serpmeleri No:4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon: (312) 463 73 00 Faks: (312) 463 74 00
e-posta: bilgi@anayasa.gov.tr