anayasa mahkemesi

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

52/5 2015

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 52

5. Cilt

2015

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-98-8

2015 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 (Başkan)
Salim KÜÇÜK (Üye)
Abdullah TEKBAŞ (Üye)

Kitabı Yayıma Hazırlayan

Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

İletişim ve İstem Adresi

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No:4
06805 Çankaya / Ankara
Telefon:(312) 463 73 00 Faks: (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Baskı ve Cilt

Epa-Mat Basım Yay. Prom. San. Tic. Ltd. Şti.
Ağaçişleri Sanayi Sitesi 1357. Sok. No:41 Yenimahalle/ANKARA
Tel: 0312 394 48 63-64 Faks: 0312 394 48 65
www.epamat.com.tr / epamat@hotmail.com / epamatbacilik@gmail.com

Baskı Tarihi:

Mayıs, 2017

Dizinler

I- Alfabetik İndeks.....3473
II- Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 3479
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 3485
IV- Anayasa Maddeleri Dizini 3487

Esas Sayısı : 2013/50
Karar Sayısı : 2015/38
Karar Tarihi : 1.4.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN, M. Akif HAMZAÇEBİ ile birlikte 129 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- Tümü ve ayrı ayrı tüm maddelerinin,

B- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…özel hukuk hükümlerine göre…"* ve *"…ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin…"* ibarelerinin,

b- (2) numaralı fıkrasının;

aa- (c) bendinde yer alan *"…tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında…"* ibaresinin,

ab- (ö) bendinde yer alan *"…veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi…"* ve *"…özel hukuk hükümlerine göre…"* ibarelerinin,

2- 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması…"* ibaresinin,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının,

b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"…idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile…"* ibaresinin,

c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin,

4- 4. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…özel hukuk hükümlerine tabi olup…"* ibaresinin,

b- (4) numaralı fıkrasının,

5- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin,

6- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…döner sermaye ek ödemesi dâhil…"* ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 17., 56., 153., 155., 161., 163. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"II. GEREKÇELER

1) 21.02.2013 Tarihli ve 6428 Sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Tümünün ve Ayrı Ayrı Tüm Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunla -Kanundaki ifadeyle "kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde-, Sağlık Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatının ilgili birimleri ile taşra teşkilatına ait sağlık kurum ve kuruluşlarının, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesi, onarımı, ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren donanımın temini ve hizmetlerin yaptırılması, tesisteki niteliği belirsiz bazı hizmetlerin sunulması vb. karşılığında; ticari hizmet alanlarının (mecburi ve ihtiyari) yükleniciye tahsisi ile yüklenicinin sözleşme kapsamında yaptığı tesislerin kullanım bedeli ile tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetler ile tesiste sunacağı sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri karşılığında hizmet bedeli ödenmesi ve kullanılan dış kredilere Hazine garantisi verilmesi suretiyle kamu sağlık hizmetlerinin sunulması öngörülmektedir.

Böylelikle, T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatının her türlü hizmet ve esenlik binaları ile tedavi kurumlarının yaptırılması, onarılması ve yenilenmesi ile tedavi hizmetlerinde kullanılan ekipman ve donanımın edinilmesi ve tedavi edici sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin sunulmasında, taraflar arasında yapılacak 30 yıl süreli bir imtiyaz sözleşmesi çerçevesinde, sağlık hizmeti gibi sosyal hukuk devleti ilkesini ilgilendiren ve her siyasi partinin ideolojisi ve parti programları temelinde farklı çözüm yolları olan bir alanda, devletin 30 yıl boyunca kiracı ve tedavi hizmeti satın alıcısı olarak belirsiz bir bedel üzerinden yüklenim altına girdiği, yüklenicinin yapım işlerinde kullandığı kredi borçlarına Hazine garantisi verildiği, yüklenicinin enflasyon ve

kur değişiminden kaynaklanan finansal risklerinin kamu tarafından üstlenildiği ve dolayısıyla sağlık hizmetlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamucu anlayışla üretilmesinden vaz geçilerek gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı ve gelecekteki siyasi iktidarların 30 yılını bloke edici yeni bir modele geçilmektedir.

Modele geçiş Tasarının genel gerekçesinde, "Kamu özel işbirliği, kamu hizmetleri için kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği anlaşmalarını ifade etmekte olup, işbirliği yapan taraflar arasında yatırım, risk, sorumluluk ve kazancın paylaşılması ile karakterize edilmektedir. Bu model ile yaptırılan tesislerdeki sağlık hizmetleri ise kamu tarafından sunulmaya devam edilmektedir.

Bu modelde kamu ve özel sektör, kendilerine mahsus üstün özellikleriyle birbirini tamamlamakta ve ortaya çıkan bu yapının sağladığı güçle kamu hizmetlerinin sunulmasındaki ekonomik zorluklar aşılarak kamu yararı sağlanmaktadır. Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır." şeklinde gerekçelendirilmektedir.

Ancak, Tasarının genel gerekçesindeki bu ifadeleri, 6428 sayılı Kanun doğrulamamaktadır.

6428 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasında, yapım işleri için gerçekleştirilecek öz kaynağın, sözleşmede belirtilen yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamayacağı belirtilerek, geriye kalan yüzde sekseninin iç ve dış piyasalardan kullanılacak kredilerle finanse edilmesi öngörülmekte; çerçeve 13 üncü maddesiyle, kredinin yabancı para birimi üzerinden edinilmesi halinde, kullanılacak kredi tutarı Bakanlar Kurulu kararıyla Hazine garantisi kapsamına alınmakta; 5 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile ise, yükleniciye ödenecek bedel ÜFE ve TÜFE ortalaması yanında döviz kuru değişimine karşı da güvence altına alınıp, yüklenicinin enflasyon yanında kur riski de sıfırlanarak finansal risklerin tamamı devlet üzerine bırakılmaktadır.

Sabit yatırım giderlerinin (sözleşmeye göre yüklenicinin kullanımında olabilecek zorunlu ve ihtiyari ticaret alanları dahil) yüzde sekseni kredi kullanımı ile karşılanacak; yabancı para cinsinden kullanılan krediler (3 yılda bitirilecek bir

inşaat için dört yıl süre belirlemek ve örneğin uygulama sözleşmesine üçüncü yılın sonunda sözleşmenin feshedilerek tesisin idare tarafından devralınması gibi bir 'danışıklı dövüş' hükmü konulması temelinde) Hazine garantisi kapsamına alınacak ve finansal risklerin tamamı (enflasyon ve kur riski) devlet tarafından üstlenilecek ve yükleniciye hizmet satışı ve kar garantisi verilecek ise; söz konusu tesisleri T.C. Sağlık Bakanlığının kendisinin kredi kullanarak yapması ile özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması arasında kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin "ideolojik" tercih dışında hiçbir fark kalmamakta, genel gerekçedeki "Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır." ifadesi boşlukta kalmaktadır.

T.C. Sağlık Bakanlığı bütçesine getireceği mali yük açısından ise, söz konusu tesisleri kendisi kredi kullanıp yaptırdığında, kredi tutarı için sadece faiz ödenecek iken, özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması halinde kullanılan kredi için faiz yanında kar payı da ödeneceği dikkate alındığında, özel sektör eliyle yaptırmasının T.C. Sağlık Bakanlığı bütçesine daha çok mali yük getireceği ve aynı tesis için ödeyeceği toplam kullanım bedelinin, kredi anapara ve faiz toplamının çok üzerinde olacağı açıktır.

Dava dilekçesine yazılan maliyetlere ilişkin bu ifadelerin mantıksal çıkarımlar olup, herhangi bir teknik analiz ve hesaplamaya dayanmadığı ve dolayısıyla afaki olduğu ileri sürülebilir.

Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, sosyal, bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş; 161 inci maddesinin birinci fıkrasında, devlet harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı kurala bağlanmış ve 163 üncü maddesinde, cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi zorunludur kuralına yer verilirken; kaynağını Anayasanın 161 inci maddesinden alan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 14 üncü maddesinde ise aynen, "Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri; kamu gelirlerinin azalmasına veya kamu giderlerinin artmasına neden olacak ve kamu idarelerini yükümlülük altına sokacak kanun tasarılarının getireceği malî yükü, orta vadeli program ve malî plan çerçevesinde, en az üç yıllık dönem için

hesaplar ve tasarılara eklerler. Sosyal güvenliğe yönelik kanun tasarılarında ise en az yirmi yıllık aktüeryal hesaplara yer verilir. Ayrıca, bu kanun tasarılarına Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı veya Hazine Müsteşarlığının görüşleri eklenir." denilmiştir.

Bu kurallara göre, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının hizmet ve tedavi kurumlarını bütçe olanakları içinde kendi yapıp, sağlık hizmetlerini Anayasanın 128 inci maddesindeki kurallar çerçevesinde kamu personeli eliyle yürütmesi ile "Yap-Kirala-İşlet-Devret Modeli" kapsamında yürütmesinin 30 yıl boyunca kullanım bedeli, hizmet bedeli ve garantiler dahil olmak üzere maliyet ve risk analizlerinin yapılıp karşılaştırılması ve Sağlık Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığını yükümlülük altına sokacak mali yükün hesaplanıp kaynağının gösterilmesi ile Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin Kanun tasarısına eklenmesi Anayasal bir zorunluluktur.

Kanun Tasarısı, bu hukuksal zorunlulukların hiç biri yapılmadan Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuştur. Devlet bütçesine 30 yıl boyunca mali yük getirecek ve garantörlükten dolayı Hazineyi 30 yıl boyunca mali risklerle karşı karşıya bırakacak nitelikte olan 6428 sayılı Kanuna ilişkin Tasarıda, mali kaynak gösterilmemesi ve yükümlülük altına girilecek mali yükün hesaplanmaması ve ayrıca kanun tasarısına Maliye Bakanlığı ile DPT veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin eklenmemesi, Anayasanın 163 üncü maddesine; sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin 30 yıl süreyle yıllara yaygın hale getirilmesi ise, Anayasanın 161 inci maddesinde belirtilen asli ve sürekli hizmetler nedeniyle yapılacak kamu harcamalarının yıllık bütçe esasına göre yapılması esasına aykırıdır ve 6428 sayılı Kanunun tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin iptalini gerektirir.

Öte yandan, Anayasanın 2 nci maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti ilkesi yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerir. Çünkü devlet düşüncesi, kamu yararında biçimlenip somutlaşır ve bütün kamusal faaliyet, işlem ve girişimlerin temelinde kamu yararı ilkesi yatar. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararı bulunduğunun kabulü için, yasanın yalnızca özel çıkar veya belirli grup, sosyal sınıf ya da kişilere yarar sağlamayı değil, toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması, halktan toplanan

vergilerin sermaye aktarımına aracılık etmek yerine, kamu hizmetlerinin verimli, etkin ve tutumlu harcanmasını hedeflemesi gerekir.

1/722 sıra sayılı Kanun Tasarısının Plan ve Bütçe Komisyonu Raporunda CHP Milletvekilleri Rahmi Aşkın Türeli (İzmir) Bülent Kuşoğlu (Ankara) ve Müslim Sarı (İstanbul) yazdıkları Karşı Oy'da, "Diğer taraftan, hastanenin yapımının sabit yatırım tutarı ile 25 yıllık (49 yıla kadar çıkabilir) toplam kira bedelleri karşılaştırıldığında ortaya çıkan büyük fark söz konusu finansman modelinin seçilmesine ilişkin olarak ciddi soru işaretlerini ortaya atmaktadır. Nitekim alt komisyon görüşmeleri sırasında Sağlık Bakanı Sayın Recep Akdağ tarafından örnek olarak verilen Kayseri Şehir Hastanesinin sabit sermaye yatırım tutarı 650 milyon TL olup, yıllık kira bedeli 137 milyon lira olarak açıklanmıştır. Söz konusu kira bedelinin alt detayına bakıldığında, 54 milyon lirası bina kullanım bedeli, 10 milyon lirası P1 olarak da adlandırılan zorunlu hizmet bedeli, 73 milyon lirası da P2 olarak adlandırılan opsiyonel hizmet bedelinden oluşmaktadır. Yıllık kira bedeli olan 137 milyon lira 25 yıllık kira süresi için hesaplandığında 3 milyar 425 milyon lira olmaktadır. Söz konusu yıllık kira bedelinin sabit olmayıp 3 ayda bir enflasyon oranı ile dolar kurundaki artışı da içeren bir formül çerçevesinde yükseltileceği düşünüldüğünde 650 milyon lira olan sabit sermaye yatırım tutarı ile 3 milyar 425 milyon lira toplam kira bedelinin arasındaki büyük uyumsuzluk olduğu görülmektedir. Rakamlar arasındaki bu uyumsuzluğun nedeni Sağlık Bakanı tarafından yüklenicinin üstlendiği riskler olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte, bu kadar yüksek bir risk primi başka hiçbir yapım ve işletme işinde söz konusu değildir." demişlerdir.

Sabit sermaye yatırımı 650 milyon TL olan ve 520 milyon TL'si kredi şeklinde kullanılıp Hazine garantisi kapsamına alınan ve ayrıca yüklenicinin enflasyon ve kur değişimine ilişkin finansal riskleri devlet tarafından üstlenilip sıfırlanan bir hastane için, 25 yılda 3 milyar 425 milyon TL ödenmesinin Sağlık Bakanlığınca olağan karşılandığı gerçeği göz önüne alındığında, 6428 sayılı Kanunda öngörülen "Yap-Kirala-İşlet-Devret" modelinde kamu yararı olmadığı Kayseri Şehir Hastanesi örneğiyle sabittir ve 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde öngörülen "Ön fizibilite raporu"nun, Anayasanın 163 üncü maddesi ile 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki kuralları karşılamadığı ve ilgisinin de bulunmadığı açık olduğu gibi, işlerliğinin bulunmadığı da "Karşı Oy"da belirtilen örnekle açığa çıkmıştır.

Bu itibarla 6428 sayılı Kanunda kamu yararı bulunmadığı açık olduğundan Kanunu tümü ve ayrı ayrı tüm maddeleri, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

6428 sayılı Kanunun, Devlete ve bütçesine 30 yıl süreli bir mali yükümlülük getirdiği gözetildiğinde, Anayasanın 163 üncü ve 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde öngörülen kuralların yerine getirilmediği ve alternatif hizmet sunum yöntemlerinin maliyet ve risk analizlerinin yapılıp siyasal iktidarın tercihi ideolojik niteliğinden arındırılarak teknik bir maliyet-yarar tercihine büründürülmediği sürece, bugünün siyasi iktidarının ideolojik tercihi ve bürokratlarının imzası, her siyasi iktidara göre değişebilen sağlık politikaları bağlamında yarın için gelecek hükümetlerin kamu yararı takdirini 30 yıl süreyle bloke ederek olumlu olumsuz yeni bir tasarruf yapmasını (tahkim yolu da açık tutulduğu gözetildiğinde) bütünüyle olanaksız kılmaktadır.

Demokratik hukuk devletinde, siyasi iktidarlara gelecek 30 yılın sağlık politikasını bağlayıcı kurallar koyma ve bürokratlara gelecek 30 yılın bütçelerini bu günden tahsis etme yetkisi verilirken, sunulacak sağlık hizmetinin değişik yöntemlere göre alternatif maliyetlerinin, tercih edilenin maliyet ve yarar avantajları ile marjinal faydasının, 30 yılı bağlayıcı yaygın yüklenmeye esas olan meşru amaç ve yarar dengesinin, istisnadan yararlanmak için yıllık bütçe plan tekniğini bertaraf etmeyi zorunlu kılan nedenlerin, bunu mümkün kılan yasa ve gerekçesinde sistematik yoruma elverişli, açık ve net bir şekilde ortaya konulması gerekir.

Demokratik devlet, gelecek siyasi iktidarların kamu hizmetlerine ilişkin siyasa tercihlerini ideolojik nedenlerle bugünden bloke etmemeyi, hukuk devleti ise her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı gerekli kılar. Oysa, 6428 sayılı Kanunun, siyasa tercihini ideolojik içeriğinden arındıran teknik analiz ve değerlendirmelere de dayanmadan, genel gerekçedeki genel geçer ifadelerle gelecek 30 yılın iktidarlarının sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin siyasa tercihlerini bu günden bloke etmesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki demokratik devlet ilkesine, kamu maliyesini 30 yıl süreyle yükümlülük altına sokması ile Hazineyi özel sektörün borçlarını üstlenmek zorunda bırakarak geçmişte örneği yaşanan mali krizlere davetiye çıkarması ise hukuk devletinin ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6428 sayılı Kanunun tümü ve ayrı ayrı tüm maddeleri, Anayasanın 2 nci, 161 inci ve 163 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6428 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki, "… özel hukuk hükümlerine göre …" İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının (ö) Bendindeki, "… özel hukuk hükümlerine göre …" İbaresinin ve 4 üncü Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki "… özel hukuk hükümlerine tabi olup …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendi ve 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kamu özel işbirliği modeli çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerine yaptırılacak sağlık ve ticari hizmet alanları tesisleri ile mevcut tesislerin yenilenmesi işlerinin; bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetlerinin ve ileri teknoloji ya da mali kaynak gerektiren bazı hizmetler ile bazı sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak yapılacak 30 yıl süreli sözleşmenin özel hukuk hükümlerine göre yapılacağı belirtilmektedir.

Ancak, 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendi ve 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasında, yüklenici ile Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşları arasında yapılacak sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmesine rağmen; 6428 sayılı Kanun bir bütün olarak incelendiğinde söz konusu sözleşmenin "imtiyaz sözleşmesi"nin bütün unsurlarını taşıdığı ve dolayısıyla "idari sözleşme" olduğu anlaşılmaktadır.

Öğretide "imtiyaz, idarenin belli bir özel kişi ile yaptığı sözleşme uyarınca belli bir kamu hizmetinin kar ve masrafları, kar ve zararı özel kişiye ait olmak üzere, belli bir kişice kurulması ve/veya işletilmesi usulüdür." şeklinde tanımlanırken; imtiyaz sözleşmesi ise, "konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan bir kamu hizmetinin bir özel kişi tarafından kurulmasını ve belli bir süre işletmesini veya kurulmuş bulunan bir kamu hizmetinin belli bir süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir." biçiminde tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi ise, 28.6.1995 günlü ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararında imtiyazı, "Kamu hizmetinin, uzun süreli bir 'idarî sözleşme' uyarınca, sermayesi, kârı, hasar ve zararı kendilerine ait olmak üzere özel hukuk kişilerince yerine getirilmesine İMTİYAZ denir." şeklinde tanımlamış; imtiyaz sözleşmesini ise, "Gereksinimler karşısında yönetimin işinin çokluğu ya da kaynak bulmadaki güçlükler, kimi zaman bu yöntemin uygulanmasını zorunlu kılmakta ve kamu hizmetinin özel girişime gördürülmesine olanak sağlamaktadır. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler 'kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri' olarak tanımlanmaktadır." şeklinde ortaya koyarak, "Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, gerek konusunun bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya işletilmesi olması, gerekse hizmetin yürütülmesini sağlamak için hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan kimi yetkiler tanıması, gerekse idarenin, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için denetim ve gözetim yetkisine sahip olması yönünden idarî sözleşmelerin tüm niteliklerini taşırlar." saptamasında bulunmuştur.

Sağlık hizmetlerinin Anayasanın 56 ncı maddesine göre, kamu hizmeti kapsamında olduğunda hiçbir kuşku yoktur.

6428 sayılı Kanuna göre, devlet sağlık hizmetlerini; Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerine Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları ile yükleniciler arasında imzalanacak 30 yıl süreli sözleşmeler kapsamında yaptırılacak sağlık ve ticari hizmet alanı (zorunlu ve ihtiyari) tesislerinde sunacak; Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendine göre, sözleşmenin kapsamında "ileri teknoloji ve yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi" ile 1 inci maddenin (2) numaralı fıkrasının (c) bendine göre "tesisteki belli hizmetlerin sunulması" ve (e) bendine göre ise "hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması" işleri de olacak ve böylece sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri yüklenici aracılığı ile sunulabilecek; 1 inci maddenin (2) numaralı fıkrasının (c), (e) ve (j) bentlerine göre yükleniciye karşılığında yaptığı tesislerin kullanım bedeli ile tesisteki belli hizmetleri sunmasının bedeli idare tarafından ödenecek; tesisteki mecburi ticari hizmet alanları, idare ve yüklenici tarafından piyasa rayiç fiyatlarına göre belirlenen ücret karşılığında hizmetten yararlananlardan alınacak bedeller karşılığında yüklenici tarafından işletilirken, ihtiyari ticari hizmet alanlarının neler olduğu ve işletilmesi ihale dokümanlarında belirlenecek; 4 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasına göre,

idare yüklenicinin sözleşme kapsamındaki bütün faaliyetlerini denetleyecek ve Sağlık Bakanlığı yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve ayrıca yönetim sistemi kurabilecek; 4 üncü maddesinin (6) numaralı fıkrasına göre, yüklenici sabit yatırımları, ek süre verilmesine rağmen yerine getiremez ise, finans sağlayıcılar ile idare anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe giderek yatırım işlerinin yapılmasını sağlayabilecek; 4 üncü maddenin (7) numaralı fıkrasına göre, yüklenici sözleşmede üstlendiği hizmetleri yerine getiremez ise, idare tarafından sağlık hizmeti, yüklenici nam ve hesabına başka firmalara yaptırılabilecek; yüklenicinin üstlendiği hizmeti yerine getirememesi, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hale gelmesi boyutuna ulaşır ve hizmet sunumu sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalırsa, sözleşme fesih edilmekle birlikte, idare finans sağlayıcılar ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gidebilecektir.

Anayasanın 47 nci maddesinin 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle değişik dördüncü fıkrasında, devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek ve tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceğinin kanunla düzenleneceği kurallaştırılmakla ve 6428 sayılı Kanunda da sözleşmenin özel hukuk sözleşmesi olduğu belirtilmekle birlikte; Anayasa Mahkemesi 28.6.1995 günlü ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararında "Anayasa yargısı alanında bir hizmetin "kamu hizmeti", bir sözleşmenin de "imtiyaz sözleşmesi" olup olmadığı yasaya değil, niteliğine bakılarak saptanabilir. Eğer bir kamu hizmeti uzun süreli olarak özel girişime gördürülecekse, düzenlenen sözleşme imtiyaz sözleşmesi niteliğindedir." demiştir.

6428 sayılı Kanunun konusunu, sadece sağlık hizmetlerinin yükleniciler tarafından yapılacak tesislerde yürütülmesi değil; bunun yanında manyetik görüntüleme, bilgisayarlı tomografi, ameliyat üniteleri gibi ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren tıbbi donanımın temini ve bunlar aracılığıyla yapılacak teşhis, tanı, önleyici ve ameliyat gibi tedavi edici sağlık hizmetleri ile yardımcı sağlık hizmetlerinin gördürülmesi oluşturmakta; süresi 30 yıl gibi oldukça uzun bir süreyi kapsamakta ve eşitler arasındaki özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak idareye, sözleşme kapsamındaki yatırım ve hizmetleri yüklenici nam ve hesabına yaptırmaktan yüklenicinin ortaklık yapısını değiştirmeye, hizmet sunumuna ilişkin performans göstergeleri koyup, yüklenicinin performansını

değerlendirmekten denetlemeye ve hatta yükleniciye gördürülecek hizmetlerin sunulmasına ilişkin yönetim ve organizasyon sistemi oluşturmaya varan üstün kamusal yetkiler verilmekte ve tesislerin 30 yılın sonunda idareye bedelsiz devri öngörülmektedir.

Tüm bu hususlar gözetildiğinde ve Anayasa Mahkemesinin 28.6.1995 günlü ve E. 1994/71, K. 1995/23 sayılı kararı ile 26.3.1997 günlü ve E. 1996/63, K. 1997/40 sayılı kararı dikkate alındığında, yükleniciler ile idare arasında imzalanacak sözleşmenin, özel hukuk sözleşmesi değil, idari nitelikteki imtiyaz sözleşmesi olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kanun Tasarısının Türkiye Büyük Millet Meclisine, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının hizmet ve tedavi kurumlarını bütçe olanakları içinde kendi yapıp, sağlık hizmetlerini kamu hukukuna tabi süreçlerde kamu personeli eliyle yürütmesi ile "Yap-Kirala-İşlet-Devret Modeli" kapsamında yürütmesinin 30 yıl boyunca kullanım bedeli, hizmet bedeli ve garantiler dahil olmak üzere maliyet ve risk analizleri yapılıp karşılaştırılmadan ve Sağlık Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığını yükümlülük altına sokacak mali yük hesaplanıp kaynağı gösterilmeden ve Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşleri Kanun tasarısına eklenmeden sunulmuş olduğu gerçeği göz önüne alındığında; yasa koyucunun imtiyaz sözleşmesini, özel hukuk sözleşmesi olarak tanımlamasının nedeninin, söz konusu sözleşmeleri, Anayasanın 155 inci maddesine göre Danıştayın ön incelemesinden kaçırmak ve Danıştay denetiminin dışına taşımak olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, imzalanacak sözleşmeler, imtiyaz sözleşmesi niteliğinde olmasına rağmen, Danıştayın ön incelemesi ve denetiminden kaçırmak için özel hukuk sözleşmesi olarak niteleyen 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki, "… özel hukuk hükümlerine göre …" ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendindeki, "… özel hukuk hükümlerine göre …" ibaresi ve 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "… özel hukuk hükümlerine tabi olup …" ibaresi Anayasanın 155 inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 6428 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki "… ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin …"

İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının (ö) Bendindeki "… veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6423 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendiyle, "ileri teknoloji ya da mali kaynak gerektiren bazı hizmetler"in sunumu da sözleşme kapsamına alınarak, niteliği belirsiz olan söz konusu hizmetlerin de 30 yıl boyunca özel sektör tarafından sunulup, bedelinin kamu bütçesinden ödenmesi öngörülmektedir.

İhale ile şirketlere devredilmesi ya da hizmet satın alma yoluyla gördürülmesi kabul edilen hizmetlerin içeriğine ve niteliğine ilişkin bir belirleme, çerçeve, sınır bulunmamaktadır. Yasanın diğer maddelerinde de hizmetlerin kapsamı belirtilmemektedir. Tıbbın geldiği aşama itibariyle bir sağlık tesisinde verilen teşhis ve tanıya ilişkin tüm laboratuvar hizmetleri ile tüm tedavi hizmetleri "ileri teknoloji" ya da "yüksek mali kaynak gerektiren" hizmetler olarak nitelendirilebileceği gibi bunlardan bir kısmı kapsam içinde, bir kısmı da kapsam dışında değerlendirilebilir ve bu değerlendirme kişiden kişiye değişiklik gösterir.

Oysa, hukuk devleti ilkesi kurallarda belirlilik gerektirir. 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. İptali istenen "ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetler" ibareleri, belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasanın 7 nci maddesindeki "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez" kuralına göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucunun, ilkelerini koymadan, sınırlarını belirlemeden

ve çerçevesini çizmeden "ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetleri" belirleme yetkisini idareye bırakması, yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin sağlık hakkına ilişkin 12 nci maddesinin ikinci fıkrasının (d) bendinde hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve tıbbi bakım sağlayacak koşulların yaratılması amacıyla taraf devletlerin gerekli tedbirleri alacakları hükme bağlanmıştır. Yine Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenen sosyal devlet, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlayan devlettir. Sosyal devlet sağlık hakkının tam olarak gerçekleştirilmesi için gereken önlemleri almayı zorunlu kılmaktadır.

Yorum Belgesinin "Koruma" başlıklı düzenlemesi, üçüncü kişiler tarafından tedarik edilen sağlık bakımı ve sağlık hizmetlerine eşit erişimi sağlayacak yasal düzenlemeleri yapma veya bununla ilgili başka tedbirler alma; sağlık sektörünün özelleştirilmesinin sağlık tesislerinin, mal ve hizmetlerinin mevcutluğu, erişilebilirliği, kabul edilebilirliği ve niteliği için bir tehlike oluşturmamasını güvence altına alma ve pratisyen hekimlere diğer sağlık personelinin uygun standartta eğitim, bilgi ve etik davranış kurallarına sahip olmalarını sağlama görevlerinin taraf devletlerin yükümlülükleri arasında saymaktadır.

Sağlık hizmetlerinin sunumuna, hizmetin organizasyonuna, sağlık hizmetinin niteliğine uygun olarak yapılmayan düzenleme ile kamu sağlık tesisi içindeki tüm sağlık hizmetlerinin ve sağlık hizmeti ile bağlantılı diğer tüm hizmetlerin "gördürülmesine" olanak sağlayan iptali istenen düzenleme Anayasanın 17 nci ve 56 ncı maddelerine de aykırı olup iptali gerekir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "… ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin …" ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendindeki "… veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi …" ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 6428 Sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (c) Bendindeki "tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında …" İbaresi ile 2 nci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasındaki "… tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinde, "tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında" yükleniciye bedel ödeneceği öngörülür iken; 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda kullanımlarında bulunan tesislerin yenilenmesi işlerini, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yaptırabileceği kuralları getirilmektedir.

İptali istenen düzenlemelerde geçen "belli hizmetler" ibaresinde belirlilik yoktur ve tıbbi hizmetlerden hangilerini kapsayıp, hangilerini kapsamadığı belirsizdir.

Oysa, hukuk devleti ilkesi kurallarda belirlilik gerektirir. 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. İptali istenen "… tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması …" ibareleri, belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasanın 7 nci maddesindeki "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir. Bu yetki devredilemez" kuralına göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucunun, ilkelerini koymadan, sınırlarını belirlemeden ve çerçevesini çizmeden "tesislerdeki belli hizmetleri" belirleme yetkisini idareye bırakması, yasama yetkisinin devri anlamına geldiğinden Anayasanın 7 nci maddesine aykırılık oluşturur.

Sınırları belirlenmeden yetki kullanımına olanak veren düzenleme sonucu tüm tıbbi hizmetlerin yükleniciye bırakılması söz konusudur. Bu tür yetki kullanımı nedeniyle sağlık hizmetlerine erişimi olumsuz etkilemeyecek, güvenceler getirilmemiştir. Belli hizmetlerin sunulmasının devri kapsamında özel hukuk sözleşmesiyle, şirketlere devredilecek sağlık hizmetlerinin tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimini olumsuz etkilemesini önleyici güvencelere de yer verilmemiştir.

Söz konusu tesise sağlık hizmeti almak üzere başvuran hastaların ve diğer tıp alanlarının özel şirkete devredilen sağlık hizmeti alanındaki hekimlerden konsültasyon hizmetlerini almalarını sağlayıcı hükümler de bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali istenen düzenlemedeki belirsizlik tıpta uzmanlık eğitimi hizmetlerini olumsuz etkileyecek niteliktedir. Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 günlü ve 2010/29E.-2010/90K. Sayılı kararında da sağlık hizmetine erişimi kısıtlayacak düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu açıkça belirtilmiştir.

Devredilebilecek hizmetlerin niteliği, devrin kurallarına ilişkin herhangi bir belirleme yapılmaksızın "tesislerdeki belli hizmetlerin" ibaresi ile düzenleme yapılması ve bu yolla sağlık hizmetlerinin yüklenicilere bırakılması Anayasanın 17 nci ve 56 ncı maddelerine de aykırılık oluşturur.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendindeki "tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında …" ibaresi ile 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "… tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması …" ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6428 sayılı Kanunun 3 üncü Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrasında, gerek görülmesi hâlinde birden fazla tesisin yapım veya yenileme işinin tek bir ihale ile yaptırılabileceği kurala bağlanmaktadır.

6428 sayılı Kanunun genel gerekçesinde, "yap-kirala-işlet-devret" modeli, "Bu modelde kamu ve özel sektör, kendilerine mahsus üstün özellikleriyle birbirini

tamamlamakta ve ortaya çıkan bu yapının sağladığı güçle kamu hizmetlerinin sunulmasındaki ekonomik zorluklar aşılarak kamu yararı sağlanmaktadır. Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta" ifadeleri ile gerekçelendirilerek yapılacak tesislerin ve edinilecek ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin, büyük sermayeler gerektirdiğine vurgu yapılmakta ve bu niteliğinden dolayı da yüzde sekseninin kredi ile yapılmasına olanak tanınmaktadır.

Dolayısıyla, söz konusu işlerin proje maliyeti devletin bütçe imkanlarını zorlayacak derecede yüksektir ve yüksek olduğu için de devlet tarafından yapılamayıp, özel sektöre yaptırılmakta ve söz konusu tesisleri devlet 30 yıl boyunca kiralayarak bütçeye olan maliyetini yıllara yaymaktadır.

Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrasında devlete; para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemesi için gerekli önlemleri alma ve piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önleme görevleri verilmiştir.

Devletin bütçe imkanlarıyla yapamayacağı derecede mali boyutu yüksek olan söz konusu tesislerin yapım ve yenilenmesine ilişkin birden fazla tesisin yapım, yenileme ve hizmet sunumu işlerinin tek bir ihale kapsamında toplanıp tek bir ihale kapsamında ihale edilmesi, sağlık hizmetleri sektöründe rekabeti ortadan kaldıran ve tekelleşmeye yol açan bir nitelik taşıdığından, Devlete Anayasanın 167 nci maddesinin birinci fıkrasıyla verilen görevlerle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası Anayasanın 167 nci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

6) 6428 Sayılı Kanunun 3 üncü Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasındaki "… idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (6) numaralı fıkrasında, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen "mali ve teknik yeterlik

kriterleri"nin neler olduğu yasayla belirlenmek yerine, hiçbir ölçü getirilmeden ve çerçeve çizilmeden "mali ve teknik yeterlik kriterleri"ni belirleme yetkisi bütünüyle idareye bırakılmaktadır.

Bütçe olanaklarıyla yapılamayacak derecede mali güç gerektiren işlerin ihalelerinde isteklilerin ihale konusu işi yapabilme yeterliliklerini gösteren "mali ve teknik yeterlik kriterleri"nin neler olduklarının, kuvvetler ayrılığına dayalı bir hukuk devletinde yasayla belirlenmesi gerekir.

Nitekim, 04.01.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 10 uncu maddesinde, ihaleye katılımda isteklilerde aranacak yeterlik kriterleri, ihalelerde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, kamuoyu denetiminin, ihtiyaçların uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ile kaynakların verimli kullanılmasının gereği olarak, "ekonomik ve mali yeterlik" ve "mesleki ve teknik yeterlik" bağlamında tek tek sayılmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, 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 yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğunun bilincinde olan devlettir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk devleti, tüm eylem ve işlemlerinde yönetilenlere en güçlü ve en kapsamlı şekilde hukuksal güvence sağlayan devlettir. Hukukun üstünlüğünün egemen olduğu bir devlette hukuk güvenliğinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur.

Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik ise, herkesin bağlı olacağı hukuk kurallarını önceden bilmesi, tutum ve davranışlarını buna göre düzene sokabilmesidir.

İhaleye istekli olabileceklerde aranacak mali ve teknik yeterlik kriterlerinin yasayla belirlenmek yerine, her ihalede değişebilecek şekilde idareye bırakılmasıyla

hukuksal belirsizlik yaratılarak, kişilerin hukuk güvenliklerinin ortadan kaldırılması, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi uyarınca, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. 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.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, 18.06.1985 günlü ve E.185/3, K.1985/8 sayılı kararında, "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." şeklinde açıklık getirmiştir.

Bu bağlamda, ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen "mali ve teknik yeterlik kriterleri"nin neler olduğunun hiçbir ölçü getirilmeden ve çerçeve çizilmeden belirleme yetkisinin bütünüyle idareye bırakılması Anayasanın 7 nci maddesindeki yasama yetkisinin devredilmeyeceği kuralına aykırılık oluşturur.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (6) numaralı fıkrasındaki "… idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile …" ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6428 Sayılı Kanunun 3 üncü Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının (b) ve (c) Bentlerinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" halinde; (c) bendinde ise, "İhale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi"

durumunda, ihalelerin pazarlık usulüyle yapılacağı; (b) bendindeki işlerin pazarlık usulüyle ihalesinde ilan yapılmayacağı kuralları getirilmektedir.

6428 sayılı Kanunla sağlık hizmetlerinin devlete ait sağlık tesislerinde kamu hukukuna tabi idari süreçlerde sunulmasından vaz geçilerek, devletin gözetim ve denetiminde özel sektör eliyle sunulması ve bedelinin kamu bütçesinden ödenmesi öngörülmekte; bu bağlamda gelecek siyasal iktidarların 30 yılını da bloke eden temel bir politika değişikliğine gidilmektedir.

Kamu siyasalarına ilişkin temel politika değişikliklerinin uzun araştırma ve inceleme süreçlerinden sonra verilmesi ve gelecek siyasal iktidarların tercihlerini bloke etmemesi gerekeceğinde kuşku yoktur. Ancak, gerekli araştırma ve incelemelerin yapılıp kurum görüşlerinin Kanun Tasarısına eklenmediği Kanun Tasarısından, gelecek iktidarların siyasa tercihlerini 30 yıl boyunca bloke ettiği de Kanundan anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde, "ön fizibilite raporuna" yer verilmiştir.

Sağlık hizmetlerinin sunumunda temel politika değişikliğine gidildiği ve tesis ve hizmetlerin ihalesinden önce "ön fizibilite raporu"nun öngörüldüğü bir süreçte, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması" gibi bir gerekçeyle ihalenin pazarlık usulüyle yapılmasının maddi tabanı ve gerçekliği olamaz. Çünkü, yapılması öngörülen tesisler, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması" sebeplerine değil; temel politika değişikliğine dayanmakta ve Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması"na konu oluşturabilecek "acil yardım merkezi", "halk sağlığı polikliniği", "diş sağlığı merkezi" gibi küçük merkez ve poliklinikleri değil; devlet bütçesiyle karşılanamayacak derecede büyük mali güç gerektiren devasa tesisleri konu almaktadır. Dolayısıyla, açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulüyle ihale edilmesi gereken devasa tesis ve hizmetlerin, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması" sebepleriyle, pazarlık usulüyle ihale edilebilmesinde neden-sonuç ilişkisi olmadığı gibi ölçülülük de yoktur.

Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 gün ve E. 2012/102, K. 2012/207 sayılı Kararında belirtildiği üzere, "Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını; "gereklilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir."

İdarelere takdir hakkı tanıyan düzenlemeler yapılması kamu hizmetlerinin kesintisiz ve sürekli bir şekilde yürütülmesi için gereklidir. Ancak bu düzenlemeler takdir hakkını keyfiliğe taşıyacak nedensiz argümanlar boyutuna ulaşmamalıdır. Devlet bütçesinin kaldıramayacağı mali boyutu oldukları gerekçesiyle sağlık hizmetlerinin sunumunda, gelecek iktidarların 30 yıllık politika seçeneklerini de bloke eden temel siyasa değişikliğinde, "Doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması" gibi gerekçelerin arkasına sığınarak 30 yılın bütçesini ilgilendiren ihalelerin pazarlık usulüyle yapılmasının elverişlilik, gereklilik ve ölçülülük kriterlerine uymadığı ek açıklama yapılmayacak derecede açıktır.

Öte yandan, 6428 sayılı Kanun kapsamındaki ihale konusu işlerin tamamı, özgün nitelikte ve karmaşıktır. Özgün nitelikte ve karmaşık olmaları, pazarlık usulüyle ihale edilmelerine gerekçe oluşturacak ise tamamının pazarlık usulüyle ihale edilmesi gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Ancak, özgün ve karmaşık nitelikte olmaları nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenebilmesi için, Kanunun 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında idarelere söz konusu projeler için danışmanlık ile araştırma-geliştirme hizmeti satın alma olanağı getirilmiş; (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde "ön fizibilite raporu", (n) bendinde "ön proje" (i) bendinde "kesin proje" ve (t) bendinde "uygulama projesi" yapılması öngörülmüştür. Tüm bunlara rağmen, ihale konusu işin teknik ve mali özellikleri

belirlenemiyor ise, teknik ve mali özellikleri dahi belirlenemeyen işleri ihale etmeye ve yaptırıp işlettirmeye ve bunlar için kamu bütçesinden 30 yıl süresince bedel ödemeye kalkışmak, "bulanık suda balık avlamak"tan da beter bir kamusal belirsizliğe dayalı bilinemezliğe tekabül ettiğinden hiç yaptırmamak gerekecek; belirsizliğe dayalı kamusal faaliyetlere kaynak aktarılmasında kamu yararı bulunmayacağından Anayasanın 2 nci maddesine aykırılık oluşturacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6428 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentleri Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 6428 Sayılı Kanunun 4 üncü Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

a- (4) Numaralı Fıkranın Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

4628 sayılı Kanunun (4) numaralı fıkrasında "İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir." denilmiştir.

(4) numaralı fıkranın birinci cümlesi ile, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleme ve denetletme konusunda idareye verilen yetkinin çerçevesi çizilmemiş, temel ilkeleri gösterilmemiştir. İdarece yapılacak ve yaptırılacak denetimin ve Sağlık Bakanlığı tarafından kurulması öngörülen denetim sisteminin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, söz konusu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve bu belirsizliğin Anayasanın 2 nci maddesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

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.

b- (4) Numaralı Fıkranın İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

(4) numaralı fıkranın ikinci cümlesi ile, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak kurulacak "denetim ve yönetim sistemi" konusunda da yürütme organına (Bakanlığa); 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)

Diğer taraftan Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması düşünülemez (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225). Bu nedenle de belirtilen kural Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 21/02/2013 Tarihli ve 6428 Sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 4 üncü Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine,

b- İkinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine,

aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

9) 21.02.2013 Tarihli ve 6428 Sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 13 üncü Maddesi ile 28.03.2002 Tarihli ve 4749 Sayılı Kanuna Eklenen 8/A Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

a- 8/A Maddesinin Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi ile, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci cümlesinde; genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından yap-işlet-devret modeliyle gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari 1 milyar lira olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ve yap-kirala-devret modeliyle gerçekleştirilmesi planlanan, tutarı asgari 500 milyon lira olan sözleşmelerde; sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması hükmünün bulunması halinde, sözkonusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansman ve bu finansmana ilişkin Mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilmesine

karar vermeye, üstlenime konu Mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ilişkin usul ve esasları düzenlemeye Bakanlar Kurulunun yetkili olması öngörülmüştür.

8/A maddesinin birinci cümlesinde Bakanlar Kuruluna verilen yetki düzenlenirken, "üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir." denilmiştir.

Bu kural ile Hazine Müsteşarlığı'nın üstleneceği mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirleme ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esaslar konusunda; temel ilkeler belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin sınırsız, belirsiz, geniş bir ekonomik alan Bakanlar Kurulu'nun düzenlemesine bırakılmıştır.

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 üstlenime konu Mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ilişkin usul ve esasları düzenleme konusunda Bakanlar Kuruluna yetki veren kural, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

Ayrıca nesnel yasa kuralları ile sınırları gösterilmemiş bir yetkinin, keyfi uygulamalara yol açabileceği ve bu nedenle Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi ile de uyumlu olamayacağı da kuşkusuzdur. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da beklenemez.

b- 8/A Maddesinin Altıncı Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi ile, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin beşinci cümlesinde "Bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limiti, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenir." denildikten sonra altıncı cümlesinde "Söz konusu limiti bir katına kadar artırmaya Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir." denilmiştir.

Görüldüğü üzere altıncı cümle ile, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenmesi öngörülen limiti bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkili kılınmış, diğer bir ifade ile bütçe kanunu ile belirlenecek limitin özel bir Kanun olan 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesindeki sözkonusu düzenleme ile arttırılması yani değiştirilmesi öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 28.12.2005 gün ve E.2005/146, K.2005/105 sayılı kararında;

"Anayasanın 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.

Anayasanın 88. ve 89. maddelerinde yasa tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce görüşülmesi usul ve esasları ile yayımlanması düzenlenirken, bütçe yasa tasarılarının görüşülme usul ve esasları 162. maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu maddeye göre, bütçe yasa tasarılarının görüşülmesinde ayrı bir yöntem kabul edilmiş, Genel Kurul'da üyelerin gider artırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiştir. Anayasanın 89. maddesinde de, Cumhurbaşkanı'na bütçe yasalarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ne geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasanın 163. maddesinde, bütçelerde değişiklik yapılabilmesi esasları ayrıca düzenlenmiş, Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilmemiştir.

Anayasada birbirinden tamamen ayrı ve değişik biçimde düzenlenen bu iki yasalaştırma yönteminin doğal sonucu olarak birinin konusuna giren bir işin, ötekiyle ilgili yöntemin uygulanması ile düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılması mümkün bulunmamaktadır.".

Bu nedenle iptali istenen cümle Anayasanın 163 üncü maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin 16.04.2003 gün ve E.2003/35, K.2003/35 sayılı kararında da;

"Anayasanın 161. maddesinin son fıkrasında, "Bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz" denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, bütçe yasalarının öteki yasalardan ayrı olmaları nedeniyle, bir yasa kuralı nasıl aynı nitelikte bir yasa kuralıyla değiştirilebilirse bütçe yasalarının da aynı yöntemle hazırlanmış ve kabul edilmiş bir bütçe yasası ile değiştirilmesi gerekir."

denilmiştir.

Anayasanın 153 üncü maddesinde açıkça "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri

bağladığından söz edilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyle karşılanamaz (Anayasa Mahkemesinin 22.03.2006 gün ve E.2006-22, 2006-40 sayılı Kararı).

İptali istenilen bu cümle Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçelerine aykırı bir düzenleme getirdiği için Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşması da beklenemez.

Açıklanan nedenlerle Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenmesi öngörülen limiti bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kuruluna yetki veren kural Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 163 üncü maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

c- 8/A Maddesinin Diğer Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

8/A maddesinin diğer cümleleriyle de Müsteşarlık tarafından gerçekleştirilecek borç üstlenimine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin iptali halinde bu maddenin diğer cümlelerinin de uygulanma olanağı kalmayacaktır.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, Yasa'nın belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesi'nce iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

Bu nedenle 8/A maddesinin diğer cümlelerinin de uygulama olanağı kalmayacağından iptal edilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı

ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması düşünülemez (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225). Bu nedenle de belirtilen kural Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 21/02/2013 Tarihli ve 6428 Sayılı " Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" un 13 üncü maddesi ile 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin;

a- Birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b- Altıncı cümlesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 163 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

c- Diğer cümlelerinin uygulama olanağı kalmadığından,

iptalleri gerekmektedir.

10) 6428 Sayılı Kanunun 25 inci Maddesiyle Değiştirilen 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 51 inci Maddesinin İkinci Fıkrasındaki " … döner sermaye ek ödemesi dahil …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle değiştirilen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 51 inci maddesinin ikinci fıkrasıyla, Bakanlık ve bağlı kuruluşları tarafından insanî ve teknik yardım amacıyla yurt dışında kurulacak geçici sağlık hizmet birimlerinde geçici süreli görevlendirilenlere, gittikleri ülkelerde sürekli görevle bulunan ve dokuzuncu derecenin birinci kademesinden aylık alan meslek memurlarına ödenmekte olan yurt dışı aylığını geçmemek üzere unvanları itibarıyla Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen tutarda aylık ödeme yapılacağı ve ayrıca bunların döner sermaye ek ödemesi dâhil her türlü mali ve sosyal haklardan faydalanmaya devam edecekleri kurallaştırılmaktadır.

04.01.1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasında, döner sermaye gelirlerinden, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atananlara mesai içi veya mesai dışı ayrımı yapılmaksızın ek ödeme yapılabileceği; sağlık kurum ve kuruluşlarında Bakanlıkça belirlenen hizmet sunum şartları ve kriterleri de dikkate alınmak suretiyle, bu ödemenin oranı ile esas ve usullerinin, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlar esas alınarak Maliye Bakanlığının uygun görüşü üzerine Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği kurallarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, döner sermaye ek ödemesi, döner sermayeli sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapanlara verilmekte ve ödemenin oranı ve esas ve usulleri ise, personelin unvanı, görevi, çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurlara dayandırılmış bulunmaktadır.

Öte yandan, 209 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 6428 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle değişik üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı ikinci ve üçüncü basamak sağlık tesislerinde görevli personele yapılacak ek ödeme toplamının, ilgili birimin cari yıldaki hizmet bedelinden ayrı olarak faturalandırılan ilaç ve her türlü tıbbi sarf malzemesi gelirlerinin yüzde kırk beşini, diğer döner sermaye gelirlerinin ise yüzde ellisini aşamayacağı belirtilmektedir.

Bu bağlamda, yurtdışında görevlendirilenler, bir yandan döner sermaye ödemesinin oranı ile esas ve usullerine ilişkin; çalışma şartları ve süresi, hizmete katkısı, performansı, tetkik, eğitim-öğretim ve araştırma faaliyetleri ile muayene, ameliyat, anestezi, girişimsel işlemler ve özellik arz eden riskli bölümlerde çalışma gibi unsurları taşımadıkları gibi, diğer yandan, personele ödenecek döner sermaye geliri tıbbi sarf malzemesi gelirlerinde yüzde kırkbeş, diğer döner sermaye

gelirlerinde ise yüzde elli ile sınırlandırılmış olduğundan; yurtdışında geçici görevlendirilenlere ödenecek döner sermaye geliri, döner sermaye gelirini elde eden personele ödenecek gelirin azalmasına yol açacaktır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi yasa önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemektedir. Yasa önünde eşitlik ilkesi, birbirinin aynı durumda olanlar için ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. Kimi kişilerin haklı bir nedene dayanılarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamakta, hatta bunların durumu ve konumlarındaki özellikleri, kimi kişi ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılmakta, özelliklere ve aykırılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılarsa da, aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturmaktadır. Anayasa ile eylemli değil, hukuksal eşitlik amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir. İptali istenen düzenleme, hukuksal durumları ayrı olanlara aynı kuralların uygulanmasını öngörerek, döner sermaye gelirini elde edenlere ödenecek döner sermaye gelirinde azalmaya yol açtığından, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 6428 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle değiştirilen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 51 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki " … döner sermaye ek ödemesi dahil …" ibaresi, Anayasanın 10 uncu maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6428 sayılı Kanunun, Anayasanın 2 nci, 161 inci ve 163 üncü maddelerine aykırı olmanın yanında, Devlete ve bütçesine 30 yıl süreli bir mali yükümlülük getirdiği gözetildiğinde, Anayasanın 163 üncü ve 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde öngörülen kuralların yerine getirilmediği ve alternatif hizmet sunum yöntemlerinin maliyet ve risk analizlerinin yapılıp siyasal iktidarın tercihi ideolojik

niteliğinden arındırılarak teknik bir maliyet-yarar tercihine büründürülmediği sürece, bugünün siyasi iktidarının ideolojik tercihi ve bürokratlarının imzası, her siyasi iktidara göre değişebilen sağlık politikaları bağlamında yarın için gelecek hükümetlerin kamu yararı takdirini 30 yıl süreyle bloke ederek olumlu olumsuz yeni bir tasarruf yapmasını (tahkim yolu da açık tutulduğu gözetildiğinde) bütünüyle olanaksız kılmaktadır.

Gerekliliği ve kamu yararına sonuç doğuracağı teknik gerekçeleriyle ortaya konmayan Yasaya göre yapılan sözleşmelerin, bu sözleşmelerin imtiyaz sözleşmesi şeklinde yapılmayarak Danıştayın öndenetiminden kaçırıldığı da gözetildiğinde tek tek yurttaşlar ve tüm toplum için ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlara yol açacağı açıktır. Aynı zarar ve ziyanlar pazarlık usulüyle yapılması öngörülen ihaleler için de geçerlidir.

6428 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasında; İdarece yapılacak ve yaptırılacak denetimin ve Sağlık Bakanlığı tarafından kurulması öngörülen denetim sisteminin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesi, bu kuralın belirsizliğine de yol açmakta ve kişilerin hukuki güvenliğini de zedeleyici bir nitelik taşımaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesi ile belirlilik ilkesi, "hukuk devleti ilkesi "nin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan "hukuki güvenlik 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. "Belirlilik ilkesi" ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Bu nedenle iptali istenilen bu kuralların uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açabilecektir.

8/A maddesinin birinci cümlesi ile üstlenime konu Mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ilişkin usul ve esasları düzenleme konusunda Bakanlar Kuruluna yetki veren kural, yasama yetkisinin devri anlamına

geldiğinden ve yine bu maddenin altıncı cümlesi ile bakanlar kuruluna verilen yetki de Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenen limitin bütçe dışı yasa ile değiştirilmesi anlamını taşıdığı kuşkusuz olduğundan uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açabileceği 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 ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

21.02.2013 tarihli ve 6428 sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un;

1) Tümü ve ayrı ayrı tüm maddeleri, Anayasanın 2 nci, 161 inci ve 163 üncü maddelerine,

2) 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki, "… özel hukuk hükümlerine göre …" ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendindeki, "… özel hukuk hükümlerine göre …" ibaresi ve 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "… özel hukuk hükümlerine tabi olup …" ibaresi, Anayasanın 155 inci maddesine,

3) 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "… ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin …" ibaresi ile (2) numaralı fıkrasının (ö) bendindeki "… veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak

gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi …" ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine;

4) 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendindeki "tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında …" ibaresi ile 2 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "… tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması …" ibaresi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 17 nci ve 56 ncı maddelerine,

5) 3 üncü maddesinin (3) numaralı fıkrası, Anayasanın 167 nci maddesine,

6) 3 üncü maddesinin (6) numaralı fıkrasındaki "… idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile …" ibaresi, Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine,

7) 3 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentleri, Anayasanın 2 nci maddesine,

8) 4 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasının,

a- Birinci cümlesi, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine,

b- İkinci cümlesi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine,

9) 13 üncü maddesi ile 28.03.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin,

a- Birinci cümlesi, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine,

b- Altıncı cümlesi, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 163 üncü maddelerine,

c- Diğer cümlelerinin uygulama olanağı kalmadığından,

10) 25 inci maddesiyle değiştirilen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 51 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki " … döner sermaye ek ödemesi dahil …" ibaresi, Anayasanın 10 uncu maddesine,

aykırı olduklarından 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. 07.05.2013"

B- Ek Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"1) 21.02.2013 Tarihli ve 6428 Sayılı "Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İşbirliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un Tümünün ve Ayrı Ayrı Tüm Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

Dava Dilekçesinde de belirtildiği üzere devletin varlık nedenlerinden biri olan ve kamu hizmeti olduğu hiç tartışılmayan sağlık hizmetlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu personeli eliyle ve kamucu anlayışla üretilmesinden, 6428 sayılı Kanun ile vaz geçilerek, gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı ve gelecekteki siyasi iktidarların 30 yılını bloke edici yeni bir modele geçilmektedir.

6428 sayılı Kanunun tek tek maddeleriyle tümü bu yeni modeli uygulanabilir kılmak için sistemli olarak kurallaştırmış; başka bir anlatımla modeli kodifiye etmiştir.

Ancak, bu kodifiyeye ilişkin model, kaynağını Anayasadan almamakta, aksine Anayasaya aykırılık taşımaktadır. Bu yanıyla tek tek ağaçlara bakmakla nasıl orman anlaşılamıyorsa, sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin yeni sistem bağlamında Kanunun tek tek maddeleri değil, maddelerin bütünüyle oluşturulan model anlam ifade ettiğinden, Anayasal denetimde tek tek maddelerle getirilen modelin bütünlüğünü ortaya koymak ve Anayasaya aykırılığı bu bütünlük içinde değerlendirmek önem taşımaktadır.

Bu itibarla Dava Dilekçesinde, 6428 sayılı Kanunun tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin Anayasanın 2 nci, 161 inci ve 163 üncü maddelerine aykırılığı gerekçesiyle iptali istenmiştir.

Ancak, bu defa Yüksek Mahkemenin ilgide belirtilen kararındaki gerekçe anlaşılabildiği kadarıyla göz önüne alınarak Anayasaya aykırılık iddiasında,

modelin esasını oluşturan maddeler ile model bağlamında anlam ifade eden maddeler ayrımına gidilecektir.

a) 6428 Sayılı Kanunun 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

6428 sayılı Kanunla -Kanundaki ifadeyle "kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde-, Sağlık Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatının ilgili birimleri ile taşra teşkilatına ait sağlık kurum ve kuruluşlarının, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesi, onarımı, ileri teknoloji veya yüksek mali kaynak gerektiren donanımın temini ve hizmetlerin yaptırılması, tesisteki niteliği belirsiz bazı hizmetlerin sunulması vb. karşılığında; ticari hizmet alanlarının (mecburi ve ihtiyari) yükleniciye tahsisi ile yüklenicinin sözleşme kapsamında yaptığı tesislerin kullanım bedeli ile tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetler ile tesiste sunacağı sağlık ve yardımcı sağlık hizmetleri karşılığında hizmet bedeli ödenmesi, yüklenicinin kullandığı dış kredilerin Devlet borcuna dönüştürülmesi, finansman maliyetleri ile kur riski ve enflasyondan kaynaklanan maliyetlerinin Hazine tarafından üstlenilmesi ve yüklenicilere müşteri ve kar garantisi sağlamak suretiyle kamu sağlık hizmetlerinin sunulması öngörülmektedir.

Böylelikle, T.C. Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatının her türlü hizmet ve esenlik binaları ile tedavi kurumlarının yaptırılması, onarılması ve yenilenmesi ile tedavi hizmetlerinde kullanılan ekipman ve donanımın edinilmesi ve tedavi edici sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin sunulmasında, taraflar arasında yapılacak 30 yıl süreli bir sözleşme çerçevesinde, sağlık hizmeti gibi sosyal hukuk devleti ilkesini ilgilendiren ve her siyasi partinin ideolojisi ve parti programları temelinde farklı çözüm yolları olan bir alanda, devletin 30 yıl boyunca kiracı ve tedavi hizmeti satın alıcısı olarak belirsiz bir bedel üzerinden yüklenim altına girdiği, yüklenicinin yapım işlerinde kullandığı dış kredi borçlarının Devlet borcuna dönüştürüldüğü, tüm finansman maliyetlerinin kamu maliyesi üzerine yıkıldığı, yüklenicinin enflasyon ve kur değişiminden kaynaklanan finansal risklerinin kamu tarafından üstlenildiği, yükleniciye müşteri ve kar garantisi sağlandığı ve dolayısıyla sağlık hizmetlerinin kamu hukukuna

tabi idari süreçlerde kamu personeli eliyle kamucu anlayışla üretilmesinden vaz geçilerek gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı ve gelecekteki siyasi iktidarların 30 yılını bloke edici yeni bir modele geçilmektedir.

Gerçekten de 6428 sayılı Kanunun maddeleri incelendiğinde;

1 inci maddesinde Kanunun amacı ve kapsamı, "ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemek" şeklinde ortaya konarak, Kanunda yer alan kavramların tanımları yapılmakta;

2 nci maddesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirlenecek bedel karşılığında tesis, mevcut tesislerin yenilenmesi, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması, ticari hizmet alanlarının işletilmesi işlerini bedeli karşılığında yaptırabileceği ile ihale ve harcama yetkililerine ilişkin düzenlemeler yer almakta;

3 üncü maddesinde, model kapsamında yapılacak yapım, yenileme ve hizmet alımı işlerini, 4734 sayılı Kanundan ayrık tutan ihale usul ve esaslarına yer verilmekte;

4 üncü maddesinde, sözleşmenin içeriği ve kapsamı düzenlenmekte ve bu kapsamda, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olup süresinin sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı aşmamak üzere idare tarafından belirleneceği, sözleşme süresinin sonunda tesislerin Bakanlığa devredileceği, idarenin sözleşmede öngörülen bedeli yükleniciye ödemekte gecikmesi halinde gecikme faizi ve şartlarının sözleşmede düzenleneceği, yüklenicinin sözleşmeyi devredebileceği, sabit yatırım dönemi ile işletme döneminde yüklenicinin taahhütlerini yerine

getirmemesi halinde idarenin kullanacağı yetkilerle uygulayacağı cezalar, yüklenici ile yapılacak tüm sözleşmelerin feshi halleri, sözleşmelerin uygulanması sırasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk ve yetkili mahkeme ile tahkim usulü düzenlenmekte;

5 inci maddesinde, bedel ve sözleşme süresinin tespitinde esas alınacak hususlar ile bedelin bir unsuru olarak yükleniciye sağlanan enflasyon ve kur riski garantisi, finansman ve/veya borç yapılandırılmasına ilişkin esasların sözleşmede düzenleneceği ile yükleniciye ödenecek bedelin Sağlık Bakanlığına veya bağlı kuruluşlarına ait döner sermaye bütçesi ile merkezi yönetim bütçesinden ödeneceği;

6 ncı maddesinde, yüklenicinin yapım işleri için tahsis edeceği öz kaynağın, sözleşmede belirtilen yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamayacağı ve dolayısıyla yüzde seksenini kredi ile finanse edebileceği;

10 uncu maddesinde, Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği;

13 üncü maddesinde ise, 3996 sayılı Kanuna göre Yap-İşlet-Devret Modeli ile, 6428 sayılı Kanun ile 652 sayılı KHK hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi halinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansman ve varsa bu finansmanın teminine ilişkin türev ürünlerden kaynaklananlar da dahil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenileceği, bunların limitinin bütçe kanunlarında gösterileceği, limitin bir katına kadar Bakanlar Kurulu tarafından artırılabileceği, bunların devlet dış borcu olarak kaydedileceği ve bunların idarelerden tahsiline ilişkin kurallara yer verilmektedir.

Modele geçiş Tasarının genel gerekçesinde, "Kamu özel işbirliği, kamu hizmetleri için kamu ve özel sektör arasındaki işbirliği anlaşmalarını ifade etmekte olup, işbirliği yapan taraflar arasında yatırım, risk, sorumluluk ve kazancın paylaşılması ile karakterize edilmektedir. Bu model ile yaptırılan tesislerdeki sağlık hizmetleri ise kamu tarafından sunulmaya devam edilmektedir.

Bu modelde kamu ve özel sektör, kendilerine mahsus üstün özellikleriyle birbirini tamamlamakta ve ortaya çıkan bu yapının sağladığı güçle kamu hizmetlerinin sunulmasındaki ekonomik zorluklar aşılarak kamu yararı sağlanmaktadır. Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır." şeklinde gerekçelendirilmektedir.

Ancak, Tasarının genel gerekçesindeki bu ifadeleri, 6428 sayılı Kanun doğrulamamaktadır.

6428 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasında, yapım işleri için gerçekleştirilecek öz kaynağın, sözleşmede belirtilen yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamayacağı belirtilerek, geriye kalan yüzde sekseninin iç ve dış piyasalardan kullanılacak kredilerle finanse edilmesi öngörülmekte; çerçeve 13 üncü maddesiyle, kredinin yabancı para birimi üzerinden edinilmesi halinde, kullanılacak kredi tutarını Bakanlar Kurulu kararıyla Hazine'nin üstlenmesi öngörülmekte; 5 inci maddesinin (1) numaralı fıkrası ile ise, yükleniciye ödenecek bedel ÜFE ve TÜFE ortalaması yanında döviz kuru değişimine karşı da güvence altına alınıp, yüklenicinin enflasyon yanında kur riski de sıfırlanarak finansal risklerin tamamı devlet üzerine bırakılmaktadır.

Sabit yatırım giderlerinin (sözleşmeye göre yüklenicinin kullanımında olabilecek zorunlu ve ihtiyari ticaret alanları dahil) yüzde sekseni kredi kullanımı ile karşılanacak; yabancı para cinsinden kullanılan krediler (3 yılda bitirilecek bir inşaat için dört yıl süre belirlemek ve örneğin uygulama sözleşmesine üçüncü yılın sonunda sözleşmenin feshedilerek tesisin idare tarafından devralınması gibi bir 'danışıklı dövüş' hükmü konulması ya da sözleşmenin süresinden önce feshedilmesi temelinde) Hazine tarafından üstlenilerek devlet dış borcu kapsamına alınacak ve yüklenicinin finansman maliyetleri ile finansal risklerinin tamamı (enflasyon ve kur riski) devlet tarafından üstlenilecek ve yükleniciye hizmet satışı ve kar garantisi verilecek ve bu kara finansman maliyetleri de dahil edilecek ise; söz konusu tesisleri T.C. Sağlık Bakanlığının kendisinin kredi kullanarak yapması ile özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması arasında kamu hizmetlerinin sunumuna ilişkin "ideolojik" tercih dışında hiçbir fark kalmamakta, genel gerekçedeki "Kamu özel işbirliği modeli, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayma, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanımakta; finansal risk, bakım ve

onarım maliyetleri ise özel sektörde kalmaktadır." ifadesi gerçeği yansıtmadığı gibi Devlet Hazinesi, yatırımcının kullandığı kredinin finansman maliyetlerinin tamamını bedelin içinde üstlenmenin yanında ayrıca finansman maliyeti üzerinden yükleniciye kar marjı oranında bir kaynak aktarımında da bulunmaktadır.

T.C. Sağlık Bakanlığı bütçesine getireceği mali yük açısından ise, söz konusu tesisleri kendisi kredi kullanıp yaptırdığında, kredi tutarı için sadece faiz ödeyecek iken, özel sektöre kredi kullandırıp yaptırması halinde yatırımcının kullandığı kredinin finansman maliyetlerinin (faiz, komisyon vb) tamamını bedelin içinde ödemenin yanında ayrıca finansman maliyeti üzerinden yükleniciye kar marjı oranında bir kaynak aktarımında da bulunacaktır. Yani olağan işletme karının içinde finansman maliyetine düşen kısmın da başka bir anlatımla faiz, komisyon vb. maliyet unsurlarının da karı olacağından olağan kardan başka ayrıca faiz vb. maliyetlerin karını da ödemek durumunda kalacaktır.

Dava dilekçesine yazılan maliyetlere ilişkin bu ifadelerin mantıksal çıkarımlar olup, herhangi bir teknik analiz ve hesaplamaya dayanmadığı ve dolayısıyla afaki olduğu ileri sürülebilir.

Anayasanın 2 nci maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, sosyal, bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş; 161 inci maddesinin birinci fıkrasında, devlet harcamalarının yıllık bütçelerle yapılacağı kurala bağlanmış ve 163 üncü maddesinde, cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi zorunludur kuralına yer verilirken; kaynağını Anayasanın 161 inci maddesinden alan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 14 üncü maddesinde ise aynen, "Merkezî yönetim kapsamındaki kamu idareleri; kamu gelirlerinin azalmasına veya kamu giderlerinin artmasına neden olacak ve kamu idarelerini yükümlülük altına sokacak kanun tasarılarının getireceği malî yükü, orta vadeli program ve malî plan çerçevesinde, en az üç yıllık dönem için hesaplar ve tasarılara eklerler. Sosyal güvenliğe yönelik kanun tasarılarında ise en az yirmi yıllık aktüeryal hesaplara yer verilir. Ayrıca, bu kanun tasarılarına Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı veya Hazine Müsteşarlığının görüşleri eklenir." denilmiştir.

Bu kurallara göre, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının hizmet ve tedavi kurumlarını bütçe olanakları içinde veya yeterli gelmez ise kendi borçlanarak kendi yapıp, sağlık hizmetlerini Anayasanın 128 inci maddesindeki kurallar çerçevesinde kamu personeli eliyle yürütmesi ile "Yap-Kirala-Devret Modeli" kapsamında yürütmesinin 30 yıl boyunca (yüklenicinin koyduğu finansmanın ana para ve faizi, kullanılan kredilerin ana para ve faizi, finansman giderleri, enflasyon ve kur riski ile bunların toplamına eklenen karı da kapsayan) kullanım bedeli, (karı da içeren) hizmet bedeli ve garanti ve borç üstleniminin risk primleri dahil olmak üzere maliyet ve risk analizlerinin yapılıp karşılaştırılması ve Sağlık Bakanlığı ile Hazine Müsteşarlığını yükümlülük altına sokacak mali yükün hesaplanıp kaynağının gösterilmesi ile Maliye Bakanlığı ile ilgisine göre Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin Kanun tasarısına eklenmesi Anayasal bir zorunluluktur.

Kanun Tasarısı, bu hukuksal zorunlulukların hiç biri yapılmadan Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmuştur. Dahası, 6428 sayılı Kanuna ilişkin 417 sıra sayılı Tasarının Plan ve Bütçe Komisyonu Raporuna Komisyonun CHP'li milletvekillerince yazılan Karşı Oy Yazısında, "Komisyon görüşmeleri sırasında, söz konusu yatırımların kamu yatırım programı kapsamında Sağlık Bakanlığı tarafından yapılmasının maliyetleri ile Yap-Kirala-Devret modeli ile yapılmasının maliyetlerinin karşılaştırılması ve bu kapsamda Sağlık Bakanlığı tarafından yapılan fizibilite çalışmalarının komisyonumuzda tartışılması taleplerimizin, ihale bilgilerinin deşifre edilmesi olur gerekçesi ile kabul edilmemesinin nedeni anlaşılamamıştır." denilmiş ve dolayısıyla, söz konusu Anayasal zorunluluklar Komisyon üyelerinin talebine rağmen, "ihale bilgilerinin deşifre olması" gibi gayri ciddi bir gerekçenin ardına sığınılarak yerine getirilmemiştir.

Devlet bütçesine 30 yıl boyunca mali yük getirecek ve dış kredi borcu üstleniminden dolayı Hazineyi kredi kullanım süresince mali risklerle karşı karşıya bırakacak nitelikte olan 6428 sayılı Kanuna ilişkin Tasarıda, mali kaynak gösterilmemesi ve yükümlülük altına girilecek mali yükün hesaplanmaması ve ayrıca Kanun tasarısına Maliye Bakanlığı ile DPT veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin eklenmemesi, Anayasanın 163 üncü maddesine; sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin 30 yıl süreyle yıllara yaygın hale getirilmesi ise, Anayasanın

161 inci maddesinde belirtilen asli ve sürekli hizmetler nedeniyle yapılacak kamu harcamalarının yıllık bütçe esasına göre yapılması esasına aykırıdır ve 6428 sayılı Kanunun iptali istenen maddelerinin iptalini gerektirir.

Anayasa Mahkemesinin, 30.12.2010 günlü, E.2008/84, K.2010/121 sayılı Kararında,

"Anayasa'nın, 'Bütçenin hazırlanması ve uygulanması' başlıklı 161. maddesinde,

'Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.

Mali yıl başlangıcı ile merkezi yönetim bütçesinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolü kanunla düzenlenir.

Kanun, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için özel süre ve usuller koyabilir.

Bütçe kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz.'

denilmektedir.

Bütçe, devletin gelirlerini toplamasına izin, giderlerini yapmasına da yetki veren bir kanundur. Buna göre, devlet, bir yıl süresince bütçe kanununda belirtilmesi koşuluyla harcama yapabilmekte ve gelir toplayabilmektedir. Başka bir ifade ile devlet, bütçe vasıtasıyla her yıl vergi ve benzeri yollardan Gayrisafi Milli Hasıla'dan alacağı payı ve kamu harcamaları yoluyla bunları sarf edeceği alanı belirler. Bu özelliği dolayısıyla bütçe, devlet için önemli bir planlama aracıdır.

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. Bütçe hakkı, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş

olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Yani parlamenter sistemin özü ve demokratik hukuk devleti ilkesi halkın kamu yönetimi üzerindeki denetimini temsilcileri vasıtasıyla gerekli kılmaktadır.

Bütçe yapısının fonksiyonunu ifa edebilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olmaktadır. Bütçe ilkeleri; bütçenin hazırlanması, görüşülüp onaylanması, uygulanması ve denetlenmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken kuralları ifade eder. Bu ilkeler, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkeleridir. Denetim, yönetim ve planlama aracı olabilmesi için bütçenin, kamu kesiminin tüm kaynak ve harcamalarını bütün ayrıntıları ile kapsaması gerekmektedir. Bütçe hukukunda yaptırıma bağlanması açısından yıllık olma ilkesi, bütçenin birliği ilkesi, genellik ilkesi ve adem-i tahsis ilkesi temel niteliktedir. Anayasa'nın 161. maddesinin birinci fıkrasındaki, 'Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır.' hükmünden, bütçenin birliği ilkesi, yıllık olma ilkesi ve genellik ilkesinin Anayasa tarafından temel hüküm olarak benimsendiği anlaşılmaktadır."

İfadelerine yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre, halk adına kamu gelirlerini toplama, bu gelirleri kamu faaliyetlerine çeşit ve miktarlarını belirleyerek tahsis etme, harcama konusunda yürütme organına sınırlarını belirleyerek oylamayla yetki verme ve sonuçlarını denetlemeyi kapsayan bütçe hakkı parlamentonundur.

Yine Anayasa Mahkemesine göre, bütçenin fonksiyonunu ifa edebilmesi ve dolayısıyla parlamentonun bütçe hakkını kullanabilmesi, temel bütçe ilkelerine uyulması ile mümkün olabilmekte; bütçe ilkeleri ise, devlet bütçelerinin temel özellikleri ve amaçlarının gerçekleşmesi için uygulanması zorunlu olan ulusal ve uluslararası alanda kabul görmüş klasik maliye biliminin ilkelerinden oluşmakta ve bu ilkeler bütçenin hazırlanması, görüşülüp oylanması, uygulanması ve

denetlenmesi ile ilgili kuralları içerip, Anayasanın 161 inci maddesinin birinci fıkrası, bütçenin birliği, yıllık olması ve genelliği ilkelerinin Anayasa tarafından temel hüküm olarak benimsendiğini ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesinin Anayasanın 161 inci maddesinde temel hüküm olarak benimsendiğini belirttiği "Bütçe İlkeleri", kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolü düzenlemek amacıyla yürürlüğe konulan 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun "Bütçe ilkeleri" başlıklı 13 üncü maddesinde, Bütçelerin hazırlanması, uygulanması ve kontrolünde aşağıdaki ilkelere uyulur:" denildikten sonra;

"a) Bütçelerin hazırlanması ve uygulanmasında, makroekonomik istikrarla birlikte sürdürülebilir kalkınmayı sağlamak esastır.

b) Kamu idarelerine bütçeyle verilen harcama yetkisi, kanunlarla düzenlenen görev ve hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla kullanılır.

c) Bütçeler kalkınma planı ve programlarda yer alan politika, hedef ve önceliklere uygun şekilde, idarelerin stratejik planları ile performans ölçütlerine ve fayda-maliyet analizine göre hazırlanır, uygulanır ve kontrol edilir.

d) Bütçeler, stratejik planlar dikkate alınarak izleyen iki yılın bütçe tahminleriyle birlikte görüşülür ve değerlendirilir.

e) Bütçe, kamu malî işlemlerinin kapsamlı ve saydam bir şekilde görünmesini sağlar.

f) Tüm gelir ve giderler gayri safi olarak bütçelerde gösterilir.

g) Belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi esastır.

h) Bütçelerde gelir ve gider denkliğinin sağlanması esastır.

i) Bütçeler, ait olduğu yıl başlamadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisi veya yetkili organlarca kabul edilmedikçe veya onaylanmadıkça uygulanamaz.

j) Bütçelerde, bütçeyi ilgilendirmeyen hususlara yer verilmez.

k) Bütçeler kurumsal, işlevsel ve ekonomik sonuçların görülmesini sağlayacak şekilde Maliye Bakanlığınca uluslararası standartlara uygun olarak belirlenen bir sınıflandırmaya tâbi tutularak hazırlanır ve uygulanır.

l) Bütçe gelir ve gider tahminleri ile uygulama sonuçlarının raporlanmasında açıklık, doğruluk ve malî saydamlık esas alınır.

m) Kamu idarelerinin tüm gelir ve giderleri bütçelerinde gösterilir.

n) Kamu hizmetleri, bütçelere konulacak ödeneklerle, mevzuatla belirlenmiş yöntem, ilke ve amaçlara uygun olarak gerçekleştirilir.

o) Bütçelerde, ödenekler belirli amaçları gerçekleştirmek üzere tahsis edilir."

Şeklinde sıralanmıştır.

5018 sayılı Kanunun 13 üncü maddesindeki bütçe ilkelerinden, doğrudan parlamentonun "bütçe hakkı"nı ilgilendiren ve uluslararası literatürde de klasik maliye biliminin klasik bütçe ilkeleri olarak kabul edilen bütçe ilkeleri ise, Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere bütçenin yıllık olma ilkesi, bütçenin birliği ilkesi, bütçenin genelliği ilkesi ve giderlerin tahsisi veya giderlerin özelliği ilkesidir.

Bütçenin yıllık olma ilkesi, bütçe ile verilen yetki süresinin bir mali yıl ile sınırlı olmasını ifade eder. Bu ilkeye göre, devletin mali faaliyetlerinin bir hesap dönemini kapsaması ve mali faaliyetlerin her yıl yeniden başlayabilmesi için parlamentonun her yıl ön izninin alınması ve bunları tamamlayan kurallara uyulması gerekir.

Tamamlayıcı kurallardan birincisi, bütçenin hazırlanması, görüşülmesi ve oylanmasının süreli olması ve bu sürecin her yıl yenilenmesidir. Aksi halde, önceden izin alma ve yetki verme süreci işlemez ve bütçenin tahmine dayalı bir belge olma niteliği kalmaz.

İkincisi, parlamentonun bütçe üzerindeki bütçe hakkından kaynaklanan yetkilerinin her yıl yenilenmesidir. Bunun anlamı, parlamentonun bütçeyle hükümete verdiği yetkinin bir yıl süreyle sınırlı olması, yani geleceği ipotek altına almamasıdır. Parlamentoların demokratik seçimlerle sık sık yenilendiği, keza aynı parlamento bileşiminden farklı hükümetlerin çıkabildiği temsili demokrasilerde bu kural, doğrudan parlamentonun bütçe hakkıyla ve dolayısıyla bizatihi temsili demokrasi ile ilgilidir. Bunun içindir ki vergi yasaları yıllık olmadığı halde, yasama organı her yıl kamu gelirlerinin toplanmasına yeniden izin verme hakkını; kamu hizmetleri sürekli olduğu halde, yasama organı bunlardan hangilerinin, hangi miktarlarda üretileceği ile üremindeki kaynak bileşimini belirleme yetkisini elinde tutmaktadır.

Üçüncüsü, bütçenin uygulama döneminin yıllık olmasıdır. Buna göre kullanılmayan ödeneklerin iptal edilmesi ve izleyen mali yıla aktarılması gerekmektedir.

Birlik ilkesi, merkezi yönetimin tüm giderleri ile tüm gelirlerinin tek ve bütün bir bütçede yer almasını, parlamentonun ön izni ve onayına dayanmayan gelir toplanmamasını ve gider yapılmamasını gerektirir. Bu ilkeye göre, kamu harcamaları ile kamu gelirleri tek elden tahmin edilmekte, planlanmakta, dengelenmekte ve uygulanmaktadır.

Genellik ilkesi, merkezi yönetimin tüm kamu gelir ve giderlerinin bütçede bütün ayrıntıları ile ve gayri safi tutarlar üzerinden yer alması ve belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilememesi demektir.

Bütün gelir ve giderlerin bütçede bütün ayrıntıları ile gösterilmesi ilkesi, parlamentonun ön izni ve onayı olmadan gelir toplanması ve gider yapılmasını engellemeyi ve dolayısıyla hükümet faaliyetlerinin halkın temsilcilerinin bütçe hakkı bağlamında onayına tabi olmasını sağlar.

Gayri safi hasılat yöntemi, bütçe gelir ve giderlerinin bütçeye gayri safi tutarlarıyla geçirilmesini ifade eder. Böylece kamu hizmeti birimlerinin gelirlerinin arkasına giderlerini, giderlerinin arkasına gelirlerini gizlemeleri önlenmiş olur. Bunun sonucunda, parlamentonun bütçenin tamamına ön izin vermesi ve tüm bütçe işlemleri üzerinde denetim yapabilmesi olanaklı olur.

Belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilmemesi ise, belirli kaynaklardan elde edilen gelirlerin belirli giderlere tahsisinin önüne geçilerek ayrıcalıklı hizmet birimleri yaratılmamasını ve tüm gelirlerin bütün kamu hizmetlerinin karşılığı olarak kabul edilmesini sağlar.

Giderlerin tahsisi veya giderlerin özelliği ilkesinin, belirli gelirlerin belirli giderlere tahsis edilememesi ilkesiyle ilgisi olmayıp, sadece giderleri ilgilendirir. Bu ilke gelirlerin giderlere, giderlerin kalitatif ve kantitatif tahsisinde parlamentoyu söz ve karar sahibi kılmayı hedefler. Bütçede belirli amaçlar için tahsis edilmiş ödeneklerin, ancak tahsis edilmiş amaçlar için harcanması ve bütçede öngörülen ödenek tutarları harcama sınırını gösterdiğinden ödenek dışı ve ödenek üstü harcama yapılmaması gerekir.

Bu bağlamda, kamu hizmetlerinin kapsam ve niteliğinin belirlenmesi, kamu harcamalarının finansmanı, kaynakların tahsisi ve denetimi, temsili demokrasilerde parlamentoların "bütçe hakkı"nın kapsamındadır.

Parlamentolar, kamu harcamalarının topluca müzakere edilebildiği, iktisadi önceliklerin belirlenebildiği, harcama kategorileri arasında tercihlerin yapılabildiği, harcamalarla faaliyetlerin yerindeliği ile etkinliğinin tartışma konusu yapılabildiği ayrıcalıklı yerlerdir. Bu tartışmaların yapılabilmesi için ise bütçenin hazırlanma aşamasında, girdi-çıktı-sonuç analizi, yöneylem araştırması, maliyet-fayda analizi, doğrusal programlama gibi kantitatif (sayısal) analizler ile stratejik planlama-performans programı-bütçeleme gibi kalitatif (niteliksel) analizlerin yapılması ve bütçedeki ödenek tahsislerinin bu analizlere dayandırılması gerekmektedir.

Nitekim, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 9 uncu maddesinin birinci fıkrasında, kamu idareleri stratejik plan hazırlamakla yükümlü kılınırken; ikinci fıkrasında, "Kamu idareleri, kamu hizmetlerinin istenilen

düzeyde ve kalitede sunulabilmesi için bütçeleri ile program ve proje bazında kaynak tahsislerini; stratejik planlarına, yıllık amaç ve hedefleri ile performans göstergelerine dayandırmak zorundadırlar." denilmiş; "Bütçe ilkeleri" başlıklı 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ise, bütçelerin kalkınma planı ve programlarda yer alan politika, hedef ve önceliklere uygun şekilde, idarelerin stratejik planları ile performans ölçütlerine ve fayda-maliyet analizine göre hazırlanması, uygulanması ve kontrolü bir bütçe ilkesi olarak ortaya konmuştur.

Oysa, 6428 sayılı Kanun ile öngörülen "Yap-Kirala-Devret" modeline ilişkin Tasarıda bu analizler yapılmadığı gibi, 6428 sayılı Kanun ile Sağlık Bakanlığı ile bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatının ilgili birimleri ile taşra teşkilatına ait sağlık kurum ve kuruluşlarının bütçe dışında yaptırılması öngörüldüğünden, söz konusu tesislerin yapımına bütçeden kaynak tahsis edilmeyeceğinden, söz konusu analizler bütçe aşamasında da hazırlanıp parlamentoda tartışılamayacak; ancak tesis işletmeye geçtiğinde tesisin kiralanmasına ilişkin kullanım bedeli ile hizmet bedeli sözleşme hükümleri gereği sözleşmede öngörülen tutarlar üzerinden bütçede yer alacaktır. Sözleşme ile Sağlık Bakanlığı yükümlülük altına girmiş olduğundan ve sözleşme hükümlerinin yerine getirilmemesi sözleşmelerde yaptırıma bağlanıp tahkim yolu da açık olduğundan, parlamentonun bütçeye konulan ödenek hakkında hiçbir söz ve karar hakkı bulunmayacaktır. Bu durum, bütçenin yıllık olma ilkesi ile birliği, genelliği ve giderlerin tahsisi ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, 6428 sayılı Kanunda öngörülen modelde söz konusu tesislerin Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlara yaptırılması ve ayrıca ticari hizmet alanlarının yüklenici tarafından işletilmesi öngörülmektedir. Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar ile ticaret alanlarının kira gelirleri vardır ve bu kira gelirlerinin bütçede gösterilmeyecek olması bütçenin genelliği ilkesiyle uyuşmamaktadır.

Bütçenin yıllık olması ilkesi, parlamentonun bütçeyle hükümete verdiği yetkinin bir yıl süreyle sınırlı olması, yani geleceği ipotek altına almamasını gerekli kılar. Parlamentoların demokratik seçimlerle sık sık yenilenmesi bir yana aynı parlamento bileşiminden farklı hükümetlerin çıkabildiği temsili demokrasilerde bu kural, doğrudan parlamentonun bütçe hakkıyla ve dolayısıyla temsili demokrasi ile ilgilidir.

Anayasanın 161 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, kalkınma planları ile ilgili yatırımlar veya bir yıldan fazla sürecek iş ve hizmetler için kanunla özel süre ve usul konulması istisnasına yer verilmiş ise de, bunun Sağlık Bakanlığının yaptıracağı tesislerin yapım süresiyle sınırlı olması gerekeceği ve 30 yıl gibi bir işletme süresine dayalı kullanım ve hizmet bedeli ödenmesini kapsayamayacağı açıktır. Dolayısıyla iptali istenen düzenlemeler, bu açıdan da bütçenin yıllık olması ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin, 30.12.2010 günlü, E.2008/84, K.2010/121 sayılı Kararında belirtildiği şekliyle, Anayasa'nın 161 inci maddesinin birinci fıkrasındaki, "Devletin ve kamu iktisadi teşebbüsleri dışındaki kamu tüzel kişilerinin harcamaları yıllık bütçelerle yapılır." hükmünden, bütçenin birliği ilkesi, yıllık olma ilkesi ve genellik ilkesinin Anayasa tarafından temel hüküm olarak benimsendiği anlaşılıyorsa, bütçenin birliği, genelliği, giderlerin tahsisi ve yıllık olması ilkeleriyle bağdaşmayan Yap-Kirala-Devret modelinin 6428 sayılı Kanundaki yapıtaşları olan 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddelerindeki kurallar, Anayasanın 161 inci maddesine aykırıdır.

Öte yandan temsili demokrasilerde yürütmenin halka karşı siyasal hesap verme sorumluluğu yanında, parlamenter sistemde yürütmenin yasamaya karşı bütçe hakkından kaynaklanan hesap verme sorumluluğu vardır.

Hesap verme sorumluluğu, kaynakları tahsis eden yasama organı ile kaynakları kullanan yürütme organı arasındaki bir ilişkidir. Burada, kaynak tahsis edilerek yetkilendirilen yürütme, söz konusu yetkilerle kaynakları önceden belirlenen kurallar ile amaç ve hedefler doğrultusunda ne derece iyi, mevzuata uygun ve verilen yetki kapsamında kullandığını parlamentoya raporlamakta; parlamento da bu raporlara dayalı olarak yürütmenin hesap verme sorumluluğunu görüşmektedir. Ancak, parlamentonun bu görüşmeyi yapabilmesi için öncelikle, kamu hizmetlerine giderlerin kalitatif ve kantitatif tahsisini parlamentonun yapması gerekmektedir. Oysa 6428 sayılı Kanunda öngörülen modelde söz konusu sağlık tesislerinin Yap-Kirala-Devret modeli kapsamında yapılması ve 30 yıl süreyle işletilmesine parlamento bütçe hakkı kapsamında müdahil olamadığı ve bütçe hazırlama sürecinde hazırlanacak analizler temelinde alternatif çözüm şekilleri ile bunların maliyetlerini tartışamadığı ve kullanım bedeli ile hizmet bedeli

ödeneklerinin tahsisi aşamasında ise alternatifsiz kaldığı ve dolayısıyla bütçe hakkının gereklerini yerine getiremediği için 6428 sayılı Kanunun 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddelerindeki kurallar, Anayasanın 161 inci ve 162 nci maddelerine bu açılardan da aykırıdır.

Anayasanın 163 üncü maddesinde, "Cari yıl bütçesindeki ödenek artışını öngören değişiklik tasarılarında ve cari ve ileriki yıl bütçelerine mali yük getirecek nitelikteki kanun tasarı ve tekliflerinde, belirtilen giderleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmesi zorunludur." kuralına yer verilmiştir.

Oysa 6428 sayılı Kanun ile ileriki 30 yılın bütçelerine kullanım bedeli ve hizmet bedeli adı altında büyük mali yükler getirilirken, Tasarıda söz konusu mali yükleri karşılayabilecek mali kaynak gösterilmemesi, Kanunun mali yük getiren 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddelerindeki kurallarını, Anayasanın 163 üncü maddesine aykırı kılar.

Öte yandan, piyasa ekonomisinde hangi malların hangi miktarlarda hangi faktör bileşimleri kullanılarak üretileceğini tüketici tercihleri, yani talep belirler. Kamusal mallardan hangilerinin hangi miktarlarda ve nasıl bir kaynak bileşimiyle üretileceğine ise, siyasal karar alma süreçlerinde karar verilir. Siyasal süreç ise, demokratik toplumlarda siyasal partiler, seçmenler ve baskı gruplarından oluşan kompleks bir yapı oluşturur. Bu bağlamda siyasal süreç, toplumsal tercihleri yansıtır.

Temsili demokrasilerin siyasal aktörleri, Anayasamızda da demokratik sistemin vazgeçilmez unsurları olarak nitelendirilen siyasal partilerdir. Örgütlü yapılar olarak siyasal partiler, değişik toplumsal grup, kategori, sınıf ve kesimlerin, ekonomik, sosyal, siyasal ve kültürel menfaat, değer ve eğilimlerini bir araya getirerek, devletin ekonomik ve sosyal işlevleri ile kamusal hizmetlerin kapsam, nitelik ve içeriğinin belirlendiği programlar hazırlamakta, bu programlara dayalı olarak siyasal iktidara aday olmakta ve seçmenler de belirli bir program temelinde değişik çıkar, değer ve eğilimleri temsil eden siyasal partiler arasından, siyasal iktidarı hangisinin kullanacağına ve dolayısıyla hangi programın uygulanacağına serbest seçimlerde karar vermektedir. Seçimi kazanan siyasal parti veya partiler koalisyonu, devletin siyasal karar organlarını (yasama ve yürütme) kullanarak,

idare (kamu bürokrasisi) aracılığıyla programlarını uygulamakta; programın başarısı veya başarısızlığı seçmenler tarafından oylanmakta; başarısız bulunan programın uygulamasına son verilerek siyasal parti ya da partiler koalisyonu iktidardan uzaklaştırılabilmektedir.

Bu bağlamda temsili demokrasi meşruiyetini, egemenliğin/iktidarın gerçek sahibi olan ulusun/seçmenin rızasından ve seçilmiş temsilcilerin yurttaşa karşı demokratik/siyasal hesap verme sorumluluğundan almaktadır.

6428 sayılı Kanunun iptali istenen maddelerindeki kuralların, Devlete ve bütçesine 30 yıl süreli bir mali yükümlülük getirdiği gözetildiğinde, Anayasanın 163 üncü ve 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesinde öngörülen kuralların yerine getirilmediği ve alternatif hizmet sunum yöntemlerinin maliyet ve risk analizlerinin yapılıp siyasal iktidarın tercihi ideolojik niteliğinden arındırılarak teknik bir maliyet-yarar tercihine büründürülmediği sürece, bugünün siyasi iktidarının ideolojik tercihi ve bürokratlarının imzası, her siyasi iktidara göre değişebilen sağlık politikaları bağlamında yarın için gelecek hükümetlerin kamu yararı takdirini 30 yıl süreyle bloke ederek olumlu olumsuz yeni bir tasarruf yapmasını (tahkim yolu da açık tutulduğu gözetildiğinde) bütünüyle olanaksız kılmaktadır.

Demokratik hukuk devletinde, siyasi iktidarlara gelecek 30 yılın sağlık politikasını bağlayıcı kurallar koyma ve bürokratlara gelecek 30 yılın bütçelerini bu günden tahsis etme yetkisi verilirken, sunulacak sağlık hizmetinin değişik yöntemlere göre alternatif maliyetlerinin, tercih edilenin maliyet ve yarar avantajları ile marjinal faydasının, 30 yılı bağlayıcı yaygın yüklenmeye esas olan meşru amaç ve yarar dengesinin, istisnadan yararlanmak için yıllık bütçe plan tekniğini bertaraf etmeyi zorunlu kılan nedenlerin, bunu mümkün kılan yasa ve gerekçesinde sistematik yoruma elverişli, açık ve net bir şekilde ortaya konulması gerekir.

Demokratik devlet, gelecek siyasi iktidarların kamu hizmetlerine ilişkin siyasa tercihlerini ideolojik nedenlerle bugünden bloke etmemeyi, hukuk devleti ise her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı gerekli kılar.

Kaldı ki, Anayasanın ilgili kuralları değişmediği ve Anayasa gibi temel bir hukuk metni ile hukukun evrensel ilkelerini referans aldığı halde 12 Eylül Referandumu ile üye sayısı ve yapısı değişen Anayasa Mahkemesinin neredeyse geçmiş kararlarından tamamen koparak yeni içtihatlar geliştirdiği gözetildiğinde, Anayasayı yorumlama gibi hukuki bir görev ve yetkisi bulunan ve meşruiyetini tarafsızlığından alan teknik bir heyet, kendi kararlarıyla bağlı olmaz iken; kamu hizmetlerinin kapsam ve niteliği ile kaynak bileşimlerinde farklı programları, farklı siyasaları ve farklı çözümleri olan ve bu farklı programlar temelinde siyasal iktidara talip olup, farklı programlar temelinde seçmenin rızasını alan ve meşruiyetini farklı kamu siyasaları üretmek ve siyaset yapmaktan alan siyasal partilerin ve siyasetin en yüksek düzeyde yapıldığı parlamentonun, siyasa tercihlerinin 30 yıl süreyle bloke edilmesi, demokratik devlet ilkesiyle bağdaşmayacağından iptali istenen kurallar Anayasanın 2 nci maddesine de aykırıdır.

6428 sayılı Kanunun, siyasa tercihini ideolojik içeriğinden arındıran teknik analiz ve değerlendirmelere de dayanmadan, genel gerekçedeki genel geçer ifadelerle gelecek 30 yılın iktidarlarının sağlık hizmetlerinin sunumuna ilişkin siyasa tercihlerini bu günden bloke ederek kamu maliyesini 30 yıl süreyle yükümlülük altına sokması ile Hazineyi özel sektörün borçlarını üstlenmek zorunda bırakarak geçmişte örneği yaşanan mali krizlere davetiye çıkarması ise hukuk devletinin ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur.

Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesi yasaların kamu yararına dayanması ögesini içerir. Çünkü devlet düşüncesi, kamu yararında biçimlenip somutlaşır ve bütün kamusal faaliyet, işlem ve girişimlerin temelinde kamu yararı ilkesi yatar. Bir yasa kuralının konulmasında kamu yararı bulunduğunun kabulü için, yasanın yalnızca özel çıkar veya belirli grup, sosyal sınıf ya da kişilere yarar sağlamayı değil, toplumun geneline yönelik yararlar sağlamayı amaçlaması, halktan toplanan vergilerin sermaye aktarımına aracılık etmek yerine, kamu hizmetlerinin verimli, etkin ve tutumlu harcanmasını hedeflemesi gerekir.

1/722 sıra sayılı Kanun Tasarısının Plan ve Bütçe Komisyonu Raporunda CHP Milletvekilleri Rahmi Aşkın Türeli (İzmir) Bülent Kuşoğlu (Ankara) ve Müslim Sarı (İstanbul) yazdıkları Karşı Oy'da, "Diğer taraftan, hastanenin yapımının sabit yatırım tutarı ile 25 yıllık (49 yıla kadar çıkabilir) toplam kira bedelleri karşılaştırıldığında ortaya çıkan büyük fark söz konusu finansman

modelinin seçilmesine ilişkin olarak ciddi soru işaretlerini ortaya atmaktadır. Nitekim alt komisyon görüşmeleri sırasında Sağlık Bakanı Sayın Recep Akdağ tarafından örnek olarak verilen Kayseri Şehir Hastanesinin sabit sermaye yatırım tutarı 650 milyon TL olup, yıllık kira bedeli 137 milyon lira olarak açıklanmıştır. Söz konusu kira bedelinin alt detayına bakıldığında, 54 milyon lirası bina kullanım bedeli, 10 milyon lirası P1 olarak da adlandırılan zorunlu hizmet bedeli, 73 milyon lirası da P2 olarak adlandırılan opsiyonel hizmet bedelinden oluşmaktadır. Yıllık kira bedeli olan 137 milyon lira 25 yıllık kira süresi için hesaplandığında 3 milyar 425 milyon lira olmaktadır. Söz konusu yıllık kira bedelinin sabit olmayıp 3 ayda bir enflasyon oranı ile dolar kurundaki artışı da içeren bir formül çerçevesinde yükseltileceği düşünüldüğünde 650 milyon lira olan sabit sermaye yatırım tutarı ile 3 milyar 425 milyon lira toplam kira bedelinin arasındaki büyük uyumsuzluk olduğu görülmektedir. Rakamlar arasındaki bu uyumsuzluğun nedeni Sağlık Bakanı tarafından yüklenicinin üstlendiği riskler olarak belirtilmiştir. Bununla birlikte, bu kadar yüksek bir risk primi başka hiçbir yapım ve işletme işinde söz konusu değildir." demişlerdir.

Sabit sermaye yatırımı 650 milyon TL olan ve 520 milyon TL'si kredi şeklinde kullanılıp Hazine garantisi kapsamına alınan ve ayrıca yüklenicinin enflasyon ve kur değişimine ilişkin finansal riskleri devlet tarafından üstlenilip sıfırlanan bir hastane için, 25 yılda 3 milyar 425 milyon TL ödenmesinin Sağlık Bakanlığınca olağan karşılandığı gerçeği göz önüne alındığında, 6428 sayılı Kanunda öngörülen "Yap-Kirala-Devret" modelinde kamu yararı olmadığı Kayseri Şehir Hastanesi örneğiyle sabittir ve 6428 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının (m) bendinde öngörülen "Ön fizibilite raporu"nun, Anayasanın 163 üncü maddesi ile 5018 sayılı Kanunun 14 üncü maddesindeki kuralları karşılamadığı ve ilgisinin de bulunmadığı açık olduğu gibi, işlerliğinin bulunmadığı da "Karşı Oy"da belirtilen örnekle açığa çıkmıştır.

Bu itibarla 6428 sayılı Kanunun iptali istenen maddelerindeki kurallarda kamu yararı bulunmadığı açık olduğundan iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6428 sayılı Kanunun 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddeleri, Anayasanın 2 nci, 161 inci, 162 nci ve 163 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) 6428 Sayılı Kanunun 3 üncü, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 inci, 12 nci, 14 üncü, 15 inci, 26 ncı ve Geçici 1 inci Maddelerinin Anayasaya Aykırılığı

30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 43 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasında, başvurunun, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Anayasa Mahkemesinin uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebileceği belirtilmiştir.

6428 sayılı Kanunda Yap-Kirala-Devret modelinin temelini oluşturan 1 inci, 2 nci, 4 üncü, 5 inci, 6 ncı, 10 uncu ve 13 üncü maddelerinin iptal edilmesi durumunda, Kanunun 3 üncü, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 11 inci, 12 nci, 14 üncü, 15 inci, 26 ncı ve Geçici 1 inci maddelerinin uygulama olanağı kalmayacağından 6216 sayılı Kanunun 43 üncü maddesinin (4) numaralı fıkrasındaki kurallara göre anılan maddelerinden de iptali gerekir.

2013/50 Esas sayılı Davaya ilişkin ek dilekçemizi saygı ile arz ederiz. 13.06.2013"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1- Kanun'un iptali istenen maddeleri şöyledir:

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı; ihale ile özel hukuk hükümlerine göre, kamu özel iş birliği modeli çerçevesinde; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin ön proje, ön fizibilite raporu ve belirlenecek temel standartlar çerçevesinde, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst

hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bu projeler için alınacak danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesine ilişkin usul ve esasları belirlemektir.

(2) Bu Kanunun uygulanmasında;

a) Aşama tamamlama: Yapım işlerinin her bir aşamasının, ihale dokümanları ve sözleşme hükümleri doğrultusunda tamamlandığının idarenin onayı ile kabul edilmesini,

b) Bakanlık: Sağlık Bakanlığını,

c) Bedel: Yüklenicinin, sözleşme çerçevesinde yaptığı tesislerin kullanımı ile tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında yükleniciye ödenecek olan bedellerin toplamını,

ç) Diğer sözleşmeler: Sözleşme ile bağlantılı olarak yüklenici ile üçüncü şahıslar arasında imzalanan ve sözleşmeye aykırı hükümler ihtiva etmeyen sözleşmeleri,

d) Dönemsel yatırım tutarı: Yüklenicinin sözleşmede belirlenecek dönemlerde yapım işleri için tahsis edeceği tutarı,

e) Hizmet bedeli: Bedelin bir unsuru olup tesisin ve ekipmanların kullanıma hazır tutulmasına yönelik bakım, onarım ve benzeri hizmetlerin bedeli ile ilgili mevzuatına göre hizmet alımı yoluyla gördürülebilecek hizmetlerin sunulması karşılığında idare tarafından yükleniciye ödenen ve beş yılı geçmemek üzere dönemsel piyasa testi ile güncellenen bedeli,

f) İdare: Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatlarının ilgili birimi ile taşra teşkilatlarına ait sağlık kurum ve kuruluşlarını,

g) İhale dokümanı: İhale konusu işe ait idari şartnameler, teknik şartnameler, sözleşme tasarısı ve gerekli diğer bilgi ve belgeleri,

ğ) İhtiyari ticari hizmet alanları: Mecburi ticari hizmet alanlarından başka idarenin ihale dokümanı ile belirleyeceği esaslara göre yerleşkede yapılacak her türlü hizmet alanını,

h) İstekli: İdarenin açtığı ihaleye teklif veren gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri ya da bunların oluşturduğu ortak girişimleri,

ı) İşletme dönemi yönetim planı: Yükleniciye gördürülecek hizmetlerin ne şekilde sunulacağını gösteren, işletim ve yönetim organizasyon modelini içeren planı,

i) Kesin proje: Tesisin idarece temin edilen ön projesine göre, ihale dokümanı ve temel standartlar dokümanına bağlı kalınarak arazi ve zemin araştırmaları yapılan, yapı elemanları ölçümlendirilen, inşaat sistem ve gereçleri ile teknik özellikleri belirtilen ve sözleşmenin imzalanmasını müteakip yüklenici tarafından hazırlanan ve idarece onaylanan projeyi,

j) Kullanım bedeli: Bedelin bir unsuru olup tesislerin kullanımı karşılığında dönemsel olarak idare tarafından yükleniciye ödenen ve sözleşmede belirlenen bedeli,

k) Mecburi ticari hizmet alanları: İdare ve yüklenici tarafından piyasa rayiç fiyatlarına göre belirlenen ücret karşılığında, yerleşkede bulunan ve hizmetten yararlananların ihtiyaçlarını karşıladıkları, ihale dokümanında belirlenen hizmet alanlarını,

l) Ortak girişim: İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığını,

m) Ön fizibilite raporu: Bu Kanun hükümleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi öngörülen projenin teknik, finansal, ekonomik, çevresel, sosyal ve hukuki açıdan yapılabilirliğini analiz eden, öngörülen kullanım bedeli, hizmet bedeli ve garantiler de dâhil olmak üzere risk analizlerini ve paylaşımını içeren ve yatırımın geleneksel tedarik yöntemleri yerine kamu

özel iş birliği modeli ile hayata geçirilmesinin gerekçesini karşılaştırmalı ekonomik ve finansal analizlerle ortaya koyan raporu,

n) Ön proje: Tesisin ihtiyaç programına göre gerekli zemin ve arazi araştırmaları yapılarak bilgilerin hâlihazır haritalardan alındığı, varsa çevresel etki değerlendirmelerine dayanılarak hazırlanan plan, kesit ve görünüşlerin belirtildiği bir veya birkaç çözümü içeren ve tesisin konsept ve temel tasarım unsurlarının, ihtiyaç listesi ve diğer hizmet alanlarının belirlendiği projeyi,

o) Özel amaçlı şirket: İhale sonucunda idare ile imzalanacak sözleşmenin tarafı olan, faaliyet alanı sözleşme konusu ile sınırlı bulunan ve üzerine ihale bırakılan yüklenici tarafından kurulan anonim şirketi,

ö) Sözleşme: Yapım işlerinde özel amaçlı şirketle idare arasında; yenileme işleri ile bu Kanun çerçevesinde ihtiyaç duyulan araştırma, geliştirme, danışmanlık hizmetleri veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi için yüklenici ile idare arasında özel hukuk hükümlerine göre yapılan sözleşme ve eklerini,

p) Temel standartlar: Tesisin ve mecburi ticari hizmet alanlarının projelendirilmesi, yapımı, bakımı ile yüklenici tarafından yerine getirilecek hizmetlere ilişkin Bakanlıkça belirlenen standartları,

r) Tesis: Sözleşme hükümlerine göre yüklenici tarafından yapılan ve Bakanlığın ve bağlı kuruluşlarının kanunla tanımlanan görev ve yetkileri ile ilgili iş ve işlemlerini yerine getirmek için kullanacağı bina ve yapıları,

s) Ticari hizmet alanları: Mecburi ticari hizmet alanları ile ihtiyari ticari hizmet alanlarını,

ş) Toplam sabit yatırım tutarı: Yüklenici tarafından sözleşme hükümlerine göre yapılacak olan yapım veya yenileme işleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren tıbbi donanıma ilişkin olarak sözleşmede belirtilen toplam yatırım tutarını,

t) Uygulama projesi: Tesise ve ticari hizmet alanlarına ilişkin olarak yüklenici tarafından hazırlanan, kesin projeye göre yapının tüm detayını gösteren ve idare tarafından onaylanan projeyi,

u) Üst hakkı sözleşmesi: Tesislerin ve ticari hizmet alanlarının Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yaptırılması için, bu taşınmazlar üzerinde yüklenici lehine bedelsiz olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek şartıyla, bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmesi amacıyla düzenlenecek sözleşme ve eklerini,

ü) Yenileme veya yapım işleri: Mevcut tesislerin yenilenme zarureti ortaya çıktığı durumlarda Bakanlıkça öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar çerçevesinde yenilenmesi ile Yüksek Planlama Kurulunca yapılmasına karar verilen tesisin yapım işlerinin sözleşme hükümlerine göre yapımı ve söz konusu tesisin bünyesinde yer alan malzeme, teçhizat ve varsa ihale dokümanında belirtilen tıbbi donanım da dâhil olmak üzere yüklenici tarafından üstlenilen bütün donanımın temini işlerini,

v) Yerleşke: Sözleşme çerçevesinde yapılan tesis ve ticari hizmet alanlarının bütününü,

y) Yüklenici: Üzerine ihale yapılan ve sözleşme imzalanan istekli ile özel amaçlı şirketi,

ifade eder.

MADDE 2- (1) Bakanlık ve bağlı kuruluşları; ön proje, ön fizibilite raporu, temel standartlar ile ihale dokümanı ve sözleşme hükümleri çerçevesinde, Maliye Bakanlığınca yüklenici lehine bedelsiz olarak tesis edilecek bağımsız ve sürekli nitelikteki üst hakkı sözleşmesinde belirtilen şartlarla Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde, sözleşmede belirlenecek bedel karşılığında tesis yaptırabilir. Yapım işlerine ilişkin ön fizibilite raporu ve proje ile ilgili diğer belgeler Sağlık Bakanının imzasıyla Yüksek Planlama Kurulunun onayına sunulur. Yapım işlerinin

ihalesi, Yüksek Planlama Kurulundan yetkilendirme kararı alındıktan sonra gerçekleştirilir.

(2) Bakanlık ve bağlı kuruluşları, öngörülecek proje ve belirlenecek esaslar doğrultusunda kullanımlarında bulunan tesislerin yenilenmesi işlerini, tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması ve/veya ticari hizmet alanlarının işletilmesi ve/veya bedelinin ödenmesi karşılığında yaptırabilir.

(3) Bu Kanun çerçevesinde yapılacak olan işlere yönelik araştırma, geliştirme, proje ve danışmanlık hizmetleri bu Kanunda yer alan ihale usulleri ile temin edilebilir.

(4) Bu Kanuna göre yapılacak ihalelerde ihale yetkilisi, Bakanlık ve bağlı kuruluşlarının merkez teşkilatında ilgili birimin, Bakanlık onayı ile taşra birimlerince yapılmasına karar verilen işlerde ise ilgili taşra biriminin en üst yöneticisidir. Tesisin işletilmesi döneminde sözleşmenin yürütülmesi yetki ve sorumluluğu ile harcama yetkisi, ilgili taşra biriminin en üst yöneticisine aittir. Döner sermaye kaynaklarından bu Kanun kapsamında yapılacak harcamalarda harcama yetkililiği Bakanlıkça belirlenen limitler dâhilinde yardımcılara veya en yakın alt kademe yöneticilere devredilebilir.

MADDE 3- (1) İhalelerde saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamak esastır.

(2) Bakanlık ve bağlı kuruluşları her bir proje için, ihale iş ve işlemlerinde kullanılmak üzere ön proje, ön fizibilite raporu, fizibilite raporu, temel standartlar dokümanı ile ihale dokümanı hazırlar veya hazırlatır.

(3) Gerek görülmesi hâlinde birden fazla tesis yapım veya yenileme işi tek bir ihale ile yaptırılabilir.

(4) İhalelerde, proje bazında işin niteliğine göre en az maliyetle en yüksek fayda sağlayan teklif, ekonomik açıdan en avantajlı teklif kabul edilir.

(5) Bu Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinde açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usullerinden biri uygulanabilir.

(6) Açık ihale usulü, bütün isteklilerin teklif verebildiği ihaledir. Açık ihale usulünde, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen ve idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelenmek ve uygun olmadığı belirlenen isteklilerin teklifleri değerlendirme dışı bırakılmak suretiyle ihale sonuçlandırılır.

(7) Belli istekliler arasında ihale usulü, yapılacak ön yeterlik değerlendirmesi sonucunda davet edilen isteklilerin teklif verebildiği ihale usulüdür. Bu ihale, aşağıda belirtilen esaslara göre yapılır:

a) Ön yeterlik değerlendirmesi, işin niteliğine göre ve rekabeti engellemeyecek şekilde ön yeterlik dokümanı ile ön yeterlik ilanında belirtilen değerlendirme kriterlerine göre yapılır.

b) Ön yeterlikleri kabul edilen isteklilerden kapalı olarak proje ve fiyat teklifleri alınır.

c) İdare tarafından belirlenen günde isteklilerin huzurunda teklifler açılır ve teklif edilen projelerin ve fiyatlarının değerlendirmesi yapılmak üzere oturum kapatılır. Teklif edilen projelerin öncelikle niceliksel olarak ön projeye uygunluğu incelenir. Bu incelemede projeleri uygun bulunmayan istekliler değerlendirme dışı bırakılır; uygun bulunanlar teknik kalite ve fiyat yönünden değerlendirilerek sıralanır.

ç) Bu sıralamaya göre ihale dokümanında belirtilen sayıda istekli ile proje geliştirilerek teklife esas proje belirlenir. Belirlenen proje için

isteklilerden kapalı olarak fiyat teklifi alınır. Önceden tespit edilen günde isteklilerin huzurunda teklifler açılır ve hemen akabinde açık eksiltme yapılır.

d) Açık eksiltme sonucunda en düşük teklifi veren istekli ile idarenin fizibilitesi doğrultusunda nihai pazarlık aşamasına geçilir. Nihai pazarlık sonucunda isteklinin teklifi uygun bulunursa bu istekli üzerine ihale kararı verilir. İlk isteklinin teklifi idarece uygun bulunmazsa ekonomik açıdan en avantajlı ikinci teklif sahibi istekli ile nihai pazarlığa devam edilir. İkinci isteklinin nihai fiyatı ilk isteklinin fiyatından düşükse, ilk isteklinin bu fiyatı kabul etmesi hâlinde ilk istekli, aksi hâlde ikinci istekli üzerine ihale kararı verilir. İdare, pazarlık sonrasında onuncu fıkraya göre ihaleyi iptal etmekte serbesttir.

(8) Pazarlık usulü ile ihale, aşağıdaki hâllerde yapılabilir:

a) Açık veya belli istekliler arasında yapılan ihale sonucunda teklif çıkmaması

b) Doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması

c) İhale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi

ç) Bu Kanun kapsamında yüklenicinin namı hesabına yaptırılacak tamamlamaya yönelik işler

d) Öngörülen maliyeti 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 21 inci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde belirlenen eşik değerin altı katına kadar olan işler

(9) Sekizinci fıkranın (a), (b) ve (ç) bentlerine göre yapılacak işlerde ilan yapılması zorunlu değildir. Diğer bentlere göre yapılacak işlerde

ise en az bir hafta önceden ilan yapılması zorunludur. İlan yapılmayan hâllerde en az üç istekli çağrılır.

(10) Yapılan ihale sonucunda idare, teklif edilen fiyatı fizibilitesine uygun bulmazsa ihaleyi iptal etmekte serbesttir. İhalenin iptalinden dolayı isteklilere karşı idarenin herhangi bir sorumluluğu doğmaz.

(11) Bu Kanun kapsamındaki açık ihale usulü veya belli istekliler arasında ihale usulü ile yapılan ihaleler, ön yeterlik veya teklif verme için belirlenen son müracaat tarihinden en az otuz gün önce olmak üzere Resmî Gazete'de ve Türkiye çapında yayımlanan yüksek tirajlı iki gazetede ve işin gerektirdiği hâllerde yurt dışında bir gazetede en az birer defa ilan edilerek duyurulur.

(12) Bu Kanun çerçevesinde yapılan ihalelerde toplam sabit yatırım tutarı veya teklif bedelinin en az yüzde üçü oranında geçici teminat, yüzde üçü oranında kesin teminat, sabit yatırımın tamamlanmasından sonra işletme döneminde ise yüzde bir buçuğu oranında teminat alınır.

(13) Üzerine ihale yapıldığı hâlde süresi içinde sözleşme imzalamayan yüklenicinin geçici teminatı Hazineye irat kaydedilir.

(14) Bu Kanuna göre gerçekleştirilecek ihalelerde ihale yetkilisi, biri başkan olmak üzere, ikisi ihale konusu işin uzmanı, birisi de muhasebe ve mali işlerde uzman olmak şartıyla idare personelinden en az beş ve tek sayıda kişiden oluşan ihale komisyonu görevlendirir. İdarece, ayrıca en az üç kişiden oluşan muayene ve kabul komisyonları görevlendirilir. Komisyonların çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.

(15) 4734 sayılı Kanuna göre ihalelere katılamayacak olanlar, bu Kanun kapsamındaki ihalelere de katılamazlar.

(16) Bu Kanun çerçevesinde yaptırılacak işlerdeki sabit yatırım içerisinde yer alan tıbbi donanımın en az yüzde yirmisinin yerli üretim olması zorunludur. Kullanılacak ürünlerdeki yerli üretim oranı, yerlilik şartları ve esasları ihale dokümanında belirtilir.

(17) Bu Kanun kapsamındaki ihalelerde, isteklilerden istenen belgelerde eksiklik olması hâlinde sonradan hangilerinin tamamlattırılabileceği yönetmelikle belirlenir.

MADDE 4- (1) Sözleşme özel hukuk hükümlerine tabi olup süresi, tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirlenir.

(2) Tesisin ve ticari hizmet alanlarının yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden yüklenici sorumludur. Yüklenici, sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumludur. Yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(3) İdarenin sözleşmede belirtilen bedeli yükleniciye ödemekte gecikmesi hâlinde uygulanacak gecikme faizine ve şartlarına ilişkin hükümlere sözleşmede yer verilir.

(4) İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler veya denetletir. Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir.

(5) Yüklenici, sözleşmeden doğan tüm hak ve vecibelerini, aynı şartlarla ve bu Kanunda belirtilen şartları haiz başka bir gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine idarenin onayı ile devredebilir. Sözleşmenin bu şekilde devri hâlinde diğer sözleşmeler de devralan gerçek veya özel hukuk tüzel kişisine devredilmiş sayılır.

(6) Yapım sözleşmesi imzalandıktan sonra sabit yatırım döneminde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sözleşmede belirlenen derhâl fesih hâlleri hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. İhtarla belirlenen süre sonunda taahhüdün yerine getirilmemesi hâlinde, finans sağlayıcılar idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitmek suretiyle işin yapılmasını sağlayabilir. Bunun sağlanamaması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir.

(7) Yapım sözleşmesinde yüklenicinin işletme döneminde sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Ayrıca keyfiyet, projenin finansmanına kaynak sağlayan finans sağlayıcılara da ihbar edilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde iş, idare tarafından pazarlık usulü ile yüklenicinin namı hesabına yaptırılarak yükleniciye ödenecek bedelden mahsup edilir. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise keyfiyet yükleniciye en hızlı vasıtalarla bildirilerek iş, idare tarafından yüklenici namı hesabına yaptırılır. Sağlık hizmetlerinin sürdürülemezliğiyle ilgili hâllerin neler olduğu ve bildirim usulleri yönetmelikle belirlenir. Yüklenicinin işletme döneminde sözleşmede belirtilen performans puanının altında kalması hâlinde idare tarafından sözleşme feshedilir. Bu hâllerde de, finans sağlayıcıların idare ile anlaşarak yüklenicinin ortaklık yapısında değişikliğe gitme hakkı saklıdır.

(8) Yenileme, araştırma-geliştirme, danışmanlık ve hizmet alım sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşme kapsamındaki taahhütlerini yerine getirememesi hâlinde, sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumu hariç olmak üzere, idarenin noter aracılığı ile yapacağı yazılı

ihtarla keyfiyet açıkça belirtilerek yükleniciye gereğinin yapılması için işin mahiyetine uygun süre verilir. Verilen bu süre, sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikmeden kaynaklanan cezai şartın uygulanmasını da engellemez. Verilen süre içinde yüklenicinin, yazılı ihtardaki talimata uymaması hâlinde sözleşme feshedilir. Taahhüdün yerine getirilmemesi dolayısıyla sağlık hizmetlerinin sürdürülemez hâle gelmesi durumunda ise sözleşme derhâl feshedilir.

(9) Mücbir sebep hâllerinin ortaya çıkması veya yüklenici ile idarenin anlaşması hâllerinde sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin hususlar sözleşmede belirlenir. Sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde kesin teminat mektubu iade edilir ve sözleşme konusu işlerin hesabı genel hükümlere göre yapılır.

(10) Sözleşmenin feshi hâlinde sözleşme konusu işlerin hesabı sözleşme ve genel hükümlere göre yapılır ve yüklenicinin idare ile ilişkisi kesilir. Maliye Bakanlığınca Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmaz üzerinde yüklenici lehine tesis edilen üst hakkı herhangi bir yargı kararı aranmaksızın iptal edilir ve tapu idaresince resen terkin olunur. Bu durumda taşınmaz üzerindeki tüm yapı ve tesisler sağlam ve işler durumda Hazineye intikal eder. Taşınmaza veya üzerinde bulunan yapı, tesis ve müştemilata yüklenici tarafından zarar verilmesi hâlinde, zarar bedeli de yükleniciden ayrıca alınır. Bunlardan dolayı, hak lehtarı veya üçüncü kişilerce üst hakkından kaynaklanan herhangi bir hak veya talepte bulunulamaz. Sözleşmenin fesih tarihinde işlerin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir durum tespit tutanağı düzenlenir. Önceden bildirilen günde yüklenici veya vekili hazır bulunmaz ise durum tespit tutanağı yüklenicinin yokluğunda düzenlenir ve keyfiyet tutanakta belirtilir. Sözleşmenin feshedilmesi hâllerinde kusurlu tarafın ödeyeceği tazminat ve cezai şartlara sözleşmede yer verilir. Yükleniciden kaynaklanan sebeple sözleşmenin feshi hâlinde yüklenicinin kesin teminatı Hazineye gelir kaydedilir. Gelir kaydedilen kesin teminat yüklenicinin borcuna mahsup edilmez ve yükleniciler kesin teminat için herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamaz.

(11) Sözleşmenin uygulanması sırasında taraflar arasında doğabilecek hukuki ihtilaflarda Türk hukuku uygulanır ve ihtilafların çözümünde Türkiye Cumhuriyeti mahkemeleri görevli ve yetkilidir. Ancak, taraflar ihtilafın esasına Türk hukukunun uygulanması ve davanın Türkiye'de görülmesi kaydıyla ihtilafın 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu çerçevesinde çözümlenebileceğini kararlaştırabilirler.

(12) İdare ile yüklenici arasında imzalanacak sözleşme Türkçe olarak hazırlanır. Ancak yüklenicinin talebi hâlinde sözleşme Türkçe ve İngilizce olarak iki dilde hazırlanabilir. Metinler arasında herhangi bir çelişki olması hâlinde Türkçe metin esas alınır.

(13) Bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususlar yönetmelikle belirlenir.

MADDE 5- (1) Bedel ve sözleşme süresinin tespitinde; yatırımın maliyeti ve projenin mahiyeti, ekipman ve tıbbi donanımın yüklenici tarafından sağlanıp sağlanmayacağı, yüklenicinin kârı, yatırım konusu taşınmaz ve tesisteki hizmetlerin ve ticari hizmet alanlarının işletilmesinin yükleniciye verilip verilmeyeceği hususları dikkate alınır. Dönem sonunda Türkiye İstatistik Kurumunca belirlenen dönemsel Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranında kullanım bedeli artışı yapılır. Yüklenici tarafından yabancı para birimi ile kredi temin edilmesi ve kullanım bedelinin yeniden belirleneceği tarihteki ilgili döviz kurundaki değişimin Üretici Fiyat Endeksi ile Tüketici Fiyat Endeksi toplamının yarısı oranından yüksek veya düşük olması hâlinde, idare tarafından yönetmelikle belirlenen esaslar çerçevesinde hesaplanacak düzeltme katsayısı marifetiyle kur farkı hesaplanır ve yabancı para birimi ile borçlanma oranında kullanım bedeline eklenir veya kullanım bedelinden çıkarılır.

(2) Yapım işinin tamamlanmasından önce hiçbir şekilde bedel ödemesi yapılamaz. Ancak aşama tamamlamaları ve kısmi hizmete alınma hâlinde idare tarafından yapılacak kısmi kabullere ilişkin düzenlemelerin yer aldığı sözleşme hükümleri saklıdır.

(3) Yüklenici tarafından verilen hizmetlerin karşılığı olarak yükleniciye ödenecek hizmet bedellerinin hesaplanmasına ve ödenmesine ilişkin usul ve esaslara ihale dokümanında ve sözleşmede yer verilir.

(4) Yüklenicinin, sözleşme süresince öz kaynakları dışında finansal tablosunda belirtilen toplam borç miktarında, yeniden finansman ve/veya borç yapılandırması suretiyle azalma meydana gelmesi hâlinde, borç miktarındaki azalma idare ve yüklenici arasında eşit oranda taksim edilerek kullanım bedeline yansıtılır. Yeniden finansman ve/veya borç yapılandırmasına ilişkin esaslar sözleşmede düzenlenir.

(5) Bedel, Bakanlığa veya bağlı kuruluşlara ait döner sermaye bütçesinden ve/veya merkezi yönetim bütçesinden ödenir.

MADDE 6- (1) Yüklenici, sözleşme konusu işlerle ilgili gerekli tüm finansmanı sağlamakla yükümlüdür. Yüklenicinin bu Kanun kapsamında gerçekleştireceği yapım işleri için tahsis edeceği öz kaynak oranı, yatırım dönemi süresince sözleşmede belirtilen dönemsel yatırım tutarının yüzde yirmisinden az olamaz.

MADDE 7- (1) Bu Kanuna göre idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşke, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda bedelsiz olarak kendiliğinden idareye geçer. Sözleşme süresi sonundaki yerleşkenin mevcut durumu, idarece görevlendirilecek bir heyet tarafından yüklenici veya vekili ile birlikte tespit edilerek bir durum tespit tutanağı düzenlenir. Belirlenen zamanda yüklenici veya vekili hazır bulunmaz ise durum tespit tutanağı yüklenicinin yokluğunda düzenlenir ve bu durum tutanakta belirtilir. Durum tespit tutanağında belirlenen eksiklik ve arızalar, idarece verilecek sürede yüklenici tarafından tamamlanır. Tamamlanmaması hâlinde eksiklik ve arızaları karşılayacak meblağ, varsa yükleniciye yapılacak ödemelerden mahsup edilir ve/veya teminatından karşılanır. Bu suretle karşılanamaması hâlinde ise yükleniciye tazmin ettirilir.

MADDE 8- (1) Bu Kanuna göre gerçekleştirilecek kamu özel iş birliği projelerinin uygulanacağı yerlerin imar planları, Bakanlığın talep etmesi hâlinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca yapılır, yaptırılır, onaylanır.

MADDE 9- (1) Bu Kanun kapsamında yapılacak yatırımlarla ilgili olarak yatırım dönemiyle sınırlı olmak kaydıyla, idare ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileri arasında yapılacak her türlü iş ve işlemler ile düzenlenecek kâğıtlar, 1/7/1964 tarihli ve 488 sayılı Damga Vergisi Kanununa göre alınan damga vergisi ile 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca alınan harçlardan müstesnadır.

MADDE 10- (1) Bu Kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Maliye Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı ve Hazine Müsteşarlığının görüşleri alınmak suretiyle Bakanlıkça hazırlanacak ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

MADDE 11- (1) Bu Kanun hükümlerine göre yapılacak iş ve işlemler, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kanuna tabi değildir.

MADDE 12- 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun ek 7 nci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Mevzuatta 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesine yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır.

10/7/2003 tarihli ve 4924 sayılı Eleman Temininde Güçlük Çekilen Yerlerde Sözleşmeli Sağlık Personeli Çalıştırılması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 13- 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmış, beşinci bölümünün başlığı "Hazine Garantileri ve Borç Üstlenimi" şeklinde değiştirilmiş ve Kanuna aşağıdaki 8/A maddesi eklenmiştir.

"Borç üstlenimi

MADDE 8/A- Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ile Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ve 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Müsteşarlık tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Borç üstlenim anlaşmaları anlaşmada daha sonraki bir tarih kararlaştırılmadıysa imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer. Bu madde hükümlerine göre üstlenim öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce Müsteşarlığın uygun görüşü alınır. Borç üstlenim taahhüdü kısmen veya tamamen verilebilir. Bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limiti, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirlenir. Söz konusu limiti bir katına kadar artırmaya Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu madde hükümleri ile Müsteşarlık tarafından gerçekleştirilen borç üstlenimi tutarları, proje yürütücüsü idarenin genel bütçeli olması

hâlinde bağlı bulunduğu Bakanlığın, özel bütçeli olması hâlinde ise kendi bütçesine sermaye gideri olarak kaydedilir. Söz konusu giderin kaydı için gerekli olan ödenek ilgili idarenin mevcut sermaye giderleri ödeneği ile karşılanmaksızın doğrudan Maliye Bakanlığı bütçesinde yer alan yedek ödenek tertibinden karşılanır. Müsteşarlık tarafından gerçekleştirilen borç üstlenimi tutarları devlet dış borcu olarak kaydedilir ancak 5 inci maddenin birinci fıkrasında belirlenen limite dâhil edilmez. Kendisine dış borcun tahsisi yapılabilen idareler dışında kalan idarelerin yürüttüğü projelerden kaynaklanan borç üstlenimlerinde ilgili idare Müsteşarlığa üstlenilen tutarda borçlandırılır ve bu kapsamdaki Hazine alacaklarının vadesinde ödenmemesi durumunda 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Müsteşarlık borç üstlenimi kapsamında taraflardan her türlü bilgi ve belgeyi istemeye yetkilidir. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla ihale ilanına çıkılmış olan projeler açısından uygulama sözleşmeleri taslağına ilişkin ihale öncesi Müsteşarlık görüşü, kısmi üstlenim taahhüdü ve borç üstlenim limiti hükümleri uygulanmaz. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelik ile düzenlenir."

MADDE 14- 4749 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin (C) fıkrasının (2) numaralı bendinin sonuna "ile bu Kanunun 8/A maddesi uyarınca Müsteşarlık tarafından ve 3996 sayılı Kanunun 11/A maddesi uyarınca ilgili idareler tarafından imzalanan borç üstlenim anlaşmaları," ibaresi eklenmiş, (3) numaralı bendinde yer alan "kuruluşlarla imzalanan ekonomik ve ticari mahiyetteki anlaşmalar çerçevesinde" ibaresi "kuruluşlardan" ibaresiyle, "geri ödenmesini" ibaresi "geri ödenmesi ile bu finansmana ilişkin diğer hususları" ibaresiyle değiştirilmiş ve "münhasıran" ibaresi metinden çıkarılmıştır.

MADDE 15- 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanunun 11/A maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 11/A- Görevli şirket ile yapılacak sözleşmede, sözleşmenin feshedilerek yatırım ve hizmetin süresinden önce ilgili idare tarafından

devralınması hükmünün bulunması hâlinde, yatırım ve hizmetlerin gerçekleştirilmiş kısmına tekabül eden yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin idare tarafından üstlenilmesine, gerçekleştirilmemiş yatırım ve hizmetlere ilişkin kısmının ise idarenin talebine bağlı olarak kullanılabileceğine ilişkin hükümlere yer verilebilir.

Genel bütçe dışındaki kamu kurum ve kuruluşları ile bağlı ortaklıklar ve mahalli idareler tarafından gerçekleştirilen yatırım ve hizmetlere yönelik sözleşmelerde sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, yatırım ve hizmetlerin finansmanı amacıyla temin edilen yurt dışından sağlanan finansmanı ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülükleri üstlenmeye söz konusu idare yetkilidir. Bu idarenin, özel bütçe kapsamında olması hâlinde bu yükümlülüklerin ilgili idarenin bağlı olduğu Bakanlığın teklifi üzerine ilgili idare tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Özel bütçeli kamu idareleri tarafından imzalanacak borç üstlenim anlaşmaları anlaşmada daha sonraki bir tarih kararlaştırılmadıysa imzalandıkları tarih itibarıyla yürürlüğe girer.

Hazine Müsteşarlığınca borç üstlenimi 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun 8/A maddesi çerçevesinde yürütülür."

MADDE 16- 4/1/1961 tarihli ve 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "Personelin katkısıyla elde edilen" ibaresi ile ikinci fıkrasındaki "ilgili personelin katkısıyla elde edilen" ibaresi metinden çıkarılmış, üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumuna bağlı ikinci ve üçüncü basamak sağlık tesislerinin bağış, faiz ve kira gelirleri ek ödeme dağıtımında kullanılamaz ve bu birimlerde görevli personele yapılacak ek ödeme toplamı, ilgili birimin cari yıldaki hizmet bedelinden ayrı olarak faturalandırılan ilaç ve her türlü tıbbi sarf malzemesi gelirlerinin yüzde kırk beşini, diğer döner sermaye gelirlerinin ise yüzde ellisini aşamaz."

MADDE 17- 209 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 7- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce 5 inci madde kapsamında ilaç ve tıbbi sarf malzemesi ile kira gelirleri dâhil edilmek suretiyle personele yapılan ek ödemeler için borç çıkarılmaz, çıkarılmış olan borç tutarlarının tahsilinden vazgeçilerek borç takibi işlemine son verilir."

MADDE 18- 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 68 inci maddesinin (B) bendinin birinci paragrafında yer alan "Eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfı" ibaresi "Eğitim ve Öğretim Hizmetleri Sınıfı ile Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 19- 657 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 40- Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfına dâhil personelden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce haklarında 68 inci maddenin (B) bendi hükmü uygulanarak 1, 2, 3 ve 4 üncü dereceli kadrolara atananlar, aynı kurumun aynı unvanlı kadrolarında bulundukları sürece ve kazanılmış hak aylık dereceleri atanmış oldukları kadro derecelerine yükselinceye kadar söz konusu dereceler için öngörülen haklardan yararlanmaya devam ederler."

MADDE 20- 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin ek 7 nci maddesinin ikinci fıkrasına "asistan kadrolarına yapılacak atamalar," ibaresinden sonra gelmek üzere "7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel

Kanununun ek 1 inci ve ek 6 ncı maddeleri uyarınca yapılacak atamalar," ibaresi ve "2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanununun ek 1 inci maddesi uyarınca yapılacak atamalar" ibaresinden sonra gelmek üzere "merkezî yönetim bütçe kanunu kapsamında yer alan genel ve özel bütçeli kamu idarelerinden; ilgili bakanlık ile bağlı kuruluşlarının ve aynı bakanlığa bağlı kuruluşların döner sermaye kadrolarında bulunanlar hariç olmak üzere kendi aralarında yapacakları nakiller" ibaresi eklenmiş; aynı maddenin dördüncü fıkrasına birinci cümleden sonra gelmek üzere "İhtiyaç duyulması hâlinde söz konusu onayda atama sayısı ilgili bakanlık ile bağlı kuruluşları için toplam sayı olarak belirlenebilir." cümlesi ilave edilmiştir.

MADDE 21- 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 12- Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları hariç, diğer kamu idare, kurum ve kuruluşlarından bağlı olunan bakanlığa veya aynı bakanlığa bağlı diğer kuruluşlara 2012 yılında nakil suretiyle giden personel sayısı, ilgili kamu idaresi için 2013 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununda öngörülen atama sayısının hesabında dikkate alınır."

MADDE 22- 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli cetvellerin Sağlık Bakanlığı, Türkiye Halk Sağlığı Kurumu, Türkiye Kamu Hastaneleri Kurumu, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu ve Türkiye Hudut ve Sahiller Sağlık Genel Müdürlüğüne ait bölümlerinde yer alan "Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri (SH) Sınıfı"na ait kadrolardan; Baştabip, Baştabip Yardımcısı, Eğitim Görevlisi, Uzman (TUTG), Uzman Tabip, Başasistan ve Uzman Diş Tabibi unvanlı olanların dereceleri (1-7); Asistan, Tabip, Diş Tabibi, Veteriner Hekim, Eczacı, Psikolog, Biyolog, Fizyoterapist, Sağlık Fizikçisi, Diyetisyen, Çocuk Gelişimcisi, İş ve Uğraşı Terapisti (Ergoterapist), Perfüzyonist, Dil ve Konuşma Terapisti, Antropolog, Odyolog ve Sosyal Çalışmacı unvanlı olanların dereceleri (1-8); Tıbbi Teknolog unvanlı olanların dereceleri (1-9); Sağlık Teknikeri unvanlı olanların dereceleri (1-10); Ebe, Hemşire ve Sağlık Memuru unvanlı olanların dereceleri (1-12); Sağlık Teknisyeni, Diş Protez Teknisyeni ve

Laborant unvanlı olanların dereceleri (3-12) ve Hemşire Yardımcısı unvanlı olanların dereceleri (5-12) olarak değiştirilmiştir.

MADDE 23- Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Sağlık Bakanlığı ve Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumuna ait bölümlerine eklenmiştir.

MADDE 24- 11/10/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 33 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "personelin katkısıyla elde edilen" ibaresi, "bağış, faiz ve kira gelirleri hariç olmak üzere" şeklinde değiştirilmiştir.

MADDE 25- 663 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 51 inci maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"(2) Bu amaçla görevlendirilen personele yurt dışındaki görevleri süresince gündelik verilmez ve gittikleri ülkelerde sürekli görevle bulunan ve dokuzuncu derecenin birinci kademesinden aylık alan meslek memurlarına ödenmekte olan yurt dışı aylığını geçmemek üzere unvanları itibarıyla Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen tutarda aylık ödeme yapılır. Ayrıca, bu personel döner sermaye ek ödemesi dâhil her türlü mali ve sosyal haklardan faydalanmaya devam eder. Bu amaçla görevlendirilen personelden Devlet hizmeti yükümlülüğü bulunanların yurt dışındaki görevlerde geçen süreleri Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılır."

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun bu Kanunla yürürlükten kaldırılan ek 7 nci maddesi çerçevesinde ilana çıkılarak ihale süreci başlatılmış olan işler mevcut ihale şartnamelerine göre sonuçlandırılır. Ancak bu Kanunun 3 üncü maddesinin yedinci fıkrası, süreci devam eden ihalelere bulunduğu safhadan itibaren uygulanır.

(2) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce 3359 sayılı Kanunun ek 7 nci maddesi çerçevesinde ihale süreci tamamlanmış olan veya devam eden işlere ait şartnamelerdeki, yüklenici tarafından yapılacak sağlık yerleşkesinin dışındaki taşınmazların ticari alan olarak işletilmek üzere yükleniciye verilebileceğine dair hükümler uygulanmaz ve sağlık yerleşkesi dışındaki taşınmazlar yükleniciye verilmez; ihale iş ve işlemleri ile yapılmış olan sözleşmeler bu hükümler geçerli olmaksızın yürütülür.

(3) Bu Kanunun 10 uncu maddesinde öngörülen yönetmelik altı ay içerisinde yürürlüğe konulur.

MADDE 26- (1) Bu Kanunun;

a) 13 üncü maddesi ile 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin borç üstlenim limitine ilişkin hükmü 1/1/2014 tarihinde,

b) 13 üncü maddesi ile 4749 sayılı Kanuna eklenen 8/A maddesinin borç üstlenim limiti dışındaki hükümleri ve 14 üncü maddesi ile 4749 sayılı Kanunun 17 nci maddesinde yapılan düzenlemeler 1/12/2012 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

c) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer.

MADDE 27- (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

(1) SAYILI LİSTE

KURUMU : SAĞLIK BAKANLIĞI
TEŞKİLATI : MERKEZ

İHDAS EDİLEN KADROLARIN				
SINIFI	UNVANI	DERECESİ	SERBEST KADRO ADEDİ	TOPLAMI
GİH	Genel Müdür Yardımcısı	1	7	7
GİH	Daire Başkanı	1	5	5
GİH	Hukuk Müşaviri	1	2	2
GİH	Şef	3	9	9
GİH	Şef	5	2	2
GİH	Memur	5	9	9
GİH	Memur	7	6	6
GİH	Memur	9	5	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	3	15	15
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	4	10	10
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	5	20	20
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	7	15	15
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	9	10	10
SH	Tıbbi Teknolog	(1-9)	1	1
SH	Sosyal Çalışmacı	(1-8)	2	2
SH	Hemşire	(1-12)	8	8
SH	Sağlık Teknikeri	(1-10)	7	7
SH	Sağlık Memuru	(1-12)	10	10
SH	Diyetisyen	(1-8)	2	2
TH	Mühendis	1	5	5
TH	Mühendis	2	5	5
TH	Mühendis	3	5	5
TH	Mühendis	4	5	5
TH	Mühendis	5	100	100
TH	Mimar	5	15	15
TH	Şehir Plancısı	6	5	5
TH	Teknisyen	3	23	23
TH	Teknisyen	4	2	2

TH	Teknisyen	5	3	3
TH	Teknisyen	9	5	5
TH	Matematikçi	1	1	1
TH	Matematikçi	6	1	1
TH	Teknik Ressam	3	1	1
TH	Teknik Ressam	6	1	1
TH	İstatistikçi	6	8	8
YH	Hizmetli	5	19	19
YH	Hizmetli	7	4	4
YH	Hizmetli	9	1	1
YH	Hizmetli	8	14	14
TOPLAM			368	368

KURUMU : SAĞLIK BAKANLIĞI
TEŞKİLATI : TAŞRA

İHDAS EDİLEN KADROLARIN				
SINIFI	UNVANI	DERECESİ	SERBEST KADRO ADEDİ	TOPLAMI
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	3	20	20
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	5	15	15
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	7	10	10
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	10	75	75
GİH	Memur	5	15	15
GİH	Memur	7	35	35
GİH	Memur	10	75	75
GİH	Şoför	7	10	10
GİH	Şoför	9	50	50
GİH	Şoför	12	68	68
SH	Sağlık Teknisyeni	(3-12)	6	6
SH	Sağlık Memuru	(1-12)	500	500
SH	Sağlık Teknikeri	(1-10)	717	717
TH	Mimar	1	2	2
TH	Mimar	3	3	3
TH	Mimar	4	3	3
TH	Mimar	5	5	5
TH	Grafiker	1	3	3

TH	Grafiker	6	32	32
TH	İstatistikçi	3	5	5
TH	İstatistikçi	6	25	25
TOPLAM			1674	1674

KURUMU : TÜRKİYE İLAÇ VE TIBBİ CİHAZ KURUMU
TEŞKİLATI : MERKEZ

İHDAS EDİLEN KADROLARIN				
SINIFI	UNVANI	DERECESİ	SERBEST KADRO ADEDİ	TOPLAMI
GİH	Daire Başkanı	1	5	5
GİH	Programcı	1	3	3
GİH	Programcı	3	5	5
GİH	Programcı	5	3	3
GİH	Şef	3	3	3
GİH	Bilgisayar İşletmeni	3	6	6
GİH	Bilgisayar İşletmeni	4	6	6
GİH	Bilgisayar İşletmeni	5	6	6
GİH	Bilgisayar İşletmeni	7	6	6
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	3	5	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	4	5	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	5	5	5
GİH	Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	7	5	5
GİH	Memur	5	2	2
GİH	Memur	7	2	2
GİH	Şoför	5	2	2
GİH	Şoför	7	2	2
GİH	Şoför	9	2	2
GİH	Şoför	12	2	2
SH	Uzman Tabip	(1-7)	40	40
SH	Tabip	(1-8)	55	55
SH	Veteriner Hekim	(1-8)	2	2
SH	Eczacı	(1-8)	145	145
SH	Biyolog	(1-8)	21	21
SH	Hemşire	(1-12)	22	22
SH	Sağlık Teknikeri	(1-10)	13	13

SH	*Sağlık Teknisyeni*	*(3-12)*	*18*	*18*
SH	*Sağlık Memuru*	*(1-12)*	*21*	*21*
SH	*Tıbbi Teknolog*	*(1-9)*	*3*	*3*
TH	*Mühendis*	*1*	*10*	*10*
TH	*Mühendis*	*2*	*10*	*10*
TH	*Mühendis*	*3*	*12*	*12*
TH	*Mühendis*	*5*	*28*	*28*
TH	*Kimyager*	*1*	*12*	*12*
TH	*Kimyager*	*3*	*10*	*10*
TH	*Kimyager*	*5*	*18*	*18*
TH	*İstatistikçi*	*7*	*3*	*3*
TH	*Tekniker*	*1*	*3*	*3*
TH	*Tekniker*	*3*	*3*	*3*
TH	*Tekniker*	*5*	*3*	*3*
TH	*Tekniker*	*7*	*3*	*3*
TH	*Teknisyen*	*5*	*6*	*6*
TH	*Teknisyen*	*7*	*5*	*5*
YH	*Hizmetli*	*7*	*4*	*4*
YH	*Teknisyen Yardımcısı*	*5*	*3*	*3*
TOPLAM			*548*	*548*

B- Dayanılan ve ilgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava ve ek dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 17., 56., 153., 155., 161., 163. ve 167. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 47., 128. ve 166. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 22.5.2013 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle dava dilekçesinde iptali istenen kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine

aykırı olduklarına ilişkin yeterli gerekçeye yer verilip verilmediği sorunu görüşülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 38. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, "*İptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olması zorunludur.*" kuralına yer verilmiş, 12.7.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 45. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da, *"a) İptali istenilen kurallar ve bunların her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırılık oluşturduğu,*

b) Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasanın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi" iptal davasına ilişkin başvuru dilekçesinde yer alması gereken hususlar arasında sayılmıştır.

6216 sayılı Kanun'un 39. maddesi ile İçtüzük'ün 49. maddesinde, dava dilekçesinde eksikliklerin bulunması hâlinde, bu hususun kararla saptanarak on beş günden az olmamak üzere verilecek süre içinde tamamlanması için ilgililere tebliğ olunacağı ve belirtilen süre içinde eksikliklerin tamamlanmaması hâlinde Genel Kurulca iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verileceği hükme bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde, Kanun'un tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin iptali istenildiği hâlde;

1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…özel hukuk hükümlerine göre…"* ve *"…ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin…"* ibarelerinin,

b- (2) numaralı fıkrasının;

aa- (c) bendinde yer alan *"…tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında…"* ibaresinin,

ab- (ö) bendinde yer alan *"…veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi…"* ve *"…özel hukuk hükümlerine göre…"* ibarelerinin,

2- 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması…"* ibaresinin,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının,

b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"…idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile…"* ibaresinin,

c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin,

4- 4. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…özel hukuk hükümlerine tabi olup…"* ibaresinin,

b- (4) numaralı fıkrasının,

5- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin,

6- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…döner sermaye ek ödemesi dâhil…"* ibaresinin,

Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduklarına dair gerekçelerin bulunduğu, ancak bunlar dışındaki kuralların Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduklarına dair herhangi bir gerekçeye yer verilmediği saptanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile İçtüzük'ün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca Ankara Milletvekili Emine Ülker TARHAN ve İstanbul Milletvekili M. Akif HAMZAÇEBİ'ye bildirimde bulunulmasına ve yukarıda belirtilen eksikliklerin giderilmesi için kararın tebliğinden başlayarak 15 (on beş) gün süre verilmesine, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın *"iptal davası dilekçesinin 32-38. sayfalarında 6428 sayılı Kanun'un tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda yeterli gerekçenin ortaya konulduğu ve işin esasına geçilmesi gerektiği"* yönündeki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

B- 22.5.2013 tarihinde verilen kararın tebliğinden sonra ilgililerce 13.6.2013 tarihinde sunulan ek dilekçe üzerine, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 4.7.2013 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle eksikliklerin giderilip giderilmediği sorunu görüşülmüştür.

13.6.2013 tarihinde kayda giren ek dilekçede, genel olarak kamu özel iş birliği (KÖİ) modelinin Anayasa'nın 2., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırı olduğu hususunda açıklamalar yapılmış ve bu bağlamda Kanun'un 1., 2., 4., 5., 6., 10. ve 13. maddelerinin tümünün iptali istenilmiştir. Ek dava dilekçesinde ayrıca, Kanun'un 3., 7., 8., 9., 11., 12., 14., 15., 26. ve geçici 1. maddelerinin ise Kanun'un 1., 2., 4., 5., 6., 10. ve 13. maddelerinin iptal edilmeleri durumunda uygulanma olanağı kalmayacağı gerekçesiyle iptal edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Ek dava dilekçesinin incelenmesinden, dilekçede yer verilen gerekçelerin yalnızca Kanun'un, KÖİ modelinin ana unsurlarını düzenleyen,

- 1. maddesinin (1) numaralı fıkrası ile (2) numaralı fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) bentlerine,

- 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrasına,

- 4. maddesinin (1) fıkrasına,

- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Kanun'un 1., 2., 4., 5., 6. maddelerinin diğer bölümleri ile 10. ve 13. maddelerinin genel olarak KÖİ modelinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası bağlamında yapılan açıklamalarla ilişkilendirilmesi mümkün görülmemektedir.

Bu nedenle, eksikliklerin tamamlanmasına ilişkin olarak gönderilen 13.6.2013 tarihli ek dava dilekçesinde belirtilen maddelerin gerekçe gösterilen bölümleri ile ilk dava dilekçesinde gerekçe gösterilen kurallar açısından esasa geçilmesine, gerekçe gösterilmeyen kurallar ile dava dilekçesinde iptali talep edilen maddelerin iptal edilmesi durumunda, uygulama olanağı kalmayacağı ileri sürülerek 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca iptali talep edilen maddeler açısından ise dava açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının,

b- (2) numaralı fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) bentlerinin,

2- 2. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

b- (2) numaralı fıkrasının,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasının,

b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"…idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile…"* ibaresinin,

c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin,

4- 4. maddesinin (1) ve (4) numaralı fıkralarının,

5- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

6- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

7- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin,

8- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…döner sermaye ek ödemesi dâhil…"* ibaresinin,

dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine, yürürlüklerinin durdurulması isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına, OYBİRLİĞİYLE;

B- 1., 2., 4. ve 5. maddelerinin esasa geçilmesine karar verilen cümle, bent ve fıkraları dışında kalan bölümleri ile 10. maddesi yönünden iptal davasının, 6216 sayılı Kanun'un 39. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca AÇILMAMIŞ SAYILMASINA, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın *"Bu kuralların Anayasa'ya aykırılığı konusunda yeterli gerekçenin ortaya konulduğu ve işin esasına geçilmesi gerektiği"* yönündeki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA;

karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava ve ek dava dilekçesi ile ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, dava konusu yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrası ile (2) Numaralı Fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) Bentlerinin, 2. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesi ile (2) Numaralı Fıkrasının, 4. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının, 5. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının ve 6. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Kanun, sağlık hizmetlerinde uygulanacak KÖİ modelinin yasal altyapısını oluşturmak amacıyla çıkarılmış olup dava konusu kurallarda da, KÖİ modelinin temel unsurları düzenlenmiştir. Kanun'un 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Kanun'un amacı ve kapsamı belirlenmiş; (2) numaralı fıkrasının (ö) bendinde, KÖİ sözleşmesinin tanımı yapılmış, diğer bentlerinde de sözleşmenin unsurlarını oluşturan çeşitli kavramlar tanımlanmış; 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile (2) numaralı fıkrasında, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının KÖİ modeli çerçevesinde yaptırabileceği işler açıklanmış; 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, KÖİ sözleşmesinin niteliğine ilişkin hükümlere yer verilmiş; 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bedelin ve sözleşme süresinin tespitine

ilişkin usul ve esaslar belirtilmiş; 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise finansmanın kim tarafından ve ne şekilde karşılanacağı kurala bağlanmıştır.

Anılan kurallar uyarınca, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesi KÖİ modeliyle yapılabilecek ve bu kapsamda akdedilecek KÖİ sözleşmesi de özel hukuk hükümlerine tabi olacaktır.

Kanun'da öngörülen KÖİ modeli esas itibarıyla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının projelerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmak üzere geliştirilen özel bir finansman modelidir. KÖİ, idare ile bir özel hukuk kişisi arasında uzun süreliğine akdedilen, özel hukuk kişisi tarafından bir kamu hizmetinin yürütülmesi için gerekli olan tesisin inşası, bakımı, onarımı ve hizmete elverişli hâlde bulundurulmasını konu edinen ve bunun karşılığında kamu tüzel kişisinin sözleşme süresince özel kişiye her yıl kira karşılığı belli bir miktar paranın ödenmesi taahhüdünü içeren bir sözleşmeyi ifade etmektedir.

KÖİ modelinde idare, özel hukuk hükümlerine göre bir kamu hizmetini özel sektöre gördürse de bu hizmetten tam olarak elini çekmemekte, kamu hizmetinin bir kısmını KÖİ sözleşmesi gereğince özel kişiye gördürürken, ayrıca kendisi de bazı hizmetleri bizzat görmeye devam etmektedir. Bu modelde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin), kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Sağlık Bakanlığının) sorumluluğuna bırakılmaktadır.

Bu uygulamada, idare ile projeyi yürütecek şirket arasında projenin uygulanmasına ilişkin hükümleri içeren ve bu kapsamda tarafların hak ve yükümlülüklerini düzenleyen özel hukuk hükümlerine tabi sözleşme

imzalanmaktadır. Yüklenici, toplam yatırım tutarının %20'si öz kaynak olmak üzere gerekli finansmanın tamamını sağlayarak sağlık tesislerini inşa etmekle yükümlü olup yatırım ve hizmetlerin finansmanında kullanılan kredi ve öz kaynak ile öngörülen kârın geri dönüşünü sağlayacak ve tesisin özelliklerine ve fizibilite raporuna bağlı olarak sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç 30 yılı geçmemek üzere idarece belirlenen süre boyunca tesisi kiralayacak ve kiralama süresinin sonunda tesisi, her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda ilgili kamu idaresine bedelsiz olarak devredecektir.

KÖİ modelinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının ihtiyaç duyduğu tesisler Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde yapılabilecektir. Ancak Hazine taşınmazlarının mülkiyeti yükleniciye devredilmemekte, sadece yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmektedir. Üst hakkının, sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemesi ve bağımsız ve sürekli nitelikte olması öngörülmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Ek dava dilekçesinde, Kanun'da düzenlenen KÖİ finansman modeliyle, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatının her türlü hizmet ve esenlik binaları ile tedavi kurumlarının yaptırılması, onarılması, yenilenmesi ile tedavi hizmetlerinde kullanılan ekipman ve donanımın edinilmesi, tedavi edici sağlık ve yardımcı sağlık hizmetlerinin sunulmasında, taraflar arasında yapılacak bir sözleşme çerçevesinde Devletin 30 yıl boyunca kiracı ve tedavi hizmeti satın alıcısı olarak belirsiz bir bedel üzerinden yüklenim altına girdiği, sağlık hizmetlerinin kamu personeli eliyle üretilmesinden vazgeçilerek gelecek 30 yılın bütçesini bağlayıcı yeni bir modele geçildiği, KÖİ modeliyle Hazineye binecek yük için mali kaynak gösterilmediği ve yükümlülük altına girilecek mali yükün hesaplanmadığı, Maliye Bakanlığı ile Devlet Planlama Teşkilatı veya Hazine Müsteşarlığının görüşlerinin alınmadığı, düzenlemenin, bütçenin yıllık olma ilkesi ile birliği, genelliği ve giderlerin tahsisi ilkeleriyle bağdaşmadığı, parlamentonun politik tercihlerinin 30 yıl süreyle bloke edilmesinin demokratik devlet ilkesiyle çeliştiği, ayrıca düzenlemede kamu

yararının da bulunmadığı gerekçesiyle kuralların, Anayasa'nın 2., 161., 162. ve 163. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kurallar Anayasa'nın 47. ve 128. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

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 128. maddesinin birinci fıkrasında, *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* denilmektedir. Bu hüküm uyarınca, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında, "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" denilerek özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla gerçek veya tüzel kişilerin kamu hizmetlerinin sunumuna dâhil edilmelerine imkân tanınmıştır.

Anayasa'nın 47. ve 128. maddelerinin anılan hükümleri uyarınca idarelerin, genel idare esasları uyarınca yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlardaki hizmetlerin, özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesi yolunda düzenleme yapılması mümkündür.

Sağlık hizmetleri, nitelikleri gereği diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı sorunu, ertelenemez ve ikame edilemez. Bilime dayalı olması gereken tanı ve tedavi metotlarının insan yararına sürekli yenilik ve gelişme göstermesi, hizmet kalite ve beklentilerini çağın koşullarına yaklaştırmayı gerektirmektedir. Bu yönüyle sağlık hizmetleri, kendi iç dinamikleri ve nitelikleri gereği üretilmesi ve halk yararına sunulmasında özel sektörün kazanç, rekabet ve büyüme dinamiklerinden yararlanacak türdeki hizmetlerdendir.

Bu çerçevede, artan sağlık hizmeti talebini en doğru şekilde karşılamak, yüksek sermaye grubuna dâhil sürekli yenilenen teknoloji elde etmek ve cihaz-ekipman-sigorta-bakım-yenileme maliyetlerini minimize etmek, birden çok kuruma ortak hizmet alanı yaratmak, yetersiz ve kısıtlı kalifiye insan gücü kaynağını değerlendirerek hizmette etkinlik ve verimlilik sağlamak, değişen şartlara ve ihtiyaca göre hizmet planlama ve sunumunu yapmak, yerinde sağlık hizmeti sunarak gereksiz hasta transferi ve beraberinde getireceği sosyal sorunlara son vermek, kaynak kullanımı kontrollü, kaliteyi yükselten, maliyeti düşüren etkin, süratli, kesintisiz bir sağlık hizmeti sunmak, gereksiz bina ve cihaz alımının önüne geçmek, kurumlar arası işbirliği ve halkın sosyal memnuniyetini arttırmak sağlık hizmetleri yönünden Devlet için bir kamusal zorunluluk ve sosyal devlet olmanın gereğidir.

Anayasa Mahkemesinin 22.11.2007 tarihli ve E.2004/114, K.2007/85 sayılı kararında vurgulandığı üzere, Anayasa'nın 47. maddesi ile 128. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, sağlık hizmetlerinin bütünüyle Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu bir kamu hizmeti şeklinde nitelendirilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla sağlık hizmetinin tamamının salt memur ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinden söz edilemez. Bu itibarla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin özel hukuk kişilerine gördürülmesine imkân tanınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Dava konusu kurallarla, anılan sağlık hizmetlerinin özel kişilere gördürülmesinin KÖİ sözleşmesi aracılığıyla yapılması öngörülmektedir. Dava konusu kurallarda öngörülen KÖİ sözleşmesinde, yüklenici, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesisleri, %20 'si öz kaynak olmak üzere gerekli finansmanın tamamını sağlayarak lehine üst hakkı tesis edilen Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde inşa etme, bakım ve onarım hizmetlerini yürütme, sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere sözleşmede belirtilen süre boyunca sağlık hizmeti sunumuna elverişli hâlde idareye kiralama ve sözleşme dönemi sonunda da çalışılabilir ve kullanılabilir durumda idareye devretme; idare ise sözleşme süresince her yıl yükleniciye kira bedeli ödeme taahhüdü altına girmektedir.

Anayasa'nın 47. maddesinde, kamu hizmetlerinden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği ifade edilmekle birlikte, bu sözleşmelerin hukuki niteliğine ilişkin herhangi bir sınırlama yapılmamaktadır. Dolayısıyla kamu hizmetlerinin hangi usulle ve ne tür özel hukuk sözleşmeleriyle özel kişilere gördürüleceğinin belirlenmesi, anayasal güvenceler gözetilmek kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir. Bu konuda gözönünde tutulması gereken ölçüt, kamu yararının daha kolay ve etkili bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Esasen kamu hizmetinin hangi usulle işletilmesi hâlinde kamu yararının daha kolay ve etkili biçimde gerçekleşeceği meselesi, bir yerindelik sorunu olup anayasallık denetiminin dışında kalmaktadır. Bu itibarla sağlık hizmetlerinin yukarıda değinilen bölümünün KÖİ modeli çerçevesinde gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerine gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir husus bulunmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 14.2.2013 tarihli ve E.2011/150, K.2013/30 sayılı kararı da bu yöndedir.

Anayasa'da kamu hizmetlerinin gördürülmesine ilişkin sözleşmelerin ne kadar süreyle yapılabileceğine dair herhangi bir hüküm bulunmadığından dava konusu kurallarda düzenlenen KÖİ sözleşmesinin süresinin en fazla otuz yıl olarak öngörülmesi, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, Devlet, hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlar üzerinde, kamu yararını gözetmek ve Anayasa'nın özel maddelerinde yer alan güvence hükümlerini de dikkate almak kaydıyla üstün yetkilerini kullanarak hukuki düzeni belirlediği bir biçimde tesis edebilir. Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken *"kamu yararı"* konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı açıktır.

Kanun'un genel gerekçesinden, yatırımlar için gerekli olan harcamaları uzun döneme yayması, hizmeti kısa dönemde sunma fırsatı tanıması gibi avantajları dikkate alınarak sağlık hizmetlerinin sunumunda KÖİ modelinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Bu amacın kamu yararına dönük olduğu açıktır. Hazinenin özel mülkiyetinde bulunan taşınmazlar üzerinde kamu yararına dönük olduğu anlaşılan KÖİ finansman modeli kapsamında yüklenici lehine üst hakkı tesis edilmesinin öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 47. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 161., 162. ve 163. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının "*…özel hukuk hükümlerine göre…*" İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının (ö) Bendinin "*… özel hukuk hükümlerine göre…*" İbaresi ve 4. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının "*…özel hukuk hükümlerine tabi olup…*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarda yükleniciler ile idare arasında imzalanacak sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olduğu

hükme bağlanmış ise de Kanun bir bütün olarak incelendiğinde, söz konusu sözleşmenin kamu hizmeti imtiyazının bütün unsurlarını taşıdığının ve dolayısıyla idari sözleşme olduğunun anlaşıldığı, kanun koyucunun, Danıştayın ön incelemesi ve denetiminden kaçırmak için KÖİ sözleşmelerini özel hukuk sözleşmesi olarak tanımladığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 155. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarda, KÖİ modeli çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, Hazinenin özel mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde sözleşmede belirtilen sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere bağımsız ve sürekli nitelikte üst hakkı tesis edilmek suretiyle yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesine ilişkin olarak yapılacak sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi olması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında, Danıştayın, kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmekle görevli olduğu belirtilmiştir. Buna göre, kamu hizmetiyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinin imzalanmadan önce Danıştayın düşüncesinin alınması zorunludur.

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, idari sözleşmelerin özel bir türü olup kamu hukuku kurallarına tabidir. Bir sözleşmenin *"idarî sözleşme"* sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerekmektedir.

İdare hukukunda imtiyaz kavramı, kamu hizmetinin yürütülmesi yöntemlerinden biri olarak görülmektedir. Kamu hizmeti imtiyazı, idarenin, özel kişiyle yaptığı idari bir sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları, kâr ve zararı imtiyazcıya ait olmak üzere kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir kamu hizmetinin yürütülmesi modelidir. Konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir

özel kişiye devretmek olan sözleşmeler *"kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri"* olarak tanımlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın, idari sözleşmelerin ve dolayısıyla bunların özel bir türü olan kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin kamu hukuku kurallarına tabi olmasını zorunlu kıldığı, bu sözleşmelerin kanunla özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu görüşünü benimsemiş ve başka adlarla çıkarılsa dahi kamu hizmeti imtiyazının unsurlarını taşıyan sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine göre yürütülmesini öngören kanun hükümlerini iptal etmiştir. Sözü edilen kararlarda ayrıca, Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasının imtiyaz sözleşmelerinin Danıştayın öndenetimine bağlı olmasının zorunluluk taşıdığı ifade edilmiş ve imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşıyan herhangi bir sözleşmenin idarilik vasfı ortadan kaldırılarak özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasının, Anayasa'nın 155. maddesine de aykırılık teşkil edeceği vurgulanmıştır (K.T: 28/6/1995, E.1994/71, K.1995/23; K.T: 26.3.1997, E.1996/63, K.1997/40).

Bu kararlardan sonra, 13.8.1999 tarihli ve 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde değişiklikler yapmıştır. Anayasa'nın 155. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerini incelemek*" ibaresi, *"kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmeleri hakkında iki ay içinde düşüncesini bildirmek"* biçiminde değiştirilmek suretiyle Danıştayın imtiyaz sözleşmeleri üzerindeki inceleme yetkisi düşünce bildirmeye dönüştürülmüştür. Ayrıca Anayasa'nın 47. maddesine de, "*Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir.*" biçiminde dördüncü fıkra eklenmiştir. 4446 sayılı Kanunla yapılan Anayasa değişikliğinin genel gerekçesinde, Anayasa'nın 47. maddesine eklenen bu fıkra ile kamu tüzel kişilerince yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceğinin kanunla belirlenmesi ilkesinin getirildiği ifade edilmiştir.

Anayasa değişikliğinin gerekçesi ile değişikliğe yol açan olgular (Anayasa Mahkemesi kararları) dikkate alındığında, Anayasa'nın 47.

maddesine eklenen dördüncü fıkrayla amaçlanan hususun, geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi olduğu kabul edilen idari sözleşmelerle (özellikle imtiyaz sözleşmesiyle) özel kesime gördürülen kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi sözleşmelerle de gördürülebilmesine imkân sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Değişiklikle, kanun koyucunun takdir yetkisinin kapsamı genişletilmiş ve kamu hizmetlerinin özel hukuk kişileri tarafından görülmesini sağlayan sözleşmelerin, çıkarılacak bir kanun ile kanun koyucunun iradesine bağlı olarak özel hukuk kapsamında da yapılabilmesi mümkün kılınmıştır. Dolayısıyla Anayasa'nın 47. maddesine eklenen bu fıkradan sonra, kanun koyucunun, imtiyaz sözleşmesinin unsurlarını taşısa dahi herhangi bir sözleşmeyi özel hukuk hükümleri kapsamına alması ve geleneksel olarak kamu hukuku kurallarına tabi sözleşmelerle yürütülen kamu hizmetlerini özel hukuk sözleşmeleri aracılığıyla özel kesime gördürülmesi yolunda düzenleme yapması olanaklı hâle gelmiştir.

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesini konu edinen KÖİ sözleşmesinin, yüklenicinin gelirinin, hizmetten yararlananlardan alınan ücretlerden değil, idare tarafından ödenen kira bedelinden oluşması ve inşa edilen tesislerin sözleşme süresinin sonunda idareye devredilmesi yönüyle imtiyaz sözleşmelerinden farklılık taşısa da özünde idari sözleşmelerin özelliklerini taşıdığı açıktır. Ancak 4446 sayılı Kanunla Anayasa'nın 47. ve 155. maddelerinde yapılan değişikliklerle, kamu hizmetlerinin hangilerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülebileceği hususunda kanun koyucuya geniş takdir yetkisi tanındığından idari sözleşmelerin özelliklerini taşısa da KÖİ sözleşmelerinin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 155. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

C- Kanun'un 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki *"…ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin…"* İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının (ö) Bendindeki *"…veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi…"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, ihale ile şirketlere devredilmesi ya da hizmet satın alma yoluyla gördürülmesi kabul edilen hizmetlerin içeriği ve niteliği ile çerçeve ve sınırının belirlenmediği, bu hususların idarenin takdirine bırakıldığı, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, hukuk devletinin unsurlarından birinin de hukuk güvenliğini sağlamak olduğu, hukuk güvenliğinin kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uyulmasını gerektirdiği, dava konusu ibarelerin belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetlerinin yürütülmesinin yanında, "*ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin*" de KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime gördürülmesi imkânı getirilmiştir.

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 yetkisi tanıdığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum"* olarak nitelendirilmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek

veya tüzelkişilere yaptırılabileceğinin veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu kurallar, Devlet, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yürütülen kamu hizmetlerinin bazı bölümlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle gerçek veya tüzel kişiler eliyle yürütülmesine ilişkin olduğundan Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususlar kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin özel hukuk sözleşmeleriyle özel kesime gördürülmesine imkân sağlayan düzenlemelerin, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak, sadece genel hatlarıyla idarenin yetkili olduğundan söz edilmesi yeterli olmayıp, idarenin yetkisinin sınırlarının ve genel çerçevesinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Kanun, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, KÖİ modeli ile yaptırılması ve modernize edilmesi amacıyla çıkarılmış olup Kanun kapsamında yapılacak işlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Bu bağlamda, Kanun'un 1. maddesinde, KÖİ sözleşmesinin kapsamı belirlenerek modele ilişkin temel kavramlar tanımlanmış; 2. maddesinde yapım, yenileme ve hizmet alım işlerinin hangi usul ve esaslar çerçevesinde özel kesime gördürüleceği açıklanmış; 3. maddesinde, KÖİ ihalesinin ilke, usul ve esasları düzenlenmiş; 4. maddesinde, KÖİ sözleşmesinin niteliği, hükümleri, akdedilme süreci, feshi, feshin sonuçları, idareye ve yükleniciye tanınacak hak ve yetkiler gösterilmiş; 5. maddesinde, kira bedelinin ne şekilde tespit edileceği ve hangi kaynaktan ödeneceği saptanmış; 6. maddesinde, yüklenicinin, Kanun kapsamındaki yapım işleri için tahsis etmesi gereken özkaynak oranı belirlenmiş; 7. maddesinde, idare ile yüklenici arasında imzalanan yapım sözleşmesi süresi sonunda yerleşkenin idareye devrine ilişkin usul ve esaslar açıklanmıştır. Dolayısıyla Kanun'da, KÖİ modeli çerçevesinde, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca ihtiyaç duyulan tesislerin yapılmasına ve mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanmasına ilişkin temel esaslara ve çerçeve hükümlere yer verildiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu kurallarla, "*ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin*" de KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime gördürülmesine imkân sağlanmıştır. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin kapsamı tespit edilirken, KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Kanun'da düzenlenen KÖİ modelinde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün sorumluğuna bırakılmakta, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edilmektedir. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren hizmetlerin, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat Sağlık Bakanlığı tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. İleri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi ise idari ve teknik bir mesele olduğundan bu belirlemenin kanunla yapılması gerekli değildir. Dolayısıyla kuralda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı gibi belirsizliğe yol açan herhangi bir durum da söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ç- Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının (c) Bendindeki "*…tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında…*" İbaresi ile 2. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasındaki "*…tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması…*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarda sözü edilen "*belli hizmetlerin*" belirsiz olduğu, söz konusu hizmetlerin içeriği, niteliği, çerçevesi ve sınırları belirlenmeden bu hususların idarenin takdirine bırakılmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, kanun koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermesinin yasama yetkisinin

devri anlamına geldiği, düzenleme ile kamu sağlık tesisi içindeki sağlık hizmetlerinin ve sağlık hizmeti ile bağlantılı diğer hizmetlerin yüklenicilere bırakılmasına imkân tanındığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan bedel tanımında dava konusu *"…tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında…"* ibareye de yer verilmek; 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında ise Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının yaptırabileceği hizmetler arasında *"…tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması…"* da sayılmak suretiyle Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının kullanımlarında bulunan tesislerdeki belli hizmetlerin sunulmasının da KÖİ sözleşmesine konu teşkil edebilmesine ve bu hizmetler karşılığında yükleniciye bedel ödenmesine imkân sağlanmaktadır.

Kanun, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin, KÖİ modeliyle yaptırılması ve modernize edilmesi amacıyla çıkarılmış olup KÖİ sözleşmesine konu edilebilecek hizmetlerin kapsamı ve sınırları genel olarak Kanun'un 1. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime devredilebilecek hizmetler, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılması, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanması ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerden ibarettir. Dolayısıyla Kanun'da herhangi bir çerçevenin çizilmediği, idarenin KÖİ modeli çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin sınırlanmadığı söylenemez.

Dava konusu kurallarda yer alan *"belli hizmetler"*in kapsamı tespit edilirken, KÖİ modelinin mahiyetinin ve bu model çerçevesinde özel kesime gördürülebilecek hizmetlerin niteliğinin gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Kanun'da düzenlenen KÖİ modelinde, hastane binası inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün sorumluğuna bırakılmakta, kamu hizmetinin bizzat kendisini oluşturan tıbbi hizmetlerin ise idare tarafından görülmesine devam edilmektedir. Dava konusu kurallarda yer

alan "*belli hizmetler*"in, sağlık hizmetlerinin özünü oluşturan ve bizzat idare tarafından yerine getirilmesi gereken tıbbi hizmetlerin dışındaki diğer hizmetler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Söz konusu hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi ise idari ve teknik bir mesele olduğundan bu belirlemenin kanunla yapılması gerekli değildir. Dolayısıyla kuralda yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı bir yön bulunmadığı gibi belirsizliğe yol açan herhangi bir durum da söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 17. ve 56. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 3. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Devletin bütçe imkânlarıyla gerçekleştiremeyeceği derecede mali boyutu yüksek olan projeler kapsamındaki birden fazla tesisin yapım ve yenileme işinin tek bir ihaleyle yaptırılmasının, sağlık sektöründe rekabeti ortadan kaldıran ve tekelleşmeye yol açan bir nitelik taşıdığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 167. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 1. maddesinin amaç ve kapsamı düzenleyen (1) numaralı fıkrasında, KÖİ modeliyle Kanun kapsamındaki hizmetlerin gördürüleceği yüklenicinin ihaleyle belirlenmesi gerektiği belirtilmekte; 3. maddesinde ise söz konusu ihalelerde esas alınacak ilkeler ile ihale usul ve esasları düzenlenmektedir. Maddenin dava konusu olan (3) numaralı fıkrasında, gerek görülmesi hâlinde birden fazla tesis yapım veya yenileme işinin tek bir ihale ile yaptırılabileceği kurala bağlanmaktadır.

Anayasa'nın "*Piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi*" başlıklı 167. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.*"

denilmektedir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu hükümle Devlete, piyasada fiilen veya anlaşma sonucu oluşabilecek tekelleşmeleri önleme ödevi yüklenmektedir.

Mal ve hizmet üretiminde verimliliğin artırılması, kaynak dağılımında etkililiğin sağlanması ve teknolojiden yararlanmanın azami düzeye çıkarılabilmesi bakımından rekabetin esas olduğu bir serbest piyasa modelinin varlığı zorunludur. Rekabetin hüküm sürdüğü bir ortam, üretilen ve tüketicilere sunulan mal ve hizmetlerin belli bir kalitede olmasını ve fiyatının makul düzeylerde kalmasını sağladığından aynı zamanda tüketicinin korunmasına da hizmet etmektedir. Ayrıca rekabet, ekonomik gücün tek bir elde toplanmasını önleyip topluma yaygınlaştırarak iktisadi güce sahip olanların siyasi hayata da egemen olmasını engellediğinden demokratik sistemin işlevsellik kazanabilmesi için gerekli bir nitelik taşımaktadır. Anayasa'nın 167. maddesinin gerekçesinde, tekeller ve tekel benzeri gruplaşmaları, hem tüketim hem de hizmetler sektöründe önlemenin, sağlıklı bir toplum ve demokrasi için vazgeçilmez olduğu ifade edilerek bu gerçeğe işaret edilmektedir.

KÖİ modelinde, yüklenicinin sorumluluğuna bırakılan hizmetler, sağlık tesislerinin inşası, bakımı ve onarımı gibi yardımcı nitelikte hizmetler olup sağlık hizmetinin özünü oluşturan tıbbi hizmetlerin sunumu kamunun sorumluluğunda kalmaya devam etmektedir. Bu nedenle, birden fazla tesisin yapımı işinin tek bir yüklenici tarafından üstlenilmesinin, sağlık hizmeti sunumu bakımından bir tekelleşmeye yol açması mümkün değildir. Zira tesisin inşası, bakımı ve onarımı gibi yardımcı nitelikteki hizmetler bir yüklenici tarafından yerine getirilse de bu durumun, sağlık hizmeti tüketicilerini etkileyen bir yönü bulunmamakta, sağlık hizmetinin özünü oluşturan tıbbi hizmetlerin eskiden olduğu gibi kamu tarafından sunumuna devam edilmektedir.

Bununla birlikte, birden fazla tesis için tek bir ihaleye çıkılmasının, Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına tesis inşası, bakımı ve onarımı hizmeti sunumunda tekelleşmeye yol açması potansiyelinin bulunduğu söylenebilir. Ancak dava konusu kuralın buna imkân tanıdığı da söylenemez. Zira dava

konusu kuralda, idarenin birden fazla tesis yapım veya yenileme işini tek bir ihale ile yaptırtabilmesi mümkün kılınmakla beraber, bu yola ancak gerek görülmesi hâlinde başvurulabilmesi öngörülmektedir. İşin tek bir ihaleyle yapılmasının gerekli olup olmadığı değerlendirilirken, tekelleşmeye yol açıp açmayacağı hususunun da gözönünde bulundurulacağı tabiidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 167. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun'un 3. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "*... idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ...*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, isteklilerde aranacak mali ve teknik yeterlik kriterlerinin kanunla belirlenmek yerine, her ihalede değişebilecek şekilde idareye bırakılmasının belirsizliğe sebep olacağı ve kişilerin hukuki güvenliklerini ortadan kaldıracağı, bu nedenle hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, ayrıca hiçbir ölçü getirilmeden ve çerçeve çizilmeden kriterlerin belirlenmesi yetkisinin bütünüyle idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devri anlamına geleceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 3. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinde açık ihale usulü, belli istekliler arasında ihale usulü veya pazarlık usullerinden birinin uygulanabileceği belirtilmiş; dava konusu ibareyi de içeren (6) numaralı fıkrasında da açık ihale usulü, "*bütün isteklilerin teklif verebildiği ihale*" biçiminde tanımlandıktan sonra bu usulün temel esasları düzenlenmiştir. Buna göre açık ihale usulünde bütün istekliler teklif verebilmektedir. İhale, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen ve idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile ihale dokümanında belirtilen şartlara uygun olup olmadığı incelendikten sonra, uygun olmadığı belirlenen isteklilerin tekliflerinin değerlendirme dışı bırakılması suretiyle sonuçlandırılacaktır.

Dava konusu kuralla idareye, Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak açık ihale usulünde isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerini tespit etme yetkisi verilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

Kamu ihalelerinde uygulanacak usul ve esasların kanunla belirleneceğine ilişkin bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalelerinde uygulanacak açık ihale usulünde isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerini tespiti hususunda yürütmeye düzenleme yetkisi tanıması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez. Kaldı ki idare tarafından tespit edilmesi öngörülen ve isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterleri, teknik ayrıntıları içeren ve uzmanlık gerektiren hususlar olup bunların ayrıntılı bir şekilde mutlaka kanunda yer alması imkânının bulunmadığı da açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi,

yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, 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. Bu itibarla, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerinin idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

F- Kanun'un 3. Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının (b) ve (c) Bentlerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun uyarınca tesis ve hizmetlerin ihalesinden önce ön fizibilite raporunun hazırlanacağı, bu nedenle doğal afetler, salgın hastalıklar, can ve mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması gerekçesiyle ihalenin pazarlık usulüyle yapılmasının maddi tabanının bulunmadığı, yapılması öngörülen tesislerin büyük mali güç gerektirdiği ve bunların pazarlık usulüyle ihale edilebilmesinin ölçülü olmadığı, işlerin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesinin pazarlık usulüyle ihale edilmesine gerekçe oluşturmayacağı, Kanun'da öngörülen ön fizibilite raporu, ön proje, kesin proje ve uygulama projesinin amaçlarından birinin de işin teknik ve mali özelliklerini saptamak olduğu, buna rağmen mali ve teknik özellikleri saptanamayan işe kaynak aktarılmasında kamu yararının bulunmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 3. maddesinin (8) numaralı fıkrasında, Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin pazarlık usulüyle ihale edilmesinin

mümkün olduğu hâller düzenlenmektedir. Fıkranın dava konusu (b) ve (c) bentlerinde, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması ve ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi hâllerinde pazarlık usulü ile ihale yapılabileceği kurala bağlanmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi gereği kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, genel olarak kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Kanun koyucu, Anayasa'ya ve hukukun genel ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla her türlü düzenlemeyi yapma yetkisine sahip olup düzenlemenin kamu yararına, başka bir anlatımla ülke koşullarına uygun olup olmadığının takdiri kanun koyucuya aittir. Anayasa'ya uygunluk denetiminde, kanun koyucunun kamu yararı anlayışının isabetli olup olmadığı değil, kuralın kamu yararı dışında belli bireylerin ya da grupların çıkarları gözetilerek çıkarılıp çıkarılmadığı incelenebilir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu söylenebilir.

Kamu ihalelerinde saydamlığın, rekabetin, eşit muamelenin, güvenilirliğin, gizliliğin, kamuoyu denetiminin, kaynakların verimli kullanılmasının sağlanması kamu yararının ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu ilkelerin gözetilmesi kaydıyla, mal ve hizmet alımlarında hangi ihale usulünün uygulanacağının belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun, tüm mal ve hizmet alımları için tek bir ihale usulünü benimsemesi zorunlu olmayıp çeşitli kamu hizmetlerinin görülmesinde ihtiyaç duyulan farklı nitelikteki mal ve hizmetler yönünden durumun gerektirdiği ölçüde farklılaşan ihale usulleri belirleyebilir.

Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında saydamlığı, rekabeti, eşit muameleyi, güvenilirliği, gizliliği, kamuoyu denetimini, kaynakların verimli kullanılmasını, ihtiyaçların uygun şartlarda ve zamanında karşılanmasını sağlamanın esas olduğu belirtilmiş; devam eden fıkralarında, Kanun'a göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulünün uygulanması temel prensip olarak kabul edilmiş, ancak Kanun'da belirtilen istisnai ve özel hâllerde pazarlık usulüne başvurulması da mümkün kılınmıştır.

Kanun kapsamında yapılacak ihalelerin Kanun'da belirtilen hâllerle sınırlı olmak üzere temel usuller olan açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü yerine pazarlık usulü ile yapılabilmesine imkân tanınması bir takım zorunluluklardan kaynaklanmakta olup belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde işin ivedilikle yapılması ve kamu hizmetinde devamlılığın sağlanması imkânı getirmektedir. Kanun koyucunun, işin ivedilikle yapılmasını mümkün kılmak ve idarelere hareket alanı tanıyarak kamu hizmetinde devamlılığın sağlanmasına imkân tanımak amacıyla, doğal afetler, salgın hastalıklar, can veya mal kaybı tehlikesi gibi ani ve beklenmeyen olayların ortaya çıkması sebebiyle ihalenin ivedi olarak yapılmasının zorunlu olması ve ihale konusu işin özgün nitelikte ve karmaşık olması nedeniyle teknik ve mali özelliklerinin belirlenememesi hâllerinde, bu Kanun kapsamındaki tesislerin yenileme veya yapım işlerinin ihalesinin pazarlık usulü ile yapılabilmesini öngörmesinde kamu yararı dışında bir amacın güdüldüğü söylenemeyeceğinden kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Ayrıca yapılan somut düzenlemenin hedeflenen amacı etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme, anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

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

G- Kanun'un 4. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- Birinci Cümle

Dava dilekçesinde, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleme ve denetletme konusunda idareye verilen yetkinin çerçevesinin çizilmediği ve temel ilkelerinin gösterilmediği, idarece yapılacak veya yaptırılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesinin kuralın belirsizliğine yol açtığı, Anayasa'ya aykırı bu düzenlemenin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 4. maddesinde "*sözleşme*" ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında, sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabi olduğu, süresinin sabit yatırım dönemi hariç otuz yılı geçmemek üzere idarece belirleneceği, yüklenicinin, yapım işlerinin projelendirilmesinden ve finansmanının sağlanmasından, yapımından, bakım ve onarımından, yükleniciye bırakılan hizmetlerin yerine getirilmesi ile ticari hizmet alanlarının işletilmesinden, sözleşme süresi sonunda yerleşkenin her türlü borç ve taahhütten ari, bakımlı, çalışır ve kullanılabilir durumda Bakanlığa devredilmesinden ve sözleşme süresince üçüncü kişilere vereceği her türlü zarardan sorumlu olacağı ve yüklenicinin sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde idarenin uğrayacağı zararın tazminine ve cezai şartlara ilişkin hükümlere sözleşmede yer verileceği belirtilmiş, diğer fıkralarda ise idarenin ve yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ile bunların yerine getirilmemesinin müeyyideleri düzenlenmiştir.

Maddenin (4) numaralı fıkrasının dava konusu olan birinci cümlesinde, idarenin, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetleyeceği veya denetleteceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* denilmektedir. Buna göre, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar, idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişilerin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Esasen icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvurulan diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporunda yer alan tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak icrai işlemler dışında denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez.

Dava konusu kuralla, idarenin, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetimini özel kişilere yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları sonucunda gerekli yaptırım ve işlemlerin idare tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki ve idari tedbirleri uygulama yetkisi idarede kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan yüklenicinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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 gereklidir.

Dava konusu kuralda, idarenin, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetimini özel kişilere yaptırabileceği belirtilmiş, ancak yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleyecek kişilerin nitelikleri ile yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmediğinin ya da usulsüzlük yapıldığının tespiti hâlinde uygulanacak yaptırım ve sonuçlarına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Maddi ve hukuki olayları tespit etmekten ibaret bir hazırlık işlemi niteliğindeki denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi mümkün ise de denetimi gerçekleştiren kişilerin niteliklerinin neler olduğunun ve yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemeleri ya da usulsüzlük yapmaları durumunda uygulanacak yaptırım ve sonuçlarının hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmemiş olması, belirsizliğe yol açacağından bu hâliyle dava konusu kuralda yer alan "*… veya denetletir*." sözcükleri hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralda yer alan "*…veya denetletir*." sözcükleri Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın kalan bölümü ise Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Hicabi DURSUN ile Kadir ÖZKAYA bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

2- İkinci Cümle

Dava dilekçesinde, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak kurulacak denetim ve yönetim sistemi konusunda Bakanlığa, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı olarak genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verildiği, Anayasa'ya göre yürütmenin ancak kanunla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabileceği ve Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 4. maddesinin (4) numaralı fıkrasının dava konusu olan ikinci cümlesinde, Sağlık Bakanlığının, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabileceği kurala bağlanmıştır. Söz konusu maddenin (13) numaralı fıkrasında da bu maddenin uygulanmasına ve sözleşmede yer alacak diğer konulara ilişkin hususların yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

Özel kesimin faaliyetlerinin denetimine ilişkin usul ve esasların kanunla belirleneceğine ilişkin bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurulması hususunda Sağlık Bakanlığına düzenleme yetkisi tanıması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup, hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, 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. Bu itibarla, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerinin idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Ğ- Kanun'un 13. Maddesiyle 4749 Sayılı Kanun'a Eklenen 8/A Maddesinin Birinci ve Altıncı Cümlelerinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

4749 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti adına Devlet iç borcu ve Devlet dış borcu almaya, Hazine geri ödeme garantisi, Hazine karşı garantisi vermeye ve verilen garantilerin şartlarında değişiklik yapmaya, dış finansman temini izni vermeye, hibe almaya, dış finansman imkânlarını dış borcun devri, anlaşmanın mali şartlarına bağlı kalarak dış borcun ikrazı, dış borcun tahsisi yoluyla kullandırmaya ve yeni mali yükümlülük yaratmaya, bu borç ve yükümlülükler ile bunlardan kaynaklanan Hazine alacaklarını yönetmeye Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın; Hazine yatırım garantisi ve Hazine ülke garantisi vermeye, verilen garantilerin şartlarında değişiklik yapmaya, borç ve hibe vermeye, gerçekleştirilmesi ivedi ve zaruri olan projeleri tespit etmeye ve gerektiğinde tespit edilen bu projelere Türkiye Cumhuriyeti adına sağlanan dış finansmanın anlaşmalardaki koşullarına bağlı kalmaksızın, dış borcun ikrazı suretiyle kullandırılmasına karar vermeye ise Hazine Müsteşarlığının görüşü ve bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu ifade edilmiştir.

Dava konusu kuralla Hazine Müsteşarlığının üstleneceği mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarının belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Bu düzenlemeden önce, belirtilen konular 4749 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 6428 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olan son fıkrasında düzenlenmiş olup bu fıkrada *"Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri tarafından 8/6/1994 tarihli ve 3996 sayılı Bazı Yatırım ve Hizmetlerin Yap-İşlet-Devret Modeli Çerçevesinde Yaptırılması Hakkında Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli, 7/5/1987 tarihli ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu ve 25/8/2011 tarihli ve 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilen ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmelerde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınması hükmünün bulunması halinde söz konusu yatırım ve hizmetler için sağlanan dış finansmanın Müsteşarlık tarafından üstlenilmesine karar vermeye, Müsteşarlığın görüşü ve Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu fıkra hükümlerine göre üstlenim öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin ihale şartnamesi yayımlanmadan ve sözleşmeleri imzalanmadan önce Müsteşarlığın uygun görüşü alınır."* hükmü yer almaktaydı.

Dava konusu kural ile *"Borç üstlenimi"* konusu ayrı bir madde olarak düzenlenmiş ve Kanun hükümlerine göre yap-kirala-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan yatırım ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler de kapsama dâhil edilmiş ve borç üstlenimi konusunda ilave bir takım kriterler getirilmiştir. Buna göre borç üstlenimi, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından gerçekleştirilen ve asgari yatırım tutarı bir milyar Türk Lirası olan yap-işlet-devret projeleri ile Sağlık Bakanlığı ve Millî Eğitim Bakanlığı tarafından gerçekleştirilen ve asgari yatırım tutarı beş yüz milyon Türk Lirası olan yap-kirala-devret (KÖİ) projeleri için, sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde söz konusu olabilecektir.

Kuralla Hazine Müsteşarlığınca üstlenilebilecek borcun, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu

finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerden oluşacağı öngörülmüştür.

Maddeye göre, Hazine Müsteşarlığı tarafından borç üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili olacaktır.

Maddede ayrıca, madde hükümlerine göre üstlenim öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce Hazine Müsteşarlığının uygun görüşünün alınacağı belirtilmiştir.

Maddenin 5. cümlesinde, bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limitinin merkezi yönetim bütçe kanunu ile belirleneceği ve 6. cümlesinde de söz konusu limiti bir katına kadar artırmaya Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olacağı kurala bağlanmıştır. Merkezî yönetim bütçe kanunlarının kapsamı ve düzeni, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 15. maddesinde gösterilmiş olup maddede merkezî yönetim bütçe kanununun, merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin gelir ve gider tahminlerini gösteren, bunların uygulanmasına ve yürütülmesine yetki ve izin veren kanun olduğu ve borçlanma ve garanti sınırlarının merkezî yönetim bütçe kanununda yer alacağı ifade edilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- Birinci Cümle

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla Hazine Müsteşarlığının üstleneceği mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarının belirlenmesi ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esaslar konusunda, temel

ilkeler belirlenmeksizin ve çerçeve çizilmeksizin sınırsız, belirsiz, geniş bir ekonomik alanın Bakanlar Kurulunun düzenlemesine bırakıldığı, Anayasa'ya göre yürütmenin ancak kanunla asli olarak düzenlenmiş alanda kural koyabileceği, ayrıca nesnel yasa kuralları ile sınırları gösterilmemiş bir yetkinin, keyfi uygulamalara yol açabileceğinden hukuk devleti ilkesi ile de uyumlu olamayacağı ve Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 13. maddesi ile 4749 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin dava konusu olan birinci cümlesinde, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından 3996 sayılı Kanun hükümlerine göre yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari bir milyar Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmeleri ile 6428 sayılı Kanun ve 652 sayılı KHK hükümlerine göre KÖİ modeli ile gerçekleştirilmesi planlanan ve tutarı asgari beş yüz milyon Türk Lirası olması öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde, söz konusu yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilmesine karar vermeye, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemeye, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri için Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi, özel bütçeli kamu idareleri için ilgili Bakanın talebi Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına

genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

Hazine tarafından üstlenilecek mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşulları ile teyit edilmesine ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesini zorunlu kılan bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun, KÖİ modeli çerçevesindeki yatırım ve hizmetler için yurt dışından sağlanan finansmanın ve varsa bu finansmanın teminine yönelik türev ürünlerden kaynaklananlar da dâhil olmak üzere mali yükümlülüklerin Hazine Müsteşarlığı tarafından üstlenilmesine karar verme, üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirleme ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisini Bakanlar Kuruluna bırakmış olması, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırı görülemez.

Kaldı ki Bakanlar Kuruluna verilen, Hazine Müsteşarlığının borç üstlenebilmesine karar verme ve üstlenime konu mali yükümlülüklerin kapsam, unsur ve ödeme koşullarını belirlemeye ve teyit edilmesine ilişkin usul ve esasları düzenleme yetkisi, işin özelliğinden kaynaklanan, uzmanlık gerektiren, teknik konulara ilişkindir.

Ayrıca, söz konusu 8/A maddesinde mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstlenimin limitinin Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirleneceği belirtilerek, Hazine Müsteşarlığının ilgili mali yıl içerisinde taahhüt edebileceği borç üstlenimine bir sınırlama getirilmiş ve borç üstlenimi öngörülen yatırım ve hizmetlere ilişkin uygulama sözleşmesi taslağında yer alan ve üstlenimi doğrudan ilgilendiren hükümler hakkında ihale şartnamesi yayımlanmadan ve ihale sonrasında sözleşme imzalanmadan önce merkezi yönetim bütçesi için dış borçlanma yetkisine sahip tek kamu kuruluşu olan Hazine Müsteşarlığının görüşünün alınması öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup, hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, 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. Bu itibarla, isteklilerin ihale konusu işi yapabilme kapasitesini belirleyen mali ve teknik yeterlik kriterlerinin idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 8. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b- Altıncı Cümle

Dava dilekçesinde, Anayasa'da bütçe kanun tasarılarının görüşülme usul ve esaslarının diğer kanunlardan farklı düzenlendiği, bu nedenle birinin konusuna giren bir işin, ötekiyle ilgili yöntemle düzenlenmesi, değiştirilmesi veya kaldırılmasının mümkün olmadığı, Anayasa'nın 163. maddesinde bütçelerde değişiklik yapılabilmesinin esaslarının ayrıca düzenlendiği ve Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisinin verilmediği, bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hüküm konulamayacağı yönünde Anayasa Mahkemesinin kararlarının bulunduğu ve iptali istenilen cümlenin bu kararlara aykırı bir düzenleme getirdiği, ayrıca Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin hukuk devleti ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmayacağı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 11., 153. ve 163. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 13. maddesi ile 4749 sayılı Kanun'a eklenen 8/A maddesinin beşinci cümlesinde, bu madde kapsamında mali yıl içinde taahhüt edilecek borç üstleniminin limitinin, Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ile belirleneceği ifade edilmiş, dava konusu olan altıncı cümlesinde ise bu limiti bir katına kadar artırmaya Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 163. maddesinde, merkezi yönetim bütçesiyle verilen ödeneğin, harcanabilecek miktarın sınırını gösterdiği, harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulamayacağı belirtilmiş ve Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname ile bütçede değişiklik yapmak yetkisi verilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 87. maddesinde, TBMM'nin görev ve yetkileri kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yanında bütçe kanun tasarısını görüşmek ve kabul etmek olarak belirtilmiştir. Bütçe kanunlarıyla diğer kanunlar arasında yapılan bu ayrım karşısında herhangi bir kanun ile düzenlenmesi gereken bir konunun bütçe kanunu ile düzenlenmesine veya herhangi bir kanunda yer alan hükmün bütçe kanunları ile değiştirilmesine ve kaldırılmasına imkân bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 88. ve 89. maddelerinde, kanun tasarı ve tekliflerinin TBMM'ce görüşülmesi usul ve esasları ile yayımlanması düzenlenirken, bütçe kanun tasarılarının görüşülme usul ve esasları 162. maddede ayrıca belirtilmiştir. Bu maddeye göre, bütçe kanun tasarılarının görüşülmesinde ayrı bir yöntem kabul edilmiş, TBMM Genel Kurulunda üyelerin gider artırıcı veya gelir azaltıcı tekliflerde bulunmaları önlenmiştir. Anayasa'nın 89. maddesinde de, Cumhurbaşkanına bütçe kanunlarını bir daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderme yetkisi tanınmamıştır. Öte yandan, Anayasa'nın 161. maddesinde de bütçe kanununa bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamayacağı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 161. maddesinin dördüncü fıkrasında, *"Bütçe Kanununa, bütçe ile ilgili hükümler dışında hiçbir hüküm konulamaz."* kuralına yer verilmiş

olmasına karşın, kanunlarla bütçe kanunlarının değiştirilemeyeceğine veya tamamlanamayacağına ilişkin bir kural bulunmamaktadır. Anayasa'nın 163. maddesinde ise sadece *"...Bakanlar Kuruluna Kanun Hükmünde Kararname ile bütçede değişiklik yapma yetkisi verilemez..."* denilmiş olması da kanunlarla bütçe kanunlarında değişiklik yapılmasına ve bütçe kanunlarını tamamlayan hükümler getirilmesinde anayasal bir engel bulunmadığını göstermektedir.

Bütçe Kanunu ile belirlenecek olan limit, Hazine Müsteşarlığınca ilgili mali yıl içerisinde taahhüt edilebilecek borç üstlenim rakamını göstermekte olup borç üstlenimine bir sınırlama getirmektedir. Söz konusu limit, 5018 sayılı Kanun'un 15. maddesinde yer alan borçlanma ve garanti sınırlarının merkezi yönetim bütçe kanununda yer alacağı yönündeki kural gereği bütçe kanunlarında gösterilmekte olup bütçenin gelir ve gider rakamlarını etkileyen bir yönü bulunmamaktadır.

Borç üstlenimi, genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler tarafından gerçekleştirilen ve belirli şartları taşıyan projeler kapsamında hazırlanan sözleşmelerde düzenlenen hususların gerçekleşmesi ve sözleşmelerinde, sözleşmelerin süresinden önce feshedilerek tesisin ilgili idareler tarafından devralınmasının öngörülmesi hâlinde Hazine Müsteşarlığının taahhüt edeceği tutarı temsil etmektedir. Bahse konu şartların gerçekleşmemesi durumunda borç üstlenimi ile ilgili olarak Hazine herhangi bir ödeme yükümlülüğüne girmeyecektir.

Bütçe, devletin gelirlerini toplamasına izin, giderlerini yapmasına da yetki veren bir kanundur. Buna göre, devlet, bir yıl süresince bütçe kanununda belirtilmesi koşuluyla harcama yapabilmekte ve gelir toplayabilmektedir. Bütçe kanunları yıllık olarak çıkarılmakta ve ilgili oldukları yıl boyunca uygulanmakta olup, bütçe yılı tamamlandıktan sonra hükmünü yitirmektedir.

Her yıl için yılı bütçesinde gösterilen taahhüt edilebilecek borç üstlenim limiti o yıl boyunca uygulanacaktır. Yıl içerisinde yeni geliştirilen projelerle ilgili olarak yılbaşında bütçe kanunu ile belirlenen limitin üzerinde borç üstlenim taahhüdü talebinin ortaya çıkması durumunda,

bu limitin belli bir sınır çerçevesinde Bakanlar Kurulunca arttırılmasına imkân tanınmaktadır. Bütçe kanunu ile belirlenen taahhüt edilebilecek borç üstlenim limitinin, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanın teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca bir katına kadar arttırılabilmesine izin veren düzenleme, doğrudan bütçenin gelir ve gider kalemlerini etkilememektedir.

Ayrıca Anayasa'nın 163. maddesinin ikinci cümlesinde yasaklanan husus, harcanabilecek miktar sınırının Bakanlar Kurulu kararıyla aşılabileceğine dair bütçelere hüküm konulması olup diğer kanunlara bu yönde hüküm konulmasını engelleyen anayasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, 4749 sayılı Kanun'un 5. maddesinde borçlanma limitinin yıl içerisinde borç yönetiminin ihtiyaçları ve gelişimi dikkate alınarak Bakanlar Kurulu kararı ile artırılabileceği kurala bağlanmıştır. Bu itibarla, borçlanma limiti gibi devleti doğrudan ve kesin bir şekilde yükümlülük altına sokan ve bütçeye doğrudan yükümlülük getiren bir limitin Bakanlar Kurulu kararı ile arttırılabilmesinin mümkün olduğu dikkate alındığında, sadece koşullu bir yükümlülük oluşturan ve koşulların gerçekleşmemesi durumunda herhangi bir yükümlülük doğurmayan borç üstlenimi uygulamasına ilişkin limitin Bakanlar Kurulu kararı ile arttırılabileceğinin evleviyetle kabulü gerekir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 163. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun'un 25. Maddesiyle Değiştirilen 663 Sayılı KHK'nin 51. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan "*… döner sermaye ek ödemesi dahil…*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, personele ödenecek döner sermaye gelirlerinin sınırlı olduğu, yurt dışında görevlendirilen personele döner sermaye ödenmesinin döner sermaye gelirinin elde edilmesinde katkısı olan personele ödenecek gelirin azalmasına yol açtığı ve düzenlemenin hukuksal durumları ayrı

olanlara aynı kuralların uygulanmasını öngördüğü belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

663 sayılı KHK'nin 51. maddesinde, yurt dışı sağlık hizmet birimleri düzenlenmektedir. Madde ile Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarına, insani ve teknik yardım amacıyla yurt dışında geçici sağlık hizmet birimleri kurma, kurdurma, işletme ve işlettirme yetkisi tanınmakta; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının, bu amaçla ulusal ve uluslararası sivil toplum kuruluşları, finans ve yardım kuruluşları ile işbirliği ve ortak çalışma yapabilmesi, insan ve mali kaynakları ile destek sağlayabilmesi olanaklı kılınmaktadır.

Söz konusu 51. maddenin dava konusu ibareleri de içeren (2) numaralı fıkrasında ise yurt dışı sağlık hizmet birimlerinde görevlendirilecek personelin aylık ve diğer özlük hakları konusu düzenlenmiştir. Buna göre, anılan sağlık personeline, yurt dışındaki görevleri süresince gündelik verilmeyecek olup gittikleri ülkelerde sürekli görevde bulunan ve dokuzuncu derecenin birinci kademesinden aylık alan meslek memurlarına ödenmekte olan yurt dışı aylığını geçmemek üzere unvanları itibarıyla Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenen tutarda aylık ödeme yapılacaktır. Bunun yanı sıra, bu personel döner sermaye ek ödemesi dâhil her türlü mali ve sosyal haklardan faydalanmaya devam edecektir.

Anılan maddenin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan ve yurt dışı sağlık hizmet birimlerinde görevlendirilecek personelin döner sermaye ek ödemesinden faydalanmasına imkân sağlayan *"döner sermaye ek ödemesi dâhil"* ibaresi davanın konusunu oluşturmaktadır.

Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarının merkez ve taşra teşkilatında kurulacak döner sermaye işletmelerine ilişkin hükümler, 209 sayılı Sağlık Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir.

Anılan Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrasına göre, döner sermaye gelirleri, kurumca sunulan sağlık hizmetleri karşılığında alınan bedeller (kurum karları), bağışlar ve Devlet yardımlarından oluşmaktadır. Döner sermaye gelirlerinin ne tür harcamalarda kullanılacağı, 209 sayılı Kanun'da detaylı bir biçimde açıklanmaktadır. Sözü edilen Kanun'un 5. maddesinde, sağlık kurum ve kuruluşlarında görev yapan memurlar ve sözleşmeli personel ile açıktan vekil olarak atananlara maddede belirtilen kıstaslar esas alınarak dönem sermaye gelirlerinden ek ödemede bulunulması öngörülmektedir.

Dava konusu maddenin gerekçesinden anlaşıldığı üzere, uygulamada Sağlık Bakanlığınca insani amaçlı olarak yurt dışında görevlendirilecek personele döner sermaye gelirlerinden ek ödemede bulunulup bulunulmayacağı hususunda tereddüt oluşması üzerine, bunlara da döner sermaye gelirlerinden ek ödemede bulunulmasını kesinleştirmek ve bu husustaki tereddütleri gidermek amacıyla dava konusu kural ihdas edilmiştir.

Hukuk devletinde, döner sermaye gelirlerinin hangi kamu harcamalarının finansmanında kullanılacağının, personele ödenmesi durumunda, hangi personele ne oranda ve ne tür kriterler esas alınarak ödeneceğinin belirlenmesi anayasal güvencelere aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir. Döner sermaye gelirlerinden yapılacak ek ödemenin, sadece gelirin elde edilmesinde katkısı bulunan personelle sınırlandırılmasını gerekli kılan herhangi bir anayasal hüküm bulunmadığından Sağlık Bakanlığı kadrolarında bulunup insani ve teknik yardım amacıyla yurt dışı sağlık hizmet birimlerinde görevlendirilen personele de döner sermaye gelirlerinden ek ödemede bulunulmasının öngörülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun;

A- 4. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…veya denetletir."* ibaresine, yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 1- 1. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasına,

b- (2) numaralı fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) bentlerine,

2- 2. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

b- (2) numaralı fıkrasına,

3- 3. maddesinin;

a- (3) numaralı fıkrasına,

b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"…idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile…"* ibaresine,

c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerine,

4- 4. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasına,

b- (4) numaralı fıkrasının;

ba- Birinci cümlesinde yer alan *"…veya denetletir."* ibaresi dışındaki bölümüne,

bb- ikinci cümlesine,

5- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

6- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasına,

7- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerine,

8- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…döner sermaye ek ödemesi dâhil…"* ibaresine,

yönelik iptal istemleri, 1.4.2015 tarihli, E.2013/50, K.2015/38 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkralara, bölüme, bentlere, cümlelere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

1.4.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un;

A- 1. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (2) numaralı fıkrasının (c), (e), (j), (ö), (ş), (u) ve (ü) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 2. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 3. maddesinin;

1- (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"…idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 4. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (4) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan;

aa- *"…veya denetletir."* ibaresi dışındaki bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

ab- *"…veya denetletir."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN ile Kadir ÖZKAYA'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…döner sermaye ek ödemesi dâhil…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

1.4.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
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
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	

KARŞIOY GEREKÇESİ

İptal davası dilekçesinin 32-38. sahifelerinde 21.2.2013 tarih ve 6428 sayılı Kanun'un tümünün ve ayrı ayrı tüm maddelerinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda yeterli gerekçenin ortaya konulması karşısında, işin esasına geçilmesi kanısında olduğumuzdan; gerekçe yokluğu/yetersizliği nedeniyle bu noksanlığın giderilmesi için süre verilmesi gerektiği yolundaki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY

6428 sayılı Kanun'un iptali istenilen ibareyi de içeren 4. maddesinin (4) numaralı fıkrasında; *"İdare, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini bütün aşamalarda denetler* ***veya denetletir.*** *Bakanlık, yüklenicinin performans denetimi ve işin yönetimine ilişkin olarak bir denetim ve yönetim sistemi kurabilir."* hükmü yer almaktadır. Mahkememizce, ***"veya denetletir"*** ibaresinin iptaline karar verilmiştir.

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralda, yüklenicinin sözleşme kapsamına giren faaliyetlerini denetleme ve denetletme konusunda idareye verilen yetkinin çerçevesinin çizilmediği ve temel ilkelerinin gösterilmediği, idarece yapılacak veya yaptırılacak denetimin usul ve esaslarına ilişkin temel ilkelerin belirlenmemesinin kuralın belirsizliğine yol açtığı Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6428 sayılı Kanunla öngörülen modelde, sağlık tesislerinin inşası, bakımı ve işletilmesi gibi tıbbi hizmetler dışında kalan yardımcı hizmetler özel sektörün (yüklenicinin), kamu hizmetinin bizzat kendisini, özünü oluşturan tıbbi hizmetler ise idarenin (Sağlık Bakanlığın) sorumluluğuna bırakılmaktadır. Yani, tıbbi hizmetlerin sunumu kamunun sorumluluğunda kalmaya devam etmektedir.

İptali istenilen ibarenin de içinde yer aldığı kuralda, *işbu kanun kapsamında gerçekleştirecek olan ihale sonucunda idare ile yüklenici arasında yapılacak olan sözleşmenin kapsamına giren yüklenici faaliyetlerinin, bütün aşamalarda, idare tarafından denetlenmesi veya* ***denetlettirilmesi*** öngörülmektedir.

En basit anlatımıyla denetim, bir iş veya oluşun veya sürecin, önceden belirlenmiş ölçütlere uygun olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasıdır. Esas itibarıyla, başlı başına icrai sonuç doğurmayan denetim faaliyeti sonucu düzenlenen raporlar, hazırlık işlemi niteliğinde olup, denetlenen kişilerin veya işlerin hukukunda değişiklik meydana getirmemektedir. Hukuk düzeninde değişiklik oluşturan kararlar veya hukuki tedbirler, raporların sonucuna göre yetkili makamlarca alınmaktadır.

Mahkememiz kararında; Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşlarınca yapılmasına ihtiyaç duyulan tesislerin yaptırılmasının, mevcut tesislerin yenilenmesinin sağlanmasının ve bunlara ilişkin danışmanlık, araştırma-geliştirme hizmetleri ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin yürütülmesini konu edinen sözleşmelerin özel hukuk hükümlerine tabi kılınmasında ve teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olan (söz konusu sözleşme konusu işlerin denetim faaliyetinin) yüklenicinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde (özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesinde) Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmadığı belirtilmiştir.

İptali istenilen kuralla, kapsamı ve ayrıntıları 6428 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca yapılacak ihale sonucunda idare ve yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre düzenlenecek olan sözleşme ile belirlenmiş olan faaliyetlerin bütün aşamalarda **denetlettirilmesi** öngörülmektedir.

Anılan denetimin konusunu, yüklenicinin, sözleşme ile belirlenmiş olan faaliyetleri, sözleşme ile öngörülen şekilde ve zamanında, tam olarak yerine getirip getirmediğinin tespiti oluşturmaktadır.

6428 sayılı Kanun kapsamı işin niteliğinden, idareye, bu tespiti, ya yetkili ve uzman başka bir idareye, yahut da hizmet satın alma yoluyla özel kişilere yaptırabilme yetkisi tanınmasının amacının, özel hukuk hükümlerine tabi ihale sözleşmesinin konusunu oluşturan faaliyetlerin denetimi hususunda, sözleşmenin bir tarafını oluşturan yüklenicinin bu konuda özel hukuk alanından kaynaklanabilecek iradesini sınırlandırmak olduğu kanaatine varılmaktadır.

Denetim faaliyetinin, özel kişilere gördürülmesi halinde, denetimin kapsamı, konusu ve ayrıntıları, 6428 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca yapılacak ihale sonucunda idare ve yüklenici arasında özel hukuk hükümlerine göre düzenlenmiş olan sözleşme gözetilerek, idare ile denetim hizmeti alınacak olan kişi arasında özel hukuk hükümlerine göre aktedilecek sözleşme ile belirlenecektir.

Kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin genel ilkeler uyarınca, denetim hizmeti alınacak kişinin, söz konusu denetimi yapabilmesi için diğer ilgili mevzuatta aranılan koşulları taşıyacağı ve KÖİ sözleşmesi kapsamındaki faaliyetler konusunda denetim yapabilecek nitelikleri haiz olacağı tabiidir.

Öte yandan, idare ile idare adına denetim yapacak olan kişi arasında düzenlenecek olan sözleşmeye uyulmaması halinde, ilgili kişinin, hem sözleşme hükümlerine göre hem de genel hükümlere göre sorumlu olacakları da tabiidir.

Hal böyle olunca, denetimi gerçekleştiren kişilerin nitelikleri ile yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemeleri ya da usulsüzlük yapmaları durumunda haklarında uygulanacak yaptırım ve sonuçlarının belirsizliğinden, dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılıktan söz edilemeyeceği sonucuna varılmakla, bu ibare yönünden davanın reddi gerektiği görüşüyle, aksi yönde oluşan çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Kadir ÖZKAYA

Esas Sayısı : 2015/35
Karar Sayısı : 2015/40
Karar Tarihi : 22.4.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Konya 2. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun, 26.4.2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin *"...yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası..."* bölümünün, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüğünce yapılan egzoz emisyon ölçümü denetiminde, davacıya ait motorlu taşıtın standartlara aykırı emisyona sebep olduğunun tespit edilmesi nedeniyle verilen idari para cezasının 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:

"I- 2872 sayılı Kanunun başvuru konusu kuralının Anayasaya aykırılığı sorunu:

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 ilkeleri bulunduğunun bilincinde olan devlettir.

Hukuk devleti ilkesinin ön koşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuki 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.

Hukuki güvenlik ilkesi aynı zamanda, yasa koyucunun belli bir alanı düzene koyma yetkisi (regülasyon) kapsamında ortaya koyduğu temel yükümlülüklerin yerine getirilmesi için belirlenen periyotlarda yetkili makamlara başvuran ilgililere, teknik olarak yerine getirmeleri kendilerinden beklenmeyecek ek yükümlülüklere yasa koyucu tarafından tabi kılınmayacakları öngörüsünü ve güvenini sağlar.

Bu bağlamda, söz konusu temel yükümlülükleri belirlenen periyotlarda yerine getirmesine karşın teknik olarak yerine getirmeleri kendilerinden beklenmeyecek ek yükümlülükleri yerine getiremeyen ilgililerin, temel yükümlülükleri belirlenen periyotlarda yerine getirmeyen ilgililere nazaran idare nezdinde hiç yaptırıma tabi tutulmaması ya da daha hafif yaptırımlara tabi tutulması, suç-ceza ilişkisinin temelini oluşturan cezalandırmada adalet (ölçülülük) ilkesinin zorunlu bir sonucu olmak gerekir.

Şöyle ki; 2872 sayılı Kanunun uyuşmazlığa konu 20/1-(a) maddesinde, "Ek 4 üncü madde uyarınca emisyon ölçümü yaptırmayan motorlu taşıt sahiplerine 500 Türk Lirası, yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası idarî para cezası verilir." hükmüne; aynı Kanunun ek 4.maddesi uyarınca çıkarılan Egzoz Gazı Emisyonu Kontrolü ile Benzin ve Motorin Kalitesi Yönetmeliğinin 16/3.maddesinde ise, "Denetimlerde; egzoz gazı emisyon ölçümü yaptırılmadığının ve/veya egzoz gazı emisyon ölçüm sonuçlarının bu Yönetmelikte belirtilen sınır değerlere aykırı emisyona sebep olduğunun tespiti halinde, taşıt sahibine Çevre Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre idari para cezası verilir." hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıdaki Kanun ve Yönetmelik hükümlerine göre denetimlerde, egzoz gazı emisyon ölçüm sonuçları Yönetmelikte belirtilen sınır değerlere uygun olup sadece periyodik olarak egzoz gazı emisyon ölçümü yaptırılmadığı tespit edilen motorlu taşıt sahiplerine 500 Türk Lirası idari para cezası verilebilecek iken periyodik olarak egzoz gazı emisyon ölçümü yaptırıp emisyon ölçüm sonuçları Yönetmelikte belirtilen sınır değerlere uygun olmayan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası idari para cezası verilecektir. Söz konusu uygulama, adı geçen yönetmelik hükmü olmaksızın sadece 2872 sayılı Kanunun uyuşmazlığa konu 20/1-(a) maddesinin açık lafzına istinaden de yapılabilecektir. Bu durum itiraza konu ibarenin, suç-ceza ilişkisinin temelini oluşturan cezalandırmada adalet ilkesiyle bağdaşmadığını ortaya koymaktadır.

Uyuşmazlık konusu olayda da, davacının plaka değişimine uğrayan aracının 08.07.2014 tarihinde yapılan egzoz emisyon ölçümünün geçerlilik süresi 08.07.2015 tarihine kadar devam etmekte iken 03.12.2014 tarihinde yapılan denetimde emisyon değerlerinin yönetmelikte belirtilen sınır değerleri sağlamadığından bahisle 2872 sayılı Kanunun 20/1-(a) maddesinin itiraza konu ibaresi uyarınca idari para cezası uygulanmıştır.

Bir başka anlatımla yasa koyucu, motorlu taşıt sahiplerinden, araçlarının egzoz ölçümlerini periyodik olarak yaptırmalarının yanında araçlardan salınan egzoz emisyon değerlerinin yönetmelikte belirtilen sınır değerlere uygunluğunu sağlama yükümü de getirmiş bulunmaktadır. Söz konusu yükümlülüğün teknik bir yükümlülük olması nedeniyle her araç sahibinin kendi bilgi ve deneyimiyle aracının egzoz emisyon değerlerinin yönetmelikte belirtilen sınır değerlere uygunluğunu kontrol etme olanağının bulunmadığı açıktır. O halde araç sahiplerinin, denetimlerde kusurlu olmamak ve idari yaptırıma maruz kalmamak için sık aralıklarla teknik servislerde araçlarının emisyon salınım kontrollerini yaptırmaları gerekecektir. Bunun ise, hayatın olağan akışı içerisinde keşmekeşe ve araç sahiplerinin haklı yakınmalarına yol açacağı izahtan varestedir.

Kamu düzeninin ve kamu yararının korunması maksadıyla yapılan yasal düzenlemelerin nihai hedefi de insandır. Hukuk devleti, en başında insana ve haklarına saygılı devlet olduğundan koyduğu kuralların, öngörülebilir olmasının yanında uyacak kimseler tarafından beklenebilir, kabul edilebilir ve katlanabilir olması gerekmektedir. Bu cümleden olarak itiraza konu yasa kuralının, hukuki

güvenlik ve cezalandırmada adalet ilkelerini ihlal edici nitelikte olması nedeniyle Anayasanın 2.maddesinde yer alan insan haklarına saygıyı önceleyen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

II- Sonuç ve İstem:

Açıklanan nedenlerle; bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o davada uygulanacak yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen Anayasanın 152. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesi uyarınca ve yukarıda açıklanan gerekçelerle, 2872 sayılı Kanunun 20/1-(a) maddesinde yer alan "yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası" ibaresi, Anayasanın 2. maddesine görüldüğünden anılan ibarenin iptali istemiyle itirazen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 19/03/2015 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu bölümü de içeren 20. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi şöyledir:

"Ek 4 üncü madde uyarınca emisyon ölçümü yaptırmayan motorlu taşıt sahiplerine 500 Türk Lirası, ***yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası*** *idarî para cezası verilir."*

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

Kanun'un ilgili görülen ek 4. maddesi şöyledir:

"Motorlu taşıt sahipleri, egzoz emisyonlarının yönetmelikle belirlenen standartlara uygunluğunu belgelemek üzere egzoz emisyon ölçümü yaptırmak

zorundadırlar. Trafikte seyreden taşıtların egzoz emisyon ölçümleri ve standartları ile ilgili usûl ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Motorlu taşıt üreticileri de üretim aşamasında yönetmelikle belirlenen emisyon standartlarını sağlamakla yükümlüdür."

C- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmış, Anayasa'nın 38. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 22.4.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Sınırlama Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular, itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

Yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası idarî para cezası verilmesini öngören itiraz konusu kural, standartlara aykırı emisyonun tespit edildiği her durumda uygulanabilmekte, bu yönüyle emisyon ölçümü yaptırma yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahipleri ile bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen motorlu taşıt sahipleri farklı hukuki konumda bulunmakla birlikte, itiraz konusu kural her ikisi yönünden de geçerli *"ortak kural"* niteliğini taşımaktadır.

İtiraz konusu kuralın, itiraz yoluna başvuran Mahkemede bakılmakta olan ve emisyon ölçümünü yaptırma yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahibi tarafından açılan davada uygulanacak kural olduğu kuşkusuz olmakla birlikte, belirtilen nitelikteki uyuşmazlıklar dışında kalan ve emisyon ölçümünü yerine getirmeyen motorlu taşıt sahipleri tarafından açılacak davalarda da uygulanacak kural olması nedeniyle, *"yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası"* bölümüne ilişkin esas incelemenin, *"...motorlu taşıt sahiplerine..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına ve bu ibarenin *"emisyon ölçümü yaptırma yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahipleri"* yönünden incelenmesine karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, hukuki güvenlik ilkesi ile kanun koyucunun belirli bir alanı düzenleme yetkisi kapsamında getirdiği yükümlülükleri süresinde yetkili makamlara başvurmak suretiyle yerine getiren ilgililere teknik olarak yerine getirmeleri kendilerinden beklenemeyecek ek yükümlülükler getirilmeme güvencesinin sağlandığı, yükümlülüklerini yerine getiren kişilerin, yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişilere nazaran hiç yaptırıma tâbi tutulmaması ya da daha hafif yaptırımlara tâbi tutulmasının suç ve ceza ilişkisinin temelini oluşturan cezalandırmada adalet (ölçülülük) ilkesinin zorunlu bir sonucu olduğu, davacının 8.7.2014 tarihinde yaptırdığı ve 8.7.2015 tarihine kadar geçerliliği olan egzoz emisyon ölçümü sonucuna rağmen 3.12.2014 tarihinde yapılan denetimde emisyon değerlerinin yönetmelikte belirtilen sınır değerleri sağlamadığı gerekçesiyle

idari para cezası ile cezalandırıldığı, araç sahiplerinin teknik bir husus olan araçlarının egzoz emisyon değerlerinin yönetmelikle belirlenen sınır değerlere uygunluğunu kontrol etme olanaklarının bulunmadığı, denetim sonucu yaptırıma tabi tutulmamak için araç sahiplerinin sık aralıklarla teknik servislerde araçlarının emisyon salınımlarının kontrollerini yaptırmalarının gerekeceği, bu durumun ise hayatın olağan akışı içerisinde keşmekeşe ve araç sahiplerinin haklı yakınmalarına neden olacağı, hukuk devletinde kuralların öngörülebilir, kabul edilebilir ve katlanılabilir olması gerektiği, itiraz konusu kuralın hukuki güvenlik ve cezalandırmada adalet ilkelerini ihlal edici nitelikte olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. 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 38. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kural, yönetmeliklerde belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan *"motorlu taşıt sahiplerine"* 1.000 Türk Lirası idarî para cezası verilmesini öngörmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri olan *"hukuk güvenliği ilkesi"*, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Çevre Kanunu'nun ek 4. maddesinde, motorlu taşıt sahiplerinin, egzoz emisyonlarının yönetmelikle belirlenen standartlara uygunluğunu belgelemek üzere egzoz emisyon ölçümü yaptırmak zorunda oldukları, trafikte seyreden taşıtların egzoz emisyon ölçümleri ve standartları ile ilgili usûl ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Söz konusu madde uyarınca çıkarılan Egzoz Gazı Emisyonu Kontrolü ile Benzin ve Motorin Kalitesi Yönetmeliği'nde ise egzoz gazı emisyon sınır değerleri ve egzoz gazı ölçümünün yaptırılması

gereken zaman aralıkları belirlenmiş ve bu ölçümün, idarece yetki belgesi verilen ölçüm istasyonlarınca yapılacağı, belediyeler ile kamu kurum ve kuruluşlarından talep gelmesi ve gerekli görülmesi halinde, personel ve ölçüm cihazı açısından gerekli alt yapıya sahip Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüklerince de ölçüm yapılabileceği ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 56. maddesinde belirtildiği üzere, herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir ve çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından, motorlu taşıtların hava kirliliğine yol açmasının önlenmesi amacıyla egzoz emisyon ölçümlerinin yaptırılması ve öngörülen standartlara uygunluklarının sağlanması öngörülmüş, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyenler idari yaptırıma tâbi kılınmıştır.

Motorlu taşıtının egzoz emisyon ölçümünü yaptıran ve bu konuda Kanunla kendisine verilen görevi yerine getiren kişi, taşıtının egzoz emisyonunun standart değerlerin altında olduğu, idare ya da idare tarafından yetkili kılınan ölçüm istasyonlarınca tespit edilmiş kişi konumundadır. Söz konusu yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahibi, teknik cihazlarla yapılabilen ölçümün doğru yapılıp yapılmadığını kişisel olarak kontrol etme olanağına sahip olmadığı gibi mevzuat uyarınca yeniden ölçüm yaptırması gereken tarihten önce ölçüm yaptırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Oysa idari yaptırımlar bakımından da geçerli olan Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan ve kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesini barındıran *"cezaların şahsiliği ilkesi"* gereğince kişilerin cezalandırılabilmesi için kusurlu bir davranışının bulunması gerekir. Bu anlamda, bir kişinin ihmali davranışı nedeniyle kusurlu sayılması ve cezalandırılabilmesi, o konuda icraî bir davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığına ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesine bağlıdır.

İdarece ya da idarenin yetki verdiği ölçüm istasyonlarınca verilen egzoz emisyon ölçüm pulu, motorlu taşıt sahibinin Kanunla kendisine verilen yükümlülüğü yerine getirdiğini gösteren bir belge niteliğindedir. Kişinin, bu belgenin geçerlik süresince yeniden ölçüm yaptırmasının gerekmemesi, söz konusu süre zarfında bu belgenin hukuken geçerli ve doğru kabul

edildiğini göstermektedir. Bu süre zarfında yapılan bir denetimde, trafikte görüşü engelleyecek ve çevredekileri rahatsız edecek derecede duman veya gürültü çıkaran araçlar nedeniyle para cezası verilmesini öngören 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 30. maddesindeki düzenlemenin benzeri şekilde, taşıt sahibinin açıkça kusurlu sayılmasının mümkün olduğu durumlar dışında, egzoz emisyon ölçüm değerlerinin standart değerler üzerinde olduğunun saptanması nedeniyle ilgiliye ceza verilmesi, kanuni yükümlülüğünü yerine getiren kişinin hukuka güven duyabilmesini imkansız hale getirmektedir. Bu yönüyle, egzoz emisyon ölçümünü süresinde yaptırmış olan motorlu taşıt sahipleri bakımından itiraz konusu kuralda, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini ve devletin yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan "*hukuk güvenliği ilkesi*"ne uyarlık bulunmamaktadır.

Ancak bu durum, egzoz ölçümünün geçerlilik süresince motorlu taşıtların emisyon ölçümlerinin hiçbir şekilde yapılamayacağı ve emisyonlarının denetlenemeyeceği anlamını taşımamaktadır. Anayasa'nın 56. maddesi gereğince, bu konuda idare tarafından her zaman denetim yapılabilmesi mümkün olduğu gibi bu denetimin Devletin bir görevi olduğu da açıktır. Yapılan denetimler sonucunda emisyon değerlerinin standart değerler üzerinde olduğunun tespiti halinde ise ilgiliye makul bir süre verilmek suretiyle standartlara aykırılığın giderilmesinin istenebilmesi ve bu süre zarfında aykırılığın giderilmemesi halinde idari yaptırım uygulanabilmesi ya da ilgilinin hukuka olan güvenini ortadan kaldırmayacak başka bir düzenleme getirilebilmesi mümkündür. Ancak bu tür bir düzenleme öngörülmeksizin, egzoz emisyon ölçümü konusunda kanuni yükümlülüğünü yerine getirmiş olan ve belirli süre zarfında yeniden ölçüm yaptırma zorunluluğu bulunmayan motorlu taşıt sahiplerine, yapılan denetim sonucunda doğrudan idari para cezası verilmesi, hukuk güvenliği ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralda yer alan *"motorlu taşıt sahiplerine"* ibaresi, *"emisyon ölçümü yaptırma yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahipleri"* yönünden Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun, 26.4.2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin;

A- *"...yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası..."* bölümüne ilişkin esas incelemenin, *"...motorlu taşıt sahiplerine..."* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına ve bu ibarenin *"emisyon ölçümü yaptırma yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahipleri"* yönünden incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

B- *"...motorlu taşıt sahiplerine..."* ibaresinin, *"emisyon ölçümü yaptırma yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahipleri"* yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

22.4.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA

KARŞIOY YAZISI

9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun, 26.4.2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin *"...yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası..."* bölümünün iptali istemiyle yapılan başvuruda, çoğunluk görüşü doğrultusunda kuralda yer alan *"motorlu taşıt sahiplerine"* ibaresi, *"emisyon ölçümü yaptırma yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahipleri"* yönünden Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı bulunarak iptaline karar verilmiştir.

Kanun'un itiraz konusu bölümü de içeren 20. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi şöyledir; *"Ek 4 üncü madde uyarınca emisyon ölçümü yaptırmayan motorlu taşıt sahiplerine 500 Türk Lirası,* ***yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası*** *idarî para cezası verilir."*

Kanun'un Ek 4. maddesinde, motorlu taşıt sahiplerinin, egzoz emisyonlarının yönetmelikle belirlenen standartlara uygunluğunu belgelemek üzere egzoz emisyon ölçümü yaptırmak zorunda oldukları, trafikte seyreden taşıtların egzoz emisyon ölçümleri ve standartları ile ilgili usûl ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca çıkarılan Egzoz Gazı Emisyonu Kontrolü ile Benzin ve Motorin Kalitesi Yönetmeliği'nde ise egzoz gazı emisyon sınır değerleri ve egzoz gazı ölçümünün yaptırılması gereken zaman aralıkları belirlenmiş ve bu ölçümün, idarece yetki belgesi verilen ölçüm istasyonlarınca yapılacağı, belediyeler ile kamu kurum ve kuruluşlarından talep gelmesi ve gerekli görülmesi halinde, personel ve ölçüm cihazı açısından gerekli alt yapıya sahip Çevre ve Şehircilik İl Müdürlüklerince de ölçüm yapılabileceği ifade edilmiştir. Anılan Yönetmeliğin 14. maddesinde yer alan düzenlemelere göre, Çevre Kanununun Ek-4 üncü maddesi uyarınca, motorlu taşıt sahibi, taşıtının egzoz gazı emisyon ölçümlerini bu Yönetmeliğin 7 nci maddesinde belirtilen periyotlarda yaptırmak ve taşıtının egzoz gazı emisyonlarının bu Yönetmeliğin 8 inci maddesinde belirtilen sınır değerlere uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Egzoz gazı emisyon ölçüm sonucu, sınır değerlere

uygun çıkmayan taşıt sahibi, taşıtının gerekli bakımını ve egzoz gazı emisyon ölçümünü otuz gün içerisinde yaptırmakla ve bu Yönetmelikle belirlenen standartları sağlamakla yükümlüdür. Taşıt sahibi otuz gün içerisinde aynı istasyonda ilk ölçümden sonra yapılacak en fazla 2 ölçüm için ücret ödemez. 3 üncü ölçümden sonra ölçüm ücreti tam olarak alınır. Taşıt sahibi, egzoz gazı emisyon ölçüm pulunun ilgili bölüme yapıştırıldığı motorlu taşıt egzoz emisyon ruhsatını taşıtında bulundurmak ve istenildiğinde denetim yetkilisine ibraz etmek zorundadır. Egzoz gazı emisyon ölçümlerinin devamının takibi amacıyla, ruhsatın üzerinde egzoz gazı emisyon ölçüm pulu yapıştırma yeri dolana kadar tahrifat olmaksızın saklanması ve denetimlerde ibraz edilmesi zorunludur.

Yönetmeliğin *"Taşıtların denetimi ve uygulanacak cezalar"* başlıklı 16. maddesinin (3) numaralı fıkrasında da açıkça, *"denetimlerde; egzoz gazı emisyon ölçümü yaptırılmadığının ve/veya egzoz gazı emisyon ölçüm sonuçlarının bu Yönetmelikte belirtilen sınır değerlere aykırı emisyona sebep olduğunun tespiti halinde, taşıt sahibine Çevre Kanununun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine göre idari para cezası verileceği"* belirtilmiştir.

Açıkça görüldüğü gibi itiraz konusu kuralın yer aldığı fıkrada ve alt düzenlemede iki eylem düzenlenmektedir. Buna göre, itiraz konusu kural, emisyon ölçümü yaptırmamış olan motorlu taşıt sahiplerine 500 Türk Lirası, yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine ise 1.000 Türk Lirası idari para cezası verilmesini öngörmektedir.

İtiraz konusu kural, idare tarafından yapılan denetimlerde;

1- Emisyon ölçümü hiç yaptırmamış ya da ölçüm geçerlik süresi sona ermiş kişilerin sahip olduğu motorlu taşıtlarının egzoz emisyonunun ölçümünün yapılması sonucunda, standartlara aykırı emisyona sahip olunduğunun saptanması,

2- Emisyon ölçümü yaptırmış ve ölçüm geçerlik süresi henüz sona ermemiş kişilerin sahip olduğu motorlu taşıtlarının egzoz emisyonunun

ölçümünün yapılması sonucunda, standartlara aykırı emisyona sahip olunduğunun saptanması,

hallerinde uygulanmakta ve ilgililere idari para cezası verilmektedir.

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 Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere, hukuk devletinde, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gerekleri dikkate alınarak ceza siyasetinin belirlenmesi yetkisi kanun koyucuya aittir. Yasama organı, bu yetkisini kullanırken ceza hukuku alanında yapacağı düzenlemelerde hangi fiillerin cezalandırılacağı ve bu cezaların türleri ile ölçüleri konusunda takdir yetkisine sahiptir. Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi idari yaptırımlar açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü gibi konularda kanun koyucu takdir yetkisine sahiptir.

İdari yaptırımlar, kişileri idare kapsamındaki borç ve yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlayarak, kamu yararına idari düzeni sağlamayı ve korumayı amaçlamaktadırlar. Kanun koyucu ceza hukuku alanında düzenleme yetkisine sahip bulunmakla birlikte, bazı hafif ihlallerin suç olmaktan çıkarılması ve ihlallerin yerinde ve hızla giderilmesinin sağlanması amacıyla idari yaptırımlarla ilgili olarak idari yetkiler kullanan kamu merci ve görevlilerine düzenleme yapma yetkisi vermesi de olanaklıdır. Kuşkusuz, idarenin bu yetkisini kullanırken kanunun belirlediği şartlar ve sınırlar içinde kalması, kamu yararını gözetmesi, eşitlik ilkesine uygun davranması, hizmetin gereklerini göz önünde bulundurması, bu çerçevede fiille yaptırım arasındaki adil dengenin sağlanabilmesi bakımından somut

olaya en uygun yaptırımı belirlemesi ve alt sınırın üzerinde bir ceza verdiğinde ayrıca bunun haklı ve makul gerekçelerini açıklaması gerekir. İdarenin, söz konusu yaptırımları idare hukukunun genel ilkelerine uygun olarak kullanıp kullanmadığının yargının denetimine açık olduğu da tartışmasızdır.

Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken kamu yararı ölçütü bakımından Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca düzenlemenin kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Anayasa'nın 56. maddesinde belirtildiği üzere, herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir ve çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından, motorlu taşıtların hava kirliliğine yol açmasının önlenmesi amacıyla egzoz emisyon ölçümlerinin yaptırılması ve öngörülen standartlara uygunluklarının sağlanması amaçlanmış, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyenler için idari yaptırımlar öngörülmüştür.

İtiraz konusu kural, taşıtların egzoz emisyonlarının standarda bağlanmasını, belirli periyotlarla taşıtların egzoz ölçümlerinin yapılmasını ve yapılacak sürekli kontrollerle bu standartlara uygunluğun denetlenmesini sağlamak suretiyle çevrenin korunması amacını taşımaktadır. Kanun koyucu, bu amacı gerçekleştirmek amacıyla, idare tarafından emisyon ölçümü yaptırmamış olan motorlu taşıt sahiplerine 500 Türk Lirası, yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine ise 1.000 Türk Lirası idari para cezası verilmesini öngörerek takdir yetkisini kullanmıştır. Bu duruma göre, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında söz konusu fiilleri idarî suç olarak belirlemesinin ve bunun karşılığında öngördüğü idarî cezaların, kamu yararını sağlamaya yönelik olduğu açıktır.

İtiraz konusu kuralla ilgili olarak yapılan denetimde çoğunluk tarafından, kuralın Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen cezaların

şahsiliği ilkesine aykırı olduğu sonucuna varılırken, maddedeki düzenlemenin bütünlüğü göz ardı edilmiş, kural ile kusursuz sorumluluk doğuran bir yaptırımın getirilmiş olduğu yargısıyla inceleme yapılarak kuralın iptaline karar verilmiştir. Çoğunluk görüşünde, idarece ya da idarenin yetki verdiği ölçüm istasyonlarınca verilen egzoz emisyon ölçüm pulu, motorlu taşıt sahibinin Kanunla kendisine verilen yükümlülüğü yerine getirdiğini gösteren bir belge niteliğinde kabul edilmiş ve bu belge alındıktan sonra taşıt sahibinin belge geçerli olduğu sürece *"yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olmak"* eyleminden dolayı sorumlu tutulamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Oysa, yukarıda da belirtildiği üzere, maddede taşıt sahiplerine iki farklı yükümlülük yüklendiği ve bunlara aykırılık halinde iki farklı yaptırım ile karşılaşılacağının belirtildiği açıktır. Maddedeki düzenlemeye göre, yalnızca egzoz ölçümünü yaptırmış olmak iki eylem bakımından da yükümlülüğü ve sorumluluğu ortadan kaldıran bir davranış olarak düzenlenmemiştir. Buna göre, yapılan denetimde aracın yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olduğunun saptanması halinde, egzoz ölçümünü süresinde yaptıran araç sahibi hakkında Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi gereğince emisyon ölçümü yaptırmayan motorlu taşıt sahipleri için öngörülen 500 Türk Lirası idari para cezası uygulanamayacak, ancak, 1.000 Türk Lirası idarî para cezası uygulanacaktır. Somut olayda, uygulanan para cezasına karşı verilen idari para cezasının iptali için ilgilinin idare mahkemesine başvurma olanağı bulunduğu gibi yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olma eylemi bakımından kusurunun bulunmadığını ispatlamak suretiyle mahkeme tarafından uygulanan cezanın iptaline karar verilmesine bir engel de bulunmamaktadır. Zira, kuralda yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olma eylemi bakımından taşıt sahibinin hiçbir kusuru olmasa dahi cezalandırılacağına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır.

İtiraz konusu kuralda, motorlu taşıt sahibinin hukuka aykırı eyleminin yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olmak olduğu ve bu eylemin suç sayıldığı açıkça belirtilmiş olup, bunun hukuk güvenliği ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Zira, kuralda, araç sahibinin sorumluluğunun hukuki nedeni, *"standartlara aykırı emisyona sebep olmak"* eylemidir. Bu eylem araç sahibinin kusurlu davranışı ile meydana

gelmiş ise hakkında idari yaptırım uygulanacak, aksi takdirde ortaya çıkan açısından kusurunun bulunmadığını kanıtlayan araç sahibi hakkında ise yaptırım uygulanmayacaktır. Aksi bir kabul, somut düzenlemedeki *"... yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası..."* idari para cezasının kanun koyucunun iradesine aykırı olarak, egzoz ölçümünü yaptırmış olan tüm araç sahipleri hakkında uygulanmaması sonucunu doğuracaktır. Böyle bir yaklaşım ise, Anayasa Mahkemesini, önceki birçok kararında hassasiyetle öne çıkardığı kanun koyucunun ceza hukuku ve idari yaptırımlar alanındaki düzenleme yetkisine yerindelik denetimi mesabesinde aşırı bir müdahale teşkil edecektir.

Olması gereken açısından kanun koyucunun, emisyon ölçümü yaptırmayan motorlu taşıt sahiplerine 500 Türk Lirası, yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası idarî para cezası öngörürken, özellikle *"standartlara aykırı emisyona sebep olma"* eylemi bakımından kusurluluğun nasıl ortaya konacağı konusunun daha açık bir biçimde düzenlemesinin daha sağlıklı olacağı söylenebilir. Ancak, kanun koyucunun, mevzuatımızda birçok idari yaptırım ve kabahat eylemleri yönünden kabul ettiği tercih burada da geçerli olmuş ve somut olaylarda kusurluluğun tespiti uygulamaya ve bunu denetleyen yargı mercilerine bırakılmıştır. Bu tercih tarzı da kanun koyucunun düzenleme yetkisi kapsamında ve Anayasa Mahkemesinin yargı denetimi dışında bir alana ilişkin bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralın kanun koyucunun düzenleme yetkisi kapsamında olup Anayasa'ya aykırı bulunmadığı ve başvurunun reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle iptale yönelik çoğunluk kararına katılmadım.

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

KARŞIOY YAZISI

İdare tarafından yapılan denetimlerde egzoz emisyon ölçümü hiç yaptırmayan ya da ölçüm geçerlilik süresi sona ermiş kişilerle bu ölçümü yaptırıp bunun geçerlilik süresi henüz sona ermemiş kişilerin sahip olduğu motorlu taşıtların egzoz emisyon ölçümünün yapılması sonucunda standartlara aykırı emisyona sahip olması durumunda itiraz konusu kural uyarınca idari para cezası verilmektedir.

Anayasa'nın 56. maddesinde herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ve çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin devletin ve vatandaşların ödevi olduğu belirtilmektedir Kanun koyucu motorlu taşıtların hava kirliliğine neden olmasını önlemek amacıyla araç sahiplerini belli aralıklarla egzoz emisyon ölçümü yaptırmakla mükellef tutmuştur. Yukarıdaki Anayasa maddesinde de vurgulandığı gibi çevre kirlenmesini önlemek sadece devletin değil, vatandaşların da yerine getirmesi gereken bir ödevdir.

Emisyon ölçümü yaptırma yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahiplerinin gereken tarihten önce ölçüm yaptırma zorunluluğu olmaması, 56. maddede belirtilen çevre kirliliğini önleme ödevlerini yerine getirdikleri anlamına otomatikman gelmez. Çoğunluğun egzoz emisyon ölçümü yaptıran motorlu taşı sahipleri yönünden itiraz konusu kural hakkında verdiği iptal kararı, egzoz emisyon ölçümü yaptırıp, bunu belgeleyen motorlu araç sahiplerinin bu belgenin tanıdığı geçerlilik süresi boyunca, mesela çevreyi kirlettiği açık olan 10 numara yağı herhangi bir idari yaptırımla karşılaşmadan rahatlıkla kullanabilmelerinin önünü açacaktır.

Anayasal haklar sadece şu an yaşayanları değil, henüz doğmamış gelecek kuşaklar için de korunması gereken değerleri güvence altına almaktadır. Anayasa'nın 56. maddesinin ilk iki fıkrası sadece bugünkü kuşakları değil, gelecek kuşakları da kapsayacak şekilde en temel değer olan yaşam hakkıyla doğrudan ilişkili olan çevre hakkını korumaktadır.

Öte yandan, ceza hukukunun temel ilkelerinin idari cezalara da uygulanması genel bir ilke ise de bunun mutlak bir zorunluluk olmadığı, üstün bir kamu yararının varlığı halinde bu ilkenin istisnalarının öngörülebileceği açıktır. Önemli olan, ceza hukukunun idari yaptırımlara aynen uygulanması halinde idari yaptırımın uygulanamaz hale gelip gelmeyeceği ve öngörülen bir idari yaptırıma muhatap olacak bireylerle kamunun yararları arasında adil bir denge kurulup kurulmadığıdır.

İptali istenen kuralla her ne kadar araç sahiplerinin bazı durumlarda ellerinde olmayan sebeplerle para cezasına çarptırılmalarına yol açılabilecekse de araç sahiplerine sadece belli zamanlarda yaptırılacak emisyon kontrolleri ile yetinmeyerek, araçlarını her zaman doğru ve mevzuata uygun yakıt koyarak kullanmak, araçta müteakip kontrol zamanı gelmeden önce ortaya çıkabilecek ve çevreyi kirletecek arızaları derhal gidermek gibi yükümlülükler getirildiğinden, kuralın üstün bir kamu yararına yönelik olduğu, araç sahiplerine aşırı ve ölçüsüz bir yük yüklemediği, sonuç olarak bireyin hakları ile kamunun çıkarları arasında adil bir denge kurulduğu açıktır.

Anayasa'nın 56. maddesinin Devlete yüklediği pozitif yükümlülüklerin gereği olan ve 2. maddeye aykırı bir yönü bulunmayan kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğa katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Engin YILDIRIM	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2014/171
Karar Sayısı : 2015/41
Karar Tarihi : 22.4.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Kırıkkale Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "*… bir yıl…*" ibaresinin Anayasa'nın 2., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacıdan hukuka aykırı olarak haczen tahsil edilen tutarın iadesine yönelik talebin reddine ilişkin idari 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:

"ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN;

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 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" hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında belirtildiği üzere; 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.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Hukukun evrensel ilkelerine saygı duymak hukuk devleti olmanın gereğidir. Kazanılmış haklara saygı ilkesi de hukukun genel ilkeleri ve hukuk devleti kavramı içerisinde yer alır. Bu ilkenin temel amacı bireylerin hukuk güvenliğini sağlamaktır.

Yasa koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Hukuk devletinin unsurlarından olan "ölçülülük ilkesi" nedeniyle Devlet, getirilen kural, öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir denge kurmak zorundadır.

İtiraza konu kural, kazanılmış haklara saygı ve ölçülülük ilkesine göre değerlendirildiğinde; haksız ve yersiz tahsilatların iadesi için düzeltme fişlerinin mükelleflere tebliğinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde başvuru yapılması zorunluluğu getirilerek, yaptırımı olarak da hakkın sakıt olması olan sonuç ortaya konulmuştur. Dolayısıyla, itiraza konu hükümde yer alan şart, usul, süre ve önlemin, ulaşılmak istenen amaç yönünden ölçülü ve gerekli olmadığı sonucuna

varılmaktadır. Zira, diğer kanunlar ve bu kanunlarda yer alan genel zamanaşımı süreleri birlikte değerlendirildiğinde, haksız yere idare tarafından tahsil edilen tutarın iadesine yönelik kısıtlı bir başvuru süresi belirlendiği, dolayısıyla elverişli bir başvuru imkanı sunulmadığı, 1 yıllık sürenin idarece amaçlanan sonuç için orantılı bir zaman ihtiva etmediği görülmektedir.

ANAYASANIN 35. MADDESİ YÖNÜNDEN;

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Mülkiyet Hakkı" başlıklı 35. maddesinde: "Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlandırılabilir. Mülkiyet hakkının kullanımı toplum yararına aykırı olamaz" hükmü yer almaktadır.

213 sayılı Kanunun 120. maddesinde yer verilen yersiz tahsil, hukuka aykırı olarak idarece vergi tahsil edilmesi olup, söz konuşu tahsilatın hizmet kusuru ile yapılması halidir. Fazla tahsil ise, idarenin bir kusuru ortaya çıkmaksızın verginin bizzat mükellefçe fazla olarak ödenmesini ifade eder. Dolayısıyla, vergi uyuşmazlıklarında yargı yerlerince verilen iptal karaları da uyuşmazlığın niteliğine göre idarenin mal varlığına dahil edilen verginin "fazla ve yersiz" olduğu anlamına gelir, idarece yapılmış olan vergi tahsilatının fazla veya yersiz olduğu tespit edildikten sonra bu tahsilât, mükellefler için bir "alacak" haline gelmektedir. Alacak hakkı mülkiyet hakkı kapsamında kişilerin temel haklarındandır. Kişiler idarece gerçekleştirilen yanlış veya yersiz vergi tahsilatı nedeni ile belli bir süre mülkiyetlerinde olması gereken bir meblağdan kullanma, tasarruf etme ve harcama şeklinde yararlanma imkanından mahrum kalmaktadırlar. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır.

İtiraza konu düzenleme ile elde edilmesi umulan kamu yararı; kamu için öncelikli, genel menfaatleri koruyan, kamu hizmetlerinin sürdürülmesi için zorunlu bir durum arz etmemekte, vergi yükümlüsü tarafından 1 yıllık sürede başvuru yapılmaması durumunda başkasının mülkü üzerinde sebepsiz ve karşılıksız biçimde tasarruf etme hakkını devlete vermektedir." Ayrıca bu kural, kişinin belli bir sürenin geçmesiyle mal varlığından ilanihaye mahrum kalması sonucunu doğurarak genel yarar ile kişi yararı arasındaki dengenin bozulmasına yol açmakta, bu durum hukuk devletinde korunması gereken mülkiyet hakkının ihlaline neden olmaktadır.

ANAYASANIN 36. MADDESİ YÖNÜNDEN

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesine göre herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak sureti ile yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Genel zamanaşımı sürelerini uygulamak yerine bir yıllık kısıtlı bir süre belirlenerek, bu süre dahilinde müracaat yapılmaması halinde doğrudan doğruya hakkın kaybına sebep olan 120. madde hükmü, Anayasanın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkına da aykırılık teşkil etmektedir.

SONUÇ;

Açıklanan nedenlerle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 120. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "...Mükellef, tebliğ tarihinden başlayarak bir yıl içinde parasını geri almak üzere müracaat etmediği takdirde hakkı sakıt olur." hükmünde geçen "...bir yıl..." kelimesinin, Anayasanın 2., 35. ve 36. maddesine aykırı olduğu kanaati ile iptalinin talep edilmesine, başvuru kararının aslıyla birlikte, dava dosyasındaki ilgili belgelerinin onaylı suretlerinin oluşturularak Anayasa Mahkemesine sunulmasına, 17.10.2014 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 120. maddesi şöyledir:

"Düzeltme yetkisi ve reddiyat:

Madde 120- *Vergi hatalarının düzeltilmesine, ilgili vergi dairesi müdürü karar verir.*

Bu hatalar düzeltme fişine dayanılarak düzeltilir. Hatanın mükellef aleyhine yapılmış olması halinde, fazla vergi aynı fişe dayanılarak terkin ve tahsil olunmuş ise mükellefe reddolunur. Düzeltme fişinin bir nüshası, reddedilecek miktarla müracaat edeceği muhasebe ve müracaat süresi zikredilmek suretiyle mükellefe

*tebliğ edilir. Mükellef tebliğ tarihinden başlıyarak **bir yıl** içinde parasını geri almak üzere müracaat etmediği takdirde hakkı sakıt olur.*

(Ek fıkra: 25/12/2003-5035/2 md.) Nakden veya mahsuben tahsil edilen ancak fazla veya yersiz olarak tahsil edildiği anlaşılan vergilerde ve kanunları gereğince mükelleflere yapılacak iade ve mahsup işlemlerinde, düzeltmeye dayanak teşkil edecek belgeler ile bu işlemlere ait usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca belirlenir.

(Ek fıkra: 28/3/2007-5615/20 md.) Bu Kanunun 4 üncü maddesinde yazılı vergi dairesinin görev ve yetkilerini haiz olarak faaliyete geçen vergi dairesi başkanlıklarında düzeltme yetkisi vergi dairesi başkanına ait olup, başkan bu yetkisini ilgili grup müdürlerine ve/veya müdürlere devredebilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 35. ve 36. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 13. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 13.11.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Mücahit AYDIN tarafından hazırlanan 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, itiraz konusu kuralda öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre ile hedeflenen kamu yararının kamu için öncelikli, genel menfaatleri koruyan, kamu hizmetlerinin sürdürülmesi için zorunlu bir durum arz etmediği, öngörülen sürenin ulaşılmak istenen amaç yönünden orantılı ve gerekli olmadığı, genel zamanaşımı sürelerine göre daha kısıtlayıcı olduğu ve ilgililer için elverişli bir başvuru imkânı sunmadığı, bu nedenlerle ölçülülük ilkesini ve mülkiyet hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 35. ve 36. 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 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un *"Düzeltme yetkisi ve reddiyat"* başlıklı 120. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı ikinci fıkrasında, vergi hatalarının düzeltme fişine dayanılarak düzeltileceği; hatanın mükellef aleyhine yapılmış olması hâlinde fazla tahsil edilen verginin aynı fişe dayanılarak mükellefe reddolunacağı; düzeltme fişinin bir nüshasının, reddedilecek miktarla müracaat yeri ve süresi belirtilmek suretiyle mükellefe tebliğ edileceği; tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde para geri alınmak üzere müracaat edilmediği takdirde mükellefin hakkının sakıt olacağı hükme bağlanmıştır.

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, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında ise "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.*" denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise bu hakkın, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği ve mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı ve kamu yararı

amacıyla sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Ancak mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi için kamu yararının varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilen kamu yararı amacına bağlı olarak yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir. Ancak bu durumda sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu söylenebilir.

Ölçülülük ise amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

İtiraz konusu kuralla, mükelleflerin aleyhlerine olan vergi hatalarının düzeltilmesinden doğan alacaklar bir yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılarak mülkiyet hakkına müdahalede bulunulmaktadır.

Hak düşürücü süreler bir hakkın varlığını ve kullanılmasını belirli bir zaman ile sınırlandırmakta olup bu sürelerin geçmesi ile hakka ilişkin dava açma yetkisi ortadan kalkar. Anılan süreler, askıda olan hukuki ilişkilerde istikrar sağlayarak kamu yararına hizmet eder. Hak düşürücü sürelerin belirlenmesi anayasal sınırlar içinde kalmak koşuluyla kanun koyucunun takdir yetkisindedir.

Vergi hukukunun kendine özgü nitelikleri nedeniyle, bu alanda özel hukuka göre farklı süreler öngörülmesi gerekebilir. Kamu hizmetlerinin

finansmanında istikrarın sağlanması bakımından, vergilendirme sürecinin belirli bir düzen dâhilinde işlemesi ve sonuçlandırılması gerekmektedir. Bu doğrultuda çeşitli süreler öngörülerek, mükelleflerin vergi ilişkisinden doğan hak ve ödevlerini daha dikkatli takip etme zorunluluğu getirilmektedir. Kuralla getirilen süre sınırlaması ile de Devletle mükellef arasında vergi hatasından doğan alacak-borç ilişkisinin uzun zaman askıda kalması önlenerek vergi ilişkisinde istikrar sağlanması amaçlanmaktadır. Bu itibarla itiraz konusu kuralın kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede kuralla mülkiyet hakkına bir sınırlama getirilmekteyse de bu sınırlamanın vergi ilişkisinde istikrar sağlanarak vergi düzeninin korunması dolayısıyla Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilen kamu yararı amacıyla yapıldığı açıktır.

İtiraz konusu kuralda öngörülen bir yıllık süre, düzeltme fişinin mükellefe tebliği ile başlamakta olup düzeltme fişinin iade edilecek tutarı, müracaat yeri ve süresine ilişkin bilgileri içermesi kanuni bir zorunluluktur. Diğer bir ifadeyle bir yıllık süre alacağın doğumu ile değil vergi idaresinin borcunu ifa etmeye hazır olduğuna ilişkin irade beyanının ve alacağın talebi için gerekli bilgilerin mükellefe tebliğ edilmesiyle işlerlik kazanmaktadır. Bu hususlar dikkate alındığında, bir yıllık sürenin söz konusu alacakların vergi idaresinden talep edilmesi için makul bir süre olmadığı söylenemez. Bu yönüyle, itiraz konusu kuralla getirilen süre sınırlamasının mülkiyet hakkının kullanımını ciddi surette güçleştirip amacına ulaşmasına engel olmadığı, dolayısıyla hakkın özüne zarar vermediği ortadadır.

Kuralla, mükelleflerin vergi hatalarının düzeltilmesinden doğan alacaklarını uzun zaman sürüncemede bırakmalarının doğurabileceği belirsizlikler önlenerek vergi düzeninin korunması amaçlanmakta olup bu, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

Bu şekilde, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında bir taraftan mükelleflerin mülkiyet haklarına bir sınırlama getirilirken, öbür taraftan bu sınırlamanın vergi hatası nedeniyle

fazla veya yersiz tahsil edilen paranın iadesini talep için makul uzunlukta bir süre olarak öngörülmesi, sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını temin etmekte ve böylece vergi düzeninin korunması şeklindeki kamu yararı ile kişilerin mülkiyet hakkı arasındaki makul denge kurulmuş olmaktadır.

Bu yönleriyle kuralla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın, hakkın özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi bunun demokratik toplum düzeninin ve hukuk devletinin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 36. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan *"…bir yıl…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.4.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA

Esas Sayısı : 2015/28
Karar Sayısı : 2015/42
Karar Tarihi : 22.4.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Giresun 2. Asliye Hukuk (İcra Hukuk) Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 38. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 9., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine başlatılan ilamlı icra takibi üzerine düzenlenen icra emrinin iptali istemiyle yapılan şikâyet başvurusunda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"a-) Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık

2709 sayılı T.C. Anayasası m.2'ye göre; "Türkiye Cumhuriyeti... bir hukuk devletidir" ve m. 10'a göre; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde

eşittir" düzenlenmeleri getirilmiş olup hukuk devletinde kişilerin birbirine herhangi bir nedenle üstün veya ayrıcalıklı olması düşünülemeyeceğinden eşitlik ilkesi hukuk devletinin olmazsa olmaz ilkelerinden biridir. Yine Anayasa Mahkemesi 1991/24 E, 1991/40 K, 31.10.1991 tarihli kararında; "Anayasa'nın, yasa önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesindeki kurala aykırı düşen yasa hükmü, Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2. maddesindeki hukuk devleti karşısında geçerliliğini sürdüremez" görüşünü ileri sürerek eşitlik ilkesinin hukuk devletinin unsuru olduğunu belirtmiştir. İptali istenen madde hükmü ile SGK lehine diğer kişilerden ayrı bir hak verilmiş olup Kurum'un borçlu olduğu durumda Kurum'a başvuru şartı getirilmesi eşitlik ilkesine aykırıdır. Yine SGK'nın alacaklı olduğu durumlarda SGK, alacağını herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın icraya koyup tahsil edebilecekken borçlu olduğunda böyle bir başvuru getirilmesi hukuk devletine ve eşitlik ilkesine aykırıdır.

Bir hukuk devletinde devletin temel görevlerinden biri adil hukuk düzeninin kurulması ve korunmasıdır. Bu düzenleme ile adil hukuk düzeni sarsılacak ve kişiler arasında eşitsizlik olacaktır.

b-) Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerine aykırılık

Anayasa'nın 35. maddesinde; herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu ve m. 36'da; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir.

Ülkemiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olup bu sözleşme gereğince imzalanan ek protokolleri de imzalayarak bu protokollerdeki hakları da güvence altına alacağını taahhüt etmiştir. Ek 1 Nolu protokolde mülkiyet hakkı ile ilgili düzenlemeler getirilmiş olup AİHM'in yerleşik içtihatlarında da "alacak hakkı" mülkiyet hakkı olarak değerlendirilmektedir (Luca/İtalya, 24/09/2013 tarihli karar). Bu açıdan bakıldığında, mahkeme ilamı ile alacak hakkı elde eden kimselerin alacağını tahsil edebilmesi için başvuru öngörülmesi mülkiyet hakkına da aykırıdır.

Yine iptali istenen madde adil yargılanma hakkına da aykırıdır. AİHS m. 6'da; "Herkes ... bir mahkeme tarafından davasının ... görülmesini istemek

hakkına sahiptir" düzenlemesi öngörülmüş bu madde uyarınca herkes davasının bir mahkeme önünde görülmesini isteyebilir ve bu da hak arama hürriyetinin temelini oluşturur. "Dava hakkı, bir niza nedeni ile mahkemeye başvurabilme olanağına sahip olmaktan ibaret değildir. Kesinleşmiş mahkeme kararlarının, gereğinde cebri icra yoluyla yerine getirilmesi de bu hakka dahildir. Böylece, bir mahkeme kararının yerine getirilmesi için kamu gücü kullanılmasını isteyen kişinin bu talebini red adı geçen hakkın ihlalidir" (Lunari/İtalya, 11/01/2001; Georgidas/Yunanistan, 28/03/2000; Gözübüyük/Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 8. Bası, s. 279). Her ne kadar anılan AİHM kararlarında kesinleşmiş mahkeme kararlarından bahsedilmişse de ülkemiz hukuk sisteminde ilamların icraya konması için, istisnalar dışında, kesinleşmesine gerek olmadığı düşünüldüğünde iptali istenen düzenleme Anayasa'nın 35., 36. ve buna bağlı olarak AİHS m. 6 ile Ek 1 nolu protokol m.l'e de aykırıdır.

c-) Anayasa'nın 9. ve 138. maddelerine aykırılık

Anayasa'nın 9. maddesine göre; Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır ve 138/2'ye göre de; Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez. Bağımsız mahkemelerce verilen hükmün uygulanması hiçbir şekilde, kesinleşmeden icraya konulamayacak ilamlar hariç, ertelenemez, iptali istenen düzenleme ile bağımsız mahkemeler tarafından verilen hükmün uygulanması belli bir süre ertelenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2007/78 E, 2010/120 K. sayılı kararında da hükmedildiği gibi, yargı kararlarının uygulanmasını engellemek amacıyla yapılan düzenlemeler yetki saptırması ve amaç öğesi bakımından hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Mahkeme kararlarının uygulanmaması, yargı bağımsızlığına ve hukuk devleti ilkesine uygun düşmemektedir.

6-) TALEP:

Mahkememizce görülen davada, uygulanma yeri olup mahkememizce Anayasa'ya aykırı olduğu düşünülen 6552 sayılı Kanun m. 38 ile eklenen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun m. 36/2 fıkrasının,

Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini düzenleyen 2. maddesine, yargı yetkisini düzenleyen 9. maddesine, eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine, mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesine, hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesine ve mahkemelerin bağımsızlığı ve Devlet organlarının mahkeme kararlarına uyma mecburiyeti ile ilgili 138. maddesine aykırı olduğu düşünüldüğünden Mahkememizce gerekçesi ile birlikte işbu başvuru yapılmıştır.

Anılan maddenin Anayasa'nın gerekçede yazılan maddelerine aykırı olduğu kabul edilerek iptal edilmesine karar verilmesini arz ederim."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un 6552 sayılı Kanun'un 38. maddeyle değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Kurumun taraf olduğu her türlü davalarda, Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekalet ücreti ve yargılama giderleri, alacaklı veya vekilinin Kuruma ödemeye dayanak makbuz ve belgelerle birlikte yazılı şekilde yapacağı müracaat üzerine bildireceği banka hesap numarasına, müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre geçmeden Kurum aleyhine cebri icra yollarına başvurulamaz. Belirtilen sürede ödeme yapılamaması hâlinde, söz konusu alacaklar genel hükümler dairesinde tahsil olunur. Mahkeme kararlarında yer alan miktarların kararın kesinleşmesinden önce ödenmesi hâlinde, söz konusu kararların ilgili mercilerce bozulmasını müteakip ödenen miktarlar, ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ilgililerden tahsil edilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 9., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 13. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü gereğince Zühtü ARSLAN, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 19.3.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı 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 iddiasının 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 yoluna başvuran Mahkemede bakılmakta olan uyuşmazlık, Sosyal Güvenlik Kurumu (Kurum) aleyhine hükmedilen alacak, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin tahsili amacıyla başlatılan ilamlı icra takibi üzerine düzenlenen icra emrinin, Kuruma müracaat edilmeden cebri icra yoluna başvurulduğu gerekçesiyle iptali istemine ilişkindir. Uyuşmazlıkta, itiraz yoluna başvuran Mahkemece yapılacak olan inceleme ve değerlendirme, alacaklı tarafından Kuruma müracaat edilmeden doğrudan cebri icra yoluna başvurulmasının hukuka uygun olup olmadığı hususuyla sınırlıdır. Alacaklının cebri icra yoluna başvurmadan önce Kuruma müracaat etmesi zorunluluğu, dava konusu fıkranın ilk üç cümlesinden kaynaklanmakta olup mahkeme kararlarında yer alan miktarların kararın kesinleşmesinden önce ödenmesi hâlinde, söz konusu kararların ilgili mercilerce bozulmasını

müteakip ödenen miktarların, ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ilgililerden tahsil edilmesini öngören dördüncü cümlenin bakılmakta olan davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrasının;

A- Dördüncü cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- Birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin, ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ tarafından hazırlanan 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

Mahkeme ilamlarının icrasına ilişkin usul ve esaslar, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda düzenlenmiştir. Para verilmesi hakkındaki ilamların icrası ise anılan Kanun'un 32. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre alacaklı, para borcuna dair olan ilamı icra dairesine vererek takip talebinde bulunabilir. Bu şekilde takip talebinde bulunulması üzerine icra memuru borçluya bir icra emri tebliğ eder. Bu emirde, hükmolunan şeyin cinsi ve miktarı gösterilerek nihayet yedi gün içinde ödenmesi istenir.

Para borçlarına dair ilamların icrası, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 146. maddesi uyarınca on yıllık genel zamanaşımına tabidir.

Aynı Kanun'un 149. maddesinin birinci fıkrası uyarınca zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlamaktadır. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hâlen yürürlükte bulunan 433. maddesi uyarınca, kişiler ve aile hukukuna, taşınmaz mala ve bununla ilgili aynî haklara ilişkin kararlar dışında adli yargı ilk derece mahkemelerince verilen kararların temyiz edilmesi, hükmün icrasını engellemez. Dolayısıyla para verilmesine ilişkin hükümlerin içeriğindeki borç, kararın tebliği üzerine muaccel olmakta ve para borçlarına dair ilamlar da hükmün tebliğiyle icra edilebilir hâle gelmektedir.

Kurum aleyhine hükmedilen ve para borcu ihtiva eden ilamların icrası 2004 sayılı Kanun'a tabi olduğundan yukarıda yapılan açıklamalar Kurum aleyhine hükmedilen para alacakları yönünden de geçerli ise de itiraz konusu kurallarla, Kurum aleyhine hükmedilen alacak, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin icrasına ilişkin özel bir düzenleme sevk edilerek yukarıda açıklanan hukuksal duruma bir istisna getirilmiştir. Buna göre, Kurum aleyhine hükmedilen alacak, vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin, alacaklı veya vekilinin Kuruma ödemeye dayanak makbuz ve belgelerle birlikte yazılı şekilde yapacağı müracaat üzerine bildireceği banka hesap numarasına, müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi öngörülmektedir. Bu süre geçmeden Kurum aleyhine cebri icra yollarına başvurulamayacağı ifade edilmek suretiyle birinci cümlede belirtilen idareye müracaat, Kurum aleyhine ilamlı icraya başvurmadan önce tüketilmesi zorunlu bir yol hâline getirilmektedir. Belirtilen sürede ödeme yapılamaması hâlinde, söz konusu alacakların genel hükümler dairesinde tahsil olunacağı düzenlenmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, mahkemelerce Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin ödenebilmesi için öncelikle idareye müracaat zorunluluğu getirilmesinin cebri icra hukukunun temel amacıyla çeliştiği, Kurum alacaklarına bu şekilde bir ayrıcalık tanınmasının eşitlik ve hukuk devleti ilkelerini zedelediği, hak arama özgürlüğünün kesinleşmiş mahkeme ilamlarının icrasını da kapsadığı, mahkeme ilamının

icrasını şarta bağlayan itiraz konusu düzenlemenin hak arama özgürlüğü ile mülkiyet hakkını ihlal ettiği, ayrıca düzenlemenin mahkeme kararlarının uygulanmasını belli bir süre ertelemesi nedeniyle yargı bağımsızlığı ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 9., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

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 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişinin ve yargılama usullerinin kanun ile düzenleneceği belirtilmiştir. Hukuk devletinde, kanun koyucunun yargılama hukukuna ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisi bulunduğu gibi mahkeme ilamlarının nasıl icra edileceğine ilişkin kuralları belirleme hususunda da takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak kanun koyucunun bu takdir yetkisini kullanırken anayasal ilkeler ile Anayasayla güvence altına alınan temel hak ve özgürlükleri gözetmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı, bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir hak olup maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir.

Anayasa'nın 35. maddesiyle Devlete, bireylerin mülkiyet hakkına saygı gösterme ve haksız müdahalede bulunmama biçimindeki negatif yükümlülüğün yanında, üçüncü kişilerden gelebilecek müdahaleleri önleme şeklindeki pozitif bir yükümlülük de yüklenmektedir. Mülkiyet hakkı, genel olarak, bir kimsenin başkasına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanım biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme yetkilerini kapsamaktadır. Bu bağlamda, malikin bu yetkilerini kullanmasını engelleyen düzenlemeler, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder.

Mahkemelerce Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin alacak hakkı niteliğinde olduğu ve bu nedenle mülkiyet hakkının kapsamında kaldığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu alacağın elde edilmesini makul olmayacak düzeyde geciktiren düzenlemeler, mülkiyetten yararlanma ve mülkiyet üzerinde tasarruf etme yetkilerini sınırlandıracağından mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşır.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* 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 demokratik hukuk devletinin "*olmazsa olmaz*" koşuludur. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir.

Mahkeme kararlarının uygulanması da, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Kararın

uygulanmaması hâlinde yargılamanın da bir anlamı kalmayacaktır. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması "*mahkemeye erişim hakkı*" kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Hukuk sisteminde, nihai mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren düzenlemelerin bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi hâllerinde, "*mahkemeye erişim hakkı*" da anlamını yitirir. Mahkeme kararlarının bağlayıcılığını ve gecikmeksizin uygulanmasını sağlayacak etkili tedbirlerin alınması hukuk devletinin asgari gereklerindendir.

Yargı kararının geciktirilmeksizin uygulanması, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında mahkemelerin bağımsızlığının bir parçası olarak görülmekte ve Devlete yargı kararlarını değiştirmeden ve geciktirmeden uygulama yükümlülüğü getirilmektedir. Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasında düzenlenen yargı kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması yükümlülüğü, hukukun genel ilkelerinden biri olarak da kabul edilen kesin hükme saygı ilkesinin de bir gereğidir. Çünkü bir hukuk sisteminde yargının verdiği ve bağlayıcı olan kesin hüküm zarar gören taraflardan biri açısından işlevsiz duruma getirilmişse adil yargılanma hakkının sağladığı güvencelerin bir anlamı kalmayacaktır.

İtiraz konusu kuralla, Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin Kuruma yazılı şekilde yapılacak olan müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi öngörülmekte, ayrıca alacaklının cebri icra yoluna başvurulabilmesi için Kuruma müracaat etmiş bulunması ve anılan otuz günlük süre içinde Kurumun ödemede bulunmamış olması şartı getirilmektedir.

Cebri icra, borçların devlet gücü yardımıyla yerine getirilmesini ifade etmekte olup iyi örgütlenmiş bir toplumda cebri icraya başvurulması istisnai bir nitelik taşımaktadır. Modern toplumlarda kanunlar çerçevesinde zor kullanma yetkisinin devletin tekelinde olması nedeniyle alacaklının kişisel güç kullanarak borçludan alacağını tahsil etmesi yasaklanmış, bunun

yerine zor kullanma tekelini elinde bulunduran devletin, güç kullanmak suretiyle alacaklının alacağını borçludan tahsil ederek alacaklıya ödemesi usulü benimsenmiştir. Bu nedenle, hukuk devletinde cebri icra; hukuki düzene güvenerek borç ilişkisine giren ve zor kullanması yasaklanan birey yönünden devletten talep edebileceği bir hak, zor kullanma yetkisini elinde bulunduran devlet yönünden ise bir yükümlülük niteliği taşımaktadır.

Cebri icra, hukuk düzenine güvenerek borç ilişkilerine giren alacaklının, ihtiyari ödeme yoluyla alacağına kavuşamadığı durumlarda bir hak niteliği taşısa da cebri icra süreci, borç ilişkisinin her iki tarafı açısından da yıpratıcı ve masraflı birtakım işlemlerin gerçekleştirilmesini gerektirmektedir. Cebri icrada, devletin cebri icra organlarınca borçlunun mallarına el konulmakta, bu mallar satılmakta ve elde edilen para ile alacaklının alacağı ödenmektedir. Cebri icra işlemleri, borçlu yönünden fazladan bazı masrafların ortaya çıkmasına ve borç yükünün gereksiz yere artmasına neden olabilmektedir. Bu süreç, farklı bazı sorunları beraberinde getirebileceği gibi borç ihtilaflarının birer toplumsal yara teşkil ettiği gözetildiğinde, bu yaraların kapanması yerine daha da derinleşmesine sebebiyet verebilmektedir. Bu nedenle mümkün olduğunca ihtiyari ödeme yolunun işletilmesi, cebri icranın ise ancak son çare olarak başvurulması gereken bir mekanizma olarak öngörülmesi zorunludur.

Cebri icranın son çare olarak başvurulması gereken bir yol olduğu düşünüldüğünde, buna başvurmadan önce borçluların vadesi gelmiş borçlarını rızaen ödemelerini sağlamak amacıyla uygun bir süre öngörülmesi kanun koyucunun takdirindedir. Ancak öngörülen sürenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde, kuralla, vatandaşların alacağını talepten itibaren otuz gün gibi kısa bir sürede tahsil etmesinin ve vatandaşların icra takibi açmak külfetinden kurtarılmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Öte yandan, ilamlı takibe dayanan cebri icra masraflarının

borçlu üzerinde bırakılacağı ve Kurum aleyhine başlatılan ilamlı takibe ilişkin vekâlet ücreti dâhil her türlü masrafa nihai olarak Kurumun katlanmak durumunda kalacağı gözetildiğinde, düzenlemenin, Kurumun gereksiz cebri icra masraflarına maruz kalmasını önleyici bir fonksiyonunun da bulunduğu açıktır.

Kanun koyucunun, alacaklıları icra takibi yapma külfetinden kurtarmak ve Kurumun da gereksiz cebri icra masrafı ödemesini önlemek amacıyla düzenleme yapmasının kamu yararına dönük olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, zaten Kurum tarafından ödenecek paraya ilişkin olarak alacaklıyı cebri icra külfetinden kurtarmak ve Kurumun gereksiz yere icra masrafı ödemesini engellemek amacıyla, alacaklı veya vekilinin Kuruma müracaatta bulunarak ödemeye dayanak makbuz ve belgelerle birlikte banka hesap numarasını bildirmesini ve otuz gün içinde, bildirilen banka hesap numarasına para yatırılması suretiyle ödemenin yapılmasını öngörmüştür. Kurumun, aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin alacaklının bildireceği hesap numarasına yatırılacak olmasında alacaklının menfaatini zedeleyen herhangi bir yön bulunmamaktadır. Ayrıca davacının hesap numarasını Kuruma bildirmesi yükümlülüğü, idarenin paranın yatırılacağı davacıya ait hesabı bilemeyeceği ve bu nedenle alacağın tahsilinin gecikmesinden sorumlu tutulmayacağı gerçeği karşısında makul ve ölçülü bir külfet olarak görülmelidir.

İdarenin rızaen ödemede bulunmak istemesi durumunda dahi alacaklının hemen alacağına kavuşamayacağı, idare tekniği bakımından birtakım işlemlerin yapılmasından sonra alacağını elde edebileceği açıktır. Ayrıca alacaklının doğrudan cebri icra yoluna başvurması hâlinde de takip talebinde bulunulması, icra emrinin tebliği ve ödeme için Kuruma yedi günlük süre verilmesi gibi zorunlu birtakım işlemlerin yapılması nedeniyle alacaklıya fiilen ödeme yapılmasının belli bir sürenin geçmesinden sonra söz konusu olabileceği tabiidir. Bu hususlar dikkate alındığında, itiraz konusu kuralla Kurumun borcunu ödeyebilmesi için getirilen otuz günlük sürenin, alacaklıyı aşırı külfet altına sokacak derecede uzun olmadığı ve makul görülmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Nitekim 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, idari yargı organlarınca kurum aleyhine hükmedilen tazminatların ödenebilmesi

için de itiraz konusu kurala benzer olarak idareye azami otuz günlük süre tanınmıştır. Ayrıca söz konusu otuz günlük süre, Kurum yönünden sonuna kadar kullanılabilecek bir hak olmayıp ödemenin yapılması gereken azami süreyi göstermektedir. Kurumun, ödemeyi otuz günlük süre içerisinde en uygun olan zamanda yapması gerekmektedir.

Sonuç olarak, Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin Kuruma yazılı şekilde yapılacak olan müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenmesinin öngörülmesi ve alacaklının cebri icra yoluna başvurulabilmesi için Kuruma müracaat ettiği hâlde otuz günlük süre içinde Kurumun ödemede bulunmamış olması şartının getirilmesi, söz konusu sürenin makul olması nedeniyle mahkeme kararının ifasının geciktirildiği anlamına gelmediği gibi alacaklının mülkiyet ve adil yargılanma haklarına ölçüsüz bir müdahale niteliği de taşımamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 2577 sayılı Kanun'un 28. maddesinin, benzer hüküm içeren (2) numaralı fıkrasıyla ilgili olarak verdiği 4.7.2013 tarihli ve E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararı da bu yöndedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 9. ve 10. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.4.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA

KARŞI GÖRÜŞ

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istenmiş; fıkranın ilk üç cümlesinin esasının incelenmesine, dördüncü cümlesi açısından ise davada uygulanacak kural olmadığı için başvurunun reddine karar verilmiştir.

6552 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle değiştirilen, 5502 sayılı Kanun'un 36. maddesinin ikinci fıkrası şu şekildedir:

"Muafiyetler

MADDE 36- …

Kurumun taraf olduğu her türlü davalarda, Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekalet ücreti ve yargılama giderleri, alacaklı veya vekilinin Kuruma ödemeye dayanak makbuz ve belgelerle birlikte yazılı şekilde yapacağı müracaat üzerine bildireceği banka hesap numarasına, müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre geçmeden Kurum aleyhine cebri icra

yollarına başvurulamaz. Belirtilen sürede ödeme yapılamaması hâlinde, söz konusu alacaklar genel hükümler dairesinde tahsil olunur. Mahkeme kararlarında yer alan miktarların kararın kesinleşmesinden önce ödenmesi hâlinde, söz konusu kararların ilgili mercilerce bozulmasını müteakip ödenen miktarlar, ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ilgililerden tahsil edilir."

Mahkememiz çoğunluğu, hükmü Anayasa'nın aykırı görmemiş, iptal talebini reddetmiştir.

Yapılan değişiklikle Soysal Güvenlik Kurumunun taraf olduğu gerek idari, gerekse hukuk davalarında, Kurumun mahkum edildiği asıl alacak, vekalet ücreti ve yargılama giderleri için alacaklının hemen icra takibine geçememesi, önce Kuruma müracaat etmesi, elindeki belgeleri ibraz etmesi, banka hesap numarasını bildirmesi zorunluluğu getirilmiş, bu bildirimin yapılmasından itibaren de Kurumun bildirilen hesap numarasına otuz gün içinde ödeme yapabileceği, bu sürenin geçmesinden önce alacaklının Kurum aleyhine icra takibine başvuramayacağı kabul edilmiştir.

Yapılan değişikliğin gerekçesinde şu hususlara yer verilmiştir:

"Maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları ile Kurumun taraf olduğu ve konusu belli bir miktar paranın ödenmesini gerektiren davalarda hükmedilen miktar ile Kurumun taraf olduğu ayrım yapılmaksızın adli ve idari her türlü davalarda Kurum aleyhine hükmedilen vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin doğrudan icra takibine konu edilememesi, alacaklı veya vekilinin Kuruma ödemeye dayanak makbuz ve belgelerle birlikte yazılı şekilde yapacağı müracaat üzerine bildireceği banka hesap numarasına müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödemelerin yapılacağı, bu sürede ödeme yapılamazsa icra takibi başlatılabileceği düzenlenmektedir. Değişiklikle, vatandaşların alacağını talepten itibaren otuz gün gibi kısa bir sürede tahsil etmesi sağlanarak, vatandaşların icra takibi açmak külfetinden kurtarılması da sağlanmakta ve bu konuda İdari Yargılama Usulü Kanununa paralel bir düzenleme getirilmektedir."

İptali istenen hükümler para alacaklarına ilişkin ilamların icrasına ilişkindir. Kural olarak para (ve teminat) alacaklarına ilişkin ilamların ne şekilde icra edileceği, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 32 vd.

maddelerinde düzenlenmiştir. Bilindiği gibi borçluya karşı bir para alacağı nedeniyle ilamlı icra takibi yapabilmek için alacaklının elinde bir ilam veya ilam niteliğinde belge bulunması gereklidir. Takip için alacaklı ilamı icra dairesine vererek takip talebinde bulunur. Bunun üzerine icra dairesi bir icra emri düzenleyerek, borçluya tebliğ eder. Bu emirde, hükmolunan şeyin cinsi ve miktarı gösterilerek yedi gün içinde ödenmesi istenir. Para (ve teminat) alacaklarına ilişkin ilamların icraya konulabilmesi için kesinleşmiş olmasına gerek yoktur (HUMK m. 443,1; HMK geç. m. 3), hemen icraya konulabilir.

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 kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, kanun koyucunun yargılama hukukuna ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri hakkında gerekli görülen düzenlemeleri yapma yetkisi bulunduğu gibi, mahkeme ilamlarının nasıl icra edileceğine ilişkin kuralları belirleme hususunda da takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak yapılacak düzenlemelerin, hukuk devleti ilkesine, temel hak ve özgürlüklere uygun olması gereklidir.

Borçluya karşı dava açılıp, alacaklının haklı olduğu ve alacağının miktarı mahkeme kararı ile tespit edildikten sonra, borçlunun artık bu borcunu hemen ödemesi gerekir. Borçlunun mahkeme kararı ile tespit edilen borcunun muacceliyetini sağlamak için kendisine tekrar bir bildirimde bulunulması zorunlu değildir. Borçlu, dava açılmadan önce temerrüde düşürülmemişse, en son dava açılması ile dava konusu borç için temerrüde düşmüş olur. Bu durum, dava açılmasının maddi hukuk bakımından doğan sonuçlarından biridir. Borcun muacceliyetini sağlamak için tekrar kendisine icra emri tebliğine yahut öncesinde tekrar bir bildirimde bulunmaya, borcu talep etmeye gerek yoktur. İlama bağlı bir borç, borçlu tarafından kendi

rızası ile kural olarak hemen ödenmelidir; ödenmesini sağlamak için kural olarak alacaklının tekrar harekete geçmesine gerek yoktur. Keza, ilama bağlı alacağın ödenmesi için ayrıca kayıt veya şart da getirilemez. Zira borçlunun borçlu olduğu, borcunu ödemesi gerektiği mahkeme kararı ile tespit edilmiştir. O nedenle borçlunun icra emrine itiraz etmesi ve takibi durdurması da mümkün değildir. Sadece İİK m. 32,1'de belirtildiği şekilde, m. 33, 33/a gereğince icra mahkemesinden, temyiz halinde Yargıtay'dan (m.36) veya yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuşsa mahkemeden icranın geri bırakılması kararı getirilmesi halinde icra durdurulabilir.

Şu halde mahkeme kararı ile borçlu olduğu tespit edilen kimsenin borcunu alacaklıya götürüp ödemesi gerekir. Bu konuda harekete geçme, borcunu götürüp ödeme yükümlülüğü borçlu üzerindedir. Mahkeme kararı ile hüküm altına alınan borç kural olarak götürülecek borç durumundadır. O nedenle, ilamda belirtilen para alacağının, icra emrinin borçluya tebliği ile icra kabiliyetini haiz hale geldiğini söylemek mümkün değildir.

Yukarıda yapılan açıklamalar, kural olarak SGK için de geçerlidir. Buna göre Kurumun da, aleyhine hükmedilen para borcuna ilişkin ilamı alacaklının icraya koymasını beklemeden, kendi rızası ile harekete geçip, götürüp alacaklıya ödemesi gereklidir. Borcunu ödemeyecek olursa alacaklı, İİK m. 32 vd. gereğince borçlu olarak Kuruma karşı icra takibine başlayabilir. Kanun koyucu, bu noktada 6552 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 36. maddesinin ikinci fıkrasını değiştirerek, Kurum aleyhine hükmedilen alacak, vekalet ücreti ve yargılama giderlerinin icrasına ilişkin istisna getirerek yukarıda belirtilen ve iptali istenen düzenlemeyi öngörmüştür.

Buna göre, Kurum aleyhine hükmedilen alacak, vekalet ücreti ve yargılama giderlerinin, alacaklı veya vekilinin Kuruma, ödemeye dayanak makbuz ve belgelerle birlikte yazılı şekilde yapacağı müracaat üzerine, bildireceği banka hesap numarasına, müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi yapılabilecektir. Bu süre geçmeden Kurum aleyhine cebri icra yollarına başvurulamayacaktır.

Belirtilen düzenleme çerçevesinde alacaklının Kurum aleyhine takibe geçebilmesi için, önce Kuruma başvurması, elindeki belgeleri ibraz etmesi, hesap numarasını bildirmesi gerekmektedir. Böylece, alacaklıya tekrar harekete geçme külfeti yüklenmektedir. Bu durum, elinde ilam olan alacaklının hukuki konumu ile ve kesin hükme güven ile bağdaşmamaktadır.

Keza, Kurum lehine otuz günlük ek bir ödeme süresi öngörülmekte, alacaklı için de bu sürenin beklenmesi zorunluluğu getirilmektedir. Borçlu için, ilama bağlı bir borç nedeniyle alacaklının rızası olmaksızın kanunla ek bir ödeme süresi getirilmesi, alacaklının hakları açısından sınırlama teşkil etmektedir. Yine otuz günlük bekleme süresi getirilerek ilamın icraya konulması ve alacaklının alacağına kavuşması, ilama bağlı alacağın niteliği ile bağdaşmayan bir kayıt veya şart niteliği taşımaktadır.

Belirtilen bu durumlar, hukuk devleti ilkesine ve o nedenle Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinin 1. ve 4. fıkralarına göre :

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Kanun koyucu, şüphesiz kamu yararının gerekli olduğu hallerde, eşitlik ilkesine istisna getirebilir. Ancak getirilen bu istisnaların da zorunlu ve ölçülü olması gereklidir.

İptali istenen düzenleme ile kanun koyucu, Kuruma karşı para borcu nedeniyle icra takibine geçilmeden önce alacaklının Kuruma başvurmasını, başvurudan sonra Kurumun otuz içinde borcunu ödeyebilmesini kabul etmiş, böylece Kurum lehine önemli bir farklılık ve ayrıcalık getirmiştir. Buna göre Kurum alacaklı olduğunda alacaklısına karşı hemen takibe geçebilirken, borçlu olması halinde alacaklı Kurum aleyhine hemen icra takibine geçemeyecek, önce Kuruma başvuracak, başvuru tarihinden

itibaren otuz gün içinde ödeme yapılmasını bekleyecektir. Görüldüğü gibi, Kurumun alacaklı olması ile borçlu olması hali farklı değerlendirilmiş, buna bağlı olarak Kurumun alacalısı olan kişilerle, borçlusu olan kişiler arasında da farklılık yaratılmıştır. Bu durum, takip sonunda alacaklı lehine takip giderleri ve vekalet ücretine de hükmedilmesi nedeniyle daha da belirgin hale gelmektedir. Kurum lehine bu şekilde bir farklılık yaratılması, keza Kurumun alacaklıları ile borçluları arasında belirtildiği şekilde ayrıcalık yapılması eşitlik ilkesine aykırıdır. SGK'nın bir kamu kurumu olması, alacaklılarına karşı bu şekilde bir külfet yüklenmesini haklı kılmamaktadır. Gerekçede her ne kadar, " ... *vatandaşların alacağını talepten itibaren otuz gün gibi kısa bir sürede tahsil etmesi sağlanarak, vatandaşların icra takibi açmak külfetinden kurtarılması da sağlanmakta…"* deniliyorsa da, bu gerekçe de isabetli değildir. Zira, vatandaşın ilama bağlı alacağını tahsil etmek için külfete katlanması istenmiyorsa, borçlu borcunu hemen ödeyebilir. Böylece hem alacaklı hemen alacağına kavuşmuş olur, hem de borçlu kendisine karşı takip yapılmasını engelleyerek gereksiz yere takip giderlerine katlanmaktan kurtulur. Yapılan düzenleme ile alacaklıya tekrar borçlu Kuruma başvurma külfeti yüklenmektedir. Otuz günlük süre sonunda borç ödenmezse alacaklı tekrar takip yapmak zorunda kalacaktır. Otuz günlük süreye uymamanın borçlu Kurum açısından herhangi bir yaptırımı da yoktur. O nedenlerle, getirilen düzenleme eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı teminat altına alınmıştır. Alacaklı tarafından, Kurum aleyhine açılan dava sonunda hükmedilen asıl alacak ile vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin alacak hakkı niteliğinde olduğu ve bu nedenle alacaklının mülkiyet hakkı kapsamında kabul edilmesi gereklidir. Bu alacağın elde edilmesini geciktiren düzenlemeler, mülkiyetten yararlanma ve mülkiyet üzerinde tasarruf etme yetkilerini sınırlandıracağından mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder.

İptali istenen kurallarla, Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin Kuruma yazılı şekilde yapılacak olan müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi öngörülmekte, ayrıca alacaklının cebri icra yoluna başvurulabilmesi için Kuruma müracaat

etmiş bulunması ve anılan otuz günlük süre içinde Kurumun ödemede bulunmamış olması şartı getirilmektedir. İlama bağlanmamış bir alacak için bu şekilde, dava açılmadan yahut takibe geçilmeden önce dava veya cebri icra sürecini bertaraf edecek, ihtiyari ödemeyi sağlayacak yolların öngörülmesi hiç şüphesiz yararlıdır. Ancak, ilama bağlanmış bir alacağın ödenmesini sağlamak için alacaklının borçludan tekrar talepte bulunmasını istemek, alacaklıya süre vermek, ilamı bir tarafa bırakıp, bir ölçüde tekrar başa dönüş anlamına gelmektedir. O nedenle de, borçluya verilen bu süre alacaklının alacağına kavuşmasını engellemekte ve mülkiyet hakkına müdahale teşkil etmektedir. Ayrıca, icra emrinde dahi borcun ödenmesi için yedi günlük süre verilirken, burada otuz günlük bir süre verilmesi ölçülü de değildir. O nedenle, getirilen düzenlemeler, Anayasa'nın 35. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 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 hak arama özgürlüğü düzenlenmiştir. Yargı denetimi, demokratik hukuk devletinin vazgeçilemez şartlarından biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp ispatlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir. Mahkeme kararlarının uygulanması da, yargılama sürecini tamamlayan ve yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan bir unsurdur. Kararın uygulanmaması hâlinde yargılamanın ve hak arama özgürlüğünün de bir anlamı kalmaz. Bu nedenle yargı kararlarının uygulanması "*mahkemeye erişim hakkı*" kapsamında değerlendirilmektedir. Buna göre, yargılama sonucunda mahkemenin bir karar vermiş olması yeterli olmayıp ayrıca bu kararın etkili bir şekilde uygulanması da gerekir. Mahkeme kararlarını, taraflardan birinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde uygulanamaz hâle getiren veya gereksiz yere geciktiren düzenlemelerin bulunması veya mahkeme kararlarının icrasının herhangi bir şekilde engellenmesi, "*mahkemeye erişim hakkı*"nın engellenmesi sonucunu doğurur.

İptali istenen kurallarla, Kurum lehine, alacaklı aleyhine getirilen düzenlemeler, Kurum alacaklısı açısından, mahkeme kararının gereğinin yerine getirilmesinin geciktirilmesi sonucunu doğurmaktadır. O nedenle de Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 138. maddesinde, mahkemelerin bağımsızlığı düzenlenmiş ve 4. fıkrasında şöyle denilmiştir: *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* Görüldüğü gibi, mahkeme kararlarının geciktirilmeksizin uygulanması, Anayasa'nın 138. maddesinin dördüncü fıkrasında mahkemelerin bağımsızlığı kapsamında kabul edilmekte ve bu duruma bağlı olarak yargı kararlarını değiştirmeden ve geciktirmeden uygulamak, Devlete bir yükümlülük olarak yüklenmektedir.

Yukarıda incelendiği üzere, iptali istenen kurallarla, ilama bağlı asıl alacak ile vekâlet ücreti ve yargılama giderlerinin Kuruma yazılı şekilde yapılacak olan müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenmesi, ayrıca alacaklının cebri icra yoluna başvurulabilmesi için Kuruma müracaat etmesi ve anılan otuz günlük süre içinde Kurumun ödemede bulunmamış olması şartları getirilmiştir. Bu durum, açık bir şekilde Kurum aleyhine verilen mahkeme kararlarının gereğinin yerine getirilmesinin geciktirilmesi anlamına gelmektedir. O nedenle, dava konusu düzenlemeler, Anayasa'nın 138. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 10.9.2014 tarihli , 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 38. maddesiyle, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü cümlelerinin, Anayasa'nın 2., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmamız mümkün olmamıştır.

Üye	Üye
Celal Mümtaz AKINCI	Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2015/49
Karar Sayısı : 2015/46
Karar Tarihi : 13.5.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 3. Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 16. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 13., 35., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Türk Patent Enstitüsü aleyhine açılan Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının iptaline ilişkin davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI VE MAHKEMEMİZ GEREKÇESİ

I- Anayasa'ya aykırılığı itiraz yoluyla ileri sürülen hüküm

Somut olayda Mahkememiz önündeki uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan ve fakat Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilen hüküm 556 sayılı KHK'nın

16/5 madde ve bendidir. Buna göre, "Tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesi şarttır." Hükmün lafzı, yetersiz olmakla beraber düzenlenmek istenen husus, KHK 7/1-b hükmü ile Türk marka hukukunda kabul edilen "bir markanın tek bir sahibi olması ilkesinin" (Yasaman, Hamdi: Marka Hukuku, 1. Bası İstanbul 2004, C. I, s, 227) marka devir işlemlerinde de gözetilmesi zorunluluğundan ibarettir.

Bu hükme göre, TPE bir devir işlemi ve marka siciline devrin işlenmesi talebi ile karşılaştığında, devir edenin devir işlemine konu marka ile "aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer başka marka veya markalara" sahip olup olmadığını re'sen incelemesi gerekir. Devredenin bu tür başka markaları varsa, ikinci olarak TPE bu markaların tescil kapsamlarında devredilen marka ile "aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler" bulunup bulunmadığını kontrol etmesi gerekmektedir. Bu iki kademeli kontrolde, her iki sorunun da olumlu cevaplanması halinde bu kez, TPE'nin yapması gereken, devredilenle aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markaların kapsamlarındaki aynı veya 'halkı yanılgıya düşürecek derecede benzer mal ve hizmetler' yönünden de devir yapılmasını şart koşmaktır. Böylece somut uyuşmazlıkta karşılaşıldığı üzere, devreden marka sahibinin, anılan nitelikteki tüm markalarını aynı kişiye devretmek veya bu markalardan her hangi birine ilişkin yapmak istediği devirden vazgeçmek arasında bir seçim yapmak zorundadır. Kuşkusuz devir talebi bu nedenle TPE tarafından redddilen (devreden veya devralan) ilgilinin, somut uyuşmazlıkta olduğu üzere, TPE YİDK tarafından bu konuda verilen nihai kararın isabetsiz bulunduğu gerekçesi ile iptalini dava konusu etmesi mümkündür.

Öte yandan, 556 sayılı KHK'nın 16/5 hükmündeki zorunlu devir koşulu, KHK m. 7/1-b bendinde düzenlenen bir markanın tek sahibi olması ilkesinin bir sonucu olduğundan kamu düzeni ile ilgilidir. Bunun içindir ki, KHK 7. maddede belirtilen mutlak ret nedenleri gibi, 16/5 hükmündeki zorunlu devir koşulu devir işlemi sırasında TPE tarafından re'sen incelenir. Bu tür mutlak red nedenlerini, TPE tescil sürecinde, mahkemeler ise yargılama sürecinde re'sen dikkate almalıdır (Yasaman, age. s. 224).

Esasen genel olarak KHK'nın 7. maddesinde yer alan mutlak ret nedenleri incelendiğinde, bu nedenlerin, herhangi bir ayırt edici gücü bulunmayan ya da ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması gereken, yanıltıcı, kamu düzenine, toplumun dini ve ahlaki değerlerine aykırı olduğu kabul edilen işaretlerin tescil edilmemesi amacını taşıdıkları görülür (Y. 11. HD, 26.11.1999 T. ve E. 99/5790; K. 9490).

Oysa bu nedenler arasında yer verilen ve re'sen incelenen sadece KHK'nın 7/1-b ve7/1-i bentleri önceki başvuru / marka sahiplerinin haklarına dayalı red nedenleridir. Bu tür önceki haklara dayalı red nedenleri ise nisbi red nedenleri olarak adlandırılan KHK'nın 8. maddesinde yer verilen red ya da hükümsüzlük nedenleridir. Kuşkusuz kanun koyucu önceki haklara dayalı red nedenlerini re'sen incelenen mutlak nedenler arasına alabilir. Ancak bu durumda, sınırları belirli, öngörülebilir, objektif, herkese eşit uygulanabilir bir normla bunun ölçütlerini belirlemesi, kendi içerisinde de tutarlı bir düzenleme yapması hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Oysa KHK'nın 16/5 hükmü anılan kriter ve nitelikleri taşıdığını kabule imkan yoktur. Bu husus aşağıda hukuk devleti ilkesine aykırılık başlığı altında ele alınacaktır.

Bu nedenledir ki, Mahkememiz 556 sayılı KHK'nın somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan 16/5 hükmünün, birbiriyle bağlantılı temelde üç noktada Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatindedir. Bunlar, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve bir sınai hak türü olan marka hakkına ilişkin düzenleme ve sınırlandırmaların, kanun yerine bir Kanun Hükmünde Kararname ile yapılmış olması; marka hakkının doğumu, sınırlandırılması, devri ve korunması hususlarıyla ilişkili nisbi nedenlerin, mutlak red nedeni olarak düzenlenmesi suretiyle, hukuk devleti ilkesine aykırılık yapılması ile çalışma ve sözleşme hürriyeti ilkelerine aykırılıktır.

II- TemelHak ve Hürriyetlerden olan Marka Hakkına İlişkin Düzenlemenin KHK ile Düzenlenmesi

TC Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlığını tanıyan 2. maddesi "Türkiye Cumhuriyetinin, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti" olduğunu belirler. Dolayısıyla hukuk devleti

olma vasfı Cumhuriyetin, insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir devlet olmasının temeli ve teminatıdır. Zira bir devlet hukuk devleti olduğu takdirde, hangi yetkinin hangi otorite tarafından ve nasıl kullanılacağı, açık, denetlenebilir ve öngörülebilir, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun şekilde hukuk kuralları ile belirlenir.

Dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan hiç bir yetki kullanılamaz. Yasama yetkisi de "Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılır. Bu yetki devredilemez" (AY m. 7). Bununla birlikte AY m. 91 uyarınca, sınırlı ve belirli hallerde, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilemeyecek konular ise maddede, "sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın ikinci kısmının birinci bölümünde düzenlenen temel haklardan mülkiyet hakkının (AY:m.35) bir türü olan marka ve markadan doğan hakların devri hususları kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi mümkün değildir. Salt bu nedenle somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nın 16/5 hükmü Anayasa'nın 2 ve 91. maddelerine aykırı olup iptalinin talep edilmesi gerekmiştir. Nitekim bu husus 556 sayılı KHK'nın 42/1-c hükmünün iptaline ilişkin AYM'nin 9.4.2014 tarih ve 2013/147 esas, 2014/75 karar sayılı kararı ile de benimsenmiştir.

III- Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık

Yukarıda belirtildiği üzere, hukuk devleti ilkesine TC Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlığını taşıyan 2. maddesinde yer verilmiştir. Bu ilke, Devletin her türlü eylem ve işlemlerinde uyması gereken hukuk kurallarının olduğu, böylece vatandaşlar yönünden tam bir hukuki belirliliğin ve güvencenin sağlandığı bir toplum düzenini ifade eder. Ancak hukuk devleti ilkesinin salt Anayasa'da yer alması yeterli olmayıp, ilkenin hayata aktarılması bazı somut koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır. Anayasa Mahkemesi 'Hukuk Devleti' ilkesi bir kararında tanımlamıştır. Buna göre, Anayasa'nın 2. maddesine göre, Cumhuriyetin temel ilkeleri arasında sayılan hukuk Devleti, insan haklarına

saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır" (Anayasa Mahkemesinin, 1.7.1998 tarih ve Esas 1996/74; Karar 1998/45 sayılı kararı).

Şu halde hukuk devleti ilkesinin salt Anayasa'da yer alması yeterli olmayıp, devletin tüm organlarının yetkileri, yaptığı işlem ve aldıkları kararların, yasalarda objektif, açık ve herkese eşit uygulanabilir bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Aksi halde vatandaşlar yönünden hukuki güvenliğin yeterince sağlandığını söylemek olanaklı değildir. Bunun yanında, öncelikle yasa koyucu, norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. Nitekim AY'nın 5. maddesi, Devletin temel amaç ve görevleri arasında, "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" çalışmayı da saymıştır. 13. maddesinde ise, "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini; bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını" belirtmiştir. Temel hak ve hürriyetlerden birisi olan marka hakkına ilişkin düzenlemelerde bu hakkın elde edilmesine ve devrine getirilen sınırlandırmalar, açık, net, denetlenebilir, herkese eşit uygulanabilir ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşır bir düzenleme ile yapılmak gerekir.

Somut uyuşmazlıkta uygulanması söz konusu olan KHK'nın 16/5 hükmü ile yapılan düzenleme anılan bu ilkelere tamamen aykırıdır. Zira 556 sayılı KHK'nın 16/5 hükmünde yer alan düzenleme, her şeyden önce bir markanın tek bir sahibi olur ilkesini esas almakla birlikte, anılan ilkeyi koyan ve mutlak red nedenleri arasında öngörülen 556 sayılı KHK'nın 7/1-b bendi ile uyumlu değildir. Gerçekten de, KHK'nın 7/1-b hükmü "Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer marka" başvurularının tescil edilemeyeceği hükmünü amirdir.

Görüldüğü üzere, 16/5 hükmü vaz edilme gerekçesini içeren 7/1-b hükmüne göre, mal / hizmet benzerliği bakımından daha geniştir. Zira, 7/1-b hükmü, aynı veya aynı tür mal hizmetlerden söz ederken; 16/5 hükmünde aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler ibaresine yer vermiştir. Şu halde, iptali istenen KHK 16/5 düzenlemesi, konuluş amacını (ratio legis) aşan bir kapsama sahiptir. Bu nedenle tescil otoritesi olarak TPE'ne markaların devir işlemleri ile ilgili verilen yetkinin, sözleşme hürriyeti ve irade serbestisi ilkesi içerisinde değerlendirilmesi gereken hususlara da müdahale eder genişlikte olduğu açıktır. Bunun da ötesinde, iki markanın kıyaslanmasında "halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar ve hizmetler" ifadesi, mutlak red nedenlerinden çok itiraz üzerine ele alınması gereken KHK 81/1-b hükmü kapsamındaki karıştırma ihtimali kavramı ile ilgili bir benzerliğe karşılık gelmektedir. Bu düzenleme biçiminin, ne kadar mutlak, sınırları belirsiz, hukuk güvenliğini temin etmekten uzak olduğu bir yana, varlık sebebini oluşturan "bir markanın tek bir sahibi olur (KHK 7/l-b)" ilkesi ile de uyumsuz ve çok daha geniş kapsamlı olduğu açıktır. Dolayısıyla kamu otoritesine tescil sürecinde tanınmayan bir yetkinin, devir işleminde tanınması, serbest piyasa ekonomisi ve sözleşme yapma hürriyetine Anayasal sınırların ötesinde bir müdahale niteliği taşımaktadır.

Oysa, ülkemizin de benimsediği kıta Avrupası marka hukuku ve 556 sayılı KHK'ya mehaz teşkil eden AB müktesebatında, (Marka Direktifi-Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks ve ilgili düzenleme itibariyle aynı içeriğe sahip olan anılan Direktifi değiştiren 2008/95/EC sayılı Direktifte) 16/5'teki zorunlu devir ve bir markanın tek sahibi olur ilkesinin bir karşılığı yoktur. Zira marka tescili ve devri konuları, dahil olduğumuz kıta Avrupası sisteminde ve günümüzde tamamen liberal ve serbest piyasa koşullarının ihtiyacına göre, TC Anayasasının 48. maddesi kapsamında, çalışma ve sözleşme hürriyeti çerçevesinde düzenlenmektedir. Bu nedenle, 556 sayılı KHK'nın 16/5 hükmünün varlık nedenini oluşturan 7/1-b bendinin karşılığı, Direktifte, önceki haklara dayalı nisbi red nedenleri başlığı altında 4. maddenin l-(a) bendinde düzenlenmiştir. Mehazdan bu farklı düzenleme nedeniyledir ki, 556 sayılı KHK'nın 8/1-a bendinde aynı red nedenine bir kez de ilgilinin itirazı halinde incelenecek olan nisbi red sebebi olarak yer verilmiştir.

Esasen bu düzenleme biçimi, devletin (TPE'nin) kime hangi markanın verileceğini ya da devredileceğini temel hak ve hürriyetlerin, serbest piyasa ekonomisi

ilkelerinin önüne geçerek kamusal yönü bulunmayan nisbi red nedenlerine dayalı olarak belirleme, dahası tüm bu uygulamaları 556 sayılı KHK ile yapılmış ve TBMM'nin onayından geçmeyen idari bir tasarruftan ibaret düzenlemeye dayalı olarak, 1995 yılından bu yana yaklaşık 20 yıldır devam ettirmesi sonucunu doğurmuştur.

Her şeyden önce 556 sayılı KHK'nın 16/5 hükmünün vaz edilme nedenini oluşturan 7/1-b bendi sadece "Aynı mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı markaların" değil, "aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile ayırt edilemeyecek kadar benzer markaların"da tescil edilemeyeceğini benimsemiştir. Bu düzenleme biçimi dahi, bir (ve aynı) işaretin ancak tek bir kişiye marka olarak verilebileceği ilkesinin amacını aşan bir düzenlemedir. Zira başvuru önceki marka ile aynı olmasa bile, tescil makamına tamamen nisbi red nedenleri arasında bulunması gereken, önceki marka ile iltibas teşkil eden ve "ayırt edilemeyecek derecede" benzer işaretlerin de aynı tür mal/hizmetler için tescil edilmemesi yetkisi vermektedir. Bu değerlendirme ise belirli kriterlere göre ancak, tamamen somut olayın, çekişmeli mal ve hizmetlerin niteliği ve ortalama tüketicilerinin algısına göre yapılan bir değerlendirmedir.

Esasen KHK m. 7/1-b bendinin ayırt edilemeyecek derecede benzer işaretlerle aynı tür mal ve hizmetleri de içerecek şekilde nisbi red nedenleri alanına taşan genişletilmiş bir mutlak red gerekçesine yer vermesi ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü gibi, başvuru sahipleri bakımından da, belirsiz, öngörülemeyen, hukuki güvenlikten yoksun bir uygulama anlamını taşımaktadır. KHK'nın 16/5 hükmü ise, yukarıda açıklandığı üzere, işaretler yönünden aynı veya aynı tür olma kriterini muhafaza etmekle beraber, mal / hizmetler yönünden daha geniş bir kavramı tercih etmiş ve "aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler" ibaresine yer vermiştir. Dolayısıyla, uyuşmazlığa uygulanacak KHK'nın 16/5 hükmü sadece işaretler yönünden değil, mal hizmetler bakımından da, amacı aşar bir ifadeyi benimsemiştir. Bu yönüyle KHK 16/5 madde ve fıkrasının, gerek hukuki belirlilik ve gerekse ölçülük ilkelerine aykırı bir düzenleme içerdiği kuşkusuz olup, mülkiyet hakkı kapsamında yer alan marka hakkının kullanımına demokratik bir toplumda zorunlu olanın ötesinde bir müdahale içerdiği değerlendirilmiş olup, AY'nın 2., 5., 35. ve 13. maddelerine aykırı bulunmaktadır.

Görüldüğü üzere, kökeni 1995 tarih ve 556 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılan 551 sayılı önceki Marka Kanunun'a uzanan, bir markanın tek bir sahibi olmalıdır ilkesinin bir yansımasından ibaret bulunan KHK m. 16/5 hükmü, kamu otoritesinin markaların devredilmesi sürecine maksadını aşar şekilde müdahalesine gerekçe ve zemin oluşturma potansiyelini barındıran bu düzenlemenin esasen mehaz AB Marka Direktifinde öngörülmemesi kıta Avrupası'nda benimsenen bizim de dahil olduğumuz yeni marka hukuku anlayışı ve sistematiği ile ilgili bir durumdur.

Gerçekte de, dahil olduğumuz, Kıta Avrupası marka sisteminde, nisbi red nedeni ve niteliği taşıyan önceki başvuru veya markalara dayalı hakların kullanılmasının tescil makamına re'sen kullanım yetkisi verilerek mutlak red nedeni olarak kabulü, önceki marka sahibinin rıza ve iradesi aksine bir uygulamayı da beraberinde getirmektedir. Zira bu yaklaşım, gerek KHK'nın 7/1-b bendi, gerekse bu ilkeyi marka devirleri için tekrar eden 6/5 hükmünün uygulamasında, önceki marka sahipleri ve devir işleminin taraflarının irade ve isteğini dikkate almaz. Bunun yerine pratikte hiç bir fonksiyonu kalmayan, marka sahipliğinde teklik ilkesini öne çıkararak, marka devir sözleşmesi taraflarının iradesini yok sayar.

Oysa günümüzde, marka ile malı üreten veya hizmeti sunan işletme arasındaki bağın tamamen koparılması ve markanın köken belirtme işlevini tümüyle yitirmesi söz konusudur. (Tekinalp, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, Beşinci Bası, İstanbul 2012, s. 369, 378) Bu nedenle, yürürlükten kaldırdığı 551 sayılı Marka Kanunu aksine, 556 sayılı KHK-marka tescili için bir teşebbüsün varlığı ve onunla irtibatlandırılmasını aramamıştır. Dolayısıyla özellikle sermayenin küresel ölçekte dolaşımı önündeki engellerin kalkmasıyla birlikte, alıcıların neredeyse tamamı, bir markayı taşıyan malların gerçekte hangi işletme veya işletmeler tarafından üretildiğini bilmezler. Zira marka sahibi, en ucuz maliyetle ve birden fazla işletmelere malı ürettirir. Esasen markanın lisans yoluyla birden fazla üçüncü kişiye kullandırılması imkanı da bu sonucu doğurmaktadır. Franchise yoluyla hizmet markalarının farklı işletmelere lisanslanması nedeniyle, hizmet markaları bakımından da bu durum yaygın hale gelmiştir. Bu nedenle, marka tescilinde teklik olarak ta ifade edilen, KHK m. 7/1-b ve 16/5 hükmüyle devam ettirilmek istenen uygulama, yeni marka sistemiyle çeliştiği gibi, önceki Marka Kanunu ile birlikte terk edilmesi gereken, marka tescilinde ve devrinde, marka sahiplerinin iradesinden çok, tescil otoritesinin iznine önem veren arkaik bir

yaklaşımın ifadesidir. Tüm bu nedenlerle, 556 sayılı KHK 16/5 madde ve fıkrası, KHK ile benimsenen yeni marka sitemiyle çelişmesi yanında, Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 35. maddelerine de aykırı olup iptali gerekir.

IV- Çalışma ve Sözleşme Hürriyetine Aykırılık

Anayasa'nın sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesi "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" hükmünü içerir. Dolayısıyla ilke olarak herkes marka hukuku alanında da serbestçe sözleşme yapma ve markasını dilediği gibi bir başkasına devretme sonucunu doğuran sözleşmeler akdetme hürriyetine sahip olmalıdır. Bu hürriyetin sınırlandırılması istisnai ve AY'nın 13. maddesindeki genel ilkelere uygun bulunmak zorundadır.

Oysa 556 sayılı KHK'nın 16/5 hükmü, bir marka sahibinin markasını devrederken devredeceği marka ile "aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer ve aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için tescilli" diğer tüm markalarının da devri zorunluluğunu öngörmektedir. Nitekim, yukarıda açıklandığı üzere, 16/5'te düzenlenen bu husus, markanın tekliği ilkesini benimseyen KHK'nın 7/1-b hükmüyle uyum gerekçesine dayanmaktadır. Şu halde KHK'nın 16/5 hükmünün iptaliyle uygulanma nedeni ortadan kalkacak olan 7/1-b bendindeki düzenleme de, marka sahibi olma ve bunu devretme hürriyetine getirilmiş açık ve ölçüsüz bir müdahale niteliğindedir.

Gerçekten de, somut uyuşmazlıkta yargılama konusu TPE YİDK kararında da açıkça ifade edildiği üzere, aynı veya ayırt edilemeyecek derecede benzer markaları bulunan devredenin izni ve iradesi olduğu halde, KHK 16/5 hükmü kamu düzenine ilişkin sayıldığından, devrin tesciline izin verilmemektedir. Görüldüğü üzere, sadece devir alan değil, re'sen redde devri zorunlu kılınan devreden marka sahibinin de sözleşme hürriyeti kapsamında kalması gereken ticari çalışmaları engellenmiş olmaktadır.

Oysa Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetler ancak kanunla ve ilgili maddelerdeki sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Bu nedenle KHK ile marka sahipliği ve üzerinde tasarrufta bulunma (devir) hürriyetine getirilen bu sınırlama, mülkiyet hakkının bir türü olan marka hakkının ve sözleşme

hürriyetinin özünü zedeleyen, amacıyla tutarsız ve ölçüsüz olup, Anayasa'nın 13., 48. ve 91. maddelerindeki temel düzenlemelere aykırı bulunmaktadır.

Öte yandan, her ne kadar mahkememiz önündeki davada 556 sayılı KHK'nın 7/1-b hükmü doğrudan uygulanacak bir hüküm değilse de, 16/5 madde ve fıkrasındaki düzenlemenin iptali halinde anılan ilk hükmün de iptali zorunludur. Zira KHK 16/5 hükmü 7/1-b'nin marka devirlerine bir yansıması olup, KHK m. 16/5'de kabul edilen düzenleme ortadan kalktığında, uygulanma yeri ve gerekçesi kalmayacaktır. Bu nedenledir ki, Mahkememiz KHK 16/5 madde ve fıkrası ile birlikte 7/1-b madde ve bendinin de, yüksek mahkemece iptal edilmesi gerektiği kanaatindedir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, Mahkememiz önündeki uyuşmazlıkta uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nın 16/5 hükmünün Anayasanın 2., 13., 35., 48., 91. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle Anayasa Mahkemesi önünden itiraz yoluyla iptal talebinde bulunulmasına, dosyanın bir örneğinin çıkartılması ve Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesi kararının dönüşü için 5 aylık sürenin beklenmesine karar vermek gerekmiştir.

KARAR

1- Mahkememiz önündeki uyuşmazlıkta uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nın 16/5 hükmünün Anayasanın 2., 13., 35., 48., 91. maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle Anayasa Mahkemesi önünden itiraz yoluna gidilmesine,

2- 30.03.2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanunun 40. maddesi uyarınca gerekçeli başvuru kararı ve dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı bir örneğinin dizi pusulası ile ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

3- Dosyanınbir örneğinin çıkartılması ve Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine,

4- Anayasa Mahkemesi kararının dönüşü için 5 aylık sürenin beklenmesine,

Bu nedenle duruşmasının 15.09.2015 günü saat 10:40'a bırakılmasına karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralı

Kanun Hükmünde Kararname'nin itiraz konusu kuralı da içeren 16. maddesi şöyledir:

*"**Markanın devri***

***Madde 16-** Marka, tescil edildiğini mal veya hizmetlerin tümü veya bir kısmı için devredilebilir.*

Bir işletmenin aktif ve pasifleri ile birlikte devri, aksi kararlaştırılmamışsa, işletmeye ait markaların da devrini kapsar. Bu hüküm, işletmenin devrine, sözleşmeden doğan yükümlülük halinde uygulanır.

İkinci fıkra hükmü hariç olmak üzere, bir markanın devri, mahkeme kararının sonucu olan devir hariç, yazılı olarak yapılır ve devir sözleşmesi taraflarca imzalanır. Aksine sözleşmeler hükümsüzdür.

Markanın devri, mal veya hizmetlerin coğrafi kaynağı, kalitesi veya markanın kendisi ile ilgili olarak halkı yanılgıya düşürebilecek nitelikte ise, yeni marka sahibi halkı yanılgıya düşürmeyecek şekilde mal veya hizmetlerde marka tescilinin sınırlı bir hale getirilmesini kabul etmediği takdirde devir işlemi Enstitü tarafından yapılmaz.

Tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması halinde, bu markaların da devredilmesi şarttır.

Devir, taraflardan birinin talebi üzerine, sicile kayıt edilir ve yayınlanır.

Devir, sicile kayıt edilmediği sürece, taraflar markanın tescilinden doğan yetkileri iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri süremez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 13., 35., 48. ve 91. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN, Kadir ÖZKAYA ve Rıdvan GÜLEÇ'in katılımlarıyla 13.5.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Hakan ATASOY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmünde kararname kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148.

maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamına öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimi de girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnamelerin bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle, kanun hükmünde kararnameler ile dayandıkları yetki kanunu arasında çok sıkı bir bağ vardır. Kanun hükmünde kararnamenin yetki kanunu ile olan bağı, kanun hükmünde kararnameyi aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. Kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerin içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Kanun hükmünde kararnameler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Anayasa'da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın*

ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler..."in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi, "*Bakanlar Kurulu*"na ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

B- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralının Anayasa'nın 91. Maddesi Yönünden İncelenmesi

İtiraz konusu kuralla, tescilli bir markanın devri sırasında aynı markanın veya ayırt edilemeyecek derecede benzerinin, aynı veya halkı yanılgıya düşürecek derecede benzeri mallar veya hizmetler için başka marka tescillerinin bulunması hâlinde, bu markaların da devredilmesinin şart olduğu hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*"in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "*Mülkiyet hakkı*" başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu; ikinci fıkrasında bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği; üçüncü fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın ikinci kısmının "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" başlıklı ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Mülkiyet hakkının konusunu, maddî ve gayrimaddî mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar maddî mallar kapsamında iken, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları gayrimaddî mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise *"marka hakkı"* olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuraldaki tescilli bir markanın devrine ilişkin düzenleme, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan kural, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırı görülerek iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 48. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 16. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 13.5.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI
Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ
Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2014/162
Karar Sayısı : 2015/47
Karar Tarihi : 13.5.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Edremit (Kapatılan) 1. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 67. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Miras nedeniyle, kardeşi ile birlikte elbirliği ile malik olduğu taşınmazdaki zeytinleri toplayarak hırsızlık suçunu işlediği ileri sürülen şüpheli hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZ GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- Kendine özgü alt ve üst ceza sınırı olan mezkur maddedeki hırsızlık suçu, hırsızlık suçunun basit şekline genel atıfla düzenlendiği, suçun unsurları yasa maddesinde açıkça düzenlenmediği ve 141/1. maddesindeki hırsızlık suçunun unsurları ile çatıştığı ve bu şekilde yasal düzenlemenin maddi anlamda kanunsuz suç olmaz prensibine aykırı olduğu.

2- Aykırılık iddiasına esas olan paydaş ve el birliği ilişkisinin bir hakka dayandığı ve hakkı kullanan kişiler üzerinde, anılan ceza hükmünün mülkiyet hakkından yoksun bırakmaya yakın kısıtlama niteliğinde olduğu ve bu suretle hakkın özüne müdahale edildiği.

3- Hırsızlık suçunun 2709 sayılı Anayasa'nın Milletvekili seçilme yeterliliğine ilişkin 76. maddesindeki hükmüne göre engel teşkil ediyor olması ve Türkiye Cumhuriyetinin mevzuat sisteminde hırsızlık suçunun yüz kızartıcı suç niteliğinde olması nedeniyle yansıma yoluyla seçme ve seçilme hakkından mahrum bırakma niteliğinde olduğu nazara alınmakla mülkiyet hakkını kullanması nedeniyle hırsızlıkla yaftalanan kişilerin birde, seçilme hakkından mahrum bırakılmasının hukuk devletine aykırı olması.

Kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine göre suç niteliğindeki davranışın tereddütte yer vermeyecek açılıkta anlaşılabilir ve mantığa aykırı olmayan anlatım biçimi ile açıkça çelişkisiz olarak tanımlanması gerekmektedir. Bu yönden bakıldığında 5237 sayılı Yasanın 144/1-a maddesindeki tanımlama hırsızlık suçuna genel atıfla düzenlenmiş ve fakat bu şekilde çelişki yaratılmıştır. Hukuki niteliği gereğince TCK.nın 144. maddesi bazı hallerde gerçekleşen hırsızlık suçunu şikayete tabi tutarak ve cezasında suçun basit haline göre (TCK.141) ceza miktarını düşürmek suretiyle farklı bir ceza siyasetinin sonucu olarak düzenlenmiştir. Bu maddedeki düzenleme TCK.141. maddesinde tanımlı hırsızlık suçunun nitelikli bir hali değil müstakil bir suçtur. Dolayısıyla her bir unsurunun açıkça belirtilmesi gerekliydi. Kanun koyucu el birliği mülkiyeti veya paylı mülkiyet ilişkisini ihlal eden kişileri bir ceza yaptırımı ile karşılamak istiyor ise, korunması gereken hukuki değer yönünden bunun hırsızlık suçunun kapsamında, suç tekniğine göre hatalı, meşru temeli olmayan şekilde ve kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini ihlal eder şekilde düzenlenmesi haksız ve ölçüsüz olmuştur. Zira hırsızlık suçu özü itibarıyla malikin veya zilyedin haklarını meşru olmayan haksız zilyede (hırsıza) karşı korur, yoksa maliki malike karşı korumaz.

Hırsızlık suçunun basit hali olan TCK.141. maddedeki suç tanımında yer alan yasal unsurlar şunlardır:

1- Zilyedin rızasının olmaması,

2- Başkasına ait taşınır bir mal olması,

3- Failde kendisine veya başkasına yarar sağlama kastı olması,

4- Taşınırın bulunduğu yerden alınması.

Mevcut yasal düzenlemedeki unsurlar incelendiğinde hırsızlık suçunun failinin taşınır mal üzerinde herhangi bir hakka veya zilyetliğe sahip olmaması gerektiği, taşınır malın başkasına ait olmasının zorunlu olduğu açıktır. TCK 144/1-a maddesinde tanımlanan suçta ise, hırsızlığa atıf yapıldığı halde taşınırın birlikte mülkiyete konu olması ve failin şeyin maliki olması gerektiği de açıktır. Bu yönden maddeler karşılaştırıldığında unsurlar çatışmaktadır. Hangi unsurun aranması gerektiği yönünde bir teşevvüş hali söz konusudur. Uygulamada bazı kişilerce "144. maddenin (a) bendinde paydaş veya el birliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi öngörülen suçun, yalnızca paydaş veya el birliği ile malik olan kimseler tarafından işlenebileceğini söylemek doğru olmaz. Çünkü madde metninde suçun paydaş veya el birliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi öngörülmüş, failin yalnızca ortaklar olabileceğinden söz edilmemiştir." denilmiştir. (Sulh Ceza Davaları s.371. Necati Meran. Yargıtay Tetkik Hakimi, Ankara 2007 Seçkin Yayınları) Ancak madde incelendiğinde görülecek olur ki "malik olunan mal üzerinde" ifadesinin özgü failliğe isnat niteliğinde olduğu açıktır. Nitekim cezanın suçun basit haline göre indirilmesinin sebebi failin malın sahibi olmasıdır. Suçun basit halinde özgü faillik olmadığı gibi suç şikayete de tabi değildir. Türkçede "olunan" ifadesi hem faile hem de şeye atıftır. Bu halde yazarın ifade ettiği anlam kabul edilecek olursa, çalınan mal ferdi mülkiyete konu ise TCK.141. maddesinin uygulanması eğer iştirak halinde mülkiyete konu ise TCK.144. maddesinin uygulanması gibi hukuk mantığına ve genel mantığa ters ve eşitliğe aykırı ve garip bir sonuca ulaşılacaktır. Yasa incelendiğinde yasa koyucunun iştirak halinde veya paylı mülkiyet halinde ilişki içerisinde olan kişiler arasındaki "hırsızlık" suçunu düzenlemek istediği açıktır. Tüm bu belirttiğimiz nedenler birlikte değerlendirildiğinde, söz konusu maddenin, "malik" sıfatına sahip kişiler tarafından ihlal edilebileceği anlaşılıyor. O halde hırsızlık suçunun genel şeklini tanımlayan TCK.nın 141. maddesindeki taşınırın bir başkasına ait olması ile 144. maddedeki malik olma unsuru çatışmaktadır. Bu durumda paydaşlar veya ortaklar arasında vuku bulan, Türk Medeni Kanunundaki hükümlere uygun olsun

veya olmasın veya paydaş veya ortaklar arasındaki sözleşmelere aykırı olsun, her hal ve durum cezaya muhatap olabilecektir. Bu aşamada şunu açıklamakta fayda bulunuyor. İştirak halinde maliklerin ve paylı maliklerin miras ve eşya hukukuna göre aralarında kullanım yönünden sözleşme yapabilmesi mümkündür. Suç olan eylem sadece bu koşula özgülense bile ki yasada bu yönde bir sınırlama da yoktur-yine Anayasaya aykırı olacaktır. Zira sözleşmeye rağmen malik olma ve zilyet olma durumu devam ettiği için Anayasanın 38/8 maddesine göre salt sözleşmeyi ihlal etmekle kişiler hürriyetlerinden mahrum edilemeyeceklerdir. Her malikin malı bulunduğu yerden bir başka yere götürmesi veya malı alıkoyarak diğer malikleri bundan faydalandırmaması gibi hukuka uygun olsun veya olmasın fakat meşru temelde olan eylemler, yasal tanıma uymakla ve fakat ELVERİŞSİZ olmakla hırsızlık suçu yönünden esasında maluldür. 144. maddedeki hırsızlık suçuna atıfla yapılan hukuki tanımlama bir elverişsizliği bünyesinde barındırmaktadır. Gerek el birliği gerekse de paylı mülkiyette maliklerin eşyanın tamamında mülkiyet hakkına sahip oldukları nazara alındığında, hırsızlık suçunun başkasına ait olma ve kendisinin veya başkasının yararına faydalanma unsuru da oluşmayacaktır. Zira maliklerin her birinin eşyanın bölünebilsin veya bölünemesin tamamından faydalanma yetkisi vardır. Oysa, mevcut düzenlemeyle, paydaşlar ve ortaklar Anayasal ve yasal hakları olan mülkiyet hakkının eşyadan yararlanma yetkisi yönünden haksız bir şekilde ve hakkın özüne müdahale eder şekilde kısıtlanmışlardır. Bir eşyanın dışarıya dönük kullanımı bazı koşullarla suç olabilir. Örneğin bir otomobilin hızlı şekilde trafikte kullanımı, bir müzik aletinin gecenin bir vakti ısrarla çalınmakta olması gibi haller diğer koşulları sabitse suç olabilecektir. Ancak iç ilişki de malik olmamaya dayanan bir suç profili için toplu mülkiyet türleri elverişli değildir. Zira hiç bir malik kendi mülkiyet hakkını veya geçici zilyetlik durumunu diğerine karşı olarak ileri süremez. Bu şekilde getirilen düzenleme kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibine ve mülkiyet hakkına ilişkin temel düzenlemelere aykırıdır. Kişiler mülkiyet haklarını kullanmalarından dolayı hırsızlıkla suçlanmakta, hüküm giymekte olmaları temel bir mantık çelişkisi ve hakkın özüne müdahaledir. Yasa koyucu eğer topluluk mülkiyeti haklarının kullanımındaki aşırılıkları ve hukuka aykırılıkları suç ve ceza tehdidi ile engellemek istiyor ise bu keyfiyetin, yasal unsurları kendi içerisinde çelişmemek kaydıyla, müstakilen düzenlenmesi gerekirken açık unsurlarına atıfta bulunulmayarak, tabiatına uymayan hırsızlık suçuna genel atıfla düzenlenmesi ve unsurların çelişik ve müphem bırakılması kanunsuz suç ve ceza olmaz prensibini ve anayasal mülkiyet hakkını ihlal etmiştir.

Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 09/05/2002 Tarihli ve 697/4035 ile 6. Ceza Dairesinin 05/10/1995 Tarihli ve 9531/9760 Karar sayılı içtihatlarına göre, "iştirak halinde malik olunan tarlada dikili söğüt ağaçlarının diğer maliklerin rızası hilafına keserek alınıp götürülmesi" ve "iştirak halinde malik olduğu araziden kendine isabet eden hisse miktarını aşan fındık toplama" şeklindeki eylemleri yasa maddesine uygun görmüştür. Bu kararlar, nicelik ve nitelik farkına göre değerlendirildiğinde TCK.144/1-a maddesindeki düzenlemenin nasıl çelişki taşıdığı yine açığa çıkacaktır. Şöyle ki, bir taşınırı Ceza Hukuku anlamında tanımlarken Türk Medeni Kanunundaki hukuki düzenlemeye hukukun birliği açısından atıfla değerlendirmek uygun ve doğru olanıdır. Nitekim Yargıtay da birçok kararında ceza sorumluluğu yönünden yaptığı değerlendirmelerde, Medeni Kanundaki tanımlamalara atıfta bulunmuştur. Meğerki ceza sorumluluğunu tayinde, bir suç tanımındaki yasal unsurun kapsamı tayin edilirken kıyas yapılmasın veya kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlama dahi yapılmasın. Bu yönden bakıldığında mezkur içtihat, Medeni Kanunun taşınır ve taşınmaz ayrımına ilişkin hükümlerine aykırı olduğu gibi taşınır kavramı Medeni Kanunda tanımlanan şeklinden daha geniş alınmış ve hırsızlık suçu yönünden genişletici bir yoruma gidilmiştir. Bu haliyle kıyasa yol açacak şekilde bir tasarrufta bulunulmuştur. Türk Medeni Kanunu 685. maddesine göre doğal ürünler asıl şeyden ayrılıncaya kadar onun bütünleyici parçası olmaktadır. Yani hasat edilene kadar ürünler taşınmazın bir parçası niteliğinde olup taşınır değildir. Bu nedenle dalında duran ürün veya taşınmaz üzerindeki doğal unsurlar niteliği gereği değil fakat hukuken taşınmaz hükmündedir. Taşınmaza bağlı olan bu ürünleri taşınmazdan ayırma şeklindeki eylem bir "maddi fiil" olup, ister hak sahibi tarafından yapılsın isterse de üçüncü kişi tarafından yapılsın hukuki sonucu aynı olup taşınmaza müdahale niteliğindedir. Dolayısıyla henüz taşınır olmayan bir eşyaya müdahale etme şeklindeki eylem niteliği gereği hırsızlık suçuna konu olamaz. Şartları var ise hakkı olmayan yere tecavüz olarak değerlendirilebilir. Taşınmazın bir parçası olan ürün veya doğal unsurlar ancak taşınmazdan ayrıldıktan sonra ve bu ayrılma işlemi tamamlandıktan sonra taşınır niteliğinde olacaklarından hırsızlığa konu olabilir. Bu açıdan bakıldığından da 144. maddedeki atıfla yapılan tanımlamanın çelişik bir başka yönüyle karşılaşmış oluyoruz. Hatta yasa o kadar aşılmıştır ki, iştirak halinde mülkiyete ilişkin Medeni Kanun düzenlemesinde "belirlenmiş payın olmaması unsuru" iştirak halinde mülkiyetin açık ve belirleyici unsuru iken 11. Ceza Dairesinin içtihadında "kendisine isabet eden hisse miktarını aşan" değerlendirmesinde bulunulmuş ve yapay yasal unsur yaratılmıştır. Bu yönden

de suçun elverişsizliğine dair bir başka delile ulaşmış oluyoruz. İştirak halinde mülkiyette hisse miktarı olmazken failin sınırı aştığına suç yoluna girdiğine hangi noktadan sonra ne şekilde hükmedileceği yasada karşılık bulamamaktadır. Yasa bu haliyle açıkça kıyasa ve kıyasa yol açacak biçimde genişletici yoruma gidilmesine müsaittir. Bu içtihatlar üzerinden de görülecektir ki, TCK. 144/1-a maddesinde düzenlenen açıkça hakkın özüne müdahale niteliğinde olan ve ceza sorumluluğuna ilişkin Anayasa'nın 38/1. maddesini, Anayasanın 2. maddesindeki hukuki güvence sağlama yükümü altındaki hukuk devleti ilkesini ihlal eder mahiyettedir.

Yasal düzenleme bir başka açıdan değerlendirildiğinde, TCK 144. maddede "malik olunan" şeklinde tanımlanan özgü faillik ile hırsızlık suçunun basit şeklinin failde aradığı malın kendisine ait olmaması unsurunun çatışmasının diğer bir haksız yansıması da mülkiyet hakkını kullanmasından dolayı hırsızlıkla suçlanan ve hüküm giyen kişilerin bir de bunun neticesi olarak hırsızlık suçunun 2709 sayılı Anayasa'nın 76. maddesinde yüz kızartıcı suç olarak düzenlenmesi ve seçilme yeterliliğine engel görülmesi haksızlığın niceliğini arttırmaktadır. Kişilerin mülkiyet haklarını kullanmalarından dolayı, eylemleri genel olarak hukuka aykırı olsa dahi, meşru bir hak ve yetkiye dayandığından mülkiyet haklarını kullanmalarının sonucunda hürriyetlerinden yoksun bırakılmalarının yanında bir de seçilme gibi temel bir siyasi haktan mahrum bırakılmaları açıkça hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Tüm bu sonuçları ile gözetildiğinde TCK 144. maddesindeki mezkur düzenlemenin hakkın kullanımından yoksun bırakmaya yakın, hakkın özüne müdahale eder bir düzenleme olduğu çok açıktır. Tüm asli ve feri sonuçları ile birlikte, kusursuz suç ve ceza olmaz prensibi, mülkiyet hakkı, hukuki güvence sağlama hükmü altındaki hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı devlet ilkesi ve seçilme hakkı ihlal edilmiştir.

Belirtilen nedenlerle 5237 sayılı Yasanın 144/1-a bendindeki "paydaş veya el birliği ile malik olunan mal üzerinde" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığının tespiti ve iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir.

…"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 144. maddesi şöyledir:

*"**Daha az cezayı gerektiren haller***

***Madde 144**- (1) Hırsızlık suçunun;*

a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde,

b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla,

İşlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur. "

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 67. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 22.10.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın hırsızlık suçuna ilişkin diğer maddelerle çeliştiği, suçun unsurlarının kuralda açıkça düzenlenmemesi nedeniyle "*kanunsuz suç ve ceza olmaz*" prensibinin ve maliklerin hukuki güvenliklerini sağlayamadığından hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiği, paydaşlık ve elbirliği ilişkisinin bir hakka dayandığı ve bu hakkı kullanan kişilerin mülkiyet hakkından yoksun bırakılarak hakkın özüne müdahale edildiği, hırsızlık suçunun milletvekili seçilmeye engel olması nedeniyle mülkiyet hakkını kullananların seçilme hakkından mahrum bırakıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 67. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 144. maddesi, hırsızlık suçunda suçun temel şekline göre daha az cezayı gerektiren hâlleri, itiraza konu kural ise daha az cezayı gerektiren hâllerden paylı (müşterek) veya elbirliği (iştirak) hâlinde mülkiyete konu olan mal üzerinde hırsızlık suçunun işlenmesi hâlini düzenlemektedir. Buna göre, hırsızlık suçunun, paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde işlenmesi hâlinde, şikâyet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunacaktır.

Mülkiyet hakkı, gerek mülkiyete konu eşya gerekse hakkın sahibine göre çeşitli türlere ayrılmaktadır. Hak sahibi dikkate alınarak yapılan ayrıma göre, birden fazla kişinin hak sahipliğini ifade eden birlikte mülkiyet de kendi içerisinde paylı ve elbirliği mülkiyet olarak ikiye ayrılmaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 688. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "*Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.*" Bu mülkiyet türünde eşya üzerinde tek mülkiyet hakkı var ise de bu hakkı kullanan birden fazla paydaş bulunmakta, paydaşlardan her biri kendi payı

bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olmaktadır. 4721 sayılı Kanun'un 693. maddesinin birinci fıkrası uyarınca paydaşlardan her biri, diğerlerinin hakları ile bağdaştığı ölçüde paylı maldan yararlanabilecek ve onu kullanabilecektir. Anılan Kanun'un 701. maddesinin birinci fıkrası uyarınca "*Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.*" Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. Ortakların hakları ve yükümlülükleri, topluluğu doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenir. Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, yönetim veya tasarruf işlemleri için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir. Paylı ve elbirliği ile mülkiyette, hak sahipleri arasında mülkiyete konu olan eşyanın kendisi ve hakkın içeriği parçalara ayrılmamıştır. Tek mülkiyet hakkı, ancak birden çok malik bulunmaktadır. Dolayısıyla her iki mülkiyet türünde de birden fazla malik olması nedeniyle bir malikin hakları diğer maliklerin hakları ile sınırlıdır.

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.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, suçların niteliği, işlenme biçimi, içerik ve yoğunluğu, kamu düzenini ihlal derecesi, cezaların caydırıcılığı, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçları göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun 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 edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir.

Paydaşlar ve ortaklar arasında meydana gelebilecek anlaşmazlıkların önlenmesinin kamu yararına olduğu açıktır. Gerek paylı mülkiyette gerekse elbirliği ile mülkiyette, mülke ilişkin iş ve işlemlerin sağlıklı şekilde yürütülmesinde, paydaş ve ortaklara ulaşılabilmesi ve aralarındaki uyum önem taşımaktadır. Aksi hâlde birlikte mülkiyetin özelliği gereği sorunların yaşanması kaçınılmazdır. Kuralın, birlikte mülkiyet türünde anlaşmazlıklara engel olunmasını ve mülkiyete ilişkin işlemlerin daha sağlıklı bir şekilde yürütülmesini amaçladığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, ortaklıkların devamı için kamu yararı amacıyla takdir yetkisine dayanarak itiraz konusu kuralı öngörmüştür. Kural ile mülkiyet hakkının sorunsuz devam etmesi sağlanabilecektir. Diğer taraftan kanun koyucu, suçu şikâyete tabi kıldığından paydaş veya ortaklardan herhangi biri istemedikçe ortaklığın içerisine müdahale edilmeyecektir. Diğer yandan suçun şikâyete bağlı kılınıp seçimlik ceza öngörülmesi dikkate alındığında kuralın ölçüsüz bir ceza içerdiği söylenemez. Paydaş ve ortaklar arasındaki hırsızlık suçunu engellemeyi amaçlayan ve kanun koyucunun belirtilen takdir yetkisi içerisinde kalan kural, hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri 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 gerekir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "*Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz*" denilerek "*suçun kanuniliği*"; üçüncü fıkrasında da "*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek, "*cezanın kanuniliği*" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik 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 5237 sayılı Kanun'un 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. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü olan hukuk devletinin esas aldığı değerlerden olup uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır.

İtiraz konusu kuralla hafif hırsızlık hâli düzenlenmiştir. Suçun hafifletici ve ağırlaştırıcı hâllerini öngören durumlarda yeni bir suç gibi suçun unsurlarının sayılmasına gerek yoktur. Kural ile belirtilecek olan sadece hafifletici ya da ağırlaştırıcı nedenin kendisidir. Zira kanun koyucu, hırsızlık suçunun unsurlarını 5237 sayılı Kanun'un 141. maddesinde "*zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma*" biçiminde tanımlamış; hırsızlık suçuna ilişkin ilke, yükümlülük veya yasakları oluşturmuştur. Ceza siyasetine göre hangi eylemlerin yaptırımının ne olduğu, yaptırımın alt ve üst sınırları ile bu sınırlar içinde belirlenmesinde hangi ölçütlerin dikkate alınacağı, eylemin özelliklerine göre de ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenler açıkça belirtilmiştir. Kuralda yaptırıma konu eylem, uygulanacak yaptırım ve yaptırımın saptanmasında gözetilecek ölçütlerin kanunla düzenlenmiş olması karşısında belirsizlik ve öngörülemezlikten söz edilemeyeceğinden suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. 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.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı da belirtilmiştir.

Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların Anayasa'ya uygun olabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkelere uygun olması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin, 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.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Paylı mülkiyette paydaşın mülkiyete konu eşya üzerinde payı dışındaki kısımda, elbirliği ile mülkiyette ortakların oybirliği olmaksızın eşya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Zira her iki mülkiyet türünde de tek malikli bir mülkiyet söz konusu değildir. Mülkiyet hakkı eşya üzerinde ise de tasarruf hakkı eşyanın tamamı üzerinde olmadığından her paydaş ya da ortak, diğer paydaş veya ortağın hakları ile bağdaştığı ölçüde haklarından yararlanabilecektir. İtiraz konusu kural ile suç kabul edilen eylem, paydaş veya elbirliği ile malik olunan eşyaya diğer paydaş veya ortakların müdahalesidir. Kuralla ortak mülkiyetin sorunsuz devamının sağlanması ve paydaş veya ortakların mülkiyet haklarının sınırlı olarak korunması amaçlanmaktadır. Bu nedenle mülkiyet hakkına keyfi ya da

hakkın özüne dokunacak boyutta bir sınırlama içermeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan ya da güçleştirmeyen, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olan itiraz konusu kural, ulaşılmak istenilen amaçla sınırlı ve ölçülüdür. Dolayısıyla mülkiyet hakkının kullanımını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak bir müdahaleden söz edilemez.

Öte yandan itiraz konusu kural, paydaş ve ortakların payları üzerindeki haklarına engel oluşturmamakta, sadece ortaklığa konu eşyanın tamamına ilişkin hakların kullanılmasında uygulanmaktadır. Kanun koyucunun ortaklığın düzenli ve uyumlu devam etmesine verdiği önem nedeniyle meşru bir amaca dayandığı da dikkate alınarak, mülkiyet hakkını anayasal ilkelere uygun olarak sınırlandıran düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı da söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 35. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 67. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 13.5.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL

Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ

KARŞIOY YAZISI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerindeki hırsızlık suçu düzenlenmiştir.

İtiraz yoluyla iptali istenen kuralda, hırsızlık suçunun şikayete bağlı ve daha az cezayı gerektiren hallerinden biri düzenlenmektedir. Suç, failin bizzat maliki olduğu mal üzerinde işlenen, kendine özgü bir tür hırsızlıktır. Bu suçta, malikler yönünden farklı hak ve yükümlülükler doğuran iki ayrı mülkiyet türü için aynı cezalar öngörülmüştür. Bu niteliğiyle iptali istenen kuralın gerek Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) düzenlenen elbirliği mülkiyeti kurumu gerek öngörülen cezanın ölçülülüğü yönünden sorgulanması gerekmiştir. Şöyle ki:

I- İki temel yasa arasındaki uyumsuzluk yönünden:

Medeni kanun ve ceza kanunu, toplum düzeninin temel taşlarındandır. Hukuk devleti ilkesi ile bunun alt ilkelerinden olan belirlilik ve

öngörülebilirlik ilkeleri, insan haklarına dayalı bir hukuk düzeninde, hem temel haklardan olan mülkiyet hakkının sağladığı hak ve olanakların, hem de bu temel hakka yapılacak haksız bir müdahale halinde karşılaşılacak yaptırımların açık, net, öngörülebilir bir şekilde düzenlenmesini zorunlu kılar. Bu düzenlemelerin karşılıklı olarak birbirini tamamlayıcı ve uyum içerisinde olması, öngörülebilecek her tür yaptırımın da ölçülülük ilkesinden uzaklaşmaması gerekir.

Elbirliği mülkiyeti, TMK'nun 701-703. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, elbirliği mülkiyeti kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla doğabilmekte, ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygın olmakta, ortakların hakları ve yükümlülükleri, ortaklığı doğuran kanun veya sözleşme hükümleri ile belirlenmekte, kanun veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça yönetim ve tasarruf işlemleri için ortakların oybirliği gerekmektedir. Elbirliği mülkiyeti, malın devri, topluluğun dağılması veya paylı mülkiyete geçilmesiyle sona erer.

TMK'nun öngördüğü sisteme göre, elbirliği mülkiyetine sahip olan kişinin tasarruf olanakları tek başına malike veya yine TMK'nun 688-700. maddelerinde düzenlenen paylı mülkiyet sahibine oranla daha kısıtlıdır. Öte yandan, itiraz yoluyla başvuran Mahkemenin elindeki davada söz konusu olduğu gibi, çoğu zaman taşınmazdaki ürünlerin toplanması, paraya çevrilerek veya başka surette değerlendirilmesi, ortakların oybirliğini gerektirdiğinden sorun olabilmektedir. Ortak sayısı çoğaldığı ve ürünlere tasarruf için karar alınması aciliyet kazandığı ölçüde sorunun büyüyeceği açıktır.

Öte yandan, TCK ile getirilen yaptırım, elbirliği ortaklarından, malların yönetimi ve tasarrufu konusunda atıl kalan, karar almayan veya durumdan haberdar olmayanlarının mülkiyet hakkını korumaya yönelik gibi görünmektedir. Bu durumda bir yandan elbirliği ile mülkiyette bütün ortaklara paylarına bakılmaksızın kanunla (TMK) verilmiş olan mülkiyet hakkı; diğer yandan da payları ve tasarruf nispetleri belli olmayan ortakların

kendileri de müstakil olarak kullanamayacakları soyut mülkiyetin korunması için, oybirliği olmadan tasarrufta bulunan ortağa TCK ile getirilmiş bir ceza tehdidi bulunmaktadır.

İki farklı hukuki statü olan paylı mülkiyet ile elbirliği mülkiyeti, bu hakkın sahiplerine farklı hak ve yükümlülükler getirdiği halde ceza kanunu ile getirilen yaptırımda bir farklılaşmaya gidilmemiştir. Bu durumda iki temel kanun arasında uyumlu bir düzenleme bulunduğundan söz edilemez.

Anayasa Mahkemesinin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ilişkin istikrar kazanmış tanımına göre eşitlik, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamaktır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Bu nedenle, iki farklı mülkiyet statüsünün aynı ceza yaptırımına bağlanması, eşitlik ilkesi yönünden de sorgulanabilir niteliktedir.

Kanunlardaki bu uyumsuzluğun yarattığı hakkaniyete aykırı sonuçların bir ölçüde telafi edilmesi için Yargıtay'ın, elbirliği ortaklığını da paylı mülkiyet gibi değerlendirerek, paylı mülkiyete geçilmiş olsa kendi payına isabet edecek olan hisseyi aşmayacak ölçüde elbirliği mülkiyetinin konusu olan maldan yararlanan kişinin, suçu işlemiş sayılmayacağına dair kararlar verdiği anlaşılmaktadır. Bir hukuk devletinde yasalardan doğan sakıncaları gidermenin Yargıdan ziyade, öncelikle yasa koyucuya düşen bir görev olduğu gözetildiğinde, daha tatminkar bir yasal düzenleme yapılması için, iptal isteminin kabulü gerekeceği sonucuna varmak gerekir.

İptali istenen yasa kuralının elbirliği mülkiyeti müessesesinin düzenli işlemesini sağlamak, ihtilafları önlemek gibi bir kamu yararına hizmet ettiği de söylenemez. Çünkü kural, elbirliği ortakları arasında hukuki ihtilafları peşinen önlemek için yararlı olabilecekse de sıklıkla ceza davalarına yol açabileceğinden, ceza hukuku alanında daha fazla uyuşmazlık ve davanın ortaya çıkmasına neden olacaktır. Hukuk alanındaki ihtilaflar azaltılırken ceza yargısının konusu olan uyuşmazlıkların artmasında kamu yararı

bulunduğu söylenemez. Bu nedenle de çoğunluk gerekçesine katılmak mümkün değildir.

II- Hürriyeti bağlayıcı cezanın ölçüsüzlüğü yönünden:

İptali istenen kuralla "hırsızlık" olarak nitelenen eylem, bir kişinin, kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca maliklerinden biri olduğu bir malın üzerinde, diğer maliklerin oybirliğiyle verilmiş bir karar olmaksızın, tasarrufta bulunmasıdır. Elbirliği halinde sahip olunan mala ilişkin özel bir hukuka aykırılık türünü oluşturan eylem, suçun mağdurlarının da kendi başlarına kullanamayacakları, elbirliği halinde bulunup hisselere ayrılmamış mülkiyet üzerindeki yararlanmadır. Buna göre, hukuka aykırı eylemde bulunan ortak, diğer ortaklar olan mağdurların zaten kendi başına kullanamayacağı, yani mağdurun malik veya zilyet olarak mutlak şekilde tasarruf edemeyeceği bir hakka el atmıştır. Bu nedenle elbirliği halindeki mülkiyette öngörülen hırsızlık, "zilyedinin rızası olmadan başkasına ait bir taşınır malı yarar sağlamak maksadıyla almak" şeklinde unsurları belirlenen genel ve evrensel hırsızlık tanımına uymamaktadır. Bu hususun öncelikle dikkate alınması, ölçülü bir eylem-ceza dengesi için zorunludur. Daha açık bir ifadeyle, yasa koyucu, bu eylemdeki hukuka aykırılığı "hırsızlık" olarak nitelendirmek zorunda da değildir.

İkinci olarak gözetilmesi gereken husus, elbirliği halinde mülkiyetin kanundan veya sözleşmeden kaynaklandığıdır. Kanunla doğan elbirliği mülkiyeti, kişinin kendi serbest iradesiyle seçtiği bir hukuki statü değildir. Sözleşme mevcutsa, yönetim ve tasarruf şeklinin belirlenmiş olması gerekir. Bu kapsamda hürriyeti bağlayıcı ceza öngören suç ihdas edilirken yasa koyucunun bir yandan failin kusur derecesini, diğer yandan da mağdurların hukuken korunmaya değer menfaatini adil bir şekilde dengelemesi gerekir.

Çağdaş bir hukuk devletinde, başkaları aleyhine zenginleşmenin veya hukuka aykırı olarak başkasının mal varlığında azalmaya neden olmanın otomatik olarak hürriyeti bağlayıcı ceza gerektirmeyeceği açıktır. Anayasa'nın 38. maddesinin son fıkrasında hiç kimsenin yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamayacağı belirtilmiştir. Başkasının da hak sahibi

olduğu elbirliği mülkiyetine konu mal üzerinde hukuki dayanak olmaksızın tasarruf eden bir ortağın durumunun, vekaletsiz iş görme kapsamında değerlendirilebileceği gibi, kusur varsa ve kusurun derecesine göre haksız fiil kurumunun düzenlemeleri çerçevesinde çözümlenmesi de mümkündür. Bu yönden bakıldığında, elbirliği mülkiyetinde ortaklardan birinin, diğerlerinin malvarlığını olumsuz etkileyebilecek de olsa, her hangi bir müdahalesinin doğrudan "hırsızlık" olarak nitelenmesi ve ceza yargılamasına konu edilmesi, bu eylemlere tek başına veya paylı mülkiyet sahibinin hakkına tecavüz eylemler gibi ceza verilmesi, ölçülü bir düzenleme değildir.

Hırsızlık, tarihin en eski çağlarından beri ağır bir suç olarak görülmüş ve hırsızlık mahkûmları, onursuz kişiler olarak, toplum dışına itilmişlerdir. Suçun adı "hırsızlık" olduğu müddetçe verilen cezanın az veya çok olması, ertelenmesi, seçenek cezalara çevrilmesi, hatta affedilmesi toplumdaki bu algıyı değiştirmemektedir. Hırsızlık suçundan mahkumiyetin, başvuran Mahkemenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, ağır sonuçları olabilmektedir.

Suç ve cezaların belirlenmesi, izlediği ceza siyaseti çerçevesinde yasa koyucunun takdirindedir. Kuşkusuz, yasa koyucu, farklı eylemlere de aynı cezayı öngörebilir. Ancak, bu takdir yetkisinin kullanılması, bir hukuk devletinde ölçülü olmak zorundadır. Eylemler arasındaki fark, failin iradesinden değil, devletin koyduğu kanunlardan kaynaklanıyorsa, ceza yaptırımı ile korunmak istenen hukuksal değerin daha da açık bir şekilde görülebilmesi gerekir. Bu yönden bakıldığında, koruduğu menfaatler ve sağladığı kamusal yarar net ve açık olmayan, uygulamada yol açtığı adaletsizliği gidermek için yüksek mahkemeleri, kanun hükümlerini aşacak tarzda yorum ve kıyas yapmaya mecbur bırakan yasa kuralının ölçülü olmadığı ve hukuk devleti gerekleriyle bağdaşmadığı sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olan kuralın iptali gerektiği düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI GÖRÜŞ

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir.

İptali istenen bendin de yer aldığı kural, şu şekildedir:

"Madde 144- (1) Hırsızlık suçunun;

a) Paydaş veya elbirliği ile malik olunan mal üzerinde,

b) Bir hukuki ilişkiye dayanan alacağı tahsil amacıyla,

İşlenmesi halinde, şikayet üzerine, fail hakkında iki aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur."

Mahkememiz çoğunluğu, kuralı Anayasa'ya aykırı görmemiş, iptal talebini reddetmiştir.

Görüldüğü gibi, kuralda hafif hırsızlık suçu sayılan hallere yer verilmiş, iptali istenen bentte de, hırsızlık suçunun paydaş (müşterek) veya elbirliği ile (iştirak halinde) malik olunan mallar üzerinde işlenmesi düzenlenmiştir.

İtiraz konusu kuralın, Kanun taslağındaki gerekçesi şu şekildedir;

"(2) numaralı bentte müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyete konu olan bir malın çalınması durumu düzenlenmiştir. Suçun bu şeklinin oluşması için failin malın hukukî durumunu bilmesi gerekir. Kendi hissesine isabet eden kısmı alması hâlinde haksız bir yararın sağlanmadığı ve fiilin, olsa olsa, kendiliğinden hak alma suçunu teşkil ettiği düşünülebilir. Hırsızlıkta gözetilen yararın "haksız" olmasının şart olmadığı kabul edildiği ve müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyette hisse oranının ve bu hisseye giren malın tür ve miktarını belirlemenin zorunluluğu göz önüne alınarak böyle bir durumda da hafif hırsızlık hâlinin oluşacağı kabul edilmiştir."

İptali istenen kural müşterek veya iştirak halinde mülkiyete konu olan malın çalınması durumunu düzenlemektedir. Suçun konusu, genel olarak ortak tasarruf hakkına sahip olunan mal veya maldan elde edilen ürünler olabilir. Suçun soruşturma ve kovuşturması şikâyete bağlı kılınmıştır.

Suçun oluşması için, müşterek mülkiyette veya iştirak halinde mülkiyette bir pay sahibinin, payı olmayan kısmı, bilerek alması gerekmektedir. Pay sahibi kendi payını almak isterse, doğal olarak bu durumun suç teşkil etmemesi gerekir.

Kuralda belirtilen müşterek mülkiyet, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 688-700. maddeleri arasında düzenlenmiştir. MK m. 688'e göre:

"Paylı mülkiyette birden çok kimse, maddî olarak bölünmüş olmayan bir şeyin tamamına belli paylarla maliktir.

Başka türlü belirlenmedikçe, paylar eşit sayılır.

Paydaşlardan her biri kendi payı bakımından malik hak ve yükümlülüklerine sahip olur. Pay devredilebilir, rehnedilebilir ve alacaklılar tarafından haczettirilebilir".

Müşterek mülkiyet halinde, aynı hukuki statüde bulunan birden çok kişinin belirli bir eşyaya aynı anda paylı olarak malik olmaları sözkonusudur. Paydaşların (hissedarların) payları bellidir. Hissedarların pay oranları belirli ise de malın tamamı üzerinde hak sahibidirler. Her paydaş kendi payı üzerinde maliktir ve malik olmanın getirdiği tüm hak ve yükümlülüklere sahiptir. Payının dışındaki kısım ise başkasına aittir. Bu mülkiyet türünün en önemli özelliği, paylı da olsa tüm paydaşların malın tamamı üzerinde hak sahibi olmalarıdır. Eşya paylaşılmamış ve paydaşlara düşen kısım belirlenmiş değildir; belirli olan pay oranıdır.

İştirak halinde mülkiyet ise yine Medeni Kanun'un 701-703. maddeleri arasında düzenlenmiştir. MK m. 701'e göre :

"Kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olanların mülkiyeti, elbirliği mülkiyetidir.

Elbirliği mülkiyetinde ortakların belirlenmiş payları olmayıp her birinin hakkı, ortaklığa giren malların tamamına yaygındır."

İştirak halinde mülkiyet, kanunun veya kanunda öngörülen sözleşmeler uyarınca bir topluluk ilişkisi içinde bulunan kişiler arasında bu topluluk sebebiyle mevcut olan ve hakkın tamamı paylara bölünmeden ortaklardan her birine diğerleriyle birlikte ait olan birlikte mülkiyet şeklidir. Hiçbir ortağın tasarruf edebileceği doğrudan bir pay oranı söz konusu değildir. Ortakların belirlenmiş payları yoktur. Her birinin hakkı ortaklığa giren eşyanın tamamına yaygındır. Pay oranı da belirli değildir. Burada paydaşlık değil ortaklık söz konusudur.

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.

Hukuk devletinde, kanun koyucu, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kuralları, ceza hukukunun evrensel ilkeleri ile Anayasa başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın ihtiyaçlarını göz önüne alarak belirlenecek ceza siyasetine göre kabul edebilir. Kanun 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 edileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseselerin nelerden ibaret olacağı hususlarında takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek "suçun kanuniliği"; üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla*

konulur" denilerek "cezanın kanuniliği" ilkesi düzenlenmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik 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 5237 sayılı 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 kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

İtiraz konusu kuralda, hırsızlık suçunun hafifletilmiş hali yahut hafif hırsızlık hali düzenlenmiştir. TCK m. 141'de hırsızlık suçu *"zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alma"* şeklinde tanımlanmıştır. İptali istenen kuralda da, müşterek veya iştirak halinde mülkiyette hissedarların, kendi hakkı dışında diğer hissedarların hakkına tecavüz etmesi durumunda, "hafif hırsızlık" suçunun işlenmiş sayılacağı kabul edilmiştir. Suçun oluşması için, TCK m. 141 gereğince (basit) hırsızlık suçu için geçerli olan kuralların, burada da geçerli olduğu o nedenle suçun kanuni unsurlarının gerçekleştiği düşünülebilir. Ancak kanaatimce, burada hafif hırsızlık olarak kabul edilen bu suçun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, suçun unsurları açısından bir takım belirsizlikler bulunmaktadır.

Öncelikle, müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyette, yukarıda kısaca açıklandığı üzere, hissedarların hak ve yetkileri Medeni Kanunda farklı şekilde düzenlenmiştir. Bu duruma bağlı olarak da, suçun ne şekilde oluşacağını, müşterek mülkiyet ve iştirak halinde mülkiyet açısından, niteliklerini dikkate alarak farklı şekilde düzenlemek gerekmektedir. İki farklı mülkiyet ortaklığı halinin, aralarındaki farklılığı hiç dikkate almaksızın aynı şekilde düzenlenmesi, bu ortaklık tiplerinin niteliğine aykırı düşmektedir; o nedenle de suçun hangi hallerde gerçekleştiği konusunda tereddütler doğabilmektedir. Özellikle, iştirak halinde mülkiyette, ortakların hisseleri ve miktarları belli olmadığından, örneğin bir bahçenin ürünlerini toplamak için mutlaka ortakların oybirliği ile

karar vermeleri yahut birinin toplamasına diğerlerinin rıza göstermeleri gerekir. Aksi takdirde, bir ortak kendi hakkını almak amacıyla harekete geçtiğinde, hırsızlık suçunu işlemiş olması yahut diğer ortaklar tarafından hırsızlıkla itham edilmesi kuvvetle muhtemeldir. Uygulamada her ne kadar, iştirak halinde mülkiyete de, müşterek mülkiyete getirilen çözüme benzer şekilde çözüm getiriliyorsa da, bu durum, iştirak halinde mülkiyetin niteliğine aykırı olduğu gibi, uygulamada getirilen çözüm anayasal denetim açısından belirleyici olamaz.

İştirak halinde mülkiyette, ayrıca ortaklık konusu malın bölünebilir olup olmadığı da, önemli bir faktördür. İştirak halinde mülkiyette bölünebilir şeylerde, müşterek mülkiyete benzer bir çözüm getirilse de, bölünemeyen mallarda, bu durum daha da güçlük arz edecektir.

Bu açıdan, müşterek mülkiyette ve özellikle iştirak halinde mülkiyette, hırsızlık suçunun ne zaman gerçeklemiş sayılacağı, bir diğer yönü ile suçun maddi unsurları, TCK m. 141'de düzenlenen hırsızlık suçunun unsurlarına atıf yapılarak çözümlenebilecek nitelikte değildir. O nedenle de, tereddütlere neden olabilecek durumdadır. Nitekim yukarıda ifade edildiği üzere, kuralın gerekçesinde de *"hırsızlıkta gözetilen yararın "haksız" olmasının şart olmadığı kabul edildiği ve müşterek veya iştirak hâlinde mülkiyette hisse oranının ve bu hisseye giren malın tür ve miktarını belirlemenin zorunluluğu göz önüne alınarak böyle bir durumda da hafif hırsızlık hâlinin oluşacağı kabul edilmiştir"* denilerek, bu durum kanun koyucu tarafından da kabul edilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, iptali istenen bentte düzenlenen suçun maddi unsurları, belirsiz ve tereddütlere neden olabilecek nitelikte olduğundan, müşterek ve iştirak halinde mülkiyet kurallarının niteliklerine uygun olarak, suçun unsurları tekrar belirlenmelidir. Bu açıdan kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Kanun koyucu, kuralın gerekçesinde de ifade edildiği üzere, müşterek mülkiyette ve iştirak halinde mülkiyette, hisse oranlarını ve bu hisseye giren malın tür ve miktarını belirlemenin zor olduğunu kabul etmesine

rağmen, yine de suçu hırsızlık olarak kabul etmiştir. Madde gerekçesinde her ne kadar "hafif hırsızlık" denilmişse de, sonuçta fiil, hırsızlık suçu olarak kabul edilmiş durumdadır. Kanun koyucu, birden fazla kimsenin, bir mala birlikte sahip olduğu hallerde, ortaklar arasındaki ilişkinin hukuka uygun yürütülmesini sağlamak, diğer ortakların haklarını korumak için, kötü niyetli girişimleri suç olarak düzenleyebilir. Bu konuda takdir yetkisi vardır. Ancak bu yetki kullanılırken, hukuk devleti ilkesi gereğince, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kullanılmalı ve getirilen düzenleme/sınırlama ölçülü olmalıdır. İptali istenen kural bu açıdan değerlendirildiğinde, fiilin suç olarak düzenlenmesi demokratik toplum düzeninin gerekleri açısından kabul edilebilir olsa da, yukarıda ifade edilen belirsizliklere rağmen, hırsızlık gibi ağır bir suç olarak düzenlenmiş olması ölçülük ilkesine uygun değildir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2015/34
Karar Sayısı : 2015/48
Karar Tarihi : 13.5.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Levent GÖK ile birlikte 120 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 14.1.2015 tarihli ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un;

1- 5. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

2- 13. maddesinin;

a- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…vali…"* ibaresinin,

b- (2) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesinin yedinci fıkrasında geçen "Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı

ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir" cümlesinin Anayasaya Aykırılığı:

6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesinin yedinci fıkrasının birinci cümlesinde, "Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir" hükmü bulunmaktadır.

Maddenin gerekçesinde, "...Perakende işletmeler hâlihazırda esasen 3572 sayılı Kanun, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu çerçevesinde belediyeler ve il özel idarelerinin izniyle açılmakta ve faaliyete geçmektedir. Madde ile, bu usul korunmuş ve buna ilaveten, ek bir izin prosedürü oluşturulmaksızın, işyeri açılış sürecini kolaylaştırmak ve yeknesaklığı sağlamak amacıyla, mevcut uygulamadan farklı olarak, açılış ve faaliyete geçiş iznini temsil eden işyeri açma ve çalışma ruhsatının, işyeri açılış sürecinde yer alan bütün kurum ve kuruluşlarca yapılacak işlemleri kapsayacak şekilde PERBİS üzerinden verilmesi öngörülmüştür.

Ayrıca, büyükşehirlerde kurulacak alışveriş merkezlerinin, kent bütünlüğü ve etkileyeceği alanın genişliği bakımından büyükşehir belediyelerinin sorumluluğunda yürütülmesi gerektiği değerlendirildiğinden, büyükşehirlerde alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatının anılan belediye tarafından verilmesini sağlayacak düzenleme yapılmıştır." denilmiştir.

Getirilmiş olan bu düzenleme, Anayasa'nın 2 inci maddesinde hükme bağlanan hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, toplum yaşamında adalete ve eşitliğe uygun bir hukuk düzeni tesis eden ve bu düzeni sürdürmekle kendini yükümlü addeden, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun olarak işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin bünyesinde barındırdığı, devletin bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun davranması gerektiği kuralı, Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme yetkisinin tamamının Büyükşehir Belediyelerine devredilmesini öngören düzenleme ile ihlal edilmiştir.

3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun'un 3. maddesi işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye yetkili mercileri tek tek saymıştır. Anılan maddeye göre;

"a) Belediye hudutları ve mücavir alan dışında kalan tüm işyerleri ve işletmelere valilikler ve kaymakamlıklar,

b) Belediye hudutları ile mücavir alan içinde kalan tüm işyerleri ve işletmelere belediyeler,

c) Belediye hudutları ve mücavir alan içinde kalan işyeri ve işletmelerden büyükşehir belediyesi olan yerlerde;

ca) 2 ve 3'üncü sınıf gayrisıhhi müesseseler için büyükşehir belediye başkanlığı

cb) Sıhhi ve sair işletmeler için ise büyükşehir belediyesi içinde kalan diğer belediye başkanlıkları,"

İşyeri açma ve çalışma Ruhsatını vermeye yetkilidir.

5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 15. maddesinin (c) bendinde geçen "Gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetleri ile ilgili olarak kanunlarda belirtilen izin veya ruhsatı vermek." ve (l) bendinde yer alan "Gayrisıhhî müesseseler ile umuma açık istirahat ve eğlence yerlerini ruhsatlandırmak ve denetlemek" düzenlemeleriyle İşyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi konusunda Belediyeler yetkilendirilmiştir. Anılan maddenin ek fıkrasında "(l) bendinde belirtilen gayrisıhhî müesseselerden birinci sınıf olanların ruhsatlandırılması ve denetlenmesi, büyükşehir ve il merkez belediyeleri dışındaki yerlerde il özel idaresi tarafından yapılır" düzenlemesi bulunmaktadır.

5202 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun 7. maddesinin (g) bendi uyarınca, "Belediye sınırları dışındaki gayri sıhhî müesseseler ile umuma açık istirahat ve eğlence yerlerine ruhsat vermek ve denetlemek" il özel idaresinin yetkisindedir.

5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun Büyükşehir ve ilçe belediyelerinin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 7. maddesinde geçen, " …d) Büyükşehir belediyesi tarafından yapılan veya işletilen alanlardaki işyerlerine büyükşehir belediyesinin sorumluluğunda bulunan alanlarda işletilecek yerlere ruhsat vermek ve denetlemek" ile "…j) Gıda ile ilgili olanlar dâhil birinci sınıf gayrisıhhî müesseseleri ruhsatlandırmak ve denetlemek, yiyecek ve içecek maddelerinin tahlillerini yapmak üzere laboratuvarlar kurmak ve işletmek." konularında "Büyükşehir Belediyesi yetkili kılınmışken, aynı maddenin Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde bulunan İlçe belediyelerinin görev ve yetkilerini düzenleyen c) bendine göre "Sıhhî işyerlerini, 2. ve 3. sınıf gayrisıhhî müesseseleri, umuma açık istirahat ve eğlence yerlerini ruhsatlandırmak ve denetlemek." yetkisi Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde bulunan İlçe belediyelerinin görev ve yetkisi dahilindedir.

Ayrıca, 5393 sayılı Belediyeler Kanunu'nun 73. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, "Büyükşehir belediyeleri tarafından yapılacak kentsel dönüşüm ve gelişim projelerine ilişkin her ölçekteki imar planı, parselasyon planı, bina inşaat ruhsatı, yapı kullanma izni ve benzeri tüm imar işlemleri ve 3/5/1985 tarihli ve 3194 sayılı İmar Kanununda belediyelere verilen yetkileri kullanmaya büyükşehir belediyeleri yetkilidir." hükmü bulunmaktadır. Buna göre, Büyükşehir belediyeleri tarafından yapılacak kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri dışında kalan bina inşaat ruhsatı, yapı kullanma izni ve benzeri izinlerin, Büyükşehir Belediye sınırları içinde kalan İlçe Belediyeleri tarafından verilmesi gerektiği düşünülmelidir. Çünkü Belediyeler Kanununda ve mevzuatta Büyükşehir Belediyelerini kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri dışında kalan alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme konusunda yetkili kılacak bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu bağlamda düşünüldüğünde, Perakende işletmeler, 3572 sayılı Kanun, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu çerçevesinde belediyeler ve il özel idarelerinin izniyle açılmakta ve faaliyete geçmektedir. İptalini istediğimiz düzenlemenin yer aldığı madde gerekçesinde açıklandığının aksine mevcut sistem muhafaza edilmediği gibi, 3572 sayılı Kanun, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu uyarınca perakende işletmelerin çalışma ve faaliyete geçme izinleri belediyeler ve il özel idarelerinin

yetkisi ile mümkünken, 6585 sayılı yasanın getirmiş olduğu sistem uyarınca Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme yetkisinin tamamı hukuka aykırı biçimde Büyükşehir Belediyelerine bırakılmaktadır. Bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesi ile bağdaşır yanı bulunmamaktadır.

"Hukuk devleti" ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların, yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Çünkü kamu yararı düşüncesi olmaksızın, başka deyimle, yalnızca özel çıkarlar için veya yalnızca belli partilerin veya kişilerin yararına olarak herhangi bir yasanın kabul edilmeyeceğidir. Buna göre çıkarılması için kamu yararı bulunmayan bir kanun, Anayasanın 2. maddesi hükmüne aykırı nitelikte olur ve dava açıldığında iptali gerekir. Büyükşehir Belediyesi sınırları içinde yer kalan İlçe Belediyelerinin yetkilerinin gasp edilerek Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme yetkisinin tamamı Büyükşehir Belediyelerine verilmesini öngören bu düzenleme, keyfi bir yetki niteliğinde olup hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiğini de ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç öğesi bakımından anayasaya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu söylenebilir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2.6.2011 tarihli ve 2008/88 Esas, 2011/85 Karar sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi, "hukuk devleti" ilkesini; hukuk güvenliği, kamu yararı, nesnellik kriteri, adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle birlikte açıkladığı başka bir Kararında şu tespitlerde bulunmuştur: "(...) Hukuk devletinin temel ilkelerinden

olan 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. (…) Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 17.6.2010 Tarihli ve 2008/22 Esas, 2010/82 Karar sayılı Kararı).

Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasa koyucunun istediği alanı istediği gibi düzenleme yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetki Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla sınırlanmıştır. Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun, hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini, anayasal sınırlar içinde, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri arasında yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle, büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme konusunda yetkili kılınan idari organ bakımından da yasakoyucunun, bu esası gözardı etmemesi ve yasama normlarına, bu olguyu en iyi şekilde yansıtması zorunludur.

Bu itibarla, hukuk devleti ilkesinin bünyesinde barındırdığı, devletin bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun davranması gerektiği kuralı, Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme… yetkisinin Büyükşehir Belediyelerine devredilmesini öngören düzenleme ile ihlal edilmiştir. 6585 sayılı yasanın getirmiş olduğu sistem uyarınca, Büyükşehirlerde bu yetki İlçe Belediyelerinin yetkileri gasp edilerek, Anayasaya aykırı biçimde yetki Büyükşehir Belediyelerine bırakılmıştır. Kamu yararı amacı gözetmeyen bu düzenleme Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal etmiştir.

Anayasanın 127. maddesinin birinci fıkrasında yerel yönetim esasları belirlenmiş ve "mahalli idarelerin il, belediye ya da köy halkının yerel ortak gereksinimlerini karşılamak üzere, kuruluş ilkeleri yasayla belirlenen ve yasada gösterilen karar organları seçmenlerce seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişilerinin olacağı" hükme bağlanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında "Mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir." biçimindeki "Yerinden Yönetim" ilkesi, yerel yönetimlerin, o yerde bulunanların, ortak gereksinimlerini karşılamak için kendi seçtiği organlarca yönetilmesi anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli idarelerin kuruluş amacı olarak gösterilen mahalli müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayanların, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentilerini ifade etmektedir. Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, bunun saptanması kanuna bırakılmıştır. Bu durumda kanunların, kamu yararı gözetilerek, anayasal sınırlar içinde kalınarak hazırlanması ve yetki gaspına meydan verecek hükümler içermemesi gerekir.

Anayasanın 127. maddesinde yer alan yerinden yönetim ilkesi yönünden kamu yararı, ancak halkın katılımının ve bu yolla etkinliğinin arttırılması ile gerçekleştirilebilir. Bu itibarla, seçimle iş başına gelmiş, halkın yerel ve ortak ihtiyaçlarını gözeterek görev yapan İlçe Belediyelerin yetkilerinin gasp edilerek Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme yetkisinin tamamının Büyükşehir Belediyelerine devredilmesini öngören iptalini istediğimiz yasal düzenleme Anayasanın 127. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasını ihlal etmiştir.

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 14.01.2015 tarihli ve 6585 sayılı "Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 5. maddesinin yedinci fıkrasında geçen "Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir" cümlesinin Anayasanın 2. maddesine ve 127. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

2) 6585 Sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 13. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "Vali" İbaresinin ve İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı:

6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde "Mesleğe, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususlar gözetilerek perakende işletmelerin bir kısmının veya tamamının çalışma saatleri, meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine yetkili idarenin görüşü alınmak suretiyle vali tarafından belirlenebilir" hükmü, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "Üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine, faaliyet kollarına göre, perakende işletmelerin çalışma saatlerinin bölge veya ülke düzeyinde belirlenmesine Bakanlık yetkilidir" hükmü bulunmaktadır.

Maddenin gerekçesinde, "Perakende işletmelerin günlük çalışma saatleri, bulundukları bölgenin nüfus, iklim, coğrafi ve benzeri özelliklerine bağlı olarak farklılık arz edebilmektedir. Bu durum perakende işletmelerin çalışma saatlerinin belirlenmesinde bazı hallerde mahalli şartların dikkate alınması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Madde ile, çalışma saatlerine ilişkin genel hükümler saklı kalmak kaydıyla, gerekli şartların varlığı halinde perakende işletmelerin çalışma saatlerinin vali tarafından belirlenmesine yönelik düzenleme yapılmıştır. Bunun yanında, bölge veya ülke düzeyinde uygulama birliğinin sağlanması gereken durumlarda, üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine Bakanlığa çalışma saatlerini belirleme yetkisi tanınmıştır. " denilmiştir.

Anılan düzenlemeden perakende işletmelerin çalışma ve işleyiş saatlerini belirlemede bölge ve ülke düzeyinde yetkili kılınan Gümrük ve Ticaret Bakanlığı iken, mesleğe, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususların ortaya çıkması halinde yetki valilere devredilmiştir. Böylelikle getirilen sistemle perakende işletmelerinin çalışma saatlerinin düzenlenmesi konusunda birbiriyle uyumsuz, keyfi, uygulamada birçok soruna neden olacak bir düzenleme yapılmıştır.

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

ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği ise, yasaların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç öğesi bakımından anayasaya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa kanunun amaç unsuru bakımından anayasaya aykırı olduğu söylenebilir." (Anayasa Mahkemesi'nin 2.6.2011 tarihli ve 2008/88 Esas, 2011/85 Karar sayılı Kararı).

Anayasa Mahkemesi, "hukuk devleti" ilkesini; hukuk güvenliği, kamu yararı, nesnellik kriteri, adalet ve hakkaniyet ölçütleriyle birlikte açıkladığı başka bir Kararında şu tespitlerde bulunmuştur: "(...) Hukuk devletinin temel ilkelerinden olan 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. (…) Kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir." (Anayasa Mahkemesi'nin 17.6.2010 Tarihli ve 2008/22 Esas, 2010/82 Karar sayılı Kararı).

Kanunların, kamu yararı amacına yönelik olması, genel, objektif, âdil kurallar içermesi ve hakkaniyeti gözetmesi, hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasakoyucunun, hukukî düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini, anayasal sınırlar içinde, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

"Hukuk devleti" ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların, yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok Kararında isabetle vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez öğeleri arasında yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle, perakende işletmelerin çalışma saatlerinin düzenlenmesi konusunda yetkili kılınan idari organın belirlenmesinde de yasakoyucunun, bu esası gözardı etmemesi ve yasama normlarında, bu olguyu en iyi şekilde yansıtması zorunludur.

Hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin unsurlarından biri '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.

6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki "Mesleğe, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususlar gözetilerek perakende işletmelerin bir kısmının veya tamamının çalışma saatleri, meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine yetkili idarenin görüşü alınmak suretiyle vali tarafından belirlenebilir" düzenlemesi ile hem kamu yararı esas göz ardı edilmiştir hem de Valilere perakende işletmelerin çalışma saatlerinin düzenlenmesi konusunda ucu açık, belirsiz ve sınırsız yetki tanınmıştır. Bu nedenle, kamu yararı amacı gözetmeyen bu düzenleme Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal etmiştir.

Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasa koyucunun istediği alanı istediği gibi düzenleme yetkisi bulunmakla birlikte, bu yetki Anayasa ve hukukun

üstün kurallarıyla sınırlanmıştır. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 13. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "Üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine, faaliyet kollarına göre, perakende işletmelerin çalışma saatlerinin bölge veya ülke düzeyinde belirlenmesine Bakanlık yetkilidir" düzenlemesi ile de bu ölçütler göz ardı edilmiştir. Bölge veya ülke düzeyinde perakende işletmelerin çalışma saatlerinin belirlenmesi konusunda Bakanlığın yetkili kılınmış olması, birinci fıkra düzenlemesinde valilere tanınmış olan sınırsız, ucu açık ve belirsiz yetkiden daha vahim olmak üzere, ülke düzeyinde birbirinden farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olacağı gibi, kamu yararı taşımayan bu düzenlemenin, adalet hakkaniyet ölçütlerini içinde barındırmadığı, Bakanlığa keyfi düzenleme yapma imkânı tanıdığı ortadadır. Kamu yararı amacı gözetmeyen bu düzenleme de Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesini ihlal etmiştir.

1982 Anayasasının 123 üncü maddesinin ikinci fıkrasındaki, idarenin kuruluş ve görevlerinin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı kuralı yer almaktadır. Anayasanın 127. maddesinde yerel yönetim esasları belirlenmiş ve mahalli idarelerin il, belediye ya da köy halkının yerel ortak gereksinimlerini karşılamak üzere, kuruluş ilkeleri yasayla belirlenen ve yasada gösterilen karar organlarınca seçmenlerce seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişilerinin olacağı hükme bağlanmıştır. 127. maddesinin ikinci fıkrasında da Mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirlenerek, yerel yönetimlerin, o yerde bulunanların, ortak gereksinimlerini karşılamak için kendi seçtiği organlarca yönetileceği anlamına gelen, Yerinden yönetim" ilkesi, Anayasada ifadesini bulmuştur.

Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli idarelerin kuruluş amacı olarak gösterilen mahalli müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayanların, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve

sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentilerini ifade etmektedir. Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş, bunun saptanması kanuna bırakılmıştır. Bu durumda kanunlar, kamu yararını gözeterek, anayasal sınırlar içinde kalınarak hazırlanmak durumundadır.

Bu bağlamda, Yerel yönetimlerin yetkisi içinde olması ve yerel düzeyde karar alma organları tarafından bütün detaylarıyla Anayasanın da öngördüğü biçimde belirlenmesi gereken perakende işletmelerin çalışma saatlerinin belirlenmesi konusunda, yerel düzeyde valiye, bölgesel düzeyde Bakanlığa başka bir ifadeyle bütünüyle Merkezi İdareye tanınmış olan bu yetki, açık, gelişigüzel, ölçüsüz ve kaynağını Anayasadan almayan bir yetki niteliğindedir ve yetki gaspı anlamına gelmektedir. Bu yönüyle Anayasanın 127. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarını da ihlal etmiştir.

Açıklamaya çalıştığımız nedenlerle, 14.01.2015 tarihli ve 6585 sayılı "Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun 'un 13. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "vali" ibaresinin ve ikinci fıkrasının Anayasanın 2. maddesine ve 127. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasına aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi gerekir.

V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Kamu Hukukunda yürütmeyi durdurma kararı verilebilmesi için, yasal bir düzenlemenin uygulanması hâlinde telâfisi güç veya imkânsız zararların doğması ve bu yasal düzenlemenin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Dava konusu olayda, 14.01.2015 tarihli ve 6585 sayılı Kanun'un iptalini talep ettiğimiz hükümler yönünden, bu iki şart birlikte gerçekleşmiştir.

Dava dilekçemizde de açık bir biçimde açıklamaya çalıştığımız üzere, dava konusu yapılan ve Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali istenen ve bu bapta da yürürlüğünün durdurulması talep olunan,

5. maddesinin yedinci fıkrasında geçen "Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir" cümlesi, İlçe Belediyelerinin yetkilerinin gasp edilerek tamamen Büyükşehir Belediyelerine devredilmesini öngören bir düzenleme niteliğindedir. Uygulamada beraberinde birçok soruna neden olacak olan bu yasal düzenleme Büyükşehir Belediyelerine tanımış olduğu yetkilerle, İlçe Belediyelerinin yetkilerinin gasp edilmesine neden olacak Anayasanın öngördüğü kurallar da ihlal ederek telafisi güç imkânsız zararların doğmasına sebebiyet verilecektir.

Yine, 6585 sayılı Kanunun 13. maddesi ile "hukuk devleti" ilkesi ihlâl edilmiş, kanunların, nihaî olarak "kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılması" amacından uzaklaşılmıştır. Anılan maddedeki düzenleme, perakende işletmelerin çalışma ve işleyiş saatlerini belirlemede bölge ve ülke düzeyinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı yetkili kılınması, mesleğe, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususların ortaya çıkması halinde ise bu yetkinin valilere devredilmiş olması ile birbiriyle uyumsuz, keyfi, uygulamada birçok soruna neden olacak nitelikte düzenleme yapılmıştır. Perakende işletmelerin açılış ve çalışma saatlerinin, seçimle iş başına gelmiş, yerel yönetimler tarafından, bölgelerin coğrafi, mesleki, ekonomik koşulları ve halkın ihtiyaçları gözetilerek belirlenmesi Anayasanın da emredici hükmü iken, ülke düzeyinde Bakanlığın, bölge düzeyinde valiliğin bu konuda yetkili kılınması açık bir yetki gaspı olup Anayasal sistemle bağdaşmamaktadır. Bu durum da telafisi güç ve imkânsız zararların doğmasına sebebiyet verecektir.

Bütün bu açıklamaya çalıştığımız sebeplerle, dava konusu yapılan ve iptali istenen düzenlemeler, Anayasa'ya açıkça aykırıdır. Dava konusu kuralların uygulanması hâlinde, "Hukuk devleti" ilkesi cihetinden Anayasa'nın öngördüğü kuralların ihlâl edilmiş olacağı ve bu Anayasal ilke ve güvenceler yönünden telâfisi imkânsız zararların doğacağı kesindir.

Dava konusu kurallar hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasa'ya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır. Ancak, dava konusu yasal düzenlemeler yönünden "Yürürlüğü Durdurma" Kararı verilmeyip, sadece İptal Kararı verilmesi hâlinde, bu İptal Kararı -büyük bir ihtimâlle- etkisiz kalacaktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin, hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken "hukukun üstünlüğü" ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende ise, kişinin temel hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi, "hukuk devleti" ilkesi yönünden telafisi imkânsız durum ve zararlara yol açacaktır.

Böylesi bir ahvâlin husûle gelmesini önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptali istenen dava konusu sözcüklerinin, Kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar yürürlüğünün de durdurulması talebiyle Yüksek Mahkemenizde iş bu dava açılmıştır.

VI. SONUÇ VE İSTEM

14.01.2015 tarihli ve 6585 sayılı "Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun "un

1) 5. maddesinin yedinci fıkrasında geçen "Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir" cümlesinin Anayasanın 2.maddesine ve 127. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına,

2) 13. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "vali" ibaresinin ve ikinci fıkrasının Anayasanın 2. maddesine ve 127. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına,

Aykırı olduklarından 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

Kanun'un iptali istenen kuralları da içeren 5. ve 13. maddeleri şöyledir:

*"**İşyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi***

***MADDE 5-** (1) İşyeri açma ve çalışma ruhsatı PERBİS üzerinden verilir. İşyeri açma ve çalışma ruhsatı başvurusu, doğrudan veya PERBİS üzerinden yetkili idareye yapılır. Doğrudan yapılan başvurular, yetkili idare tarafından PERBİS'e işlenir.*

(2) Yetkili idare tarafından yapılan ön değerlendirme sonucu uygun bulunan başvurular; başvuru tarihinden itibaren en geç üç iş günü içinde, perakende işletmenin açılış ve faaliyete geçişinde gerekli kayıt ve benzeri işlemleri yapmakla görevli ve yetkili kurum ve kuruluşlara PERBİS üzerinden iletilir. Bu iletimle birlikte, ilgili kurum ve kuruluşlara da gerekli başvuru yapılmış sayılır.

(3) İlgili kurum ve kuruluşlar tarafından, mevzuatı çerçevesinde gerekli değerlendirmeler yapılır ve yönetmelikle belirlenen esaslara uygun olarak perakende işletmenin açılış ve faaliyete geçişi için gerekli olan bilgi ve belgeler PERBİS'e işlenerek yetkili idareye iletilir.

(4) Mevzuatta öngörülen şartları taşıyan perakende işletmelere, yetkili idare tarafından PERBİS üzerinden işyeri açma ve çalışma ruhsatı düzenlenir.

(5) Başvurusu uygun bulunmayanlara, sonuç en geç otuz gün içinde gerekçeli olarak tebliğ edilir.

(6) Ruhsat değişikliğine ilişkin işlemler de PERBİS üzerinden gerçekleştirilir.

(7) ***Büyükşehirlerde, alışveriş merkezlerine yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı vermeye büyükşehir belediyeleri yetkilidir.*** *Alışveriş merkezi projesi için yapı ruhsatı verilirken, üst meslek kuruluşlarının görüşü alınır. Bu kuruluşlar görüşlerini on beş iş günü içinde bildirir.*

(8) Üçüncü fıkrada öngörülen esaslar ile bu maddenin uygulanmasına ilişkin diğer usul ve esaslar İçişleri Bakanlığının görüşü alınarak hazırlanan yönetmelikle belirlenir.

Çalışma saatleri

MADDE 13- *(1) Mesleğe, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususlar gözetilerek perakende işletmelerin bir kısmının veya tamamının çalışma saatleri, meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine yetkili idarenin görüşü alınmak suretiyle* ***vali*** *tarafından belirlenebilir. Esnaf ve sanatkâr işletmelerinin çalışma saatlerinin belirlenmesinde, meslek kuruluşunca ilgili esnaf ve sanatkâr odasının görüşü alınır.*

(2) ***Üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine, faaliyet kollarına göre perakende işletmelerin çalışma saatlerinin bölge veya ülke düzeyinde belirlenmesine Bakanlık yetkilidir.****"*

B- Dayanılan ve ilgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü gereğince Zühtü ARSLAN, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın

katılımlarıyla 1.4.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ile ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 5. Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

6585 sayılı Kanun'un 1. maddesinde açıklandığı üzere anılan Kanun, perakende işletmelerin açılış ve faaliyete geçiş işlemlerinin kolaylaştırılması, perakende ticaretin serbest piyasa ortamında etkin ve sürdürülebilir rekabet şartlarına göre yapılması, tüketicinin korunması, perakende işletmelerin dengeli bir şekilde büyüme ve gelişmesinin sağlanması ve perakende işletmelerin faaliyetleri ile bunların birbirleri, üretici ve tedarikçilerle ilişkilerinin düzenlenmesi amacıyla çıkarılmıştır.

Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasından, Kanun'un, esas itibarıyla perakende işletmeleri kapsadığı anlaşılmaktadır. Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendine göre, perakende işletme kavramı, "*Alışveriş merkezi, büyük mağaza, zincir mağaza, bayi işletme, özel yetkili işletme, perakende ticaretle uğraşan diğer ticari işletmeler ile esnaf ve sanatkâr işletmelerini*" ifade etmektedir.

Kanun'un 5. maddesi, işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının verilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, işyeri açma ve çalışma ruhsatı başvurusunun, doğrudan veya perakende bilgi sistemi (PERBİS) üzerinden yetkili idareye yapılacağı belirtilmekte;

(4) numaralı fıkrasında, mevzuatta öngörülen şartları taşıyan perakende işletmelere, yetkili idare tarafından PERBİS üzerinden işyeri açma ve çalışma ruhsatı düzenleneceği hükme bağlanmaktadır. Anılan kurallarda, bu işletmelerin işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının yetkili idareler tarafından verileceği düzenlenmekle birlikte, yetkili idarelere ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemektedir. Dolayısıyla bu hususta yetkili idarelerin ilgili diğer mevzuata bakılarak tespiti gerekmektedir.

İşyeri açma ve çalışma ruhsatlarına ilişkin usul ve esaslar, esas itibarıyla 3572 sayılı İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun'da düzenlenmektedir. Anılan Kanun'un 1. maddesinden, 2. maddesinde sayılan istisnalar dışında kalan tüm "*sanayi, tarım ve diğer işyerleri ile her türlü işletmeler*"e işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının verilmesinin, 3572 sayılı Kanun'da açıklanan usul ve esaslara tabi olduğu anlaşılmaktadır. 3572 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, işyeri açma ve çalışma ruhsatlarını vermeye yetkili merciler gösterilmektedir. Buna göre, perakende işletmeler de dâhil işyeri açma ve çalışma ruhsatlarını verme yetkisi, belediye ve mücavir alan sınırları dışındaki yerlerde il özel idarelerine, belediye veya mücavir alan sınırları içinde belediyelere, büyükşehir belediyesinin bulunduğu illerde ise büyükşehir belediyesi içinde kalan diğer belediye başkanlıklarına aittir.

Kanun'un 5. maddesinin (7) numaralı fıkrasının dava konusu birinci cümlesiyle, bu kurala, perakende işletme kapsamında kalan alışveriş merkezleri yönünden bir istisna getirilerek, büyükşehir olan illerde alışveriş merkezlerine işyeri açma ve çalışma ruhsatı verme yetkisi büyükşehir belediyelerine devredilmiştir.

Öte yandan, dava konusu kuralda, alışveriş merkezlerine işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının yanında, bu yerlere yapı ruhsatı ve yapı kullanma izin belgesi verme yetkisinin de büyükşehir belediyelerine ait olduğu belirtilmiştir.

Yapı ruhsatı ve yapı kullanma izniyle ilgili temel kanun, 3194 sayılı İmar Kanunu'dur. Anılan Kanun'un kapsamını düzenleyen 2. maddesinde, belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan yerlerde

yapılacak planlar ile inşa edilecek resmî ve özel bütün yapıların bu Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun'un kapsamına giren bütün yapılar için Kanun'da belirtilen istisnalar dışında belediye veya valiliklerden yapı ruhsatiyesi alınmasının; 30. maddesinin birinci fıkrasında ise yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye veya valilik bürolarından izin alınmasının mecburi olduğu belirtilmiştir. 3194 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 5. maddesinde, ilgili idarenin, belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediye, dışında valilik (il özel idaresi) olduğu ifade edilmiştir. Bu hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kanunlarda belirtilen istisnalar dışında, yapı ruhsatı ile yapı kullanma izni verme yetkisinin, belediye veya mücavir alan sınırları içinde belediyelere, belediye ve mücavir alan sınırları dışında ise il özel idarelerine ait olduğu anlaşılmaktadır.

3194 sayılı Kanun'da geçen *"ilgili idare"* kavramı, belediye veya mücavir alan sınırları içinde belediyeleri ifade ettiğinden bu alanlarda yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verme yetkisi belediyelere ait ise de büyükşehir belediyelerinin bulunduğu iller yönünden ruhsatlandırma yetkisinin büyükşehir belediyesi ile ilçe belediyeleri arasında ne şekilde paylaştırılacağına ilişkin olarak 3194 sayılı Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak konu ile ilgili olarak, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, büyükşehir belediyesi tarafından yapılan veya işletilen alanlardaki işyerleri ile büyükşehir belediyesinin sorumluluğunda bulunan alanlarda işletilecek yerlere ruhsat verme ve denetlemenin, büyükşehir belediyesinin görevlerinden olduğu belirtilmiş; 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesinin dördüncü fıkrasında da, büyükşehir belediyeleri tarafından yapılacak kentsel dönüşüm ve gelişim projelerine ilişkin bina inşaat ruhsatı, yapı kullanma izni ve benzeri tüm imar işlemleri ile 3194 sayılı Kanun'da belediyelere verilen yetkileri kullanmaya büyükşehir belediyelerinin yetkili olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla büyükşehir belediyeleri tarafından yapılacak kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri dışındaki diğer inşaatlara ilişkin yapı ruhsatı ve yapı kullanma iznini verme yetkisinin ilçe belediyelerine ait olduğu anlaşılmaktadır.

Dava konusu kuralla, yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi hususunda büyükşehir belediyelerinin yetkisine bırakılan alanlar genişletilerek alışveriş merkezleri de buna dâhil edilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 3572, 5216, 5302 ve 5393 sayılı kanunların ilgili hükümlerine göre perakende işletmelerin belediyeler ve il özel idarelerinin izniyle açıldığı ve faaliyete geçtiği, dava konusu kuralla belediyelere ve il özel idarelerine ait olan bu yetkinin büyükşehir belediyelerine verildiği, ilçe belediyelerine ait perakende işletmelere ruhsat verme yetkisinin gasp edilerek keyfi bir şekilde büyükşehir belediyelerine verilmesinin kamu yararı amacıyla bağdaşmadığı ve hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği, ayrıca bu işletmelerin ruhsatlandırılmasına ilişkin işlemlerin, seçimle iş başına gelmiş, halkın yerel ve ortak ihtiyaçlarını gözeterek görev yapan ilçe belediyelerine ait olması gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Hukuk devleti ilkesinin bir başka gereği ise kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Kanunun amaç ögesi bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç

unsuru bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında mahalli 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 tüzel kişileri oldukları; ikinci fıkrasında, kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği öngörülmüştür. Anılan maddenin üçüncü fıkrasının son cümlesinde de, *"Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir."* denilmek suretiyle il, belediye ve köy dışında farklı bir yerel yönetim biçimi olan büyükşehir belediyesi kurulmasına imkân sağlanmıştır. Buna ilişkin gerekçede, *"Şehirleşmenin hızla geliştiği memleketimizde, büyük şehirlerin problemlerini yürürlükte bulunan ve yıllarca önce çıkarılmış kanunlarla çözümlemek imkânsız hale gelmiştir. Nitekim, büyük şehirlerimizin ulaşım, kanalizasyon gibi, problemlerini çevredeki belediyelerle birlikte çözümlemek zorunluluğu ile karşılaşılması bunu kanıtlamaktadır. Son zamanlarda çevredeki yerleşim yerlerinin ana belediyelere bağlanması uygulaması da bu ihtiyaçtan doğmuştur. İşte bu zorunluluklar karşısında, hizmetlerin daha iyi görülebilmesini sağlamak amacıyla büyük yerleşim yerleri için özel yönetim biçimlerinin kanunla getirilebilmesi imkânının Anayasa ile tanınması yoluna gidilmiştir."* ifadelerine yer verilmiştir.

Belediyeler, Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere kurulmuş, kamu tüzel kişiliğine ve yönetsel özerkliğe sahip, idari vesayete tâbi bir yerel yönetim türüdür. Belediyelerin görev alanını tayin eden *"mahalli müşterek ihtiyaç"* kavramı, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan somut durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.

Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da vurgulandığı üzere, Anayasa'da il, belediye ya da köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğu belirlenmemiş olup bunun saptanması kanuna bırakılmıştır. Bu durumda kanun, kamu yararını gözeterek, Anayasa sınırları içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir.

Öte yandan, Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesiyle büyükşehir belediyelerinin kurulmasına imkân sağlanmış ise de büyükşehir belediyeleri ile diğer belediyelerin görev ayrımıyla ilgili olarak Anayasa'da herhangi bir hükme yer verilmemiş, bu husus kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucu, Anayasa'nın aynı maddesinde sözü edilen yerinden yönetim ilkesini gözeterek mahalli müşterek ihtiyaçlar kapsamında değerlendirdiği görev ve hizmetlerden hangilerinin büyükşehir belediyesince yerine getirileceğinin belirlenmesi hususunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda ilçe belediyelerinin bazı görev ve yetkilerinin büyükşehir belediyelerine devri işin doğası gereğidir. Büyükşehir belediyesi sınırları içerisindeki belediyelerin, diğer belediyelerin sahip oldukları tüm yetki ve görevleri aynen korumaları büyükşehir belediyesi kurulmasındaki amaçla bağdaşmaz. İlçe belediyelerinin Anayasayla koruma altına alınan münhasır bir görev alanı bulunmadığından kanun koyucunun, mahalli müşterek ihtiyaçlardan hangilerinin büyükşehir belediyelerinin görev alanına dâhil edileceği konusundaki takdir yetkisinin dar yorumlanmaması gerekmektedir.

Kanun koyucu, mahalli müşterek ihtiyaç kapsamında değerlendirerek belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyelerce yerine getirilmesini öngördüğü yapı ruhsatı, yapı kullanma izin belgesi ve işyeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesi konularındaki yetkiyi, dava konusu kuralla, büyükşehir belediyelerinin bulunduğu illerde büyükşehir belediyelerine devretmiştir. Maddenin gerekçesinde, *"büyükşehirlerde kurulacak alışveriş merkezlerinin, kent bütünlüğü ve etkileyeceği alanın genişliği bakımından büyükşehir belediyelerinin sorumluluğunda yürütülmesi gerektiği"* ifade edilmiştir. Kanun koyucunun, büyükşehirlerde kurulacak alışveriş merkezlerinin, kent bütünlüğü ve etkileyeceği alanın genişliğini gözönünde bulundurarak yapı ruhsatı ve yapı kullanma izni verilmesi konularındaki yetkiyi büyükşehir

belediyelerine vermesinde kamu yararı dışında bir amacın gözetildiği söylenemeyeceğinden kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

B- Kanun'un 13. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "*...vali...*" İbaresi ile (2) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarda, perakende işletmelerin çalışma ve işleyiş saatlerinin bölge ve ülke düzeyinde belirlenmesinde Gümrük ve Ticaret Bakanlığı (Bakanlık) yetkili kılınmış iken mesleğe, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususların ortaya çıkması hâlinde il düzeyinde bu yetkinin valilere devredilmesinin bu işletmelerin çalışma saatleri hususunda birbiriyle uyumsuz ve keyfi uygulamalara yol açacağı, düzenlemede kamu yararı gözetilmediği gibi gerek valiye gerekse Bakanlığa ucu açık ve belirsiz bir yetki verilmesinin hukuk devleti ilkesini zedelediği, ayrıca bu işletmelerin çalışma saatlerinin belirlenmesi hususunda yerel düzeyde valiye, bölgesel düzeyde Bakanlığa yetki tanınmasının mahalli idarelerin özerkliği ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 13. maddesinde, perakende işletmelerin çalışma saatleri düzenlenmektedir. Maddenin dava konusu kuralı da içeren (1) numaralı fıkrasında, mesleğe, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususlar gözetilerek perakende işletmelerin bir kısmının veya tamamının çalışma saatlerinin, meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine yetkili idarenin görüşü alınmak suretiyle vali tarafından belirlenebileceği, esnaf ve sanatkâr işletmelerinin çalışma saatlerinin belirlenmesi hususunda meslek kuruluşunca teklif oluşturulurken ilgili esnaf ve sanatkâr odasının görüşünün alınacağı öngörülmektedir.

Maddenin dava konusu (2) numaralı fıkrasıyla ise Bakanlığa, üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine, faaliyet kollarına göre perakende işletmelerin çalışma saatlerini bölge veya ülke düzeyinde belirleme yetkisi tanınmıştır. Maddenin gerekçesinde, bölge veya ülke düzeyinde uygulama birliğinin sağlanması gereken durumlarda, üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine Bakanlığa çalışma saatlerini belirleme yetkisi tanındığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla Bakanlığa tanınan yetkinin amacının bölge veya ülke düzeyinde uygulama birliğinin sağlanması olduğu anlaşılmaktadır.

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.

Dava konusu kurallar uyarınca meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine yetkili idarenin görüşü alınmak suretiyle vali tarafından belirlenen çalışma saatlerinin belli bir ille sınırlı olacağı, üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine Bakanlık tarafından tespit edilen çalışma saatlerinin ise birkaç ili kapsayan bölgeler veya ülke düzeyinde geçerli bulunacağı açıktır. Bakanlığın hiyerarşik olarak valiliklerin üzerinde bulunduğu ve maddenin dava konusu (2) numaralı fıkrasıyla amaçlanan hususun da bölge veya ülke düzeyinde uygulama birliğinin sağlanması olduğu gözetildiğinde, Bakanlık tarafından belirlenen çalışma saatlerinin öncelikle uygulanması gerektiği ve valiliğin, Bakanlığın bölge ve ülke bazında saptadığı sınırlar çerçevesinde kalmak kaydıyla il bazında perakende işletmelerin çalışma saatlerini belirleyebileceği anlaşılmaktadır. Ayrıca valilik ve Bakanlığa tanınan yetkilerin kullanımında hangi ölçütlerin dikkate alınacağı ve ne tür bir prosedürün izleneceği açıkça düzenlendiğinden kurallarda belirsizlik oluşturan ve hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eden bir husus bulunmamaktadır.

Anayasa'nın "*Çalışma ve sözleşme hürriyeti*" başlıklı 48. maddesinin birinci fıkrasında,"*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine*

sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." denilmek suretiyle çalışma özgürlüğünün bir parçası olan özel teşebbüs özgürlüğü *"herkes"* yönünden güvenceye bağlanmıştır. Özel teşebbüs özgürlüğü, her gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin tercih ettiği alanda iktisadi-ticari faaliyette bulunmak üzere teşebbüs kurabilmesini, dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ve faaliyeti ile mesleğini Devletin veya üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın dilediği biçimde yürütebilmesini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, özel teşebbüs özgürlüğü mutlak bir hak olarak düzenlenmemiş olup maddenin ikinci fıkrasında, "*Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*" hükmüne yer verilmek suretiyle *"millî ekonominin gerekleri"* ve *"sosyal amaçlar"*la bu özgürlüğe sınırlamalar getirilebilmesine imkân sağlanmıştır. Nitekim maddenin gerekçesinde de "*Devlet, kamu yararı olan hallerde ve milli ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlarla özel teşebbüs özgürlüğüne sınırlamalar getirebilir.*" denilerek, *"millî ekonominin gerekleri"* ve *"sosyal amaçlar"*ın özel teşebbüs özgürlüğü yönünden birer sınırlama sebebi olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 13. maddesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütü gösterilmiştir. Buna göre, *"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."*

Özel teşebbüs özgürlüğü, iktisadi-ticari faaliyette bulunan veya mesleki faaliyet yürüten kişinin, çalışma saatlerini kendi çalışma koşullarını dikkate alarak serbest bir biçimde belirleyebilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla özel teşebbüslerin çalışma saatlerini belirleme serbestîsini sınırlayan düzenlemeler özel teşebbüs özgürlüğüne müdahale teşkil eder.

Dava konusu kurallarla, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususlar gözetilerek perakende işletmelerin bir kısmının veya tamamının çalışma saatlerini belirleme yetkisi valiye, faaliyet kollarına göre bu işletmelerin çalışma saatlerini bölge veya ülke düzeyinde belirleme yetkisi

ise Bakanlığa tanınmıştır. Perakende işletmelerin çalışma saatlerinin vali ve Bakanlık tarafından belirlenmesinin, özel teşebbüs özgürlüğüne müdahale oluşturduğu açıktır.

Perakende işletmelerin çalışma saatleri, işletmelerde çalışan işçilerin çalışma koşulları, işletmeler arası rekabet ile göreli olarak zayıf konumda bulunan küçük esnaf ve sanatkârın rekabet gücünü koruyarak varlığını sürdürebilirliği gibi sosyal yönü bulunan birçok meseleyi etkilemektedir. Bu nedenle, bu işletmelerin çalışma saatlerinin vali ve Bakanlık tarafından belirlenmesinin, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen sosyal amaçlarla teşebbüs özgürlüğüne müdahale kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Maddenin gerekçesinde, "*Perakende işletmelerin günlük çalışma saatleri, bulundukları bölgenin nüfus, iklim, coğrafi ve benzeri özelliklerine bağlı olarak farklılık arz edebilmektedir. Bu durum, perakende işletmelerin çalışma saatlerinin belirlenmesinde bazı hâllerde mahalli şartların dikkate alınması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Madde ile, çalışma saatlerine ilişkin genel hükümler saklı kalmak kaydıyla, gerekli şartların varlığı hâlinde perakende işletmelerin çalışma saatlerinin vali tarafından belirlenebilmesine yönelik düzenleme yapılmıştır. Bunun yanında, bölge veya ülke düzeyinde uygulama birliğinin sağlanması gereken durumlarda, üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine Bakanlığa çalışma saatlerini belirleme yetkisi tanınmıştır.*" denilmektedir. Gerekçeden, mahalli şartların dikkate alınarak perakende işletmelerin çalışma saatlerinin belirlenmesini sağlamak amacıyla valiye, bölge veya ülke düzeyinde uygulama birliğinin sağlanması amacıyla da Bakanlığa düzenleme yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Mahalli şartların dikkate alınmasının temin edilmesi ve ayrıca bölge veya ülke düzeyinde uygulama birliğinin sağlanması amaçlarıyla valilere ve Bakanlığa bu işletmelerin çalışma saatlerini belirleme yetkisi tanınmasında anayasal açıdan meşru bir amaca dayanıldığı görülmektedir.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız

ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Dava konusu kurallarla, valilere ve Bakanlığa, perakende işletmelerin çalışma saatlerini belirleme yetkisi tanınmasıyla özel teşebbüs özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereken çalışma saatlerini belirleme serbestîsine belli bir ölçüde sınırlama getirilmiş ise de anılan özgürlük tamamen ortadan kaldırılmadığı gibi bu özgürlükten yararlanmanın önemli ölçüde zorlaştırıldığından da söz edilemez. Zira perakende işletmecinin iktisadi-ticari faaliyette bulunma imkânı devam etmektedir. Perakende işletmenin çalışma saatlerinin valilik ve Bakanlıkça belirlenmesinin özel teşebbüs özgürlüğünü anlamsız kılacak nitelikte olmadığı açıktır. Dolayısıyla kuralın, hakkın özüne dokunduğu söylenemez. Bu nedenle, dava konusu kural yönünden asıl tartışılması gereken mesele, sınırlamanın ölçülü olup olmadığıdır.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

Bakanlık ve valilik tarafından belirlenecek çalışma saatlerinin, perakende işletmeciliğinin zorunlu kıldığı iktisadi-ticari faaliyetlerin yerine getirilmesini engellemeyecek nitelikte olması gerekmektedir. Bu bağlamda, perakende işletmelerin çalışma saatlerinin, bunların rekabet güçlerini makul

olmayan düzeyde düşürecek ve ekonomik yönden orantısız bir kayba uğramalarına yol açacak şekilde belirlenmesi, özel teşebbüs özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçüsüz olması sonucunu doğuracaktır.

Dava konusu kurallarda, perakende işletmelerin çalışma saatlerinin "*Mesleğe, mevsime ve turizme özgü şartlar ve benzeri hususlar gözetilerek*" ve "*meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine yetkili idarenin görüşü alınmak suretiyle*" belirleneceği kurala bağlanmıştır. Ayrıca meslek kuruluşlarınca esnaf ve sanatkâr işletmelerinin çalışma saatlerine ilişkin teklif oluşturulurken, ilgili esnaf ve sanatkâr odasının görüşünün alınacağı ifade edilmiştir. Öte yandan, Bakanlığın, faaliyet kollarına göre bu işletmelerin çalışma saatlerini bölge veya ülke düzeyinde belirleme yetkisini, *"Üst meslek kuruluşlarının müşterek teklifi üzerine"* kullanacağı düzenlenmiştir.

Tüm bu hususlar gözönünde bulundurulduğunda, dava konusu kuralların norm bazında, perakende işletmelerin rekabet güçlerini makul olmayan düzeyde düşürecek ve ekonomik yönden orantısız bir kayba uğramalarına yol açacak şekilde çalışma saatlerinin belirlenmesini önleyecek güvenceleri içerdiği anlaşılmaktadır. Valilik veya Bakanlıkça, dava konusu kurallarda düzenlenen yetkilerin fiilen kullanımı sonucu belirlenen çalışma saatlerinin değinilen güvencelere aykırılık teşkil etmesi durumunda da bunun idari yargı yerlerince denetimden geçirilerek iptal edilebileceği tabiidir. Dolayısıyla perakende işletmelerin bir kısmının veya tamamının çalışma saatlerinin belirlenmesi yetkisinin valiliğe, faaliyet kollarına göre bu işletmelerin çalışma saatlerini bölge veya ülke düzeyinde belirleme yetkisinin ise Bakanlığa tanınması suretiyle özel teşebbüs özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 127. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

14.1.2015 tarihli ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un;

A- 5. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

B- 13. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…vali…"* ibaresine,

2- (2) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 13.5.2015 tarihli, E.2015/34, K.2015/48 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, cümle ve ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, 13.5.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

14.1.2015 tarihli ve 6585 sayılı Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un;

A- 5. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

B- 13. maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…vali…"* ibaresinin,

2- (2) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, 13.5.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL

Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2014/177
Karar Sayısı : 2015/49
Karar Tarihi : 14.5.2015

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ, Engin ALTAY ve Levent GÖK ile birlikte 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

1- 10. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin,

2- 13. maddesiyle, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesinin,

3- 15. maddesiyle, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendinin,

4- 20. maddesinin,

5- 21. maddesiyle, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin,

6- 38. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve vekaletname ibrazı…"* ibaresinin,

7- 54. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 103. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkraların,

8- 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez."* ibaresinin,

9- 64. maddesiyle, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın ikinci cümlesinin,

10- 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresinin,

11- 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresinin,

12- 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin,

13- 88. maddesiyle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere…"* ve *"…veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır."* ibarelerinin,

14- 94. maddesiyle, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkranın,

15- 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkranın üçüncü cümlesinin,

16- 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkranın,

17- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin,

18- 112. maddesiyle, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendinin,

19- 117. maddesiyle, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlenin,

20- 119. maddesiyle, 5.5.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın,

21- 121. maddesiyle, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"arsa"* ibaresinin *"taşınmaz"* şeklinde değiştirilmesinin,

22- 128. maddesiyle, 6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan *"Barbaros"* ibaresinin *"Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı"* şeklinde değiştirilmesinin,

23- 129. maddesiyle 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"ve Barbaros Mahallesinin"* ibaresinin,

24- 142. maddesiyle değiştirilen, 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan *"Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında…"* ve *"…Bakanlıkça belirlenecek…"* ibarelerinin,

b- Dördüncü cümlesinin,

c- Beşinci cümlesinde yer alan *"…yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve…"* ibaresinin,

d- Altıncı ve yedinci cümlelerinin,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 17., 26., 33., 35., 36., 38., 45., 46., 48., 49., 50., 51., 53., 56., 70., 73., 90., 123., 124., 125., 126., 127., 128., 135., 141. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- Dava Dilekçesinin Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"1) 6552 Sayılı Kanun'un 10. Maddesiyle Değiştirilen 4734 Sayılı Kamu İhale Kanununun 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin;

a) Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesiyle, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel

çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği kurallaştırılmaktadır.

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hiçbir tartışmaya yer vermeyecek açıklıkta kurallaştırılmış; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu da bu Anayasal kural çerçevesinde düzenlenmiştir.

Nitekim 657 sayılı Kanunun "İstihdam şekilleri" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, Anayasal kuralın uzantısı olarak, "Kamu hizmetleri; memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürülür." denilmiştir.

Ancak, 1980'lerle başlayan ekonominin kuralsızlaştırılması ve kamu hizmetlerinin piyasalaştırılması sürecine, kamu hizmeti üretme süreçlerinin de eklenmesiyle, kamu hizmetlerine ilişkin Anayasal kurallar çiğnenmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, 657 sayılı Kanunun "Tesis edilen sınıflar" başlıklı 36 nci maddesinin "VIII Yardımcı Hizmetler Sınıfı" bölümüne 28.3.1988 tarihli ve 318 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle, "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetlerin üçüncü şahıslara ihale yoluyla gördürülmesi mümkündür." hükmü; "III- Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri" bölümüne ise 10.7.2003 tarihli ve 4924 tarihli Kanunun 11. maddesiyle, "Bu sınıfa dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetler, lüzumu halinde bedeli döner sermaye gelirlerinden ödenmek kaydıyla, Bakanlıkça tespit edilecek esas ve usullere göre hizmet satın alınması yoluyla gördürülebilir." hükmü eklenerek, kamu hizmeti üretim sürecindeki piyasalaştırma, temizlik hizmetlerinden başlamış, devamında ise hastane hizmetlerinin taşeronlaştırılmasına uzanmıştır. Devamında yapılan düzenlemelerle Yardımcı Hizmetler sınıfının görev alanına giren tüm hizmetler piyasalaştırılmanın yanında; 5393 sayılı Belediye Kanununun 67. maddesindeki "Belediyede belediye meclisinin, belediyeye bağlı kuruluşlarda yetkili organın kararı ile park, bahçe, sera, refüj, kaldırım ve havuz bakımı ve tamiri; araç kiralama, kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri; makine-teçhizat bakım ve onarım işleri; bilgisayar sistem ve santralleri ile elektronik bilgi erişim hizmetleri;

sağlıkla ilgili destek hizmetleri; fuar, panayır ve sergi hizmetleri; baraj, arıtma ve katı atık tesislerine ilişkin hizmetler; kanal bakım ve temizleme, alt yapı ve asfalt yapım ve onarımı, trafik sinyalizasyon ve aydınlatma bakımı, sayaç okuma ve sayaç sökme-takma işleri ile ilgili hizmetler; toplu ulaşım ve taşıma hizmetleri; sosyal tesislerin işletilmesi ile ilgili işler, süresi ilk mahallî idareler genel seçimlerini izleyen altıncı ayın sonunu geçmemek üzere ihale yoluyla üçüncü şahıslara gördürülebilir." düzenlemesiyle, (aynı kurallar 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 50. maddesinde de yer almaktadır) taşeronlaştırma belediyelerin zabıta hizmetlerinden itfaiye hizmetlerine kadar uzanmıştır.

Yürürlükte olan mevzuata göre, Yardımcı Hizmetler Sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken hizmetlerden hizmet yerlerinin ve tedavi kurumlarının temizlenmesi, tesisatın bakım ve işletilmesi ve benzeri nitelikteki hizmetler; Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfına dahil personel tarafından yerine getirilmesi gereken tedavi hizmetleri; belediye ve il özel idarelerinin diğerleri yanında kontrollük, temizlik, güvenlik ve yemek hizmetleri, sağlıkla ilgili destek hizmetleri, sosyal tesislerin işletilmesi vb. hizmetler ihale ile özel sektör firmalarınca yürütülüyorken; iptali istenen kuralla öngörülen yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin bunları aşan bir mahiyette oldukları ve kamu idarelerinin farklı asli görevleri dikkate alındığında kamu idarelerinin bütünlüğünde tüm hizmet sınıfları ile kadro/görev unvanlarını ve hizmet birimlerini kapsayacağı açıktır.

Anayasanın 128. maddesindeki kurallaştırmada öncelik kamu görevlilerine/personeline değil, Devletin varlık nedeni olan ve herkesi ilgilendiren müşterek/ortak işlere veya meselelere yani kamu hizmetlerine/görevlerine verilmiştir. Başka bir anlatımla günümüzün modern devletlerinde tek bir birey veya grupların ya da sosyal katmanların değil, Devletin egemenliği altında bulunan herkesin güvenliği ile refahını ilgilendiren müşterek/ortak işler ya da meseleler, bu anlamda "kamu görevi/hizmeti" olarak nitelendirilen görevler/hizmetler vardır. Devletin varlık nedeni ve meşruiyet kaynağı olan ve toplumun tamamını ilgilendiren bu görev ve hizmetleri, tek tek kişilere ait işlerden veya bireyler arası ilişkilerden farklı ve üstün konumda gören Anayasa koyucu, bunların görülmesini piyasa koşulları ve sözleşme ilişkilerinden ayrık tutarak bu hizmetlerin, nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenen memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini öngörmüştür.

Kaldı ki herkesi ilgilendiren kamu görevlerini, kişileri ilgilendiren özel işlerden farklı ve üstün konumda görme, Cumhuriyet rejiminin ontolojik temelinde yatar. Cumhuriyet olarak nitelendirdiğimiz demokrasi kavrayışı iki anahtar kavrama dayanır: Ulus olarak yasa koyucu "genel irade"; yürütme gücü açısından ise "genel çıkar"lar. Bu iki kavram, özel gruplar ile özel çıkarların yasal ifadeye kavuştukları sivil düzlem ile hakemliğini temsil organları (yasama, yürütme ve yargı) ile idarenin yaptığı genel kamusal alan arasında kopukluğu varsayan ve bu kopukluğu öne çıkaran iki kavramdır. İki kavrama dayalı iki farklı düzlem, farklı tasarlanıp, farklı kurallaştırılmış ve siyasal eyleyenler olarak yurttaşların siyasal alanı ile ekonomik failler olarak bireylerin sivil alanı farklı şekilde hukuksallaştırılarak birbirinden yalıtılmıştır. Res-publica (Cumhuriyet), yurttaşların ortak malı/işleri/meseleleri ya da herkese ait olan demektir. Tarihsel olarak Roma Cumhuriyetinde kamu görevi/hizmeti olarak nitelendirilen ortak işleri görmek üzere tayin edilen kişilere "magistratus" deniyordu ve bunlar kamusal otoriteyle yani halkın bütününü ilgilendiren meseleleri kapsayan bir otoriteyle donanmış bulunuyordu.

Cumhuriyet rejiminin kuramsal tanımı ile siyasal içerim ve içeriğinde bir değişiklik olmadığı ve Anayasanın 1. maddesindeki Türkiye Devletinin bir Cumhuriyet olduğu kabulü ile 128. maddesindeki kamu görevi ve görevlilerine ilişkin açık kurallar değişmeyerek varlığını koruduğu halde, neo-liberalizmin hegomanik bir ideoloji haline gelmesinin etkisiyle siyasal rejime ilişkin Anayasal kuralların ideolojik bir yoruma tabi tutularak, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılmasını öngören ve böylece tüm toplumu ilgilendiren ortak işlerin/kamu görevlerinin kamu hukukuna tabi idari süreçlerde kamu görevlileri yerine, ihale ile piyasa koşulları ve özel hukuk sözleşme ilişkileri temelinde taşeron işçilerine görülmesine olanak sağlayan düzenleme, Anayasanın 128. maddelerine açık ve tartışmasız bir şekilde aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 128. maddesine göre kamu idarelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri görecek memur ve diğer kamu görevlileri hakkındaki temel ve ortak düzenlemeler 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda kurallaştırılmıştır.

657 sayılı Kanunun "İstihdam şekilleri" başlıklı 4. maddesinin birinci fıkrasında, kamu hizmetlerinin memurlar, sözleşmeli personel, geçici personel ve işçiler eliyle gördürüleceği belirtilmiş; (A) bendinde memur, "Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır." şeklinde tanımlanmış; (B) bendinde ise kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde sözleşmeli personel çalıştırılması öngörülmüştür.

Oysa iptali istenen düzenlemede, personelin hem yeterli sayıda olmaması, hem de yeterli nitelikte olmaması hâllerinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği kurallaştırılmaktadır.

Bu düzenlemeye göre, kamu idarelerinin (Yardımcı Hizmetler Sınıfı ile Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfı yanında farklı asli görevleri bağlamında tüm hizmet sınıfları ile kadro/görev unvanları ve hizmet birimlerini kapsayan) yardımcı işlere ilişkin hizmetleri için personel alımı ihalesine çıkılabilecek; ancak ihaleye çıkabilmek için yardımcı işlere ilişkin hizmetleri yürütecek yeterli sayı ve nitelikte personel olmayacaktır.

Yeterli sayı bir kadro sorunudur ve kamu idarelerinin norm kadrolarının hazırlanması yasal bir zorunluluk ve yasal zorunluluğun gereği olarak da hazırlanmışken; yetersizliğinden söz edilerek yardımcı işlere ilişkin hizmetleri yürütecek personel sayısının yetersizliğinin ihale nedeni sayılmasının hukuksal geçerliliği olamaz. Çünkü bu durum ancak yasakoyucunun kamu idarelerine norm kadronun gerektirdiği kadroları tahsis etmemesi ya da tahsis etmesine rağmen kamu idarelerinin tahsis edilen boş kadrolara mevzuatın öngördüğü şekilde atama yapmaması nedeniyle gerçekleşebilir ki bu durum yani yürütme organı ile idarenin eylemsizliğini eylemlerine gerekçe yapması kendi içinde bir totolojidir ve bu totoloji eylemlerinden sorumsuz yürütme ve idare yaratmaktadır.

Öte yandan, yasa koyucu kamu idarelerinin yardımcı işlerine ilişkin hizmetlerde yeterli sayı yanında yeterli nitelik yani özel bir meslek bilgisi veya uzmanlık da aramaktadır.

Niteliğe ilişkin özel meslek bilgisi veya uzmanlık gerektiren işlerin sözleşmeli personel eliyle görülmesi gerekeceği bir yana bu düzenlemelerde açık bir çelişki ve belirsizlik vardır.

Önce belirsizliği ortaya koymaya çalışalım ve Anayasa Mahkemesi örneğinden yola çıkalım:

Anayasa Mahkemesinin, devletin idari değil, yargı fonksiyonunu yerine getiren yargı organı olduğu ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemenin kapsamında olmadığı ileri sürülebilirse de mahkemelerin idari işlerine ve dolayısıyla idarî personeline ilişkin işlemleri yargısal değil, idarî nitelikte olduğundan çarpıcı ve daha kolay anlaşılır olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi örneği verilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin kuruluş gerekçesi veya asli görevi (misyonu); (i) kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetlemek; (ii) Anayasa değişikliklerini şekil bakımından denetlemek ve (iii) bireysel başvuruları karara bağlamaktır. Anayasa Mahkemesi bu asli yargı görevini ya da yargısal fonksiyonunu Genel Kurul, 1. Bölüm ve 2. Bölümde görevli yüksek yargıçlar olan Başkan, Başkan Vekilleri ve üyelerle yerine getirmektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin asli görevlerine ilişkin karar verme yetkisi bulunan Başkan, Başkan Vekilleri ve üyelerin Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini/yargı fonksiyonunu yerine getiren kamu görevlileri olduklarında şüphe yoktur. Ancak, Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini yerine getirebilmesi için bunlar dışında kendilerine verilen dosyaların ilk ve esas inceleme raporlarını, karar taslaklarını ve diğer işlemlerini hazırlamak görevi bulunan Genel Kurul Raportörleri ile bireysel başvuruların kabul edilebilirliği veya esasına ilişkin karar taslaklarını hazırlayan Bireysel Başvuru Raportörleri görev yapmaktadır. Karar verme yetkisi bulunmayan ve fakat yargısal görev yürüten raportörlerin Anayasa Mahkemesinin asli görevlerini mi yoksa yardımcı hizmetlere ilişkin görevleri mi gördüğü, iptali istenen düzenlemeye göre belirsizdir. Bunları da asli görevleri yürüten kamu görevlisi saysak dahi Anayasa Mahkemesi idari teşkilatında Genel Sekreter, Genel Sekreter Yardımcısı ve bunlara bağlı görev yapan Yazı İşleri Müdürlüğü, Personel Müdürlüğü, Doktorluk, Dış İlişkiler Müdürlüğü, Teknik Hizmetler Müdürlüğü, İdari ve Mali İşler Müdürlüğü gibi tüm kamu idarelerinde aynı veya benzer görevleri yürüten müdürlükler ve bu müdürlüklerde görevli kamu

görevlileri vardır. Bunlardan örneğin Doktorluk da görev yapan doktor veya hemşirelerin ya da Personel Müdürlüğünde görev yapan şefin, ya da İdari Mali İşler Müdürlüğünde görev yapan satınalma memurunun veyahut da Teknik Hizmetler Müdürlüğünde görev yapan teknikerin yargısal bir görevi olmamakla birlikte Anayasa Mahkemesine ilişkin asli görevleri mi yoksa yardımcı hizmetlere ilişkin görevleri mi gördükleri, iptali istenen düzenleme bağlamında belirsizdir. Ancak, iptali istenen düzenlemenin yorumuna göre, raportörlerin, Doktorluk da görev yapan ve Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfında istihdam edilen doktorların, ya da İdari Mali İşler Müdürlüğünde görev yapan ve Genel İdare Hizmetleri Sınıfında istihdam edilen satınalma memurlarının, veyahut da Teknik Hizmetler Müdürlüğünde görev yapan ve Teknik Hizmetler Sınıfında istihdam edilen teknikerlerin sayılarının az bulunması veya niteliklerinin yetersiz değerlendirilmesi gerekçeleriyle (bu görevler norm kadroya bağlanmışken, kadro şartı da aranmaksızın) ihaleyle bu görevlerde personel istihdam edilebilecek veya edilemeyecektir. Buradaki belirsizlik açıktır ve bu belirsizlik devletin yargı fonksiyonunu yerine getiren Anayasa Mahkemesi için değil, hem istihdam edilen hizmet sınıfları, hem kadro/görev unvanları ve hem de çalışılan hizmet birimleri açısından tüm kamu idareleri için geçerlidir.

Çelişki ise şuradadır: Yasa koyucu bir yandan yardımcı hizmetlere ilişkin görevlerde ihaleyi öngörürken, diğer yandan yardımcı işlerde istihdam edilen personelin "yeterli nitelik" de bulunmamasını da ihale ile personel istihdamının gerekçesi yapmıştır. Oysa yardımcı hizmetler ile "nitelik" arasında ters yönlü bir ilişki vardır. Anayasa Mahkemesi İdari Mali İşler Müdürlüğünde görevli "hizmetli" veya "mübaşir" yardımcı hizmetlerden ise hukuksal olarak bu görevlerde "yeterli nitelik" aranamaz. Çünkü, kural olarak özel meslek bilgisi veya uzmanlığa dayanmayan, herkesin yapabileceği vasıfsız işlerde nitelik olamayacağından vasıfsız işleri yürütenlerin niteliğinin yeterliliği veya yetersizliğinden söz edilemez. Dolayısıyla yardımcı hizmetlerde yeterli nitelik aranması açık bir çelişkidir. Anayasa Mahkemesinde ancak raportörlük, genel sekreterlik, müdürlük, şeflik gibi görevler için yeterli nitelik aranabilir ki yeterli sayılmanın veya sayılmamanın şartları bu görevlere atanmaya ve görevden almaya ilişkin mevzuatında kurallaştırılmıştır. Bu durumda Anayasa Mahkemesi Raportörlüğü veya Genel Sekreterliği ya da İdari Mali İşler Müdürlüğü ya da Personel Müdürlüğü şefliği veyahut da satınalma memurluğu görevleri yardımcı işlerden sayılıyor ise, nitelik aranan bu görevlere nasıl ve ne şekilde atanılacağı ve görevlerinden nasıl alınacağı mevzuatında da

kurallaştırılmışken, nitelik aranan bu görevlerin yardımcı işlerden sayılacak olması başka bir açık çelişkidir. Bu çelişki sadece Anayasa Mahkemesi için değil, tek tek asli görevleri dikkate alındığında hem istihdam edilen hizmet sınıfı, hem kadro/ görev unvanı, hem de çalışılan hizmet birimleri bağlamında tüm kamu idareleri için geçerlidir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında belirtildiği üzere Anayasanın 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasa koyucunun üstünde Anayasa ve hukukun üstün kurallarının bulunduğunun bilincinde olan yargı denetimine açık devlettir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri "belirlilik"tir. Belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem 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 gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye ne tür müdahale yetkisini verdiğini bilmesini gerektirir. 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.

Yukarıda açıklandığı üzere idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceğine ilişkin düzenleme; kendi içinde hukuksal bir totoloji olduğu, hukuksal çelişki içerdiği ve hukuksal belirsizlik taşıdığı için Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin

(1) numaralı alt bendinin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrası (e) bendi (1) numaralı alt bendinin ikinci cümlesiyle, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkili kılınmaktadır.

Bu düzenlemeye göre, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen ve dolayısıyla istihdam edilmelerinin temelinde yasama faaliyeti (kanun) yatan personelin yürüttüğü yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini yani kamu hizmetlerinin hangi kısımlarının kamu idarelerinin görevlerine ilişkin asli hizmetler, hangi kısımlarının ise yardımcı işlere ilişkin hizmetler olduğunu; yasama organı yasayla değil, yürütme organı olan Bakanlar Kurulu idari işlemle belirleyecek; Bakanlar Kurulu bu belirlemeyi idarelerin teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alarak idareler itibariyle ayrı ayrı yapabileceği gibi tümünü kapsar şekilde birlikte de yapabilecektir.

Oysa Bakanlar Kurulunun yapacağı belirlemenin yasa konusu olması bir yana, kamu hizmetleri niteliği ve içeriği itibariyle birbirini tamamlayan bir bütündür.

Nitekim, kamu idarelerinden bakanlıkların kuruluş ve görev esaslarına ilişkin temel yasal düzenleme olan 27.9.1984 tarihli ve 3046 sayılı Kanunun 3. maddesinin ikinci fıkrasında bakanlıkların kurulmasında zorunlu esaslar;

"a) İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür. Teşkilatlanmada görev ve yetkilerin tespitinde bu bütünlük bozulamaz.

b) Bakanlıkların kuruluş ve teşkilatlanmalarında etkili bir idare, iş bölümü, kontrol ve koordinasyonun sağlanması esastır.

c) Aynı ve benzer hizmet veya görevlerin tek bir bakanlık tarafından veya sorumluluğunda yürütülmesi, atıl kapasite ve kaynak israfının önlenmesi esastır."

şeklinde sıralanmış;

6. maddesinde bakanlık merkez teşkilatının;

"a) Bakanlıkların hizmet ve görev alanlarına giren faaliyetlerini yürüten anahizmet birimleri,

b) Bakana ve anahizmet birimleri ile bağlı ve ilgili kuruluşlara istişari mahiyette yardımcı olan teknik, idari, hukuki ve mali konularda faaliyette bulunan danışma ve denetim birimleri,

c) Yukarıdaki birimlere yardımcı olan ve her bakanlıkta zorunlu olarak yürütülmesi gereken idari, mali, güvenlik ve sivil savunma gibi hizmetleri yerine getirmekle görevli yardımcı birimler."den oluşacağı belirtilmiş; bakanlıklar ile bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların kuruluş, görev ve teşkilat kanunları da bu temel ilkelere dayandırılmıştır.

Örneğin; 3.6.2011 tarihli ve 639 sayılı KHK'nin 2. maddesine göre Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın görevleri, "bitkisel ve hayvansal üretim ile su ürünleri üretiminin geliştirilmesi, tarım sektörünün geliştirilmesine ve tarım politikalarının oluşturulmasına yönelik araştırmalar yapılması, gıda üretimi, güvenliği ve güvenirliği, kırsal kalkınma, toprak, su kaynakları ve biyoçeşitliliğin korunması, verimli kullanılmasının sağlanması, çiftçinin örgütlenmesi ve bilinçlendirilmesi, tarımsal desteklemelerin etkin bir şekilde yönetilmesi, tarımsal piyasaların düzenlenmesi gibi ana faaliyet konularının gerçekleştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak; gıda, tarım ve hayvancılığa yönelik genel politikaları belirlemek,

uygulanmasını izlemek ve denetlemek" iken; 25.6.2010 tarihli ve 6001 sayılı Kanunun 4. maddesinde Karayolları Genel Müdürlüğünün otoyollar ile devlet ve il yolları ağına giren karayollarına ilişkin görevleri (a)'dan (o)'ya onsekiz bent halinde sıralanmıştır.

639 sayılı KHK'nin 6. maddesinde Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığının hizmet birimleri (teşkilatı), ana hizmet birimleri-danışma ve denetim birimleri-yardımcı/destek hizmet birimleri ayrımına gidilmeksizin düzenlenirken; 6001 sayılı Kanunun 7. maddesinde Karayolları Genel Müdürlüğü'nün hizmet birimleri (teşkilatı) ana hizmet birimleri-danışma ve denetim birimleri-yardımcı/destek hizmet birimlerine dayalı olarak sıralanmıştır.

Teşkilat yapısının (hizmet birimleri) sıralamasında ana hizmet birimi-danışma ve denetim birimi-yardımcı hizmet birimi sıralaması yapılsın ya da yapılmasın kamu idarelerinin asli faaliyet ve görev alanları ana hizmet birimleri arasında; teftiş kurulu/denetim birimi başkanlığı, strateji geliştirme başkanlığı, hukuk müşavirliği, basın müşavirliği vb. danışma ve denetim birimleri arasında; insan kaynakları/personel dairesi başkanlığı, destek hizmetleri/idari mali işler daire başkanlığı, bilgi teknolojileri daire başkanlığı, eğitim-yayım daire başkanlığı vb. ise yardımcı hizmet birimleri arasında yer almaktadır.

Kamu idarelerinin asli görev ve faaliyet alanları (ana hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler) asli hizmetlerden; danışma ve denetim birimleri ile yardımcı hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler yardımcı işlere ilişkin hizmetlerden sayılmakla birlikte, asli hizmetlerle denetim-danışma ve yardımcı hizmetler ve dolayısıyla ana hizmet birimlerinin yürüttüğü görevlerle denetim-danışma ve yardımcı hizmet birimlerinin yürüttüğü görevler arasında birbirini tamamlayan ve birindeki eksiklik diğerine yansıyan bütünlük ilişkisi vardır ve ana hizmet birimlerinin görevlerini yapabilmesi her hizmet sınıfı ile görev/kadro unvanından personelin istihdam edildiği denetim-danışma ve yardımcı hizmet birimlerinin görevlerini yapmasından geçmektedir. Örneğin; danışma ve denetim birimleri arasında yer alan strateji geliştirme daire başkanlıkları asıl olarak 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa göre stratejik plan, performans programı ve bütçe ile mali rapor ve faaliyet raporlarını hazırlamak; destek hizmetleri daire başkanlıkları ise ana hizmet birimlerinin görevlerine ilişkin ihale,

kiralama ve satın alma gibi mali işlerle, temizlik, güvenlik, aydınlatma, ısınma, onarım, taşıma ve benzeri hizmetleri yürütmekle görevlidirler.

Stratejik plan ile performans programı hazırlanıp proje ve faaliyetlere kaynak tahsis edilmeden ana hizmet birimlerinin yürütmesi gereken görevlerin nasıl, ne şekilde ve ne ölçüde yürütüleceği bilinemeyeceği gibi, proje ve faaliyetlerin ihalesi yapılmadan, gerekli kiralama ve satın alma işlemleri yerine getirilmeden asli hizmetlerin yürütülmesi de mümkün değildir. Bunların kamu personeli eliyle değil de iptali istenen kurala göre ihaleyle özel sektör çalışanları eliyle yerine getirilebileceği ileri sürülebilirse de planlama, programlama, bütçeleme, ihale, kiralama, satınalma, mali raporlama gibi kamu hizmetlerinin, kamu hukukuna tabi idari süreçlerde yürütülmesi gereken hizmetlerden olduğu; ceza kanunlarında bu görevleri yürüten memurlara özgü suçlar oluşturulduğu; bunların idari ve mali sorumluluk doğuran işlemler olduğu; tüm bu işlemlerin Sayıştay denetimi ve hesap yargılamasına konu oluşturduğu; Sayıştaya karşı mali sorumluluğu olan harcama yetkilisi, gerçekleştirme görevlisi, muhasebe yetkilisi, satınalma memuru, avans ve kredi mutemedi gibi memurlar ile ihale komisyonu, satınalma komisyonu, muayene ve kabul komisyonu, yapı denetim/kontrol teşkilatı gibi kurul ve heyetlerde görevli başkan ve üyelerin kamu görevlisi olmak zorunda oldukları hususları göz önüne alındığında, kamu idarelerinin kuruluş ve teşkilat kanunları ile teşkilatlarına göre danışma ve denetim birimleri ile yardımcı/destek hizmeti birimleri tarafından asli hizmetlere yardımcı/destek olmak amacıyla her hizmet sınıfından ve kadro/görev unvanından memurlar eliyle yürütülen işlere ilişkin hizmetlerin kamu hukuku bağlamında her şart ve koşulda kamu personeli eliyle yürütülmesi gerekeceği sonucu kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği kuralına yer verilmiştir. Bu bağlamda devletin yasama ve yargı fonksiyonu ile yürütmenin siyasi faaliyetleri dışında kalan ve siyasi birliğin ortak işlerini yani kamu hizmetlerini kamu yararına yürütmek amacıyla devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinden (mahalli idareler, KİT'ler, yükseköğretim kurumları, TRT vb.) oluşan idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenmek durumundadır. Bu bütünlük bozulamayacağı gibi bütünlük içindeki kamu hizmetlerini yürütecek memur ve diğer kamu görevlilerinin statüsü ile görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi de Anayasal bir kuraldır.

Siyasi topluluğun süreklilik taşıyan ortak işlerinin/ihtiyaçlarının ve bu bağlamda kamu hizmetlerinin, kamu gücünü kullanan idari personel eliyle kamu hukukuna tabi idari süreçlerde idari karar, iş, işlem ve eylemlerle kamu yararına yürütülmesi kamu idarelerinin tanımlayıcı, ortak ve temel özellikleridir. Kamu idaresinin kuruluşu, görevleri, çalışması ve görevlileri kanunlarla düzenlendiği ve kamu idaresi kamu gücünü kamu personeli eliyle kullandığı için kamu idaresi alanında kanuna bağlılık ilkesi geçerlidir.

Kanuna bağlılık ilkesinin geçerli olduğu kamu hizmetleri alanında, kamu idarelerinin birbirini tamamlayan bütünlük içindeki görevlerinin Bakanlar Kurulu kararıyla asli görevlere ilişkin hizmetler ve yardımcı işlere ilişkin hizmetler şeklinde ayrılarak, yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin ihaleyle gördürülmesi, Anayasanın 123. maddesindeki, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği kuralıyla bağdaşmamaktadır.

Kaldı ki Anayasanın 123. maddesinde idarenin bütünlüğü ve kanuniliği ilkesine yer verilmenin yanında 128. maddesinde, devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin; nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işleri kanunla düzenlenecek olan memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği kurallaştırılmıştır.

Kamu idarelerinin ana hizmet birimleri tarafından yürütülen görevler yanında bunları tamamlayarak bunlarla bütünlük oluşturan yardımcı işlere ilişkin danışma ve denetim ile yardımcı/destek hizmeti birimleri tarafından yürütülen görevler de memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından genel idare esaslarına göre yürütülmekle yükümlü olunan kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olmasına rağmen, memurlar ve diğer kamu görevlileri tarafından yürütülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin ihale ile özel hukuk hükümlerine tabi özel sektör kuruluşlarına gördürülecek olması ve üstelik ihale ile gördürülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin kanunla belirlenmek yerine Bakanlar Kurulu kararıyla belirlenecek olması, Anayasanın 128. maddesine aykırıdır.

Bakanlar Kurulunun yardımcı işlere ilişkin hizmetleri idareler itibariyle ayrı ayrı ve veya tümünü kapsar şekilde birlikte belirleme yetkisini; idarelerin

teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alarak yapacağı ileri sürülebilirse de yasadaki bu ölçütler, yukarıda Anayasa Mahkemesi, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı ve Karayolları Genel Müdürlüğü örneklerinde ortaya konmaya çalışıldığı üzere, istihdam edilen hizmet sınıfı, kadro/görev unvanı ve çalışılan birim bağlamında hukuksal belirsizliğe yol açmanın yanında yasayla düzenlemenin asgari şartlarını da taşımamaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde, yer verilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel unsurlarından biri "hukuki belirlilik"tir. Hukuki belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem 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 gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup normların öngörülebilir olmasını, kişilerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasanın 7. maddesinde ise yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında yasayla düzenleme ilkesinin, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesinin değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmış olmasının anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Kurallaştırma ise, düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade etmektedir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğundan, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütmenin takdirine bırakılmaması gerekir.

İptali istenen düzenlemede, ihale ile gördürülecek yardımcı işlere ilişkin hizmetleri belirlemede Bakanlar Kurulunun, idarelerin teşkilatı, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrasını dikkate alacak olması, istihdam edilen hizmet sınıfı, kadro/görev unvanı ve çalışılan hizmet birimleri ile işçilerin pozisyonları bağlamında hukuksal belirsizliği ortadan kaldırmadığı gibi, kamu idarelerinin tamamı göz önüne alındığında belirsiz hizmet sınıfları, belirsiz kadro/görev unvanları ve belirsiz hizmet birimleri ile belirsiz işçi pozisyonlarını kapsayabilecek bir alanı düzenleme yetkisinin, bu belirsizlikleri ortadan kaldıracak ilke ve ölçütler de getirilmeden Bakanlar Kuruluna verilmesi, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ile 7. maddesindeki yasama yetkisinin devredilmezliği ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrası (e) bendi (1) numaralı alt bendinin ikinci cümlesi, Anayasanın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 6552 sayılı Kanunun 13. Maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. Maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, "Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 13. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun

kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmelerinin; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülüp, sonuçlandırılacağı; toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödeneceği; ancak kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemeyeceği ve 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği kurallaştırılmaktadır.

Böylece, 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde fiyat farkı ödenip ödenmemesi hususu, işçi sendikası ile işveren sendikası arasında imzalanacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile işveren sendikasının yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından birisi tarafından imzalanması koşuluna bağlanmakta; kamu işveren sendikası tarafından yürütülüp sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilmemesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi hüküm altına alınmaktadır.

Anayasanın 51. maddesinde, çalışanlar ile işverenlerin önceden izin almaksızın sendika ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme hakkına sahip oldukları ve hiç kimsenin bir sendikaya üye olmaya veya üyelikten ayrılmaya zorlanamayacağı kuralları getirilmiş; 53. maddesinde ise işçilerle işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra toplu is sözleşmesinin nasıl yapılacağının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (h) bendinde Toplu İş Sözleşmesi, "İş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek

üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmeyi" şeklinde tanımlanmış ve 33 – 48. maddelerinde toplu iş sözleşmesinin genel esasları ile yapılmasının usul ve esasları düzenlenmiştir.

Anayasanın 53. maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılması gereken toplu iş sözleşmesinin; 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, fiyat farkı ödenmesi üzerinden alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmeye zorlanarak işçi sendikası ile alt işveren adına kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılacak olması ve bu zorlamanın yetkilendirmeme durumunda fiyat farkı ödenmemesi ile sonuçlanacak olması, Anayasanın 51. maddesinde güvence altına alınan sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmaz.

Anayasanın 10. Maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." Kuralına yer verilmiş; dördüncü fıkrasında, imtiyaz tanınması yasaklanmış ve beşinci fıkrasında ise Devlet organları ile idari makamların bütün işlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

Anayasanın 10. maddesinde kurallaştırılan "kanun önünde eşitlik ilkesi" ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, yüklenicilerin hukuksal durumları arasında herhangi bir fark yoktur. Anayasanın 53. maddesi ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümleri uyarınca işçi sendikası ile işveren sendikası

veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verilmesi, buna karşın Anayasa ve 6356 sayılı Kanuna göre yapılması durumunda fiyat farkı verilmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi boyutuna taşınarak hukuksal durumları aynı olan alt işverenler yanında hukuksal durumları aynı olan alt işveren işçileri arasında ayrımcılık yapılması, Anayasanın 10. maddesindeki "yasa önünde eşitlik ilkesi"ne aykırılık oluşturur.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin yedinci fıkrasında, "Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur." denilmektedir.

İptali istenen düzenlemede ise kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesinin yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği kurallaştırılmakta ve böylece asıl işverenin işçilere karşı 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasından kaynaklanan sorumluluğu ortadan kaldırılmaktadır. Daha açık deyişle, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin cezası, işçilere yüklenilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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 ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

İşçi sendikası ile yapılacak toplu sözleşmede alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesi ile sonuçlanması yani alt işverenin yaptığı/ yapmadığı eylem nedeniyle işçilerin yasal haklarının ortadan kalkması, adil ve hakkaniyete uygun olmadığı gibi kamu yararıyla da bağdaşmadığından Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

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." denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın 125. maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmektedir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin ve hukuk güvenliğini sağlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar. (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararı.)

İptali istenen düzenlemede mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını doğrudan yasaklayan bir kural olmamakla birlikte, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin fiyat farkı ödenmemesi yanında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla

sorumluluk yüklenememesi ile sonuçlanması dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Çünkü işçiler alt işverenden yasal haklarını alamadıklarında 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasına göre asıl işveren hakkında dava açamayacaklar; açsalar da asıl işveren sıfatından dolayı asıl işveren aleyhine ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği için yasal haklarına kavuşamayacaklardır. Bu itibarla iptali istenen düzenleme, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmadığından, Anayasanın 36. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 13. Maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. Maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, "Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez." Cümlesi; Anayasanın 2., 10., 36, ve 51. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3) 6552 sayılı Kanunun 15. Maddesiyle 6331 Sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenen (e) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

4857 sayılı İş Kanununun kapsamının dar ve sınırlı olması nedeniyle çalışanların önemli bir kısmının iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili mevzuatın kapsamı dışında kalması; Anayasanın 49. Maddesindeki kuralların hayata geçirilmesi; Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 Sayılı Sözleşmesinin 07.01.2004 tarihli ve 5038 sayılı Kanunla, İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 Sayılı Sözleşmesinin ise 07.01.2004 tarihli ve 5039 sayılı Kanunla onaylanması; Avrupa Birliğine tam üyelik için 3 Ekim 2005 tarihinde müzakerelere başlanması ve Avrupa Birliği (AB)'nin 1989 yılında kabul ettiği sınırlı istisna dışında bütün çalışanları kapsayan 89/391 EEC Çerçeve Direktifinin tam üyelik görüşmelerinde ön şart olarak ortaya konması nedenleriyle iş sağlığı ve güvenliği alanını düzenlemek amacıyla kapsamlı bir kanun tasarısı hazırlanmıştır. Tasarı ile Avrupa Birliğinin 12 Haziran 1989 tarihli ve 89/391/EEC sayılı Direktifinin mevzuatımıza kazandırılması yanında Anayasanın 49. maddesindeki kuralların hayata geçirilmesi, iş sağlığı ve güvenliği

alanında kabul ettiğimiz 155 ve 161 sayılı ILO Sözleşmelerine uygun "müstakil" bir kanuni düzenlemeye gidilmesi amaçlanmış ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu 20.6.2012 tarihinde 6331 sayıyla yasalaşmıştır.

Nitekim, Kanunun amacı; "işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek" şeklinde ortaya konulmuş ve kapsamı ILO'nun 155 ve 161 sayılı sözleşmeleri ile AB'nin sınırlı istisnası dışında bütün çalışanları kapsayan (işçi, memur, kamu görevlisi, gemiadamı, gazeteci, hakim, savcı gibi farklı statülere sahip kişileri "çalışan" olarak tanımlayan) 89/391 ECC sayılı Çerçeve Direktifiyle uyumlu belirlenmiştir.

Bu defa ise 6552 sayılı Kanunun 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendiyle, "Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri" İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun kapsamı dışına çıkarılmıştır.

Alt Komisyonda verilen bir önergeyle Tasarıya çerçeve 15. madde olarak eklenen maddenin gerekçesinde ise, "Tabi oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunması nedeniyle ve deniz ve hava taşımacılığının kendine özgü çalışma koşulları dikkate alınarak ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabetten olumsuz etkilenmemelerini teminen uluslararası denizyolu ve havayolu taşımacılığı yapan araçların seyrüsefer hallerini 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun … kapsamı dışında tutan bir düzenlemenin Tasarıya" eklenmesinin kararlaştırıldığı belirtilmiştir.

Bu ifadeye göre, "Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri"nin 6331 sayılı Kanundan istisna tutulmasının nedeni, uluslararası seyrüsefer hallerinde "tabi oldukları uluslararası sözleşmelerin" uygulanacak olması ve ayrıca ülkemiz armatörlerini iş sağlığı ve güvenliği kapsamında yapılacak harcamalardan muaf tutarak uluslararası rekabette maliyet avantajı sağlanması ile gerekçelendirilmiştir.

Uluslararası deniz taşımacılığı yapan araçların 6331 sayılı Kanuna tabi olmamasının gerekçesi seyir halinde bu araçların "tabi oldukları uluslararası

sözleşmeler" ise söz konusu sözleşmelerin neler olduğunun bilinmesine ihtiyaç vardır.

Türkiye'nin deniz hukukunu konu alan veya kapsamında deniz hukukuna ilişkin kurallar bulunan taraf olduğu uluslararası sözleşme ile anlaşmalar; Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Lozan Barış Anlaşması, Montreux Boğazlar Sözleşmesi, Denizde Arama ve Kurtarma Uluslararası Sözleşmesi 1979, Milletlerarası Denizde Can Emniyeti Sözleşmesi (Solas-1974), Gemiadamlarının Eğitimi, Belgelendirilmesi ve Vardiya Standartları Hakkında 1978 Uluslararası Sözleşmesi (STCW Sözleşmesi), Uluslararası Sağlık Tüzüğü 1985, Marpol Antlaşması, Barcelona Konvansiyonu, Cenazelerin Nakli Anlaşması, Ölülerin Nakline Dair Beynelmilel İtilafname, Avrupa Topluluğu ile Türkiye Cumhuriyeti Arasında Topluluğun Halk Sağlığı Alanındaki Eylem Programına (2003-2008) Türkiye'nin Katılımı Hakkındaki Mutabakat Zaptı'nın Onaylanması Hakkında Karar şeklindedir. Bu sözleşme ve anlaşmaların içinde denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hallerinde gemiadamlarının iş sağlığı ve güvenliğini konu alan veya ilgilendiren herhangi bir kural bulunmamaktadır.

Öte yandan, ILO'nun İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin 155 sayılı Sözleşmesi ile İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin 161 sayılı Sözleşmesi dışında denizyolu taşımacılığı yapan araçlar ve çalışanlarına ilişkin Türkiye tarafından onaylanan ILO Sözleşmeleri ile konuları ise şöyledir:

6 Ekim 1936 tarihli Ticaret Gemilerinde Çalışan Kaptanlar ve Gemi Zabitlerinin Mesleki Yeterliliklerinin Asgari İcaplarına İlişkin 53 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4906 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, ticaret gemilerinde çalışan kaptanlar, nöbetçi güverte ve makine zabitlerinin meslekî yeterliliklerinin asgarî gereklerini ortaya koymaktır.

6 Ekim 1936 tarihli Gemiadamlarının Hastalanması, Yaralanması ya da Ölümü Halinde Armatörün Sorumluluğuna İlişkin 55 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4942 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; seyrüsefer halinde bulunan gemilerde çalışanların hastalanması, yaralanması ve ölümünden armatörlerin sorumlu tutulması; tedavi ve bakım giderlerinin armatörlerce karşılanmasına ilişkindir.

22 Ekim 1936 tarihli Deniz İşlerinde Çalıştırılacak Çocukların Asgari Yaş Haddinin Tespiti Hakkında Sözleşme 25 Mayıs 1959 tarihli ve 7293 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; gemilerde onbeş yaşından küçük çocukların çalıştırılmamasına ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemilerde Mürettebat İçin İaşe ve Yemek Hizmetlerine İlişkin 68 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4943 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; ticarî amaçlı açık deniz gemisi mürettebatının iaşesinin ikmali ve yemek hizmetleri için uygun bir standardın geliştirilmesine ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemi Aşçılarının Mesleki Ehliyet Diplomalarına İlişkin 69 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4944 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; uluslararası seyrüsefer halindeki gemilerde mürettebatın yemeğini çıkaracak aşçıların yetkili makamdan mesleki ehliyet diploması alması gerektiğine ilişkindir.

6 Haziran 1946 tarihli Gemiadamlarının Sağlık Muayenesine İlişkin 73 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4908 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; ticari gemilerde çalışacak kişilerin duyma, görme ve güverte bölümünde çalışacak kişiler bakımından renk seçme yeteneklerinden hepsinin uygun olduğu ve denizdeki çalışmasından dolayı ağırlaşacak veya işe uygun olmayan bir duruma düşürecek veya gemideki diğer kimselerin sağlığını tehdit edecek herhangi bir hastalığı bulunmadığına ilişkin sağlık raporları olmaları gerektiğine ilişkindir.

8 Haziran 1949 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin 92 Sayılı Sözleşme 25.6.2003 tarihli ve 4907 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; üye ülkelerin ticari gemilerde çalışan mürettebatın barınmasıyla ilgili kamaralar, yemekhane ve dinlenme salonları, havalandırma, ısıtma, aydınlatma ve temizleme yerlerinin asgari şartlarına ilişkin olarak Sözleşmenin II, III ve IV. Bölümlerinde yer alan hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak yasa ve yönetmelikleri hazırlamayı kabul etmelerine ilişkindir.

29 Nisan 1958 tarihli Gemiadamlarının Ulusal Kimlik Kartlarına İlişkin 108 sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4939 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, ticari gemilerde çalışan mürettebata uluslararası geçerliliği olacak gemiadamı kimliği verilmesinin şartlarına ilişkindir.

14 Ekim 1970 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin (İlave Hükümler) 133 Sayılı Sözleşme 22 Ekim 2003 tarihli ve 4973 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; modern gemilerin yapımı ve işletmelerinin hızlı değişen özellikleri karşısında 92 sayılı Sözleşmede yer alan mürettebatın barınması konusunda yeni iyileştirmeler yapılmasına ilişkindir.

14 Ekim 1970 tarihli İş Kazalarının Önlenmesine (Gemiadamları) İlişkin 134 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4935 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Gemiadamlarının işle ilgili olarak ya da iş sırasında maruz kaldıkları kazalar bağlamında ILO'nun işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin temel sözleşmesidir.

Sözleşmenin 4. maddesinde;

"- İş kazalarının önlenmesine ilişkin kurallar yasalarda veya tüzüklerde, uygulama talimatlarında ya da başka uygun belgelerde konur.

- Bu hükümler, gemi adamlarının çalışmasına uygulanabilecek olan işte kazaların önlenmesi ve sağlığın korunması ile ilgili tüm genel kurallara atıfta bulunur ve denizcilik işlerine özgü kazaların önlenmesi için alınacak önlemleri belirler.

- Bu hükümler özellikle aşağıdaki konulara ilişkin olur:

a. Genel ve temel hükümler;

b. Gemilerin yapısal özellikleri;

c. Makineler;

d. Güvertede veya altında alınacak özel önlemler;

e. Yükleme ve boşaltma teçhizatı;

f. Yangınların önlenmesi ve söndürülmesi;

g. Çapalar, zincirler ve kablolar;

h.Tehlikeli yükler ve safra

i. Denizcilerin şahsi koruyucu donanımı."

Denilerek üye devletler hukuksal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü altına sokulurken;

Sözleşmenin üye devletlerce uygulanmasına ilişkin olarak 6. maddesinde,

"- 4. maddede belirtilen hükümlerin, yeterli teftiş ya da yöntemlerle uygulanmasını sağlamak üzere uygun tedbirler alınır.

- 4. maddede öngörülen hükümlere uyulmasını sağlamak üzere gerekli tedbirler alınır.

- Denetim ve uygulamalardan sorumlu makamların denizcilikle ilgili işlere ve uygulamalara aşina olmalarını sağlayacak gerekli tüm önlemler alınır.

- Uygulanmayı kolaylaştırmak amacıyla, ilgili hükümlerin metni ya da özeti, örneğin gemide belirgin bir yere asılmak suretiyle gemicilerin dikkatine sunulur."

Denilmiştir.

13 Ekim 1976 tarihli Gemiadamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin 146 Sayılı Sözleşme 17.7.2003 tarihli ve 4940 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu, gemiadamlarının yıllık ücretli izinlerine ilişkindir ve sözleşme hükümlerinin ulusal yasa ya da tüzükler marifetiyle yürürlüğe konulması öngörülmüştür.

24 Eylül 1982 tarihli Gemiadamlarının Sağlığının Korunması ve Tıbbi Bakımına İlişkin 164 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4945 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; üye ülkelerin gemi adamlarına, gemilerde koruyucu sağlık

ve tıbbi bakım olanakları sağlayan önlemleri almasına ilişkindir ve Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulmasının ulusal mevzuat, toplu sözleşmeler, işyeri yönetmelikleri, hakem kararları, mahkeme kararları veya ulusal koşullara uygun diğer vasıtalarla sağlanacağı belirtilmiştir.

24 Eylül 1987 tarihli Gemiadamlarının Ülkelerine Geri Gönderilmesine İlişkin 166 Sayılı Sözleşme 15.7.2003 tarihli ve 4941 sayılı Kanunla onaylanmıştır. Konusu; denizaşırı ticari taşıma yapan gemilerde çalışan gemiadamlarının ülkesine gönderilme haklarına ilişkindir.

Yukarıdaki sözleşmelerde gemilerde çalışanlara (gemiadamlarına) ilişkin kurallar bulunmasına ve hatta 8 Haziran 1949 tarihli Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin 92 Sayılı Sözleşme ile 14 Ekim 1970 tarihli İş Kazalarının Önlenmesine (Gemiadamları) İlişkin 134 Sayılı Sözleşme doğrudan uluslararası seyrüsefer yapan ticari gemilerde çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kurallar taşımasına rağmen; buradaki kurallar genel çerçeve ve ilkeleri ortaya koyan ve sözleşmeleri imzalayarak taraf olan ülkeleri, sözleşmelerdeki kuralları ulusal mevzuatlarına kazandırmaları için yükümlülük altına sokan niteliktedir.

Bu bağlamda, ILO'nun 155 ve 161 sayılı sözleşmeleri tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliği, özellikle 92 ve 134 sayılı sözleşmeleri ise gemiadamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin genel çerçeve ve ilkesel kuralları ortaya koyan uluslararası sözleşmelerdir ve doğrudan uygulanabilirliği olmayan bu sözleşmelerin işlevi bunları imzalayarak sözleşmeye taraf olan devletleri mevzuatlarında sözleşmelerin öngördüğü gerekli düzenlemeyi yapma yükümlülüğü altına sokmasıdır. Kaldı ki, "Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri"nde gemiadamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uluslararası sözleşmeleri imzalayan ülkeleri yüklenim altına sokmanın dışında fiilen uygulanabilirliği olan uluslararası sözleşmeler olmamakla birlikte, olduğu ileri sürülse dahi, sözleşmelerde yer alan iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin kuralların ticari gemiler düzeyinde uygulanmasını sağlayan, denetleyen, uygulanmaması halinde yaptırım uygulayan uluslararası bir kuruluş da bulunmamaktadır.

Öte yandan uluslararası taşımacılık yapan gemiler büyük tonajlı gemilerdir. Bunlar yakın zamanlara kadar sadece deniz yoluyla yolcu ve yük taşınmasında

kullanılırken; günümüz teknolojisi, bunları taşımacılığın yanında yüzer üretim tesislerine de dönüştürmüş bulunmaktadır. Günümüzde bu gemilerden bazıları kalkış limanından yükledikleri hammaddeyi seyir halinde işleyerek varış limanına işlenmiş/mamul madde olarak teslim eder hale getirilmişlerdir. Dolayısıyla deniz yoluyla uluslararası taşımacılık yapan deniz araçlarında diğerleri yanında sadece petrol ve türevleri ile likit gaz gibi tehlikeli maddeler taşınmasına ek olarak bu araçlarda seyir halinde üretim faaliyetinde de bulunulmaktadır. Bu araçların seyrüsefer halinde İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamı dışına çıkarılması, söz konusu üretim faaliyetlerinin de kapsam dışına çıkarılması sonucunu doğurmaktadır.

Bu itibarla, gerekçede ileri sürülen "Tabi oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunması" ifadesinin uluslararası sözleşmeler ve uygulayıcı kuruluşlar bağlamında gerçekliği ve geçerliliği bulunmamakta; "Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri"nin İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu kapsamından çıkarılması, gerekçede "ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabetten olumsuz etkilenmemelerini teminen" şeklinde ifade edildiği üzere, deniz yoluyla uluslararası taşımacılık yapan ülkemiz armatörlerini 6331 sayılı Kanuna göre yapmak zorunda oldukları iş sağlığı ve güvenliğini sağlamaya yönelik önlem ve harcamalardan muaf tutarak çalışanların iş sağlığı ve güvenliklerine ilişkin asgari şartların yerine getirilmemesi ve dolayısıyla bunların iş kazaları ve meslek hastalıkları riskiyle karşı karşıya bırakılması üzerinden maliyet üstünlüğü sağlamayı amaçlamaktadır.

Anayasanın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah ve huzurunu sağlamak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış; 49. maddesinin ikinci fıkrasında, "Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır." denilmiş; 56. maddesinin üçüncü fıkrasında ise herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak Devlete görev olarak verilmiştir. Uluslararası seyrüsefer yapan deniz araçlarında çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin, bir maliyet unsuru olarak değerlendirilerek uluslararası rekabeti sağlamanın alt bileşeni haline getirilmesi ve uluslararası deniz taşımacılığı yapan iş adamlarının daha fazla kazanç elde etmeleri için insan hayatının hiçe sayılarak çalışanların iş kazaları ve meslek hastalıklarıyla karşı karşıya bırakılması, Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı gibi çalışanları korumak ve

herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevleriyle uyuşmadığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 5., 49. ve 56. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, Anayasanın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas olduğu kurallaştırılmıştır.

1948 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 23. maddesinin (1) nolu fıkrasında, "Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır." denilirken; 1976 Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Antlaşması'nın 7. maddesinde, "Bu Sözleşme'ye taraf Devletler, herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanmak hakkını kabul ederler. Bu hak özellikle (…) Güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarını güvence altına alır;" denilmiş; ILO'nun 155 sayılı Sözleşmesinde, Sözleşmenin bütün ekonomik faaliyet kollarına uygulanacağı, ekonomik faaliyet kolları teriminin, kamu hizmetleri de dahil olmak üzere çalışanların bulunduğu bütün kolları kapsadığı, çalışanlar teriminin, kamu çalışanları da dahil olmak üzere istihdam edilen bütün kişileri kapsadığı belirtilmiş; 161 sayılı Sözleşmesinde, bütün ekonomik faaliyet dallarında ve tüm işletmelerde, kamu sektörü ve üretim kooperatifleri üyelerini de kapsayacak şekilde, tüm çalışanlar için, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sürekli bir şekilde geliştirilmesinin üstlenilmesi gerektiği hususu vurgulanmış; 92 Sayılı Sözleşmesinde, üye ülkelerin ticari gemilerde çalışan mürettebatın barınmasıyla ilgili kamaralar, yemekhane ve dinlenme salonları ile havalandırma, ısıtma, aydınlatma ve temizleme yerlerinin asgari şartlarına ilişkin olarak Sözleşmenin II, III ve IV. Bölümlerinde yer alan hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak yasa ve yönetmelikleri hazırlamayı kabul edecekleri belirtilmiş; 134 Sayılı Sözleşmesinde ise iş kazalarının önlenmesine ilişkin kuralların yasalarda veya tüzüklerde, uygulama talimatlarında ya da başka uygun belgelerde konulacağına yer verilmiştir.

Türkiye, yukarıda sıralanan uluslararası andlaşmaların tamamını onaylayarak usulüne göre yürürlüğe koymuştur. Yaşam hakkı ile iş güvenliği ve sağlığı hakkının temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunda da şüphe yoktur.

Bu itibarla, "Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri"ni 6331 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkararak çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını, uluslararası ticari rekabetin alt bileşeni haline getiren, ticari karlılığı sağlamak için bir maliyet unsuru olarak gören ve böylece uluslararası deniz yolu taşımacılığı yapan girişimcilerin şahsi kazançları uğruna çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını korumasız ve güvencesiz bırakan iptali istenen düzenleme, usulüne göre yürürlüğe konulmuş yukarıda sıralı uluslararası sözleşmelerle bağdaşmadığından, Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendi, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 6552 Sayılı Kanunun 20. Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 20. maddesiyle, 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "yüzde üçünün" ibareleri "yüzde birinin"; 43. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yüzde üçünden" ibaresi "yüzde birinden", dördüncü fıkrasında yer alan "yüzde üçünü" ibaresi ise "yüzde birini" olarak değiştirilmiştir.

Mülga 5018, 224 ve 275 sayılı Kanunlarda yer almayan işkolu barajı şartı ilk kez 1983 tarihli 2822 sayılı Kanun ile sendika mevzuatına eklenmiştir. Milli Güvenlik Konseyi dönemi sırasında çıkarılan 2822 sayılı Kanunun getirdiği yüzde 10 işkolu barajının Anayasaya aykırılığı dahi öne sürülememiş; hiçbir demokratik toplumda var olmayan bu koşul Türkiye'de sendikal örgütlenme ve toplu pazarlık haklarının kullanılmasını ciddi anlamda sınırlamıştır. İşkolu barajı şartı nedeniyle belli sayıda sendika toplu iş sözleşmesi imzalayabilmiş; sendika çokluğu ve serbestisi ilkeleri fiilen yaşama geçirilememiş; işkolu barajı şartı sendikaların 1990'lı yıllarda üye kaybetmeye başladığı sırada daha da ağır ve yıkıcı etkilerde bulunmuş; Türkiye'de toplu iş sözleşmesinden yararlanabilen işçi sayısı ve sendikalaşma oranı 1990'lı yıllardan bugüne kadar hızla gerileyerek 1980 Müdahalesinden önceki rakamın yarısına kadar düşmüştür.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın istatistiklerine göre, kayıtlı işçi sayısı ile toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısı dikkate alındığında, 1988 yılında 3 milyon 418 bin 965 olan kayıtlı işçi sayısının 2014 yılına gelindiğinde 12 milyon 287 bin 238'e yükseldiği ancak aynı dönemde toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçi sayısının 1 milyon 591 bin 360'tan, 800 bin'e düştüğü; dolayısıyla toplu sözleşmeden yararlanma bakımından sendikalaşma oranının yüzde 46,5'ten yüzde 9,7'e düştüğü görülmektedir. Türkiye'de kayıtlı her 100 işçiden yalnızca 9,7'si toplu sözleşme hakkından yararlanabilmekte, özel sektörde bu rakam yüzde 3.5'e kadar düşmektedir.

Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere OECD ülkeleri arasında en düşük sendikalaşma oranına sahip olan ve sendikalaşma oranının en hızlı düştüğü ülke Türkiye'dir.

Tablo: OECD Ülkelerinde Sendikalaşma, Yüzde (2002-2011)[1]

	2000	2010/2011	Değişim
Türkiye	9.5	5.9	-38
ABD	12.8	11.3	-11
Meksika	13.9	13.2	-5
Şili	13.3	15.0	12
İspanya	16.0	15.9	-1
Hollanda	21.0	18.2	-13
Almanya	23.5	18.5	-21
Japonya	20.3	19.0	-6
Yeni Zelanda	22.2	20.8	-6
İngiltere	29.3	25.8	-12
Avusturya	35.2	28.1	-20
Kanada	30.3	28.8	-5

1 http://t24.com.tr/yazi/akpnin-10-yilinda-sendikalasma-yuzde-38-geriledi/5835

İtalya	*33.8*	*35.1*	*4*
İrlanda	*36.1*	*35.6*	*-2*
Belçika	*50.9*	*52.0*	*2*
Norveç	*54.5*	*54.6*	*0*
İsveç	*77.3*	*67.7*	*-12*
Danimarka	*73.2*	*68.8*	*-6*
Finlandiya	*73.5*	*70.0*	*-5*
OECD Ortalaması	*19.6*	*17.5*	*-11*

Yukarıdaki tablolar ışığında 2822 sayılı Kanunda yer alan işkolu ve işyeri/ işletme barajlarının Anayasanın 51. maddesi ile güvence altına alınan sendika kurma ve üye olma hakkı ile Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkını ağır bir biçimde sınırlandırdığı söylenebilir. Dolayısıyla sendika seçme ve toplu iş sözleşme hakkının tam anlamıyla yaşama geçirilebilmesi işçilerin Anayasanın 51 ve 53. maddeleri ile güvence altına alınmış sendika seçme ve toplu iş sözleşme hakkından gerçek anlamda yararlanabilmesi Uluslararası Çalışma Örgütü'nün de uyarıları doğrultusunda işyeri barajı ile işkolu/işletme barajının tümüyle kaldırılması gerekmekteydi.

Hal böyleyken 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrası ile işkolu barajı yüzde 3 olarak düzenlenmiş yalnızca bu barajı aşan sendikalara toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi tanınmıştır. Rakamsal olarak yüzde 3 oranı yüzde 10 oranından daha düşük olsa da fiiliyatta işkolu barajı düşürülmemiş hali hazırda toplu iş sözleşmesi yapabilen sendika sayısını yarıya düşürme riski bulunan bir baraj sistemi öngörülmüştür. 6552 Sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile söz konusu yüzde 3 oranı da yüzde 1'e düşürülmüştür. Ancak, bu düzenleme de Anayasanın 53. maddesinde belirtilen hükme ilişkin aykırılığı gidermemiştir.

Şöyle ki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından en son yayımlanan 2009 yılı Temmuz istatistiğine kadar Bakanlığın kayıtlarına göre işçi ve sendikaların üye sayıları yayımlanmıştır. Bakanlığın kayıtlarında her bir iş kolundaki işçi sayısı daha düşük görünürken sendikaların üye sayıları çeşitli yargı kararları gereği sendikaların bildirimleri esas alınarak yayımlanmış çeşitli nedenlerle sendika

üyeliği düşen işçiler sendika üyesi görünmeye devam etmiş dolayısıyla birkaçı dışında hiç biri yüzde 10 barajının üzerinde olmayan 50 sendika kağıt üzerinde barajın üstünde görünerek toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini sürdürmüştür. Dolayısıyla yüzde 10 barajı, barajın üzerine çıkmayı başarmış sendikalar için adeta fiilen uygulanmamış yargı kararları uyarınca sendikaların bildirimlerini ve Bakanlık kayıtlarını esas alan sistem neticesinde 50 sendika toplu sözleşme yapma yetkisini koruyabilmiştir. Bununla birlikte son dönemde kurulan hiçbir sendikalar yüzde 10 barajını aşamamış yüzde 10 barajı sendika çokluğu ve çok sayıda sendikanın tolu sözleşme yetkisi kullanmasını engellemiştir. Özetle sonuç olarak yukarıda belirten nedenlerle yüzde 10 barajı fiiliyatta kısmen uygulanmış ancak bu kısmi uygulama dahi ağır ve yıkıcı sonuçlara yol açmıştır.

28.01.2010 tarih 5951 sayılı Yasa ile mülga 2822 sayılı Kanunun 12. maddesinin üçüncü fıkrasına şu cümle eklenmiştir: "Bakanlık; yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde, 1/8/2010 tarihinden itibaren kendisine gönderilen üyelik ve istifa bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimlerini esas alır. Bu tarihe kadar Bakanlıkça yayımlanmış bulunan en son işçi ve iye istatistikleri geçerlidir."

Bu düzenleme ile Bakanlık kayıtlarının değil SGK kayıtlarının esas alınacak olması nedeniyle gerçek işkollarında çalışan işçi sayısı ve sendikaların gerçek üye sayılarının ortaya çıkacak olması ve birkaçı haricinde tüm sendikaların yüzde 10 işkolu barajının altında kalacak olması nedeniyle 2009 Temmuz istatistiklerinden sonra Bakanlık bir daha istatistik yayımlamamış geçici yasal düzenlemeler yapılarak 2009 Temmuz istatistiklerinin esas alınması öngörmüştür. 6356 sayılı Kanunun 41.maddesinin 7.fıkrası ile de istatistiklerin düzenlenmesinde Bakanlığa gönderilen bildirimler ile Sosyal Güvenlik Kurumuna yapılan işçi bildirimleri esas alınmaya başlamıştır.

2013 yılının Ocak ayında yayımlanan işkolu istatistiğine göre işkollarında çalışan gerçek işçi sayıları ile sendikaların gerçek üye sayıları belirlenmiştir. Bu düzenleme ile 6356 Sayılı Yasa öncesinde son yayımlanan 2009 Temmuz istatistiğine göre yüzde 10 barajının üzerinde görünen bazı sendikalar yüzde 1 barajının dahi altında kalmıştır. Hal böyleyken 6356 sayılı Yasa ile yüzde 10 işkolu barajı ile yüzde 3 işkolu barajını yalnızca rakamsal olarak kıyaslayarak

işkolu barajının düşürüldüğü ve Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkının geliştirildiği sonucuna varmak mümkün değildir. Yine 11 Eylül 2014 tarihinde yayımlanan 6552 Sayılı Yasa'nın 20. maddesi ile getirilen düzenlemenin de bu aykırılığı giderdiğini de söylemek mümkün değildir.

Yapılan bu düzenlemeye göre

Son yayımlanan 2009 Temmuz istatistiğine göre halihazırda barajın üstüne gözüken ve toplu sözleşme yapabilen sendikalar bakımından, yüzde 1 barajı en az 5 sendikanın, işkolu barajının altıda kalmasına neden olmuştur.

Mülga 2822 sayılı Kanun döneminde toplu iş sözleşmesi yapabilen Türk-İş'e bağlı 2 sendika DİSK'e bağlı 3 sendika baraj altı kalmıştır.

Sendikaların baraj altı kalması ile birlikte onbinlerce işçi sendikaya üye olsa bile toplu sözleşme hakkından yararlanamayacaktır.

Bu düzenleme ile Türkiye'de zaten son derece sınırlı olan toplu pazarlıktan yararlanma düzeyi daha da geriye götürebilecek 6552 sayılı Kanunun 20. maddesinde yapılan düzenleme ile değiştirilen 6356 sayılı Kanunun ilgili maddelerinde yapılan değişiklikler, düzenlemeleri Anayasanın 51 ve 53. maddeleri ile güvence altına alınmış olan sendikalaşma ve toplu pazarlık haklarını ve bu hakların kullanımı daha da sınırlayacaktır.

Örneğin, Türkiye'de hizmetler sektörünün hızla gelişmesi ile birlikte, "Ticaret, Büro, Eğitim ve Güzel Sanatlar" işkolu da inanılmaz bir hızla büyümüş ve Türkiye'nin en büyük işkolu haline gelmiştir. SGK verilerine göre bu işkolunda çalışan işçi sayısı 2 milyon 600 bini bulmuştur. 2009 verisine göre ise işkolundaki işçi sayısı, 436 bin 794'tür. Dolayısıyla, yeni istatistikle işkolundaki işçi sayısı bir anda yaklaşık 5 katına çıkmıştır. Ancak bu işkoluna da 6552 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme ile yüzde bir barajı uygulanacaktır. Bu işkolunda faaliyet gösteren ve hali hazırda yetkili olan DİSK'e bağlı Sosyal-İş Sendikası bu işkolunda yüzde 1 barajına ulaşmadığı için baraj altında kalmıştır.

Ayrıca belirtmek gerekir ki 6356 sayılı Kanunla işkolları sayısı 28'den 20'ye düşürülmüş; gıda ve şeker işkolları 2 no'lu gıda sanayi işkolunda; deri ve tekstil

işkolları, 5 no'lu dokuma hazır giyim ve deri işkolunda; ağaç ve kağıt işkolları 6 no'lu ağaç ve kağıt işkolunda basın ve gazetecilik işkolları 8 no'lu basın, yayın ve gazetecilik işkolunda; kara taşımacılığı, hava taşımacılığı ve demiryolu taşımacılığı işkolları 15 no'lu taşımacılık işkolunda; gemi yapımı, deniz taşımacılığı ve ardiye ve antrepoculuk işkolları 16 no'lu gemi yapımı ve deniz taşımacılığı, ardiye ve antrepoculuk işkolunda birleştirilmiştir.

Birleştirilen işkollarında faaliyet gösteren sendikalarda da yüzde bir işkolu barajı uygulanmaktadır. Bu sendikaların 6356 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 7 Kasım 2012 tarihine kadar işkolunda yer almadığı için üye kaydedemediği yüz binlerce işçi, işkollarının birleştirilmesi nedeni ile 2013 Ocak ayında yayımlanan istatistiklerde bu sendikaların işkollarında çalışan işçi sayısına dahil edilmiştir. Bu da bu sendikaların Kanun değişikliğinden daha da fazla etkilenmesine neden olmaktadır.

Örneğin birleştirmeden önce deri işkolunda işçi sayısı 45 bin civarındaydı. Bu işkolunun tekstil işkolu ile birleştirilmesi sonrası yeni işkolunun işçi sayısı 850 bin civarına çıktı. Deri işkolunun yüzde 10'u 4 bin 500 iken, yeni işkolunun yüzde 1'i bile 8 bin 500'e denk gelmektedir. Bir başka deyişle 6552 sayılı Yasa ile yüzde 10 barajı yüzde 1'e ve düşmüş gibi görünse de birleştirme neticesinde işkolu barajı bir anda yüzde 20'ye yükseldi. Böylece demokrasinin askıya alındığı koşullarda yasama yetkisini zor yoluyla kullananların getirdiği ve Anayasaya aykırılığı dahi öne sürülemeyen yüzde 10 barajı, özellikle birleştirilen işkolları bakımından 6356 sayılı yasa ile daha da yükseltildi. Bu aykırılık ne yazık ki 6552 Sayılı Yasa ile de giderilememiştir. Sonuç olarak üye dahi kaydetmesi mümkün olmayan yüz binlerce işçinin işkollarına eklenmesi nedeniyle en az 5 sendikanın baraj altında kalmasına neden olan bu düzenleme, adalet ve hakkaniyet duygusuyla bağdaşmadığından hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen demokratik toplum düzeni ve ölçülülük ilkesiyle de bağdaşmamakta ve Anayasanın 53. maddesi ile güvence altına alınan toplu pazarlık hakkını fiilen yok etmektedir.

6356 sayılı Kanunun işkolu barajını düzenleyen ilgili maddeleri ILO'nun 98 sayılı sözleşmesi başta olmak üzere Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere aykırıdır.

Türkiye'de 12 Eylül darbesi ile birlikte yürürlüğe konulan 2821 ve 2822 Sayılı Yasalar, yıllardır ILO tarafından ILO sözleşmeleri ile tavsiye kararlarına aykırı olması nedeniyle eleştirilmiş, Hükümetlerden ILO sözleşmeleri, tavsiyeleri ve standartlarına uygun yeni bir sendikal mevzuatın yürürlüğe konulması talep edilmiştir.

ILO'nun toplu pazarlık hakkı ile sendikaların toplu pazarlık yapabilmek için temsil hakkı edinmesine ilişkin görüşlerinin esasını 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi'nin 4. maddesini oluşturmaktadır.

Maddeye göre; "Çalışma şartlarını toplu pazarlıkla düzenlemek üzere işverenler veya işveren örgütleriyle işçi örgütleri arasında ihtiyari pazarlık mekanizmasından faydalanılmasını ve bu mekanizmanın tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve desteklemek için gereği halinde milli şartlara uygun önlemler alınacaktır."

Bu bağlamda Türkiye'de sendikaların toplu pazarlık için temsil yetkisine sahip olabilmesi koşullarını düzenleyen 2822 Sayılı Kanun'un 12. maddesinde yer alan yüzde 10'luk işkolu barajı ile yüzde 50'lik işyeri/işletme barajı, ILO Sözleşmelerin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Konusunda ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi tarafından ILO Konferansı'na sunulan raporlarda/gözlemlerde ve ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'nin raporlarında eleştirilmiş, defalarca hükümetlere bu ikili barajın tümüyle kaldırılması çağrısında bulunulmuştur. ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi 1989, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2009, 2011 yıllarına ait raporlarında/gözlemlerinde, ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'nin 1987, 1988, 1989, 1991, 1993, 1994, 1995, 1996 ve 2000 yıllarına ait raporlarında/gözlemlerinde, ikili barajın toplu pazarlık hakkını kısıtladığı vurgulanmış, toplu pazarlık için aranan iki koşulun da kaldırılması ve hükümet tarafından gerekli önlemlerin alınması talep edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümetleri tarafından defalarca gerek ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'ne gerek ILO Standartların Uygulanması Hakkında Konferans Komitesi'ne, ILO

sözleşmeleri ile uyumlu bir mevzuatın hazırlanıp, yasalaştırılacağı taahhüt edilmiş olup, ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'nin 2009 tarihli raporu incelendiğinde görüleceği üzere AKP hükümeti son olarak 2009 yılında ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi'ne hazırlanan tasarının yasalaşması ile birlikte işkolu barajının kaldırılacağı ve ILO Sözleşmeleri'ne uyum sağlanacağı taahhüdünü vermiş, 2011 yılında ise sosyal taraflarla mutabakat arandığını bildirmiştir.

ILO Sözleşmelerinin ve Tavsiye Kararlarının Uygulanması Uzmanlar Komitesi ile ILO Aplikasyon Komitesi'nin raporlarının açıkça gösterdiği üzere, ILO, hükümetten, Sözleşmenin 4. maddesine uyumlu biçimde, ihtiyari toplu pazarlık mekanizmasının geliştirilmesi ve bu mekanizmadan yararlanılmasını teşvik etmek ve desteklemek amacıyla sağlanacak ilerlemeyi bildirmesini talep etmiştir.

ILO denetim organlarının ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine uyum sağlanması bakımından 20 yılı aşkın süredir yaptığı işkolu ile işyeri/işletme barajının tümüyle kaldırılması çağrısı ve uyarısına rağmen 6356 sayılı Kanun ile getirilen yüzde 3 işkolu barajı ile bunu yüzde bire düşüren 6552 Sayılı Kanunda yapılan değişiklik de ILO'nun 98 sayılı sözleşmesine aykırı olduğu gibi Anayasanın 90. maddesine de aykırıdır. Ayrıca sendikal haklarda evrensel normları, bir başka deyişle demokratik toplum düzeninin evrensel ve çağdaş ölçütlerini belirleyen ILO sözleşmeleri ve tavsiye kararlarına aykırı olan söz konusu düzenlemeler Anayasanın 13. maddesinde belirtilen demokratik toplum düzeni ilkesi gereği Anayasaya da aykırıdır.

Yine, Anayasa Mahkemesinin 19.10.1972 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan E.1970/48, K. 1972/3 sayılı kararı işkolu barajı bakımından emsal teşkil etmektedir. 274 sayılı Yasada 1317 Sayılı Yasa ile değişiklik yapılmış bir işçi sendikasının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3'ünü üye yazmış olması şartı getirilmiş benzer biçimde federasyon ve konfederasyonlar için de 1/3 çoğunluk koşulu öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi, yapılan başvuru üzerine, 274 sayılı Yasada 1317 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikleri Anayasaya uygunluk bakımından incelemiş; bu çerçevede 1/3 çoğunluk koşulunu aşağıda belirtilen gerekçeler ile Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir:

"6- 274 sayılı Yasanın 1317 sayılı Yasa ile değişik 9 uncu maddesinin 2 sayılı bendinin a, b, c fıkralarında öngörülen en az 1/3 çoğunluk koşullarının Anayasaya aykırılığı sorunu:

Burada sorunun anlaşılabilmesi için önce dâva konusu kuralların kısaca açıklanması zorunludur. 274 sayılı Yasanın 9 uncu maddesi (Sendika, federasyon ve konfederasyonların kuruluş şartları) başlığını taşımaktadır. Bu maddenin l sayılı bendinde işçi sendikalarının aynı işyerinde ya da aynı işkolundaki işyerlerinde çalışan işçiler arasında veya birbirleri ile ilgili işkollarında çalışan işçiler arasında kurulacağı bildirilmektedir. 2 sayılı bendinin (a) fıkrasında bir işçi sendikasının Türkiye çapında çalışabilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye yazmış olması öngörülmektedir. Anılan 2 sayılı bendin (b) fıkrasında işçi federasyonlarının aynı işkolunda kurulmuş sendikalardan en az ikisinin bir araya gelmeleri ve o işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü bir araya getirmesi koşulları ile, (c) fıkrasında ise işçi konfederasyonlarının a ve b fıkralarına göre sendika ve federasyonlardan en az 1/3 ünü ve Türkiye'deki sendikalı işçilerin de yine en az 1/3 ünü üve olarak bir araya getirmesi koşulları altında kurulabileceği kurala bağlanmıştır.

Davada anılan kurallarda öngörülen 1/3 sınırlandırmaların sendika ve sendika birlikleri kurma özgürlüğünün özüne dokunduğu, onun için de Anayasaya aykırı bulundukları ve bu bakımdan iptalleri gerektiği ileri sürülmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere 9 uncu maddenin 2 sayılı bendinin (a) fıkrası kuralı ilk bakışta sendikanın kurulmasına ilişkin bir kural olmayıp işçi sendikasının Türkiye çapında görev yapabilmesi için konulmuş bir kuraldır. Bu kurala göre belli işkolunda çalışan sigortalı işçilerin en az 1/3 ünü üye olarak kendisinde toplamış bulunmayan bir işkolu işçi sendikasının Türkiye çapında çalışmalar yapabilmesi yasaklanmaktadır. Demek ki, yazılışı bakımından yorumu yapılacak olursa, kuralın sendikaların kuruluşunu değil, yalnızca çalışma alanlarını sınırlandırmakta olduğu görülmektedir. Ancak her kuruluşun ereği, o kuruluşun gelişmesi ve çalışması olduğundan, işçi sendikasının çalışma alanı için konulan bu sınırlandırma, ister istemez, onun kuruluşunu da etkilemektedir; gerçekten çalışma alanı kuruluşundan önce sınırlandırılmış bulunan bir işkolu işçi sendikası, daha kurulurken gelişemez durumda ortaya çıkmış bir sendika

niteliğindedir ve çalışması belli alanla sınırlı bulunan bir işkolu sendikasının genişlemesi olanağı yoktur; çünkü onun çalışmaları belli alan içinde sıkışıp kalacaktır ve daha başka alanlarda sendika çalışmaları yaparak yeni yeni üyeler kazanması ve gitgide büyüyerek Türkiye çapında çalışan ve etkili bulunan bir sendika durumuna gelmesi düşünülemez. Demek ki işkolu işçi sendikalarının çalışma alanı için konulan bu sınırlandırma sonuçta onların kuruluşunu iyice etkilemekte ve onları ölü doğmuş duruma sokmaktadır. Başka deyimle bir sendika kurulduğu anda o işkolundaki sigortalı işçilerin 1/3 ünü üye yazamıyacağından, ancak kurulduktan sonraki çalışmaları ile kendisini beğendirip üye sayısını artırabileceğinden, Türkiye çapında çalışma olanağı sağlanmayan sendika, Yasanın aradığı 1/3 sigortalı işçi sayısını üye yazma koşulunu gerçekleştiremiyecektir ve böylece tartışma konusu koşul yüzünden, Türkiye çapında çalışan sendikalar kurulması önlenmiş olacaktır.

Bir temel hakkın kullanılması olanağını kaldıran veya bu hakkın kullanılmasını olağanüstü güçleştiren sınırlandırmalar, Anayasanın değişik 11 inci maddesi uyarınca o hakkın özüne dokunuyor demektir; bundan ötürü buradaki kural, sendikaların serbestçe kurulması özgürlüğünü tanıyan Anayasanın 46 ncı maddesine aykırıdır ve bu bakımdan iptali gerekir.

Türkiye çapında sendika kurma olanaksızlığı, bugün kurulmuş olan Türkiye çapındaki sendikalar yararına bir tekel yaratma sonucunu dogurur ki bu da Anayasamızın temel kurallarından bulunan batı uygarlığına dayanan demokrasiye bağlı devlet ilkesine, başka deyimle Anayasanın başlangıç kuralları ile 2 nci ve 153 ünci maddeleri kurallarına aykırıdır. Çünkü sendika kurma özgürlüğü bir yandan demokrasiye dayalı düzeni oluşturan kişiliğe bağlı hak ve ödevlerdendir. Öte yandan da toplumsal yaşantıyı çağdaş uygarlık düzeyine eriştirme amacını güden sosyal ve iktisadi hak ve ödevlerdendir. Bunların yerine getirilmesinde gözönünde tutulacak başlıca temel ilkeler Anayasanın 10., 11 ve 12. maddelerinde gösterilmiştir. Eşit kullanılmayan, kişilere ve kamuya huzur ve adaletli bir düzen sağlamayan sendika özgürlüğünün çağdaş uygarlık düzeyi ile ve hele batı uygarlığınca benimsenen demokrasi anlayışı ile bağdaşması olanak dışıdır. Toplum yararına olan özgür girişimlerde, bu arada sendika alanındaki kuruluşlarda, daha iyisini bulmak, kişi haklarını savunmada ve gerçekleştirmede en uygun çalışma örgütlerini kurmak, yarışma duygusunun oluşmasına bağlıdır. Yarışma duygusunun gelişmesi ve amaca ulaşabilmesi için girişimlerin tekel biçiminde

değil, çokluk halinde oluşması en önde gelen koşuldur. Bu bakımdan işçi haklarının korunması için kurulan sendikalar, daha baştan yarışma duygusunu baltalayıcı ve engelleyici bir hukuk düzeni içinde olmamalıdırlar. Oysa tartışma konusu olan Yasanın 9/2 nci maddesi yukarıda anılan ilkelere aykırı bir düzen getirmektedir ve bu nedenlerle Anayasaya uygunluğu savunulamaz.

Türkiye çapında çalışacak sendikaların kurulmasının engellenmesi, işveri sendikalarının ya da belli kentlerde veya bölgelerde işkolu sendikalarının kurulmasını ve böylelikle bu sınırlandırma ile önlenmek istenen sendika sayısındaki şişkinliğin ve birçok güçsüz sendikaların ortaya çıkmasının gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. Demek ki yasa kuralı ile varılmak istenilen erek değil, onun tam tersi gerçekleşecektir; bu da, kuralın konuluşunda kamu yararını korumaya elverişlilik olmadığını göstermektedir.

Tartışma konusu bendin (b) ve (c) fıkralarında öngörülen 1/3 sınırlandırmaları dahi Anayasanın değişik 46 ncı maddesindeki birlik kurmak hakkının özüne dokunmaktadır; çünkü Anayasa, sendikalar gibi birliklerin de serbestçe kurulmasını güvence altına almıştır. Bir birliğin ilk kuruluşunda belli sayıda üyeyi veya işçiyi birleştirmesi olanağı saptanamaz. Sendikalar gibi birlikler dahi ancak kurulduktan sonra çalışmaları ile kendilerini beğendirip yeni yeni üyelerin birliğe katılmasını gerçekleştirebilirler.

Tartışma konusu sınırlandırmalarla işkolları işçi sendikaları arasındaki çekişmeye son verilmesi ereğinin güdüldüğü, uygulamada bir bölge sendikasının adının başına (Türkiye) sözcüğünü ekliyerek Türkiye çapında çalışan bir sendika niteliğinde olduğunu ortaya attığı, bu durumun Sendikalar Kanunu ile Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve lokavt Kanunun un uygulanması bakımından bir çok sorunlar doğurmakta olduğu, çok olduğu, çok sayıda işçilerin bir araya gelmesi yolu ile güçlü sendikalar kurulması zorunlu bulunduğu görüşleri yasama belgelerinde ileri sürülmüş ve bu görüşlere dayanılarak bu sınırlandırmalar savunulmuştur. İşçilerin ancak güçlü sendikalar aracılığı ile yararlarını koruyabilecekleri, güçsüz sendikaların artışının işçilere hiç bir yararı dokunmayacağı düşünceleri doğrudur ve bu sakıncaların önlenmesi yolunda birtakım yasal tedbirler alınması Anayasanın 5 inci ve 64 üncü maddeleri gereğince Yasa Koyucuya tanınmış yetkilerdendir. Kaldı ki son Anayasa değişikliği ile 46 ncı maddenin birinci fıkrasına (Bu hakların

kullanılışında uygulanacak şekil ve usuller kanunla gösterilir.) kuralının eklenmesi ile Yasa Koyucunun daha önce de sahip bulunduğu düzenleme yetkisi ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır. Yalnız ereğe uygun olmayan, sendikalarla federasyon ve konfederasyon ve konfederasyonların kuruluşlarını daha başlangıçta olağanüstü zorlaştıran ve onların geniş ölçüde çalışmaları sonucunda kendilerini beğendirerek üye sayılarını artırmalarını engelleyici nitelikte olan bir düzenleme, Anayasaya uygun görülemez.

Özetlemek gerekirse; 274 sayılı Yasanın 1317 sayılı Yasa ile değiştirilen 9 uncu maddesinin 2 sayılı bendi yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırıdır ve iptal edilmelidir."

Her ne kadar yukarıdaki karar 1971 Anayasası ve 1/3 çoğunluk koşulu üzerine şekillense de karar gerekçesinin temelleri ve özü 6552 sayılı Kanunda yer alan işkolu barajı bakımından da kıyasen değerlendirilebilir.

Yukarıda genel hatları ile değerlendirilen,

6552 Sayılı Kanunun 20. maddesi ile değiştirilen 6356 sayılı Kanun'un 41. Maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla" ifadesi, Kanunun 41. Maddesinin beşinci fıkrasında yer alan "yüzde birinin" ifadesi, 43. maddesinin ikinci fıkrasında "yüzde birinden" ibaresi ile dördüncü fıkrasında yer alan "en az yüzde birinden" ibaresi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2, 5, 10., 12., 13, 49, 51., 53., 55. ve 90. maddelerine aykırı olup, söz konusu düzenlemeler, yukarıda genel hatları, aşağıda ise detayları ile sunulan gerekçeler nedeni ile iptal edilmelidir.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, sosyal hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. Sosyal devletin en önemli unsurlarından birisi toplumun plüralist yapısının yapı taşlarından birisi olan sendikalardır. Diğer bir ifade ile demokratik sosyal hukuk devletinin varlığı toplumdaki bireylerin bilinçli ve örgütlü olmalarına bağlıdır ve sendika gibi örgütlerin varlığı da demokratik sosyal devletin varlığını gerektirmektedir. İkisinden birisini kısıtlamak, diğerlerini ortadan kaldıracaktır. Bu madde ile sendikasızlaştırma yoluyla sosyal devlet ilkesi,

sosyal devlette vatandaşların toplumsal mutluluk ve refahtan birlikte pay alması, insanca, hakça, adaletli bir düzende yaşaması şartı ortadan kaldırılmaktadır. Sendikalara toplu sözleşme yetkisi için çifte baraj getirilmesi, sonucunda yetki alamayan sendikalar hızla kapanacak, sendikasızlaşma sonucunda sosyal devlet ilkesi zedelenmiş olacaktır. Bu nedenle sosyal devlet ilkesine aykırı olan işkolu barajı, toplumun plüralist yapısını oluşturan sendikaların ortadan kaldırılması sonucunu doğuracağından, Anayasanın 2. maddesinde yer alan "sosyal devlet" ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

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

Anayasa kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamayı görev edinmiş ve bu nedenle demokratik sosyal hukuk devleti ilkesini kabul etmiştir. Bunu bizzat kendi parasız eğitim, parasız sağlık gibi yollarla yerine getirebileceği gibi bizzat kişi ve grupların örgütlenerek ekonomik ve sosyal haklarını aramalarının yollarını açık tutarak da yapabilir.

Ancak işkolu barajları ile sendikaların toplu sözleşme yapma yetkisini ortadan kaldıran düzenleme, devlete verilen "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" göreviyle bağdaşmamaktadır. İşçiler ekonomik ve sosyal şartlarını iyileştirmek, geliştirmek, korumak için bir araya gelerek sendikalar kuracak ve toplu pazarlık hakkından yararlanacaklardır. Toplu pazarlık yapamayan bir sendikanın işlevsizlik nedeni ile kapıya kilit vurması kaçınılmazdır. Ancak toplu pazarlık hakkı yetkisi, zaten sendikalaşmanın çok düşük olduğu ülkemizde toplu pazarlık hakkı bir de işkolu barajı ile ortadan kaldırılınca, işkolu barajını geçemeyen sendikalar işyerinde ve işletmede işçilerin tamamını örgütleseler de

yetki alamayacaklarından, işkolu barajı, işçilerin ve çalışanların temel hak ve hürriyetleri olan sendikal hak ve özgürlükler ile bu hak ve özgürlüklerin en önemli göstergesi olan toplu pazarlık hakkını ortadan kaldırdığı ve sendikal özgürlükleri sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırladığı için Anayasanın 5. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 10. maddesinde, herkesin dil, ırk, cinsiyet, sitasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetmeksizin kanun önüünde eşit olduğu; hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ve devlet organları ile idari makamların bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket edeceği kurallaştırılmıştır.

Sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma temel bir Anayasal haktır. Ancak bir hakkın tanınması kadar, bu hakkın rahatça uygulanmasına olanak tanınmalıdır. Gerçekten hakkın tanınması kadar uygulanmasını sağlamak için makul, geçerli önlemler alınmalı yoksa hakkın göstermelik ve vitrinlik olacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle sendikal hak ve özgürlüklerin korunması için yaptırımlar şarttır. Sendikal hak ve özgürlüklerin ihlali halinde sendikal tazminat, bu hakların ihlal edilmemesi için önemli ve caydırıcı bir yaptırımdır. Ancak Türkiye'de her 100 işçiden ortalama 6 sı sendikaya üye olduğu halde sendikal hak ve özgürlüğün önce işkolu ardından işyeri ve işletme barajları ile toplu pazarlık hakkının sendikanın elinden alınarak ortadan kaldırılması, sonunda bu sendikaların üyelerinin sendika seçme haklarına zorunlu müdahale olduğu için sosyal sınıflardan biri lehine imtiyazla sonuçlanmakta ve bu nedenle yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan Yasanın getirdiği düzenlemeyle işçilerin bir kısmının üye oldukları sendikalar işkolu barajını geçere ve toplu pazarlık hakkından yararlanırken, bir kısım işçilerin üye oldukları sendikaların ise ne kadar köklü olsalar da işkolu barajı nedeniyle toplu sözleşme hakkından yararlanamayarak fiilen ellerinden toplu sözleşme yetkisinin alınması, 40 yıl, 50 yıl gibi mazisi olan bu sendikaların çok eski üyelerinin sendika seçme haklarına devlet eliyle müdahale sonucunu doğurduğu ve yasanın uygulanması sonucunda birçok sendikanın kapanılması kaçınılmaz olduğu için, iptali istenen düzenleme bu açıdan da yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılık taşımaktadır.

Anayasamızın 12. maddesinde, "Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir". denilmiştir.

Sendikal hak ve hürriyet insanın insanca yaşama, hak ve adalete, huzur ve refaha kavuşma mücadelesinde bir temel hak ve hürriyettir. Ancak her temel hak ve hürriyetin tanınması kadar Anayasanın 5. maddesinde belirtildiği üzere bunun korunması da şarttır. Sendika kurmak, kurulu sendikalar arasında seçim yaparak sendikaya üye olmak, sendikal faaliyette bulunmak olumlu/ pozitif sendikal hak ve özgürlüklerdir. Ancak bu hakkın işlevsel hale gelmesi, bu hakka tecavüz edildiğinde yaptırıma kavuşması ile mümkündür. Anayasamızda ve uluslararası sözleşmelerde sendika tekliği ilkesi değil, sendika çokluğu ilkesi belirlenmiştir. Demokratik sosyal hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri de farklı fikirlerin tümüne özgürlük sağlanmasıdır. Sendikacılık konusunda herkesin aynı düşüncede olmasını beklemek mümkün değildir. Sendikalar siyasi parti değildir. Ancak sendikaların işçi haklarının savunulmasında farklı yaklaşımları olduğu temel gerçektir ve bu gerçek demokrasi ile uyumludur. Anayasamız ve uluslararası sözleşmeler gereği işçiler sendika kurma ve sendikaya üye olma haklarına sahip oldukları gibi, kurulu sendikalardan birisini seçme hakkına da sahiptirler. Sendikayı seçme hakkı temel bir haktır. Kimse istemediği sendikaya üye olmaya zorlanamaz. Ancak sendikalara toplu pazarlık konusunda işkolu barajı getirilmesi neticesinde bir kısım sendikalar toplu pazarlık yetkisi alamadıkları için kapanmak sonucunda kalacağından, üstelik bir çok işçinin 15, 20, 25 yıl gibi bu sendikalara üye olduğu düşünülürse sendika seçme temel hakkının devletin yaptığı yasa ile ortadan kaldırıldığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu itibarla yüzde bir oranındaki işkolu barajı sendikaların yetki alamaması sonucunda işlevlerini tamamen yitirmesi sonucunu doğurarak işçilerin sendika seçme hakkını ortadan kaldıracağından Anayasanın 12. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 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." Kuralına yer verilmiştir.

Sendikal haklar, Anayasanın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" bölümünde düzenlenmiş olmakla birlikte uluslararası sözleşmelerde temel insan

hakkı olarak kabul görmektedir. Anayasanın 51. maddesinde sendika kurma hakkı adı altında pozitif sendika kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma, sendikal faaliyette bulunma; 53. maddesinde toplu iş sözleşmesi hakkı; 54. maddesinde ise grev hakkı düzenlenmiştir. Günümüzün çağdaş demokrasilerinde ve uluslararası belgelerde sendika kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma hakkı temel hak ve özgürlüklerden sayılmaktadır. 6552 sayılı Kanunla yüzde üçten yüzde bire düşürülen iş kolu barajı, güçlü sendikacılık adı altında bu haliyle dahi sendikasızlaştırmayı hedeflemektedir. Türkiye Cumhuriyeti demokratik, laik bir sosyal hukuk devletidir. Sendikalar çoğulcu demokrasinin vazgeçilmez unsurlarıdır. Ancak işkolu barajı getirilerek sendika kurma, üye olma, sendika seçme, toplu pazarlık hakkı gibi sendikal hak ve özgürlüklerin aşırı bir şekilde sınırlanması, örgütlenme ve toplu pazarlık hakkının, demokratik çoğulcu toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olacak şekilde sınırlanmasıyla sonuçlanmaktadır.

Anayasanın 49. maddesinde çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş ve "Devlet çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır" denilmiştir.

Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmesi, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları koruması, çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alması, yükümlülüklerini kendi ekonomik olanakları çerçevesinde adalete ve hakkaniyete uygun bir şekilde yerine getirirken; çalışma barışının sağlanması ise emek gücünden başka satacak hiçbir değeri olmayan çalışanların ve işçilerin korunması ile mümkün olabilecektir. İnsanların temel ihtiyaçları tatmin edilmediği sürece huzursuzluğun, gerilimin olması, mutsuzluğun artması kaçınılmazdır. Devlet yapacağı düzenlemelerle çalışma hayatına çalışanları korumak açısından müdahale ederek çalışma barışını sağlayacaktır. Sendika kurma, sendikaya üye olma, sendikal faaliyette bulunma temel hak ve özgürlüktür. Bu hakların tanınmasın amacı iktisadi yönden güçsüz olan ve kendisinin ve ailesinin geçimi için emek gücünden başka satacak hiçbir şeyi olmayan işçilerin topluca hak aramalarını sağlamaktır. Ancak sendikal hak ve özgürlükleri tanıyan devletin önce işkolu barajı arkasından işyeri ve işletme barajı getirerek hak ve özgürlükleri aşırı ölçüde kısıtlaması "çalışma barışını" ortadan kaldırmaya hizmet etmektedir. İşkolu barajının altında

kalan sendikalar toplu iş sözleşmesi yapamayacaklarından bu sendikaların eninde sonun da bu yasa iptal edilmedikçe veya çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletine yakışır bir yasa yapılmadıkça sendikasızlaşma artacak, çalışma barışı kalmayacak, anarşi ve kargaşa atağa kalkacaktır. Bununda ötesinde mevcut yasada büyük bir kesim işçi için sendikal güvence tanınmaması hızla sendikasızlaşmayı getirecek, sendikasızlaşma sonucunda düşük ücret ve kötü koşullarda çalışma, ücretli köleliği, sefalet ve yoksulluğu getireceğinden çalışma barışının bozulması kaçınılmaz olacaktır. Bu nedenlerle iptali istenen düzenleme Anayasanın 49. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 51. maddesinde "Sendika Kurma Hakkı" tanınmış; sendikal özgürlükler düzenlenmiş ve sınırlama ölçütlerine yer verilmiştir.

Her ne kadar maddenin başlığında sadece sendika kurma hakkından bahsedilmekte ise de, içeriğinde kurulan sendikalara üye olma, farkı sendikalar arasında seçim yapma, sendikal faaliyete katılma, sendikaya üye olmama, üyelikten serbestçe çekilme hakları Anayasal güvence altına alınmıştır. Maddede sendikaların üyelerinin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik ve sosyal hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmekten söz edilerek sendikal özgürlükler yanında sendikal faaliyetin de koruma altına alındığı anlaşılmaktadır.

Sendikal hak ve özgürlükler üç tür özgürlük getirmektedir. Sendikaya kurma, sendikaya üye olma, farklı sendikalar arasında seçim yapma hakkı olumlu (pozitif) sendika özgürlükleridir. Sendikaya üye olmama ve üye olunan sendikadan serbestçe çekilme hakkı olumsuz (negatif) sendika özgürlüğüdür. Sendikaların üyeleri ile birlikte yaptığı toplu pazarlık, arabulucuya başvurma, uyuşmazlık çıkarma ve grev hakları ise kolektif sendikal hak ve özgürlükleridir.

Anayasamız ve ülkemizin de bir yasa ile benimsediği uluslararası sözleşmeler sendikal hak ve özgürlükleri (sendika kurma, sendikaya üye olma ve sendikal faaliyette bulunma; sendikaya üye olmama, sendikadan çekilme ve kolektif sendikal hak ve özgürlükleri) ayrım yapmaksızın tüm işçilere istisnasız tanımıştır. 1983 yılında 2821 sayılı Sendikalar Yasası ile işkolu barajı getirildiği ve yasanın çıktığı tarihte bir çok sendika fiilen işkolu barajının altında kaldığı halde kağıt üzerinde bu yasanın çıktığı tarihe kadar barajı geçmiş gösterildiği bilindiği halde ve

üstelik 1983 yılından bu yana siyasi iktidarların tutumu, mahkemelerin sendikal tazminata yaklaşımları, dünyada global ekonomi altında yeni bir sömürü dalgasının yayılması ve sermayenin küreselleşmesi ile ciddi bir şekilde tüm dünyada olduğu gibi sendikaların üye sayılarını hızla kayıp ettiği, 12 Eylül Askeri Rejimi ile 1980 yılında kapatılan DİSK'e bağlı sendikaların 1992 yılında tekrar faaliyete geçebildiği ve yasanın çıktığı tarihte her yüz işçiden 6 sının sendikalı olduğu göz önüne alınmaksızın yetki düzenlemesi başlığı altında önce işkolu barajının, arkasından işyeri ve işletme barajlarının getirilmesinin amacı çok açık bir şekilde sendikasızlaştırmaktır. Göz önüne alınması gereken 1963 yılında yürürlüğe giren 274 ve 275 sayılı Yasalarda toplu pazarlık açısından hiçbir sınırlama olmamasına rağmen, 2821 sayılı Yasa ile Sendika Kurma Hakkına aykırı bir şekilde önce işkolu ardından işyeri ve işletme barajları getirilmiştir. 2003 yılından bu yana sürekli olarak ileri demokrasi iddiasında ve 12 Eylül Anayasasını değiştirmek iddiasında olan siyasi iktidar yasanın 41. maddesinde getirdiği işkolu ve ardından işyeri ve işletme barajları ile (çifte baraj) tam tersini yapmış, sendikaların kurulmasını ve faaliyetlerini koruyup güvence altına alacağına, baraj yöntemi ile dolaylı yoldan sendikaların kapatılması, toplu pazarlık hakkının kaldırılması için yasa yapmıştır. Anayasanın Sendika Kurma Hakkını düzenleyen 51. ve Toplu İş Sözleşmesi Hakkını düzenleyen 53. maddesinde işkolu ve işyeri barajları yer almamaktadır. Anayasada yer almayan işkolu barajı sendikal hak ve özgürlükleri dolaylı olarak etkilediği gibi, toplu pazarlık hakkına da ağır bir darbedir. Bu nedenle sendikal hak ve özgürlükleri dolaylı olarak ortadan kaldıracak olan işkolu barajı, Anayasanın 51. maddesindeki sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmamakta; sendikal özgürlükleri sınırlama ölçütleriyle uyuşmamaktadır.

Anayasanın 53. maddesinde toplu sözleşme hakkı düzenlenmiş ve "İşçiler ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler. Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir." denilmiştir.

İşkolu barajı ile Anayasada güvence altına alının toplu sözleşme hakkı ağır bir biçimde ihlal edilmiş ve hem doğrudan hem de dolaylı olarak kısıtlanmıştır.

İşkolu barajı doğrudan doğruya sendika kurma ve toplu pazarlık hakkına, hakkın özüne aykırı olduğu kadar işkolu barajı getirilmesinin amacı güçlü

sendikacılık değil, sendikal hak ve özgürlüklerin ortadan kaldırılmasıdır ve sermaye sınıfının, işverenlerin talebi üzerine İLO normlarına, Uluslararası Sözleşmelere ve Anayasaya aykırı olarak getirilmiştir.

İşkolu barajı ile önceden izin almaksızın serbestçe sendika kurma hakkı işkolu barajını aşamayan sendikaların yetki talep edememesi nedeniyle muvazaalı bir biçimde sınırlandırılmaktadır.

Sendikaların amacı işçilerin çalışma ilişkilerinde ortak ekonomik hak ve çıkarlarını korumak ve geliştirmektir. Bunun için ellerindeki en büyük hukuki araç toplu pazarlık yolu ile toplu iş sözleşmesi bağıtlamaktır. Toplu iş sözleşmesi, işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sonra ermesine ilişkin normatif (kural getiren) hükümler ile işçi ve işveren arasında borç doğurucu hükümleri de içeren kolektif bir sözleşmedir. Toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri aynen bir kanun maddesi gibi iş sözleşmelerini doğrudan doğruya ve otomatikman etkilerler. İş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olan hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri alır ve iş sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesinin normatif hükümleri doğrudan doğruya ve otomatikman uygulanırlar. Toplu iş sözleşmesi yapma hakkı Anayasanın 51. ve 53. maddesinde düzenlenen kolektif bir haktır. Üstelik bu hak 1963 yılında koşulsuz olarak bütün sendikalara tanınmış, ancak 12 Eylül Rejimi ile baraj getirilmiştir.

Yukarıda açıkladığımız üzere 1983 yılından bu yana iş sözleşmesi ile çalışan işçi sayısı %100 artmasına rağmen sendikalı işçi sayısı 1983 rakamları itibarıyla yarı yarıya azalmıştır. Üstelik 12 Eylül Darbesi ile DİSK gibi özellikle özel sektörde örgütlü olan bir konfederasyon ve ona bağlı sendikalar kapatılmış, yöneticileri, temsilcileri ağır işkencelerden geçmiş, mal varlıklarına el konulmuş, ancak 1994 yılında aklanarak tekrar faaliyete geçmişlerdir. DİSK'e bağlı birçok sendikanın tarihi 1963'lere kadar gitmektedir. Bu sendikalar en olumsuz koşulları yaşamalarına rağmen yıllarca çalışan yüz binlerce işçi için hak aramışlar toplu sözleşmeler yapmışlardır. Yine aynı şekilde 1960'lı yıllardan bu yana hak arayan üyeleri için toplu sözleşmeler bağıtlayan Türk-İş'e bağlı bir çok sendika iş kolu barajı nedeniyle toplu sözleşme yetkisini kayıp etmektedir. Yıllarca Türk-İş'e

bağlı sendikalara, Hak-İş bağlı sendikalara üye olan ve gönül veren işçilerin sendikaları işkolu barajı nedeni yetki alamadığı için kapanma tehlikesi ile karşı karşıyadırlar. Bir yerde yukarıda belirttiğimiz üzere işkolu barajını düşürdük gerekçesi ile bu işçiler sendikasızlaştırılmaktadır. Bunun anlamı 40 yıldır toplu sözleşme yetkisine sahip olan sendikaların bir anda işkolu barajı ile toplu sözleşme yetkisi alamadıkları için önce tabela sendikalarına dönüşmesi ardından kapanmaları ve üyelerinin sendikasız kalmalarıdır. Sendikasız kalan işçilerin yetki alan sendikalara üye olabileceklerini söylemek Anayasanın 51. maddesindeki kurulu sendikalardan birine üye olmak, diğer bir ifade ile sendika seçme hak ve hürriyetine aykırılıktan başka bir şey değildir. Diğer bir ifade ile yıllardır işçilerin üye olduğu sendikaların baraj getirilmesi neticesinde barajın altında kaldığı için toplu sözleşme yetkisi alamaması, bireysel sendika özgürlüğüne, sendikaya üye olma hak ve özgürlüğüne, sendika seçme özgürlüğüne aykırı olduğu kadar, kolektif sendikal hak ve özgürlüklere de açıkça aykırıdır. Bu nedenle iptali istenen düzenleme, Anayasanın 53. maddesindeki toplu pazarlık hakkına da aykırıdır.

Anayasanın 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı kuralına yer verilmiştir.

Anayasamızın 90. maddesi gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin bir yasa ile uygun bulduğu sendika kurma temel hak ve özgürlüğüne ilişkin andlaşmalar ve maddeleri şunlardır.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

"Md. 20/1 Herkes, barışçı toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir."

Md. 23/1 Herkesin çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır.

Md. 23/2 Herkesin herhangi bir ayrım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücret hakkı vardır.

Md. 23/4 Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma ya da sendikaya üye olma hakkı vardır."

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin (23/4) maddesi ile bir kısıtlama getirilmeksizin herkesin çıkarını korumak için sendika kurma ya da sendikaya üye olma hakkı olduğu belirtilmiştir. Ancak, 6356 sayılı Kanundaki iş kolu ile işyeri ve işletme barajları, Birleşmiş Miletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20/1., 23/1, 23/2 ve 23/4 maddelerindeki düzenlemelerle bağdaşmamaktadır. Sendika kurma hakkı çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletinde örgütlenme/dernek kurma hakkının bir çeşididir. Herkesin ayrım gözetilmeksizin eşit iş için eşit ücret altında olması ancak teorik ve pratik olarak sendikaların çatısı altında toplanması, işverenlerin takdirinden insafından kurtarılması ile mümkün olur. Ancak işkolu barajı sendikaların kurulmasını ve faaliyette bulunmasını güçleştirmek bir yana imkansızlaştırma noktasına taşımaktadır. Sendikasızlaştırmayı gerçekleştirmek için barajlarla sendikalaşma hakkına bilerek ve isteyerek ihlal etmek işverenlere ucuz ve kuralsız işçi çalıştıracak bir ortam yaratmayı amaçlamaktadır. Bu nedenle iş kolu barajı Sözleşmenin 20/1, 23/1, 23/2 ve 23/4 maddelerine aykırıdır.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 7. maddesinde, Sözleşmeye taraf devletlerin özellikle tüm işçilerin en azından adil bir ücretle ayrım gözetmeksizin eş değerde işler için eşit ücretlendirme; Sözleşme hükümlerine uygun olarak kendileri ve aileleri için insanca bir yaşam düzeyi sağlayacak bir ücret düzeni; güvenli ve sağlıklı çalışma koşulları; kıdem ve yeterlilik dışında hiçbir koşula bağlı olmaksızın işinde uygun bir düzeye yükselmek üzere eşit ilerleme fırsatı; dinlenme, boş zaman ve makul çalışma süresi ve ücretli dönemsel tatillerle, resmi tatillerde ücret verilmesini sağlayacak adil ve elverişli çalışma koşullarından herkesin yararlanma hakkını tanımaları öngörülmüş; 8. maddesiyle ise, sendika kurma hakkı, sendikaya üye olma hakkı, sendikal faaliyetlerde bulunma hakkı, sendikaların ulusal federasyon ya da konfederasyonlar kurma ve konfederasyonların uluslararası sendika örgütleri oluşturma ya da bu örgütlere üye olma hakkı tanınmıştır.

Söz konusu 7. maddedeki amaçların gerçekleşmesi ancak 8. madde de herhangi bir sınırlama getirilmeden tanınan sendikalaşma hakkı ile mümkündür. Söz konusu baraj koşulu ile bırakın yeni sendikalar kurulmasını mevcut sendikalar

kapanacak işçiler sendikasız kalacaktır. Bu nedenle iptali istenen düzenlemeler Birleşmiş Milletler Ekonomik, Toplumsal ve Kültürel Uluslararası Sözleşmesinin 7 ve 8. Maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin (22/1) maddesinde, herkesin başkalarıyla birlikte dernek kurma hak ve özgürlüğüne sahip olduğu; bu hakkın, herkesin çıkarlarını korumak için sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerdiği belirtilirken, 26. Maddesinde, herkesin yasa önünde eşit ve ayrım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit olarak korunma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

İşkolu barajı kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 22/1 ve 26. maddesine aykırıdır. İptali istenen düzenleme ile 49 yıldan bu yana toplu sözleşme yapma yetkisi olan birçok sendika ilk etapta bu yetkisini kayıp edecektir. Bu sendikaların üyeleri Anayasanın ve Sözleşme'nin tanıdığı sendikal hak ve özgürlüklerini koruyamayacaklardır. İşkolu barajı, Anayasanın 10. maddesi ile getirilen eşitlik ilkesini farklı bir biçimde düzenleyen Sözleşmenin "Herkes Yasa önünde eşittir ve ayrım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir" düzenlemesine de aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (11/1) maddesinde, "Herkesin barışçı amaçlarla toplanma ve başkalarıyla dernek kurma hakkı vardır. Bu hak, yine herkesin çıkarlarını korumak amacıyla, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerir." denilmiştir.

Emek gücünden başkaca satacak hiçbir şeyi olmayan işçiler korunması olması gerekirken, işverenlerin baskısı ile sendikasızlaştırmayı gerçekleştirmek, sendikaların kurulmasını engellemek için iş kolu barajı düşürülüyor görüntüsü altında baraj sürekli kılınarak, mevcut sendikalar baraj altında kalmakla yüz yüze bırakılmıştır. İş kolu barajının varlığı, Sözleşmenin (11/1) maddesindeki, "herkesin çıkarını korumak amacıyla sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkını da içerir" kuralıyla bağdaşmamaktadır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. Bölüm 5. maddesinde, "Tüm çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak amacıyla ulusal ve uluslararası düzeyde örgütlenme özgürlüğüne hakkı vardır." denilirken; 6.

maddesinde, "Tüm çalışanların ve çalıştıranların toplu pazarlık hakkı vardır." denilmiş; 2. Bölüm 5. maddesi, "Sözleşmeci taraflar, çalışanların ve çalıştıranların ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak için yerel, ulusal ve uluslar arası örgütler kurma yada bu örgütlere üye olma özgürlüğünü sağlamak yada geliştirmek üzere, ulusal yasaların bu özgürlüğü zedelemesini yada zedeleyici biçimde uygulanmasını önlemeyi üstlenir." şeklinde kurallaştırılırken; 6. maddesi, "Toplu Pazarlık Hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere Sözleşmeci Taraflar ;

1. Çalışanlar ve çalıştıranlar arasında ortak görüşmeleri geliştirmeyi;

2. Gerekli ve uygun olduğu durumlarda, toplu sözleşme yoluyla iş koşullarının düzenlenmesi amacıyla çalıştıranların yada çalışan örgütlerinin çalışanların örgütleriyle özgürce görüşmeleri yöntemi geliştirmeyi,

3. İş uyuşmazlıklarının çözümü için uygun uzlaştırma ve isteğe bağlı hakem sisteminin kurulmasını ve işletilmesini geliştirmeyi üstlenir ve

4. Çıkar çatışması durumunda çalışanların ve çalıştıranların yürürlükteki toplu sözleşmelerden doğabilecek yükümlülükler saklı kalmak üzere grev hakkı dahil, toplu eylem hakkını tanır." şeklinde kurallaştırılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti, Medeni Milletler Toplumunun bir üyesi olmak amacındadır. Buradan anlaşılması gereken, insanın sırf insan olmasından ve eşit ve özgür yaratılmasından dolayı kendisini gerçekleştirebilmesi için üzerindeki siyasal, ekonomik, toplumsal her türlü baskıyı kaldırarak kendini toplum içinde huzurlu, mutlu, güvenli, endişesiz, kaygısız hissedebilecek bir toplum kurmak ve bu toplumu kurarken aklı, bilimi, mantığı, adaleti, eşitliği, hakkaniyeti egemen kılmaktır. Bunun için aynı çıkarları taşıyanların diğer çıkar gruplarının haklarına zarar vermeden örgütlenmeleri ve birlikten güç doğar mantığı ile hak aramaları çoğulcu demokratik sosyal hukuk devletlerinde temel bir ilkedir. Bu nedenle nüfusun büyük çoğunluğunu oluşturan emek gücünü satarak çalışanların örgütlenmeleri esas olup, bu örgütlenmelerin, örgütlenme özgürlüğünün özüne gereksiz yere aşırı sınırlamalar getiren düzenlemeler uluslararası hukuk bağlamında geçerli değildir. Bu nedenle Avrupa Sosyal Şartı sendika, toplu pazarlık ve grev haklarını her

hangi bir sınırlama getirmeden tanımıştır. Ancak işkolu barajı sendika kurma, sendikaların varlığını koruma ve sürdürme hakkını yasal yoldan ortadan kaldırdığı gibi, işkolu barajını geçemeyen sendikaların toplu sözleşme yetkisi ile grev haklarını ellerinden alarak hem bu sendikaları dernek, sendika üyelerini de dernek üyesi durumuna dönüştürmüştür. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Avrupa Sosyal Şartı'nın yukarıda yer verilen hükümleriyle bağdaşmamaktadır.

Uluslararası Çalışma Örgütünün (İLO) 87 Sayılı Sendika Özgürlüğüne ve Sendika Hakkının Korunmasına İlişkin Sözleşmesinin;

1. maddesi, "Hakkında bu Sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi aşağıdaki hükümleri yerine getirmeyi üstlenir."

2. maddesi, "Çalışanlar ve işverenler herhangi bir ayrım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşulu ile bunlara üye olma hakkına sahiptir."

3. maddesi, "1. Çalışanların ve işverenlerin örgütleri tüzük ve iç yönetmeliklerini düzenlemek, temsilcilerini serbestçe seçmek, yönetim ve etkinliklerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahiptirler.

2. Kamu makamları bu hakkı sınırlayacak veya bu hakkın yasaya uygun şekilde kullanılmasına engel olacak nitelikte her türlü müdahaleden sakınmalıdırlar."

5. maddesi, "Çalışanların ve işverenlerin örgütleri, federasyon yada konfederasyon kurma ve bunlara üye olma ve her örgüt, federasyon veya konfederasyon, uluslar arası çalışanlar ve işverenler örgütlerine katılma hakkına sahiptirler."

8. maddesi, "1-Çalışanlar ve işverenlerle bunlara ait örgütler bu sözleşme ile kendilerine tanınmış olan hakları kullanmada, diğer kişiler veya örgütlenmiş topluluklar gibi, yasalara uymak zorundadırlar.

2- Yasalar, bu Sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek nitelikte olamaz veya zarar verecek şekilde uygulanamaz."

11. maddesi, "Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür."

Kurallarına amirdir.

ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesinin 1., 2., 3/ 1 ve 2, 5., 8. 8/ 1 ve 2, 11. maddeleri açıktır. Çalışanların ortak ekonomik hak ve çıkarlarını korumak ve kollamak, geliştirmek için sendika (Birlik, union, koalisyon, örgütlenme) hakları vardır. Bu hakların kullanılmasında taraf devletler sınırlayıcı değil, kolaylaştırıcı önlemler getireceklerdir. 8. maddenin ikinci fıkrasında açıkça yer alan "Yasalar, bu sözleşme ile öngörülen güvencelere zarar verecek nitelikte olamaz veya zarar verecek şekilde uygulanamaz" ve 11. maddede yer alan "Hakkında bu sözleşmenin yürürlükte bulunduğu Uluslararası Çalışma Örgütünün her üyesi, çalışanların ve işverenlerin örgütlenme hakkını serbestçe kullanmalarını sağlamak amacıyla gerekli ve uygun bütün önlemleri almakla yükümlüdür" düzenlemeleri bu hususu ortaya koymaktadır. Türkiye gibi gelir adaletsizliğinin çok büyük boyutlarda olduğu, kayıt dışı ekonominin kayıt içi ekonomiyi geçtiği, üstelik yasanın çıktığı tarihte her yüz işçiden altısının sendika üyesi olduğu herkes tarafından bilinmesine rağmen, sendikalaşmayı engellemek ve 50 yıldır var olan sendikaları kapatmak ve işlevsizleştirmek amacı ile getirilen önce işkolu ve sonra işyeri ve işletme barajları, 87 sayılı Sözleşmenin hem tamamının lafzına, özüne ve ruhuna aykırılık taşımaktadır.

ILO'nun Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulamasına Müteallik 98 sayılı Sözleşmenin 4. Maddesi,

1. maddesi, "1.İşçiler çalışma hususunda sendika hürriyetine helal getirmeye matuf her türlü fark gözetici harekete karşı tam bir himayeden faydalanacaktır.

2. Böyle bir himaye bilhassa, Bir işçinin çalıştırılmasını, bir sendikaya girmemesi veya bir sendikadan çıkması şartına tabi kılmak.

Bir sendikada üye olması yahut çalışma saatleri dışında veya işverenin muvafakatı ile çalışma saatlerinde sendika faaliyetlerine iştirak etmesinden dolayı

bir işçiyi işinden çıkarmak veya başka suretle onu izrar etmek; maksatlara müteallik hususlarda uygulanacaktır."

2. maddesi, "1. İşçi ve işveren teşekkülleri, gerek doğrudan doğruya, gerek mümessilleri veya üyeleri vasıtasıyla birbirlerinin kuruluşları, işleyişleri ve idarelerine müdahalede bulunmalarına karşı gerekli surette himaye edileceklerdir."

4. maddesi, "Çalışma şartlarını kolektif mukavelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usulün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirebilmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır."

Şeklindedir.

Sendika Kurma, Toplu Pazarlık ve Grev Hakları, Temel Hak ve Özgürlükler Arasında Olup, ILO'nun Söz Konusu Haklara İlişkin 87 ve 98 Sayılı Sözleşmeleri'ne ilişkin Doktrin Görüşleri aşağıda sunulmaktadır :

Evrensel ölçekte sendika kurma, örgütlenme, toplu pazarlık ve grev hakları; "ikinci kuşak" insan hakları olarak nitelendirilen ekonomik, sosyal ve kültürel haklar kapsamında olup; Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi ile Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 98 sayılı Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün "temel insan hakları sözleşmeleri" olarak nitelendirilen 8 sözleşmesi arasında yer almaktadır ((Mesut, Gülmez. 2005. "Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar". Çalışma ve Toplum Dergisi, Sayı.4, s.37 - 38).

ILO'nun 98 sayılı Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi'nin 4. Maddesi şu şekildedir:

"Çalışma şartlarını kollektif mukavelelerle tanzim etmek üzere işverenler veya işveren teşekkülleriyle işçi teşekkülleri arasında ihtiyari müzakere usulünden faydalanılmasını ve bu usülün tam bir surette geliştirilmesini teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde milli şartlara uygun tedbirler alınacaktır".

Prof. Dr. Mesut Gülmez, bu maddenin ortaya çıkışını tarihsel seyri içinde ele aldıktan sonra maddeyi şu şekilde yorumlamaktadır:

"98 sayılı Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde güdülen temel amaç, sendikacılık eyleminin, işverenlerin ya da örgütlerinin çalışan örgütleriyle toplu pazarlığa girişmekten sistemli biçimde kaçınmaları sonucu kötürümleşmesini önlemektir. Hükümet ve kamu yetkililerinin bu amacı gerçekleştirici doğrultuda, gönüllü (isteğe bağlı) toplu pazarlık sürecini kısıtlayıcı değil geliştirici bir tutum izlemesi, ancak bunu yaparken de tarafların toplu sözleşme bağıtlama özerkliğine dokunmaması gerekir. Başka bir anlatımla, toplu pazarlık yönteminin geliştirilmesini amaçlayan önlemlerin, çalışma ilişkilerinin toplu düzeyde işlerlik kazanmasına, çalışma koşullarıyla ekonomik ve toplumsal durumlarını özgür iradeleriyle üretecekleri kurallarla ve kamudan gelebilecek her türlü karışmadan uzak biçimde düzenlemelerine olanak verilmesi gerekir.

Öte yandan gerektiğinde "ulusal koşullara uygun önlemler" alınmasından söz edilmiş olması, Sözleşme'nin temel amaç edindiği gönüllü toplu pazarlığı geliştirme ve yaygınlaştırma ilkesini kısıtlayıcı düzenlemeler yapılmasına olanak vermez … Sözleşmenin 4üncü maddesi, geliştirilmesini zorunlu tuttuğu gönüllü toplu pazarlığın taraflarını, birey olarak çalıştıranlar ya da çalıştıran örgütleri ile çalışan örgütleri biçiminde saptamıştır. Toplu pazarlığın çalışan (işçi) tarafı için birey olarak çalışanlara değinmeyen Sözleşme, çalışan örgütlerinin nitelik ve düzeyi yönünden de herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Dolayısıyla çalışan örgütlerinin alt yada üst düzey örgütleri olmaları yada işletme, işyeri ve işkolu temellerine dayalı olarak kurulmuş bulunmaları yönünden hiçbir ayrım gözetmemiştir". (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.366-377).

Prof. Dr. Mesut Gülmez'in 2822 sayılı Yasa'ya ilişkin yaptığı değerlendirme, 6356 sayılı Kanun bakımından da güncel ve geçerlidir: "Çünkü yasa koyucunun bu alandaki karışması, sendika hak ve özgürlüğünün en temel yönlerinden birini oluşturan toplu pazarlık hakkını kısıtlamaktadır. Oysa bu karışma, daha önce vurgulandığı gibi, toplu pazarlığı güçleştirici değil kolaylaştırıcı olmak zorundadır" (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve

Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.440).

Prof. Dr. Gülsevil Alpagut ise 6356 sayılı Kanunu uluslararası normlara uyum bakımından incelediği makalesinde, ILO'nun toplu iş sözleşmesi yetkisine ve işkolu barajına ilişkin Türkiye'yi eleştirdiğine ve değişiklik talep ettiğine işaret ederek; "Bazı işkollarında % 1 oranının sağlanamaması sendikal örgütlenmenin içinde bulunduğu durumu gösterirken, aynı zamanda bu oranın ülkemiz gerçeklerine uygun olmadığını da ortaya koymaktadır" tespitini yapmıştır (Gülsevil Alpagut. 2012. "6356 sayılı Yasa'nın Toplu İş Sözleşmesi ve Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi-Uluslararası Normlara Uyum", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi. Cilt 9. Sayı 35. s.36,39).

Daha önce belirttiğimiz üzere toplu pazarlık usulünü teşvik etmek ve gerçekleştirmek için lüzumu halinde alınacak önlemlerin, gönüllü ve özgür toplu pazarlık ilkesine uyumlu ve toplu pazarlığı güçleştirici değil kolaylaştırıcı olması gerektiği gibi; milli şartları da göz önünde bulundurması gerekmektedir. Prof. Dr. Gülsevil Alpagut'un isabetle işaret ettiği üzere yüzde 1 işkolu barajı, ülke gerçeklerine, bir başka deyişle milli şartlara uygun değildir. Bu yönüyle de gönüllü ve özgür toplu pazarlık ilkesine aykırı ve toplu pazarlığı güçleştirici bir sınırlama getirmektedir.

Prof. Dr. Toker Dereli ise 6356 sayılı Kanunu değerlendirdiği makalesinde, işkolu barajının yüzde 10'dan yüzde 3'e çekilmesine ilişkin olarak, "Oysa ILO organlarının içtihatlarına göre, çalışanların toplu pazarlık hakkını kısıtlayan işkolu ya da ulusal düzeydeki sayısal temsil koşulları örgütlenme ve toplu pazarlık özgürlüklerine aykırıdır… İşkolu barajındaki bu indirime rağmen sendikacılığımız ve ILO ilkeleri yönünden işkolu barajının önemi devam edecektir" dedikten sonra, yeni Kanunun öngördüğü baraj sisteminin çok sayıda sendikayı toplu sözleşme ehliyetinden mahrum bırakacağına işaret ederek, "Ulaşılan bu vahim noktada öteden beri asgari işkolu barajının kalkmasını savunan uluslararası ve ulusal çevrelerin ne kadar haklı olduklarının artık teslim edilmesi gerekir" tespitini yapmıştır (Toker, Dereli. 2013. "6356 Sayıyı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu: Genel Bir Değerlendirme", Çalışma ve Toplum, Sayı 36, ss.56-57).

Dolayısıyla ILO Sözleşmeleri ve ILO denetim organlarının görüş, gözlem ve eleştirilerine göre oranından bağımsız olarak tümüyle kaldırılması gereken işkolu barajının, yüzde 10'dan yüzde 3'e ve oradan da 1'e indirilmiş olması, ILO Sözleşmeleri ve normlarına uyum sağlandığı anlamına gelmemektedir.

Yukarıda alıntılanan tespitin 1989-2007 yılları arasında 19 yıl boyunca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ILO Aplikasyon Komitesi Hükümet Sözcüsü görevini de yürüten sayın Prof. Dr. Toker Dereli tarafından yapılmış olması ayrıca önemlidir. ILO Konferanslarına yıllarca katılan, ILO denetim organlarının Türkiye'deki sendikal mevzuata ilişkin tespitlerini yakından bilen ve Hükümet adına ILO'nun eleştirilerini yanıtlayan Prof. Dr. Toker Dereli, sendikal mevzuatta değişikliğin öngörüldüğü süreçte, 2008 yılında yazdığı bir makalede, o dönem işkolu barajının tümüyle kaldırılmasını öngören taslağı olumlu bulduğunu belirtmiş; ILO Sözleşmeleri'ne uyumun ancak ve ancak işkolu barajının tümüyle kaldırılması ile mümkün olacağını şöyle vurgulamıştır:

"Toplu iş sözleşmesi yetkisi için 2822 sayılı Yasa'da mevcut, iş kolunda %10 temsil koşulunun kaldırılması 98 sayılı sözleşme ile uyumludur.

Bilindiği gibi bu baraj ILO'nun 1980 li yıllardan bu yana, AB'nin de birkaç yıldır en fazla eleştirdiği konuların başında gelmekteydi. Ancak bu kez de yetki için ilgili sendikanın belli özellikleri olan bir konfederasyona üye olması ön koşulunu, ILO'nun yine 98 no'lu sözleşmeye aykırı bularak eleştirme olasılığı yüksektir. Nitekim Uzmanlar Komitesi'nin 2007 yılına ilişkin gözlemlerinde Bulgaristan böyle bir düzenleme nedeni ile 98 sayılı sözleşme bağlamında eleştirilmiştir. Aplikasyon Komitesi'ndeki işçi ve işverenlerin grup sözcüleri Bulgaristan'da bir sendikanın iş kolu düzeyinde toplu sözleşme yapabilmesi için bir konfederasyona üye olması koşulunun kabul edilemez olduğunu, hükümet temsilcileri karşısında vurgulamışlardır. Kaldı ki, bu koşulun Türkiye'de işyeri veya işletme yetkisi için getirilmesi konuyu eleştiriye daha da açık hale getirebilecektir.

Benzer bir düzenlemenin Belçika'da var olduğunu ileri sürüp savunma yapmak da güçtür. Bilindiği gibi Belçika'da bu koşulla birlikte çok katmanlı ve geniş kapsamlı toplu sözleşmeler yapmaya olanak sağlayan esnek bir toplu pazarlık yapısı mevcuttur. Bu nedenlerle Türkiye için ILO'yu ve AB'yi tatmin edecek

alternatif, ön barajı tamamen kaldırmak, işyerinde yarıdan bir fazla çoğunluk koşulunu muhafaza etmek, yani 275 sayılı Kanun'un sistemine dönmek olabilir. (Toker Dereli. 2008. "ILO ve AB Normları Açısından 2821 ve 2822 Sayılı Kanunlar". İşveren Dergisi. Haziran 2008)

Benzer bir tespit, 1991-2000 yılları arasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanı Danışmanı olarak görev yapan, 1991-2003 yılları arasında Uluslararası Çalışma Örgütü Konferansları'na "Hükümet Danışmanı" sıfatı ile katılan Prof. Dr. Savaş Taşkent tarafından da yapılmıştır. Prof. Dr. Savaş Taşkent, bir sempozyumda yapılan tartışmalar sırasında, daha önce yüzde 10 barajını savunduğunu ancak görüşünü değiştirdiğini belirterek şu tespitleri ifade etmiştir:

"…Değinmek istediğim ikinci ve çok önemli bir sorun % 10 barajı. Değerli arkadaşım % 10 barajının hala uygulama alanında olması, örgütlenme açısından yararlıdır dedi. Pratikte problemler yarattığını kabul ediyorum dedi ama, objektif olarak böyle bir baraj güçlü sendikacılık açısından gereklidir. Ben de uzun yıllar bunu savundum ama artık 2000'li yıllara gelirken düşünüyorum; 16 yıl devlet desteği yetmez mi diyor. Bir yandan diyoruz ki sendikalar üzerinde devlet etkili olmasın, sendikalar özgürlüğü devletten bağımsızlığı gerektirir. Ama 16 yıllık bir uygulamadan sonra hala diyeceğiz ki, sendikacılar bir araya gelsinler, birleşsinler ki, işverenler karşısında güçlü olsunlar, bunun için devlet ağırlığını koysun. İşte bu noktada artık ben görüşümü değiştirdim, değiştirmemin bir de uluslararası boyutu var. Şimdi sayın Kutal hocam belirtti; ay sonunda Haziran başında uluslararası çalışma teşkilatının Cenevre'de yine toplantısı var. Türkiye uzun yıllardan bu yana bu % 10 barajı yüzünden gündemde. Önceleri bunu pek yadırgamıyordum ama değerli arkadaşlarım, giderek insanın kanına dokunur hale geldi. Size şimdi isim vereceğim hangi ülkeler yüzünden şu % 10 barajı yüzünden gündeme alınıyoruz. Kolombiya, Hırvatistan, Malezya, Endonezya, adını bile bilmediğimiz Mirimmar, nerde olduğunu ben de bilmiyorum, bu ülkelerle birlikte % 10 barajını kaldırmadığımız için uluslararası platformda Türkiye olarak son derece zor bir durumda kalıyoruz, hesap vermek zorunda kalıyoruz ve bunu da, politika açısından bakarsak, Yunanlı kişiler, orda bulunan ve diğerleri büyük bir zevkle destekliyorlar, Türkiye gündeme alınıyor. Her iki durumda hem ulusal, 16 yıllık devlet desteği artık yeterlidir, sendikacılarımız, işçilerimiz kendileri birleşmenin güçlülüğü getireceğini görsünler, ikincisi de bu yüzden artık Türkiye hesap vermek durumunda kalmasın, hesap vereceği zaten çok konular var, 158

bunun başında geliyor. O nedenle % 10 barajının kaldırılmasının artık yararlı olacağını düşünüyorum. Teşekkür ederim" (Savaş Taşkent. 1999. "1.Gün 2. Oturum Tartışmalar" Türkiyede Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları içinde. Galatasaray Üniversitesi Yayınları. İstanbul. ss. 104-105).

Benzer bir yakınma, 1993, 1994 ve 1998 yıllarında ILO Konferanslarına "Hükümet Danışmanı" sıfatı ile katılan Prof. Dr. Sarper Süzek tarafından da yapılmıştır: "Uluslararası sözleşmelerin uygulanmaması konusunda en fazla sıkıntıları çekenlerden birisi de benim. Çünkü sayın Kutal hocamla, sayın Toker Dereli hocamla, sayın Ulucan'la, sayın Savaş Taşkent'le ILO toplantılarına katıldığımızda biz hesap vermek zorundayız". Savaş Taşkent. 1999. "2.Gün 2. Oturum Tartışmalar" Türkiye'de Sendikal Örgütlenme Uluslararası Dayanakları Uygulaması ve Sorunları içinde. Galatasaray Üniversitesi Yayınları. İstanbul. s.225).

ILO'nun 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi'nin 2. maddesi şu şekildedir:

"Çalışanlar ve işverenler, herhangi bir ayırım yapılmaksızın önceden izin almadan istedikleri kuruluşları kurmak ve yalnız bu kuruluşların tüzüklerine uymak koşuluyla bunlara üye olmak hakkına sahiptirler."

Prof. Dr. Mesut Gülmez, bu maddeyi yorumlarken, "seçtikleri örgütleri kurma ve bu örgütlere üye olma hakkı"nı şu şekilde açıklamaktadır:

"Sendika özgürlüğünün temel öğelerinden birini oluşturan bu ilke, çalışanların sendikaların yapısını ve bileşimini özgürce belirleme hakkı yanısıra, çeşitli (işletme, işkolu ve ulusal) düzeylerde bir ya da birden çok örgüt kurma ve bunlardan birine üye olma hakkını da kapsar. Böylece 87 sayılı Sözleşme, birçok ülkede geçerli olan "sendika çokluğu" ve dolayısıyla "sendika seçme özgürlüğü" ilkesini benimsemiştir. Bu nedenle de, işletme yada ulusal düzeylerde, çalışanların çeşitli sendikal örgütler arasında seçme yapmasına olanak vermeyen ulusal düzenlemeler, Sözleşme'ye aykırı düşecektir" (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.172).

Ayrıca Prof. Dr. Mesut Gülmez, 2822 sayılı Yasa'ya ilişkin yaptığı değerlendirme, işkolu barajı ve işyeri/işletme barajının ILO'nun 87 sayılı Sözleşmesi'nin 2. maddesine aykırı olduğunu açıkça vurgulamıştır.

"Öte yandan, yasanın aradığı iki aşamalı çoğunluk koşulu, 87 sayılı Sözleşme'de güvence altına alınan "çalışanların seçtikleri örgütleri özgürce kurma ve onlara üye olma hakkı"nı olumsuz yönde etkilemek, daha açık bir deyişle sendika sayısını yasa koyucunun karışmasıyla, zoruyla azaltmak amacına yöneliktir. Oysa denetim organları, değindiğimiz kararlarında bölünmüş, güçsüz ve sayıca çok bir sendikacılık yanlısı olmadıklarını açıklamakla birlikte, bunun yasalarda öngörülen zorlayıcı kural ve koşullardan ileri gelmesine karşı çıkmıştır. Dolayısıyla 2822 sayılı yasanın bu kuralı, gönüllü toplu pazarlığın geliştirilmesi ilkesine aykırılığı yanısıra, sendikaların toplu pazarlık yoluyla üyelerinin çıkarlarını koruyup geliştirme hakkına getirilmiş bir kısıtlamadır. Ve 87 sayılı Sözleşme'nin güvence altına aldığı "çalışan örgütlerinin etkinliklerini düzenleme ve eylem programları oluşturma hakkı"na aykırıdır". (Mesut Gülmez. 1988. Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ/ILO Sözleşme ve İlkeleri. Cilt 1. TODAİE Yayınları. Ankara. s.441).

6356 sayılı Kanun, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini yalnızca işkolu düzeyinde kurulmuş ve Kanunun öngördüğü baraj şartlarını yerine getirmiş sendikalara tanımaktadır. Bu yönüyle sendikaları, işçilerin kurduğu ve üye olduğu diğer her türlü örgütten, dernekten, vakıftan, sandıktan, kurum ya da kuruluştan ayıran en önemli husus, "toplu iş sözleşmesi" yapabilmeleridir. Öte yandan 6356 sayılı Kanun "grev hakkı"nı yalnızca toplu iş sözleşmesi sürecinde yaşanan anlaşmazlık halinde tanıdığı için, Kanun'a göre, yasal bir grevi ancak ve ancak toplu iş sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olan ve bu ehliyetini bir işyeri da işletmede yetki alarak somut olarak yaşama geçirmiş, Kanunun öngördüğü prosedür ve usul içinde toplu sözleşme görüşmelerinde anlaşmazlık çıkması halinde kullanacak olan Sendikalara tanımıştır. Kısacası, 6356 sayılı Kanuna göre, işkolu barajı şartını yerine getirmek, sendikaların toplu sözleşme ve grev yapabilmelerinin ön koşuludur.

Bu yönüyle, iptali istenen yüzde bir şartını karşılamayan sendikalar, bir sendikayı sendika yapan, diğer örgütlerden ayıran en önemli işlevlerinden, toplu

iş sözleşmesi ve grev hakkından mahrum bırakılmaktadır. Eski Türk-İş Genel Başkanlarından Halil Tunç'un ifadesiyle, "Toplu iş sözleşmesi hakkından, grev hakkından yoksun bir sendikacılık hareketine, sendikacılık hareketi demeye imkan yok. Çünkü toplu sözleşmeler, sendikaların şah damarıdır. Şah damarı olmadan bir hareket başarılı olamaz. Toplu sözleşmeyi sınırladınız mı, toplu sözleşmeyi kaldırdınız mı sendikaların şah damarını kesmiş sayılırsınız. Onun için iki müesseseyi birlikte mütalaa etmek gerekir. Sendikacılığın var olduğu yerde sözleşme vardır. Sözleşmenin var olduğu yerde sendikacılık vardır" (aktaran Murat Özveri. 2013. Türkiye'de Toplu İş Sözleşmesi Yetki Sistemi ve Sendikasızlaştırma (1963-2009). Legal Kitabevi. İstanbul. s.118).

Bu bağlamda iptali istenen düzenlemeler, usülüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla bağdaşmadığından Anayasa'nın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 20. maddesi, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

5) 6552 Sayılı Kanun'un 21. Maddesiyle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Eklenen Ek Madde 1'in Anayasaya Aykırılığı

6356 sayılı Kanuna eklenen ek 1. maddeyle, 6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkraları ile 43. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu işkolunda en az yüzde bir üye şartının, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları için yüzde üç olarak uygulanacağı kurallaştırılmaktadır.

6356 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrası, "Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartıyla işçi sendikası, … toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkilidir." şeklinde kurallaştırılırken; beşinci fıkrası "Bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinin tespitinde Bakanlıkça her yıl ocak ve temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. …" şeklinde kurallaştırılmış; 43. maddesinin ikinci fıkrasında, "…Kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesi bulunan işçi sendikası, yetki itirazında bulunamaz." denilirken; dördüncü fıkrasında ise, "… Mahkeme

açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirir. Mahkeme davayı iki ay içinde sonuçlandırır." denilmiştir.

11.4.2001 tarihli ve 4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun'un 2. maddesine göre, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş), Hak İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Hak-İş) ve Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) Ekonomik ve Sosyal Konseyin üyesidir.

İptali istenen düzenlemeye göre, Bakanlıktan "Yetki Belgesi" nin alınmasında, toplu sözleşme yapılmasında, mahkemelere yetki itirazında bulunulmasında ve mahkemenin açılan davaları işçi sendikası, işveren sendikası ve sendika üyesi olmayan işverene bildirmesinde, Ekonomik Sosyal Konseye üye Türk-İş, Hak-İş ve DİSK üyesi sendikalar için kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde biri barajı uygulanacak, bu üç konfederasyonun üyesi olmayan işçi sendikaları için ise en az yüzde üçü barajı uygulanacaktır.

Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı verilerine göre Türkiye'de yukarıda sözü edilen üç işçi sendikası konfederasyonu dışında 21.5.2014 tarihinde kurulmuş Aksiyon İşçi Sendikaları Konfederasyonu ile herhangi bir konfederasyona üye olmayan 70 tane bağımsız işçi sendikası vardır. Dolayısıyla bunların yetki belgesi alması, yetki itirazında bulunması ve toplu sözleşme imzalayabilmesi için kurulu bulunduğu iş kolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyeleri olması gerekecektir.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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 ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Kanun koyucu Anayasaya ve hukukun evrensel ilkelerine aykırı

olmamak koşuluyla her türlü düzenlemeyi yapmak ve dolayısıyla kamu yararını takdir etmek yetkisine sahip olmakla birlikte, kamu yararı dışında bireylerin ya da grupların çıkarlarını gözeterek düzenleme yapması düşünülemez. Kanunların ilke olarak genel ve nesnel olmaları gereğini ifade eden "kanunların genelliği ilkesi" ise hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Kanunların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durumu gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu, Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in, üç ayda bir Başkanın daveti ile olağan toplanacağı; Başkanın daveti veya Başbakanca belirlenecek olanlar dışında kalan temsilcilerin üçte birinin yazılı istemleri üzerine olağanüstü toplanabileceği belirtilmesine; 11.4.2001 tarihli ve 4641 sayılı Kanunla hukuk sistemine giren Ekonomik ve Sosyal Konsey, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle Anayasanın 166. maddesine dördüncü fıkra olarak eklenip, Anayasal bir statüye kavuşturulmasına rağmen, en son 5 Şubat 2009 tarihinde toplanmış; o günden bu yana yaklaşık beşbuçuk yıldır toplanmamıştır.

Anayasal bir organizasyon olmasına rağmen kanun koyucunun, 5 Şubat 2009 tarihinden itibaren toplanmayan ve dolayısıyla siyasi iktidarın işlevsel görmediği bir organizasyona üyeliği esas alarak, yasayla Konsey'e üye yapılan konfederasyonlar üyesi sendikaların ve dolayısıyla sendikalar üyelerinin lehine, üye olmayan konfederasyonlar üyesi sendikalar ile herhangi bir konfederasyon üyesi olmayan bağımsız sendikalar ve üyelerinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde düzenleme yapmasının adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle uyuşmadığı ve kanunların genelliği ilkesiyle bağdaşmadığı açık olduğundan iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım

gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilerek genel kural ortaya konuşmuş; dördüncü fıkrasında kişi, aile, zümre veya sınıfa imtiyaz tanınması yasaklanmış; beşinci fıkrasında ise Devlet organları ile idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun hareket etmekle yükümlü tutulmuştur.

Anayasanın 10. maddesinde öngörülen "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, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin zedelenmemesi için aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların farklı kurallara bağlı tutulması gerekir.

Hukuksal durumları aynı olan işçi sendikaları arasında, Ekonomik ve Sosyal Konseye yasayla üye yapılan konfederasyonlar üyesi sendikalar lehine ayrımcılık yapılması, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 51. maddesinin birinci fıkrasında, "Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz." kuralına yer verilmiştir.

İşçi sendikalarının kuruluş amacı, üyelerinin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmaktır. Toplu iş sözleşmesi yapmak sendikanın varlık nedenidir. Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye sendikalara en az yüzde bir barajı getirilirken, Konsey üyesi olmayan konfederasyonların üyesi sendikalarla herhangi bir konfederasyon üyesi olmayan bağımsız sendikalara en az yüzde üç barajı getirilmesi, Konseye üye olmayan konfederasyon üyesi sendikalarla üye sendikaları toplu sözleşme yapma hakkı elde etmek ve yapabilmek için Konsey üyesi konfederasyonlara üye olmaya zorladığından, iptali istenen düzenlemeler, "sendika ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma" özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 Sayılı Kanun'un 21. maddesiyle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Eklenen Ek Madde 1, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırıdır.

6) 6552 sayılı Kanunun 38. Maddesi ile Değiştirilen 5502 Sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Dördüncü Cümlesindeki "… ve vekaletname ibrazı …" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 38. maddesi ile değiştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. maddesinin üçüncü fıkrasında, Sosyal Güvenlik Kurumunu vekil sıfatıyla temsile yetkili olan I. Hukuk Müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının bir listesinin Kurumca yazılı olarak veya elektronik ortamda Cumhuriyet başsavcılığına, bölge idare mahkemesi başkanlıklarına, askerî savcılıklara ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına verileceği ve Listede isimleri yer alanların Baroya kayıt ve vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilecekleri hükümlerine yer verilmiştir.

1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinin birinci fıkrasında, avukat stajyerlerine staj süresince Türkiye Barolar Birliğince kredi verileceği; ikinci fıkrasında, ödenecek kredinin kaynağının avukatların yetkili mercilere sunduğu vekaletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri ile geri ödemeden gelen paralar ve bunların gelirleri olduğu; üçüncü fıkrasında, avukatlarca vekaletname sunulan mercilerin, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekaletname ve örneklerini kabul etmeyecekleri ve gerektiğinde ilgiliye on günlük süre vererek bu süre içinde de pul tamamlanmadıkça vekaletnamenin işleme konulmayacağı; dördüncü fıkrasında, kredi ödemelerinden arta kalan miktarın, meslektaşlara destek ve meslekte gelişmeyi sağlamakta kullanılacağı belirtilirken; aynı Kanuna 13.1.2004 tarihli ve 5043 sayılı Kanunun 3. maddesiyle eklenen 27/A maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye Barolar Birliği nezdinde sosyal güvenlik, sosyal yardım ve dayanışma hizmetlerinde kullanılmak üzere kaynağı Avukatlık Kanununun 27. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen gelirlerin yarısı olan "Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu" kurulduğu; ikinci fıkrasında, kurulan fondan yapılacak harcamaların esas ve usulleri ile diğer hususların Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanacak ve Adalet Bakanlığınca onaylanacak yönetmelikte gösterileceği hüküm altına alınmıştır.

Avukatlara barolarca yardım yapılmasının tarihsel süreci ise şöyledir:

9.4.1969 tarih ve 13168 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 27. maddesinde, "Stajyerlere barolarca yardım yapılabilir. Bu yardımın şekil ve şartları Türkiye Barolar Birliğince belirtilir." denilerek, stajyer avukatlara barolarca yardım yapılmasının hukuksal alt yapısı 1969 tarihi itibariyle oluşturulmuş; 1136 sayılı Kanunun 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanun 14. maddesiyle yeniden düzenlenen 27. maddesiyle staj süresince avukatlara Türkiye Barolar Birliğince kredi verileceği; kredinin kaynağının avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri olduğu; kredi ödemelerinden arta kalan miktarın, avukatlara destek ve meslekte gelişmeyi sağlamakta kullanılması gerekeceği hukuk sistemimize girmiş; 13.1.2004 tarihli ve 5043 sayılı Kanunun 3. maddesiyle 1136 sayılı Kanuna eklenen 27/A maddesiyle ise, Türkiye Barolar Birliği nezdinde sosyal güvenlik, sosyal yardım ve dayanışma hizmetlerinde kullanılmak üzere kaynağı 1136 sayılı Kanunun 27. maddesinin ikinci fıkrasında gösterilen gelirlerin yarısı olan "Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu" kurulmuştur. Devamında hazırlanan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği 30.9.2005 tarih ve 25952 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

1136 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, "avukatlık stajını tamamlayarak staj bitim belgesi almış bulunmak" avukatlık mesleğine kabul edilmenin şartları arasında sayılmıştır. Dolayısıyla tüm avukatlar gibi Sosyal Güvenlik Kurumunun kadrolu avukatları da avukatlık stajı yaptıktan sonra mesleğe adım attığından en azından 1969 yılından itibaren barolardan yardım almışlar ve 2001 yılından itibaren kaynağı avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri olan kredileri kullanmışlar ve 2005 yılından itibaren de ek olarak SGK primleri Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'ndan karşılanmış ve baro levhasına kayıtlı avukatlara sosyal yardımlar yapılmıştır.

Öte yandan, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun ek 1. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları zorunlu tutulmayıp isteklerine bırakılmakla birlikte; Türkiye Barolar Birliği kayıtlarına

göre Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kadrolu avukatlarından kendi isteği ile baro levhasına kayıtlı yaklaşık 55 avukat bulunmaktadır. (EK:1)

13.12.2011 tarihli ve 28141 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği'nin 3. maddesinde üye, "Fon kapsamında bulunan sosyal yardımlardan yararlanabilecek kişileri" şeklinde tanımlanmış; 14. maddesinde, üyelerine bu Yönetmelik çerçevesinde yapılacak yardımlar Fon'un giderleri arasında sayılmış; 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, "Fon kapsamında sağlanan sosyal yardımlardan, belirlenecek usul ve esaslara göre avukatlar yararlandırılır." denilirken; (2) numaralı fıkrasında avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları, çalışmayan avukat, çalışmayan avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları, avukat stajyerleri, çalışamayan avukat ve çalışamayan avukatın eşi ve bakmakla yükümlü olduğu çocukları da yardım kapsamına alınmış; 17. maddesinde ise, Fon kapsamında yapılacak yardımlar, tedavi yardımları, geçici iş göremezlik yardımları, analık halinde geçici iş göremezlik yardımları, geçici gelir kaybı yardımı, olağandışı haller nedeniyle yapılabilecek geçici iş göremezlik yardımı, sürekli iş göremezlik yardımı, büro-mesken hasarı yardımı, bakım yardımı, acil destek yardımı, cenaze yardımı, ölüm yardımı, munzam emeklilik yardımı şeklinde sıralanmıştır.

Bu kurallara göre, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanlar da kaynağı avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri olan Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonunun, Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu Yönetmeliği'nin 17. maddesinde sıralı yardımlarından yararlanmaktadırlar. Bunların baro levhasına kayıtları devam ettiği sürece Fon kaynaklarından yararlanacak olmaları, 1136 sayılı Kanunun 27/A maddesi ile Yönetmelik hükümlerinin gereğidir.

Anayasanın 2. maddesinde, hukuk devlet ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu kaynaklarından avukatlık stajı döneminde yararlanmış olan Sosyal Güvenlik Kurumu kadrolu avukatları ile Fonun kaynaklarından halen yararlanan ve ileride de yararlanmaya devam edecek olan Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhalarına kayıtlı kadrolu avukatlarının, vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak olmaları ve dolayısıyla avukatların yetkili mercilere sunduğu vekaletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedellerinden muaf tutulmaları, adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olduğundan, iptali istenen ibare hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesine yer verilmiş; imtiyaz yasaklanmış ve Devlet organları ile idare bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uymakla yükümlü tutulmuştur.

Anayasanın 10. maddesinde yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

Vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhasına kayıtlı kadrolu avukatları, staj döneminde Fon kaynaklarından yararlanmış, Fon'dan halen pul kullanan avukatlarla eşit şekilde hizmet alıyor ve almaya devam edecekken, vekaletname ibraz etmeme üzerinden pul kullanmadan muaf tutulmaları ve dolayısıyla Fon'a katkı sunmadan Fon kaynaklarından Fon'a katkı sunanlarla eşit şekilde yararlanmaları kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve imtiyaza yol açtığı için, iptali istenen ibare Anayasanın 10. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 38. maddesi ile değiştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesindeki "… ve vekaletname ibrazı …" ibaresi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen;

a) Üçüncü Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla, Kurum müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak, oluşabilecek Kurum alacağı tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ayı geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel veya müeccel alacaklarının ödemesinin, tahsili riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olarak durdurulabileceği; altı aylık süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise durdurma kararının kendiliğinden kalkacağı ve bu tarihten itibaren muaccel olan alacakların ödenmeye devam olunacağı; altı aylık süre sonuna kadar ödemesi durdurulan alacakların ise inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar ödenmeyeceği; ancak, sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel olan alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanunun l0. maddesinin birinci fıkrasının 2. ve 3. bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararının bu kararı uygulayan Kurum ünitesi tarafından kaldırılacağı ve Kurum nezdindeki alacaklarının ödeneceği kurallaştırılmıştır.

Düzenlemeyle, sağlık hizmeti sunucularının Sosyal Güvenlik Kurumu nezdindeki muaccel (vadesi gelmiş) veya müeccel (vadeli, vadesi henüz gelmemiş) alacaklarının ödenmesinin, Kurum müfettişlerince yapılacak inceleme veya soruşturma esnasındaki tespitlerine dayalı olarak altı ay süreyle durdurulması, 6183 sayılı Kanuna göre teminat gösterilirse kaldırılması; inceleme ve soruşturma altı aylık sürede tamamlanamaz ise durdurma kararının kalkması öngörülmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan,

Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

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 gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Sağlık sunucusu hakkında müfettiş inceleme veya soruşturması esnasında bir takım tespitler yapılması ve yargı kararıyla kesinleşmemiş tespitlere dayanarak da Kurum alacağının riskli olduğuna karar verilerek muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulması, alacağın durdurulmasına dayanan tespitleri içeren incelemenin altı ayda sonuçlandırılıp bir rapora bağlanamaması durumunda durdurma kararının kalkacak olması ve alacağın tahsili için teminat öngörülmesi, sağlık hizmeti sunucularının hukuk güvenliklerini ortadan kaldırdığından, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde temel bir hak olarak güvence altına alınmıştır. Aynı maddede mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ve bu hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 14. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin durdurulması, savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde durdurulabileceği kuralına yer verilmiştir.

Para ile ifade edilen her türlü alacaklar mülkiyet hakkının kapsamında bulunmakta ve mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" olanağı vermektedir.

Ortada bir yargı kararı olmadan müfettiş incelemesine dayalı olarak, sağlık hizmeti sunucularının Sosyal Güvenlik Kurumundan olan muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulması, alacaklarına kavuşmalarının müfettiş incelemesinin altı ay içinde tamamlanıp rapora bağlanamaması ve teminat gösterilmesi şartlarına bağlanması, kişilerin mülkiyet hakkının Anayasanın 14. Maddesinde öngörülmeyen bir surette durdurulması sonucunu doğurduğundan iptali istenen düzenleme Anayasanın 14. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen üçüncü fıkra, Anayasanın 2. 14. ve 35. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

b) Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen dördüncü fıkrada, Kurum tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla feshe neden olan fiillere bağlı olarak oluşan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve fesih süresi tamamlanmadan yeni bir sözleşme yapılamayacağı; söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun üçüncü kişilere devri hâlinde, feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacağı; sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyeceği hükümleri getirilmiştir.

Düzenlemede idari karar dayalı sözleşmenin feshi ile yargı kararına dayanan sözleşmenin feshi arasında hiçbir ayrım gözetmeden düzenleme yapılmıştır.

Kurum, hukuka uygun veya uygun olmayan herhangi bir sebebe dayalı olarak, tek taraflı bir şekilde ve işlemi yargı denetiminden geçmeden önce sözleşmeyi feshedebilmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde "hukuk devleti" ilkesine yer verilirken; 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık tutulmuştur.

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti yasaların adaletli, hakkaniyetli ve kamu yararına olmasını gerektirir.

Kurum tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusunun, idari işleme karşı dava açma süresi geçmeden veya sözleşmenin feshinin haklı bir nedene dayandığı ve hukuka uygun olduğu yargı kararıyla kesinleşmeden, tek taraflı tahakkuk ettirilen Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden yeni bir sözleşme yapılmamasını öngören düzenleme hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Anayasanın 38. maddesinde suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine yer verilmiştir.

Sağlık hizmeti sunucusunun üçüncü kişilere devri hâlinde, feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacak ve sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyecek olması, Anayasanın 38. maddesinde kurallaştırılan suçların ve cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen dördüncü fıkra, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

8) 6552 Sayılı Kanunun 61. Maddesiyle 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Eklenen Geçici 57. Maddenin Birinci Fıkrasındaki, "… ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez …" İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanuna eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasıyla, 5510 sayılı Kanunun 8. maddesinin üçüncü

fıkrasındaki sigortalı işe giriş bildirgesini, 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler için 9. maddenin üçüncü fıkrasındaki işyeri bildirgesini, 11. maddenin üçüncü fıkrasına göre işverenin iş yeri bildirgesini, altıncı fıkrasına göre ise valilik ve belediyeler ile yapı ruhsatı vermeye yetkili diğer kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin istihdama ilişkin bilgileri yasal süresi içinde Kuruma bildirme yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerin, geçici 57. maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirmeleri halinde, yasal süresinde yerine getirmiş sayılacakları ve idari para cezası uygulanmayacağı; bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezalarının, kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edileceği; ancak tahsil edilmiş tutarların red ve iade veya mahsup edilmeyeceği kurallaştırılmaktadır.

Düzenleme kısaca, 5510 sayılı Kanundan kaynaklanan bildirim yükümlülüklerini yasal süresi içinde yerine getirmeyenlerin, 6552 sayılı Kanunun 61. maddesinin yürürlüğünden itibaren üç ay içinde yerine getirmeleri halinde; 5510 sayılı Kanuna göre uygulanması gereken idari para cezalarının uygulanmamasını, daha önce idari para cezası uygulanmış olanlardan, yükümlülerince ödenmemiş olan idari para cezalarının kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilirken, yükümlülerince ödenmiş olanların ise red ve iade veya mahsup edilmemesini öngörmekte ve dolayısıyla idari para cezasını ödemeyerek yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyenler affedilerek yasalara uyulmaması teşvik edilirken; para cezasını ödeyerek yasal yükümlülüklerini yerine getirenler affedilmeyerek, yasalara uyulması cezalandırılmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde, hukuk devlet ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasamanın genelliği ilkesi uyarınca yasakoyucu Anayasada belirtilen istisnalar dışında ve Anayasa ile hukukun üstün kurallarına bağlı kalmak koşuluyla istediği alanda ve istediği içerikte kanun çıkarma yetkisine sahip olmakla birlikte, hukuk devleti ilkesi gereğince adil ve hakkaniyete uygun bir hukuk düzeni kurmakla da yükümlüdür.

Hukuksal durumu aynı olanlardan yasal yükümlülüklerini yerine getirmeyenler af kapsamına alınarak yasalara uymama teşvik edilirken; yasal yükümlülüklerini yerine getirenlerin af kapsamına alınmayıp yasalara uymanın cezalandırılması, adil ve hakkaniyete uygun olmadığından, iptali istenen ifade, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 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 maddede yer verilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenlemeler getirmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Bildirim yükümlülüklerini yasal süresi içinde yerine getirmeyenlere 5510 sayılı Kanuna göre idari para cezası uygulanmıştır. Dolayısıyla idari para cezası uygulananların hukuksal durumları aynıdır. Uygulanan idari para cezalarını, yasal süresi içinde ödemeyenler af kapsamına alınırken, yasal süresi içinde ödeyenlerin af kapsamına alınmaması ve dolayısıyla hukuksal durumları aynı olanların farklı kurallara tabi tutulması, yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 61. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasındaki, "… ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez …" ifadesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

9) 6552 Sayılı Kanunun 64. Maddesiyle 5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkradaki, "İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasında, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, davanın Kuruma resen ihbar edileceği; ihbar üzerine Kurumun davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılacağı ve yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi Kurumun kanun yoluna başvurabileceği kuralı getirilmektedir.

Düzenlemeye konu oluşturan hizmet tespiti davası, sigorta bildirimi yapılmadan çalıştırılan işçinin, sigortasız geçen sürelerini sigortalı hale getirebilmek için görevli ve yetkili iş mahkemelerinde, iş mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri aracılığıyla açtığı davadır.

Nitekim, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 86. maddesinin birinci fıkrasında, işverenin bir ay içinde çalıştırdığı sigortalı ile sosyal güvenlik destek primine tabi sigortalıların; ad ve soyadları ile T.C. kimlik numaralarını, prime esas kazançlarını, prim ödeme gün sayıları ile prim tutarlarını gösteren asıl veya ek aylık prim ve hizmet belgesini Kuruma bildirmekle yükümlü tutulmuş; dokuzuncu fıkrasında ise, "Aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır." kuralına yer verilmiştir.

Hizmet tespit davası işveren ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılmakta olup, üç ana koşulu bulunmaktadır. Bunlar;

- Sigortasız çalıştırma,

- Çalışmanın işverence Kuruma bildirilmemiş veya Kurumca saptanmamış olması,

- Davanın beş yıl içinde açılması.

Hizmet tespit davalarının temelinde, kayıtdışı ekonomi ve kayıtdışı istihdam yatmaktadır.İşverenin çalışanlarına ve Sosyal Güvenlik Kurumuna karşı olan

yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesi, Sosyal Güvenlik Kurumunun da gerekli denetimleri yapmaması veya yapmakta yetersiz kalması nedeniyle bu davalar açılmak durumunda kalınmaktadır. Hizmet tespit davalarının davacılarını ise, toplumun yoksul ve korunmaya muhtaç emeğiyle geçinen ücretli kesimi oluşturmaktadır. Öyle ki, gelir düzeyi bakımından toplumun en alttakilerini oluşturan bu kesimi, yasal haklarını ve başvuracakları makamı bilememenin yanında bazı durumlarda kayıtdışı çalıştırıldıklarını bile bile resmi işsizliğin yüzde onlarda seyrettiği ülkemizde işsiz ve dolayısıyla gelirsiz kalma korkusuyla yasal haklarını dahi arayamamaktadır.

Getirilen düzenleme ile hizmet tespiti davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu'nun dava edilen işverenle birlikte davalı olan yerine, dava edilen işveren yanında fer'i müdahil olması öngörülmekte; hukukumuzda fer'i müdahilin tek başına kanun yollarına başvurma hakkı yokken, yanında fer'i müdahil olduğu işveren başvurmasa dâhi Sosyal Güvenlik Kurumuna kanun yoluna başvurma hakkı tanınmaktadır.

Mahkemelerde iddia (tez) ve savunma (antitez)'nın nasıl ve hangi usul kurallarına bağlı yapılıp karara (sentez) nasıl varılacağına ilişkin kural ve süreçler ile kanun yolarını konu alan yargılama/usul hukuku, yüzyılların birikimi ile şekillenip kurallaştırılmakta ve bir sisteme dayalı olarak kendi içinde bütünlük ve tutarlılık taşımaktadır. Tasarı ile öngörülen düzenleme usul hukukunun temel normlarıyla bağdaşmamakta ve sistem bütünlüğünü bozmaktadır. Çünkü madde ile bir yandan hizmet tespiti davalarının işveren ile birlikte Sosyal Güvenlik Kurumu aleyhine açılmasının önüne geçilerek Sosyal Güvenlik Kurumu'nun vekalet ücreti, bilirkişi ve tanık ücreti gibi yargılama masraflarından kurtarılması sağlanırken; diğer yandan açılmış davalara fer'i müdahil olarak katılmasına ek olarak usul hukukumuzda fer'i müdahile tanınmayan kanun yollarına başvurma hakkının Sosyal Güvenlik Kurumuna tanınması yoluyla dava edilen işverenin hak ve yetkilerine sahip olması amaçlanmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde yer verilen "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin refah, huzur ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kuran, ekonomik ve sosyal politikalarla çalışma hayatını geliştirerek çalışanları koruyan, kişilerin insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adil

dağıtımı için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren devlettir.

Anayasanın 60. maddesinde sosyal güvenliğin Anayasal bir hak olduğu belirtilmiş ve bunu gerçekleştirmek Devlete görev olarak verilmişken; sosyal güvenlik hakkını yerine getirmekle yükümlü Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hizmet tespiti davalarında işverenle birlikte davalı olmak yerine, işveren yanında fer'i müdahil olması ve usul hukukumuzda fer'i müdahile kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken, Sosyal Güvenlik Kurumuna Devletin korumakla yükümlü tutulduğu toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimleri aleyhine fer'i müdahil olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınması, Anayasanın 2. maddesindeki sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

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." denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Burada güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak olmanın yanında diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayarak zararını tazmin edebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanma ve adil bir şekilde yargılanmadır.

Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri Anayasanın 141. maddesinin son fıkrasında, "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir." şeklinde kurallaştırılmış; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde ise "Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir." denilerek, yargılamanın "makul bir sürede" sonuçlandırılması, adil yargılanma hakkının unsurları arasında sayılmıştır.

Usul hukukumuzda fer'i müdahile kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken; davaya davalı işveren yanında fer'i müdahil olarak katılan Sosyal Güvenlik Kurumuna davalı işveren kanun yoluna başvurmasa dahi kanun yoluna başvurma hakkı tanınması, davanın sonuçlanmasını uzatarak toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimlerinin, Anayasa ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik haklarına geç kavuşmalarını sağlamayı amaçladığından, iptali istenen düzenleme Anayasanın 36. ve 141. maddelerine, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 90. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasındaki, "İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir." cümlesi, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

10) 6552 Sayılı Kanunun 73. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesindeki, "… dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun çerçeve 73. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendiyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamına giren ve 30.4.2014 tarihinden önceki dönemlere ait beyana dayanan vergilerde bu tarihe kadar verilmesi gereken beyannamelere ilişkin vergi ve bunlara bağlı vergi cezası, gecikme faizi ve gecikme zamlarından; 2014 yılına ilişkin olarak 30.4.2014 tarihinden önce tahakkuk eden vergi ve bunlara bağlı vergi cezası, gecikme faizi ve gecikme zamlarından; 30.4.2014 tarihinden önce yapılan tespitlere ilişkin vergi aslına bağlı olmayan vergi cezalarından; (b) bendiyle 30.4.2014 tarihinden önce çeşitli kanunlara dayanılarak verilen idari para cezalarından; (c) bendiyle Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince (a) ve (b) bentleri dışında kalan diğer kanunlar gereğince takip ve tahsil edilen adli ve idari para cezası, Devlet hissesi ve Devlet hakkı, şeker fiyat farkı, akaryakıt fiyat istikrar payı ve akaryakıt fiyat farkı, özel idare payı, madencilik fonu gibi asli ve fer'i kamu alacaklarından kesinleşmiş olup ve 6552 sayılı Kanunun yayımı tarihi itibariyle vadesi geldiği halde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş olan alacakların tamamı ile bunlara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi feri kamu alacakları yerine 6552

sayılı Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece feri alacaktan ibaret olması halinde feri alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın öngörülen sürede tamamen ödenmesi şartıyla alacaklara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi feri alacakların tahsilinden vazgeçileceği; (2) numaralı fıkrasında (1) numaralı fıkra kapsamına giren bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan vergi cezalarının %50'sinin ödenmesi durumunda kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçileceği belirtilmiş; (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde ise "Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." denilerek, kişilerin maddede getirilen borcun yeniden yapılandırılması düzenlemelerinden yararlanmaları, idarenin karar ve işlemlerine karşı yetkili yargı mercileri nezdinde hak arama özgürlüklerini kullanmamaları, kullanmışlarsa vazgeçmeleri şartına bağlanmıştır.

Bilindiği üzere 213 sayılı Vergi Usul Kanununun 134. maddesine göre ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak amacıyla; 135. maddesinde yazılı vergi incelemeye yetkili olanlar tarafından yapılan vergi incelemesi sonucu veya takdir komisyonu kararı vb. yollarla re'sen ve ikmalen vergi tahakkuk ettirilip, usulsüzlük, özel usulsüzlük ve vergi cezaları kesilebilmekte; cezalı vergi tahakkuklarının hukuka aykırı olduğunu düşünen mükellefler, vergi mahkemelerinde dava açma yoluyla hak arama özgürlüklerini kullanabilmekte; açılan davaların yerel mahkemede karara bağlanması, temyiz, yargılamanın iadesi ve karar düzeltme gibi kanun yolları aşamasından sonra kesinleşmesi ise 5-6 yıla sirayet edebilmektedir.

İptali istenen düzenleme, bir yandan hukuka uyarlığı tartışmalı olan ve tartışmalı olduğu için de dava açılmış bulunan idari işlemle tahakkuk ettirilmiş borçlardan dolayı borçluların hak arama hürriyetleri şarta bağlarken, diğer yandan borçluları ya şimdi şu anda borcun yeniden yapılandırmasından yararlan, ya da 5-6 yıl sonra sonuçlanacak yargılama sonucunu bekle ikilemi ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Teknik ayrıntısına girmeden örneğin, 2011 yılında mükellefe re'sen veya ikmalen 2 milyon TL tutarında vergi aslı ve 1 milyon TL vergi cezası tahakkuk

ettirilmiş, mükellef bu işleme karşı yasal süresi içinde yetkili ve görevli vergi mahkemesinde dava açmış, ilk derece mahkemesinde davayı kazanmış; fakat idarenin kararı temyiz etmesi üzerine dosya Danıştay'a gelmiş ve kesin hükme bağlanmamış iken; 6552 sayılı Kanunun yürürlük tarihi itibariyle 2 milyon TL vergi aslı ve 1 milyon TL vergi cezası toplamı, 1 milyon TL gecikme cezasıyla birlikte 4 milyon TL'ye çıkmış ve yukarıdaki 73. maddede öngörülen Yİ-ÜFE'ye göre borcun yeniden yapılandırılması sonucunda toplam 4 milyon TL tutarındaki borç 2 milyon TL vergi borcu ve 350 bin TL Yİ-ÜFE farkı olmak üzere toplam 2 milyon 350 bin TL'ye düşmüş iken, yasakoyucu iptali istenen düzenleme ile ya yerel mahkemede kazanmış olduğun ve Danıştay'da temyiz aşamasında olan Danıştay'da kazanırsan da sıfırlanacak olan borcuna ilişkin açmış olduğun davandan vazgeç ya da yeniden yapılandırma sonucu 2 milyon 350 bin TL'ye düşen borcunu ödeyerek 4 milyon TL tutarındaki borcundan kurtul demektedir. Oysa, iptali istenen düzenleme olmasaydı mükellef borcun yeniden yapılandırmasından yararlanıp 2 milyon 350 bin TL'yi ödeyerek 4 milyon TL tutarındaki borcundan kurtulacak; Danıştay aşamasında olan davasını ileriki bir tarihte kaybetmesi durumunda Kanunun amacı yani yeniden yapılandırılan borcun tahsilatı Kanunun öngördüğü şekil ve sürede gerçekleşirken; davasını kazanması durumunda ise hukuka aykırı olarak tahakkuk ettirilmiş 4 milyon TL için ödemiş olduğu 2 milyon 350 bin TL'yi geri alarak adalet hukuk yoluyla sağlanmış olacaktı.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilirken; 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Dava yoluyla hak arama özgürlüğünün kendisi temel bir insan hakkı olmanın yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Diğer yandan, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşuludur.

Hak arama özgürlüğünün varlığının ve etkin şekilde kullanıldığının kabulü, dava açma hakkının şarta bağlanmamasını gerekli kılar. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkının, seçimlik bir hak düzeyine indirgenerek mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı ortadan kaldıracak veya

caydıracak kuralların varlığı halinde bu düzenlemelerin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez.

İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakka indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanma, dava açmama, açılan davalardan vaz geçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı ve dolayısıyla mahkemeler borcun kaynağında yatan idari işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulduğu için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "… dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

11) 6552 Sayılı Kanunun 80. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesindeki, "… dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince, 30/4/2014 tarihinden önce 27.10.1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kapsamında gümrük yükümlülüğü doğan ve 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilen gümrük vergileri, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı alacaklarından kesinleşmiş olup 6552 sayılı Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla; (a) bendinde, vadesi geldiği hâlde ödenmemiş ya da ödeme süresi henüz geçmemiş olan gümrük vergileri ile bu vergilere bağlı cezaların ödenmemiş kısmının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçileceği; (b) bendinde vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz

geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın 4458 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunlar kapsamında kesilmiş olan idari para cezaları ile 5326 sayılı Kabahatler Kanununun iştirak hükümleri nedeniyle kesilmiş olan idari para cezalarının %50'sinin bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçileceği; (c) bendinde eşyanın gümrüklenmiş değerine bağlı olarak kesilmiş olan idari para cezaları ile ilgili olarak söz konusu cezaların ve varsa gümrük vergileri aslının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakların yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçileceği belirtilmiş; (4) numaralı fıkrasında ise "Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." kuralına yer verilmiştir.

6552 sayılı Kanunun çerçeve 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının ilk cümlesine ilişkin iptal gerekçelerinde belirtildiği üzere, çerçeve 80. maddenin (4) numaralı fıkrasında da bir yandan hukuka uyarlığı tartışmalı olan ve tartışmalı olduğu için de dava açılmış bulunan gümrük vergisi, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı borçlarından dolayı borçluların hak arama hürriyetleri şarta bağlanırken, diğer yandan borçlular ya şimdi şu anda borcun yeniden yapılandırmasından yararlanmak ya da 5-6 yıl sonra sonuçlanacak yargılama sonucunu bekleme ikilemi ile karşı karşıya bırakmaktadır.

Anayasanın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilirken; 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Dava yoluyla hak arama özgürlüğünün kendisi temel bir insan hakkı olmanın yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Diğer yandan, kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılanmanın ön koşuludur.

Hak arama özgürlüğünün varlığının ve etkin şekilde kullanıldığının kabulü, dava açma hakkının şarta bağlanmamasını gerekli kılar. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkının, seçimlik bir hak düzeyine indirgenerek mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı önemli ölçüde ortadan kaldıracak veya caydıracak kuralların varlığı halinde bu düzenlemelerin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez.

İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakka indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanma, dava açmama, açılan davalardan vaz geçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı ve dolayısıyla mahkemeler borcun kaynağında yatan idari işlemlerle ilgili açılmış olan davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulduğu için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "… dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

12) 6552 sayılı Kanunun 87. Maddesiyle Değiştirilen 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinde "öksüz eserler" diye nitelendirilen, hak sahiplerinin ilgisizliği, sınırlı bir kesime hitap etmesi, ticari getirisinin yetersizliği gibi nedenlerle yayınevlerinin yayımlamaktan imtina ettikleri memleket kültürü açısından önem taşıyan eserlerin gün yüzüne çıkarılarak ilgililerine ulaşmasının sağlanması amacıyla Devlete görev verilmişti.

5846 sayılı Kanun'un öksüz eserlerin gün yüzüne çıkarılarak ilgilerine ulaşmasının sağlanması için Devlete görev yükleyen 47. maddesi şöyleydi:

"Bir kararname ile memleket kültürü için önemi haiz görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma salahiyeti, hak sahiplerine münasip bir bedel ödenmesi suretiyle koruma süresinin bitiminden önce kamuya maledilebilir.

(Değişik: 21.2.2001-4630/4) Bu hususta karar verilebilmesi için eserin Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması ve aynı zamanda yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağının tespit edilmesi gerekir.

Bu kararnamede;

1. Eser ve sahibinin adı;

2. Müktesep hakları ihlal edilen kimselere ödenecek bedel;

3. Mali hakları kullanacak makam veya müessese;

4. Verilen bedelin itfasından sonra elde edilecek safi karın hangi kültürel gayelere tahsis edileceği;

yazılır."

Maddeye göre kamuya maledilecek olan, mali ve manevi hakların tamamı değil, sadece "mali haklar"dır.

Öksüz eserlerin mali haklarının kamuya maledilebilmesi için ise;

- Eserin memleket kültürü için öneme haiz olması;

- Eserin Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması;

- Yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması;

- Hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağının tespit edilmesi;

şartlarının aynı anda gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Amaç, Türk vatandaşları tarafından meydana getirilmiş memleket kültürü için öneme haiz eserlerin kamuya mal edilmesi değil; iki yıldır piyasada bulunmayan ve uygun bir süre içinde de yeni baskısının yapılmayacağı tespit edilen Türk vatandaşları tarafından meydana getirilmiş memleket kültürü için öneme haiz eserlerin, ilgilenenlerine ulaştırılmasının sağlanması yoluyla yok olmaktan kurtarılmasıdır.

Ancak, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun "öksüz eserler"i konu alan 47. maddesi, 6552 sayılı Kanunun 87. maddesiyle şu şekle dönüştürülmüştür:

"Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir. Bu hususta karar verilebilmesi için eserin, Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması gerekir.

Bakanlar Kurulu kararında;

1. Eser ve sahibinin adı,

2. Hakları kullanacak makam veya müessese,

3. Hak sahiplerine, talep üzerine ödenecek bedelin nasıl belirleneceği ve bu bedelin hangi kurum tarafından ödeneceği,

4. Eserden gelir elde edilmesi hâlinde bu gelirin hangi gayelere tahsis edileceği,

yazılır.

Bakanlar Kurulu kararında belirtilen eserin, topluma ulaşması sağlanacak şekilde yayımlanması zorunludur."

Yapılan değişiklikle, eser üzerindeki "mali haklar", "manevi haklar"ı da kapsayan bir genişliğe taşınırken; hakları kamuya maledilecek memleket kültürü için önemi haiz eserlerin; "yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması" ve "hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağının tespit edilmesi" şartları da ortadan kaldırılarak; Devlete piyasada bulunan ve dolayısıyla ilgilileriyle buluşan 5846 sayılı Kanun kapsamındaki her türlü eseri, tek yanlı belirlenen "münasip bir bedel" karşılığında koruma süresi içinde müsadere ederek tekeline alma hakkı tanınmıştır.

5846 sayılı Kanunda, eserin umuma arz edilip edilmemesi, yayımlanma zamanı ile tarzını eser sahibinin belirlemesi (md. 14/1); alenileşmemiş olan eserin içeriği hakkında sadece eser sahibinin bilgi verebilmesi (md. 14/2); eserin umuma arzı veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve haysiyetini zedeleyecek mahiyette ise, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin umuma tanıtılması veya yayımlanmasını men etme hakkı (14/3); eseri eser sahibinin adı veya müstear adı veya adsız olarak umuma arzetme veya yayımlama hususunda karar verme hakkı (15/1); eser sahibi kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa bile şeref veya itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menetme hakkı (16/3) manevi haklar arasında sayılmıştır. Bu manevi hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl eser sahibinin mirasçıları kullanır (19/2).

Eserden onu işlemek suretiyle faydalanma hakkı (21); Bir eserin aslını veya kopyalarını, herhangi bir şekil veya yöntemle, tamamen veya kısmen, doğrudan veya dolaylı, geçici veya sürekli olarak çoğaltma hakkı (22/1); Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, kiralamak, ödünç vermek, satışa çıkarmak veya diğer yollarla dağıtma hakkı (23/1); Bir eserden, doğrudan doğruya yahut işaret, ses veya resim nakline yarayan aletlerle umumi mahallerde okumak, çalmak, oynamak ve göstermek gibi temsil suretiyle faydalanma hakkı (24/1) Bir eserin aslını veya çoğaltılmış nüshalarını, radyo-televizyon, uydu ve kablo gibi telli veya telsiz yayın yapan kuruluşlar vasıtasıyla veya dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla yayınlanması ve yayınlanan eserlerin

bu kuruluşların yayınlarından alınarak başka yayın kuruluşları tarafından yeniden yayınlanması suretiyle umuma iletilmesi hakkı (25/1) ise mali haklar arasında sayılmıştır; bu hakları da eser sahibinin ölümden itibaren 70 yıl süreyle mirasçıları kullanır.

Memleket kültürü için öneme haiz eserlerin eser sahibinin ölümünden sonraki 70 yıllık koruma süresi içinde, "yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması" ve "hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağının tespit edilmesi" şartları birlikte gerçekleşmeden, eserin kamuya maledilmesi eser sahibinin mirasçılarının manevi ve mali haklarına yasayla el konulması demektir.

Eser sahibi veya mirasçılarının eser üzerindeki manevi ve mali haklarının "mülkiyet hakkı" kapsamında olduğunda kuşku yoktur.

Anayasanın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu kuralına yer verilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" olanağı veren bir haktır. Bununla birlikte mülkiyet hakkı sınırsız bir hak değildir. Anayasanın 35. maddesinde, mülkiyet hakkının "kamu yararı amacıyla" ve "kanunla" sınırlanabileceği, bu hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı kurala bağlanmış, 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Devletin, memleket kültürü için öneme haiz eserlerin topluma ulaştırılması amacıyla, koruma süresi içinde bedelini ödeyerek hak sahiplerinin mali haklarını kamuya mal etmesinin, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğunu ve meşru bir amaca dayandığını ileri sürebilmek için, öncelikle söz konusu eserin piyasada bulunmaması, ilgilenenlerin esere ulaşamaması ve eserin ne zaman ulaşılabilir olacağının da bilinememesi gerekir.

Ancak, iptali istenen cümlede maddenin değişiklikten önceki halindeki ölçütlere de yer verilmeden , "Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü

için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir." denilerek, hiçbir şart aranmaksızın, ölçü getirilmeksizin, "memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler"in hangi kıstaslara göre belirleneceği belirtilmeksizin, eserin topluma ulaşıp ulaşmadığı hususları araştırılmaksızın, piyasada bulunan, isteyen herkesin ulaşıp buluştuğu eserlerin mali hakları yanında manevi haklarını da kamuya mal etme hakkı Bakanlar Kuruluna verilmektedir.

Günümüzün çağdaş demokrasileri, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayarak kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnızca ölçüsü değil, aynı zamanda koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler de demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler.

Piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen "münasip bir bedel" karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilmesinde, "kamu yararı"ndan söz edilemeyeceği ve hak sahiplerinin eser üzerindeki yasayla koruma altına alınmış mülkiyet hakkını kullanmaları "toplum yararına" aykırılık ile gerekçelendirilemeyeceği için iptali istenen cümle, Anayasanın 35. maddesine; temel hak ve özgürlükler kapsamındaki mülkiyet hakkını hakkın özüne dokunacak şekilde ölçüsüzce sınırlandırıp kullanılamaz hale getirdiği için ise Anayasanın 13. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 25. maddesinde, "Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir." denilirken; 26. maddesinde herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu ve bu özgürlüğün resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsadığı belirtilmiştir.

Bütün özgürlüklerin anası olan düşünce özgürlüğü, sadece düşünce ve kanaate sahibi olmayı değil, bunları özgürce açıklama, yayma ve bunlara ulaşma hakkını da kapsar.

Hak sahipleri ile yayımcılar arasında yapılan sözleşmeler çerçevesinde farklı yayınevlerince basılarak piyasaya sunulan, ilgilenenleri tarafından herhangi bir engelle karşılaşılmadan ulaşılabilir olan, yokluğundan söz edilemeyecek eserlerin, mali ve manevi haklarının koruma süresi içinde Devlet tarafından kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, düşünce ve kanaatleri açıklama, yayma ve düşünce ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüyle bağdaşmadığından iptali istenen cümle Anayasanın 26. maddesine aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol'ün 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." denilmektedir. Sözleşme hükmünde yer alan 'mal ve mülk' deyimi, parasal değeri olan somut veya soyut her türlü konuyu kapsamakta; maddi varlığa sahip her türlü taşınır ve taşınmazlar, soyut birer varlık olan haklar, menfaat gibi değerler, kısaca mali değeri olan her şey bu kapsama girmektedir.

Yine Sözleşme'nin 10. maddesinin (1) nolu fıkrasında, "Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de içerir." denilmektedir. Fıkrada düşünce ve kanaat özgürlüğü, düşünce ve kanaati açıklama özgürlüğü ve düşünce ve kanaate ulaşma özgürlüğü teminat altına alınmıştır.

İptali istenen cümle, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin yorumlarına göre, hem Sözleşmenin 10. maddesini, hem Ek Protokol'ün 1. maddesini ilgilendirmektedir.

Mahkemeye göre, "… ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temellerindendir, bu toplumun ilerlemesinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur." (Lingens-Avusturya, 1986; Şener-Türkiye, 2000; Thoma-Lüksemburg, 2001; Maronek-Slovakya,2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya, 2002)

AİHM, sanatsal yaratıcılık ve performans ile sanat yapıtlarının dağıtımını, fikir ve kanaat alışverişine temel bir katkı olarak görmekte ve demokratik bir toplumun yaşamsal bir unsuru olarak değerlendirmektedir. Sanatsal özgürlüğün ve sanat yapıtlarının serbest dolaşımının yalnızca demokratik olmayan toplumlarda kısıtlandığını belirten Komisyon; "Sanatçı, yaratıcı eseri aracılığıyla dünya üzerine kişisel vizyonunu dile getirmekle kalmaz; aynı zamanda, içinde yaşadığı toplumu nasıl gördüğünü de ortaya koyar. Bu nedenle, sanat kamuoyunu biçimlendirmekle kalmaz; aynı zamanda kamuoyunun bir ifadesi olur ve halkın günün temel sorunlarıyla yüzleşmesini sağlayabilir." (Otto-Preminger Institut, 1994) demiştir.

Mahkeme'nin yorumuna göre ekonomik konularda bilgi ve fikir açıklama özgürlüğü (bu ticari ifade olarak anılmaktadır), 10. madde çerçevesinde teminat altına alınmıştır. Öztürk Türkiye'ye Karşı davasında Mahkeme başvurucu tarafından bastırılan kitabın toplatılması ve tüm nüshalarının imha edilmesi hakkında verilen mahkûmiyet kararının yan etkisi olduğuna karar vererek 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve başvurucunun 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi uyarınca yaptığı şikâyetleri incelemeyi gerekli görmemiştir.

Bu bağlamda, piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen "münasip bir bedel" karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesiyle teminat altına alınan ifade özgürlüğü ve Ek Protokol'ün 1. maddesiyle güvence altına alınan mülkiyet hakkıyla bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 90. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 87. maddesiyle değiştirilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

13) 6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. Maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, "… denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere …" ibaresi ile " …veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." İfadesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasında; "14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve su kullanım hakkı anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi zorunludur; diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır. Su yapıları yapmak üzere görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları ile mahallî idareler, mevzuatı çerçevesinde talep etmeleri hâlinde su yapılarının denetim hizmetleri bu madde kapsamında yapılır. Denetim masrafları, denetlenen yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ'ye ödenir. İnşaatı devam eden su yapıları için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde su yapısının denetlenmesi için yatırımcı tarafından DSİ'ye müracaat edilmesi zorunludur. 6446 sayılı Kanun kapsamında üretim lisansı sahibi tüzel kişilerden denetim yaptırmayanlara, DSİ tarafından tesisin kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde DSİ ile imzalanan su kullanım hakkı anlaşması iptal edilir; sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer

su yapılarında ise yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde su yapısının inşaatının durdurulması için gerekli tedbirler DSİ tarafından alınır." denilmektedir.

Fıkranın yüzbir sözcükten oluşan ilk cümlesinde, "… inceleme ve denetimi zorunludur;" ifadesine kadarki kısmı ana cümleciği, devamı ise yan cümleciği oluşturmaktadır. Cümlenin "zorunludur;" kısmına kadar ki ifadeden, sayılan su yapılarının "inceleme ve denetiminin" zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak inceleme ve denetimi zorunlu olan söz konusu su yapılarının inceleme ve denetiminin DSİ tarafından doğrudan mı veya denetim şirketlerinden müşavirlik hizmeti satın alınması yoluyla mı yapılacağı ile ilgililerinden bedel alınıp alınmayacağı hususu anlaşılamamaktadır. Çünkü "zorunludur" denilip noktalı virgül işareti konulduktan sonra "diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." denilerek masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılacak veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden müşavirlik hizmeti satın alınarak denetimi yaptırılacak olanların "diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapıları" olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır.

Daha açık ifadeyle, su yapılarından inceleme ve denetimi zorunlu olanların denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılacak; "sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının" denetimi ise denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ya DSİ tarafından doğrudan yapılacak veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alma yoluyla yaptırılacaktır.

Ancak maddenin devam eden fıkralarında özellikle de üçüncü fıkrasında "hidroelektrik tesislerinde" denilerek hidroelektrik tesislerine ilişkin "baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı" gibi su yapılarına göndermede bulunmanın yanında açıkça "baraj, gölet," ifadelerine yer verilerek

inceleme ve denetimi zorunlu olanların da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere ya DSİ tarafından doğrudan yapılacağı veya DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınması yoluyla yaptırılacağı gibi bambaşka bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Birinci belirsizlik budur.

Öte yandan, inceleme ve denetimi DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılacak su yapılarının denetim masraflarının ilgililerinden alınacağı açık olmakla birlikte, inceleme ve denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılan su yapılarının inceleme ve denetimi için ilgililerinden denetim masrafı alınıp alınmayacağı hususu da belirsizdir. Çünkü yan cümlecikteki ifade, … su yapılarının da denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." şeklinde değil; "… su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." şeklindedir ve bu yan cümleciğin denetimi zorunlu olan ana cümlecikteki su yapılarını "denetim masrafı" bakımından kapsayıp kapsamadığı da belirsizdir.

Bu bağlamda, ek 6. maddede hukuki belirsizlikler vardır. Bu hukuksal belirsizliğin temelinde ise, yasakoyucunun su yapılarını doğrudan DSİ'ye denetletmenin yanında DSİ'nin yetkilendireceği Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ tarafından müşavirlik hizmeti satın alınması yoluyla özel sektör denetim firmalarına denetlettirilmesini istemesi yatmaktadır. Bu bağlamda, iptali istenen "…diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ifadesi olmasa idi ek 6. maddede yukarıda sıralanan hukuksal belirsizlik de olmayacaktı.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, hukuk devletinin temel unsurlarından 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 gerekmektedir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmesini gerektirir. 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.

Yan cümlecikte, "… diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." şeklinde yer alan ifadedeki, "denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ifadesi; maddenin bütünü bağlamında anlaşılmaz olduğu, "denetim masrafı ilgililere ait olmak üzere" ifadesinin, ana cümlecikte denetimi zorunlu tutulan "hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi"ni kapsayıp kapsamadığı; kapsıyorsa bunların denetimi için ilgililerinden masraf alınıp alınmayacağı; alınacak ise alınacak masrafın denetimi DSİ tarafından dorudan yapılanları kapsayıp kapsamadığı hususlarında hukuksal belirsizlik olduğu ve bu hukuksal belirsizlikler iptali istenen ifadeden kaynaklandığı için, iptali istenen ifadeler, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Denetim görev ve yetkisinin idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğunda kuşku yoktur (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 13.1.2011 günlü ve E.2007/2 ve K.2011/13 sayılı; 27.9.2012 günlü ve E.2012/6, K.2012/131 sayılı kararları).

İptali istenen ifadede maddenin bütünlüğü bağlamında hukuksal belirsizlik olmadığı şu ya da bu şekilde ortaya konsa dahi ortaya konulan yorum çerçevesinde bile şöyle bir durum ortaya çıkacaktır:

Ya ilgililerinden ana cümlecik ile yan cümlecikte sayılan bütün su yapıları için veya yan cümlecikte ifade edildiği üzere sadece yan cümlecikteki su yapıları için ya da yan cümlecikte sayılan su yapılarından sadece denetimi müşavir firmalara yaptırılanlar için denetim masrafı alınacaktır. Bu durumda ve Anayasa Mahkemesi'nin denetim hizmetini kamu hizmeti saydığı kabulü altında, ya denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar için de ilgililerinden denetim masrafı alınacak ve dolayısıyla kamu hizmeti bedeli karşılığında yapılmış olacak ya da sadece denetimi müşavirlik firmalarına yaptırılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınacak ve dolayısıyla denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar ile müşavirlik firmalarına yaptırılanlar arasında eşitsizlik yaratılacağından Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Demokratik hukuk devleti ilkesine dayanan Anayasal bir Cumhuriyette Devletin varlık nedeni kamu hizmetleridir ve Anayasanın 73. maddesinde kamu hizmetlerinin/giderlerinin, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle karşılanacağı belirtilmiş; 6200 sayılı Kanunun 2. maddesinde ise denetim görevi DSİ'ye verilmiştir.

Denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar için de ilgililerinden denetim masrafı alınması ve dolayısıyla finansmanı vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerle sağlanan kamu hizmetinin bedeli karşılığında yapılmış olması durumunda iptali istenen, "… denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." ifadesi; Anayasanın 2. ve 73. maddeleriyle bağdaşmamakta;

denetimi DSİ tarafından yapılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınmaz iken, denetimi müşavir firmalara yaptırılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınacak olması ise Anayasa Mahkemesi'nin 5.7.2012 günlü ve E.2011/27, K.2012/102 sayılı kararında da belirtildiği üzere, "… denetlenenler yönünden aynı hukuki konumda bulunan şirketlere farklı işlem ve yükümlülükler getirilmesi sonucunu doğurmakta ve eşitlik ilkesine de aykırı bulunmaktadır." Bu itibarla iptali istenen düzenleme Anayasanın 10. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında "Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür..." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. Yine Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, denetim görev ve yetkisinin idarenin kolluk etkinlikleri içinde yer alan, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğunda kuşku olmadığına göre, ek 6. madde kapsamındaki su yapılarının Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ tarafından müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılmasına olanak sağlayan iptali istenen ifade, Anayasanın 128. maddesine de aykırıdır.

İptali istenen ifadenin iptaline karar verilmesi durumunda, 30.03.2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası uyarınca ek 6. madde hükümlerinin uygulama olanağı kalmayan ibare, ifade ve fıkralarının da iptaline karar verilmesi Yüksek Mahkeme'nin takdirindedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında

Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, "… denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere…" ibaresi ile " …veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." İfadesi, Anayasanın 2., 10. 73. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

14) 6552 Sayılı Kanunun 94. Maddesiyle 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 182. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkra ile yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceği kurallaştırılmıştır.

Yargı bağımsızlığı, hukuk devletinin olmazsa olmazıdır. Yargının olmazsa olmazı ise "savunma" olduğu için yargı bağımsızlığı "savunma" ile birlikte anlam kazanmaktadır.

Avukatlık mesleği serbest meslekler arasında sayılmakla birlikte hakimlik ve savcılık gibi kamu hizmeti niteliği ağır basan özel bir meslektir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 23.6.1989 tarih ve E.1988/50, K.1989/20 sayılı kararında, "Avukatlık Yasası'nın 1 inci maddesine göre 'kamu hizmeti ve serbest bir meslek' olan avukatlık iki yönlüdür. Hem 'kamu hizmeti' hem 'serbest meslek' nitelemesi, serbest meslek çalışmalarını yürütürken görev yapılan alanın kamusal ağırlığına dayanmaktadır. Adalet, yargı, hukuk işleri, kamu hizmetinin en yoğun olduğu 'kamu' kavramının anlam olarak en önde geldiği alandır. Avukatlık Yasası'nın 'Avukatlığın amacı' başlıklı 2 nci maddesi, bu gerçekleri uygulamaya yansıtan özgün kuraldır." denilmiştir.

7.4.1969 tarih ve 13168 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde "Avukatlık sınavını başarmış olmak" avukatlık mesleğine kabulde şart olarak ortaya konmuştur. Günümüze kadar sınav şartı birkaç kez yürürlükten kaldırılıp tekrar yasalaştırılmakla birlikte, sürekli bir uygulama olma olanağına kavuşamamış; ancak tamamen kaldırılması da düşünülmemiştir.

En son 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle mesleğe girişte sınav koşulu yeniden getirilmiştir. Avukatlık mesleğinde sınav koşulunu getiren Kanunun gerekçesinde, "sınav sistemi ile ülkemizde sayıları hızla artan hukuk fakülteleri nedeniyle eğitim öğretim açısından oluşan farklılıkların önlenmesi, avukatlık mesleğinin kalitesinin artırılması ve giderek savunma ile yargıya yansıyan olumsuzlukların giderilmesi amaçlanmıştır." denilmiştir. Sınavın uygulamaya başlanacağı aşamada, 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin bütün düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır.

Açılan iptal davası sonucunda Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararında;

"Anayasanın 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, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yasaların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Önceki kuralların, yeni yasayla değiştirilmesi ya da tümüyle yürürlükten kaldırılması hukukun doğal karşıladığı, genel ilkelere uygun bulduğu bir düzenleme biçimidir. Yeni kural, eski kuralı yürürlükten kaldırabilir. Bu tür düzenlemeler, yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olan bir yasama işlemidir. Tıpkı, yürürlüğe giren yasalar gibi, yürürlükten kaldırılan kurallar da yasama tasarrufudur ve yasa koyucu bu yetkisini kullanırken Anayasaya bağlı kalmak durumundadır.

Hukuk devletinin olmazsa olmaz koşulu olan 'bağımsız yargı', yargının olmazsa olmaz koşulu olan 'savunma' ile birlikte anlam kazanır. Savunma, 'sav-savunma-karar' üçgeninden oluşan yargının vazgeçilmez öğesidir. Adaletli bir yargılamanın varlığı, ancak avukatın etkin katılımıyla sağlanabilir. Avukatlığın önemi ve özelliği nedeniyle bu mesleğe girişin kimi koşul ve kayıtlamalara bağlı kılınması, hukuk devletinin ve adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir.

Yasa koyucu tarafından sınavın getirilmesindeki, savunma hakkı ve adil yargılamaya, adaletin gerçekleşmesine ve avukatlık mesleğinin niteliğine dayalı kamu yararının, sınavın kaldırıldığı tarihte de geçerliliğini koruyup korumadığının saptanması, sınavın getirildiği zamandaki koşullar, kaldırılma zamanında değişmemiş ya da ortadan kalkmamış, hatta avukatlık mesleğinin niteliği yönünden çok daha önemli hale gelmişse bunun da değerlendirilmesi gerekir.

Öte yandan, Anayasanın 36. maddesinde, herkesin meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargının kurucu unsurlarından olan, bağımsız, serbestçe temsil eden, hukuksal ilişkilerin düzenlenmesinde, her türlü hukuksal sorun ve uyuşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesinde ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasında temel görev üstlenen avukat, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının da önemli bir unsurudur. Güçlü ve bağımsız savunma mesleği; hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır." gerekçeleriyle avukatlık mesleğine girişte sınav koşulunu kaldıran düzenlemeleri Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Türkiye Barolar Birliği (TBB) Başkanlığı "Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik" hazırlamış ve Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesi gereğince onay için 10.10.2013 tarihinde Adalet Bakanlığı'na göndermiştir. Adalet Bakanlığı ise 21.11.2013 tarihli yazısı ile bir daha görüşülmek üzere Yönetmelik değişikliğini TBB'ne iade etmiştir. TBB Yönetim Kurulu'nun oybirliğiyle Yönetmelik değişikliğini aynen kabul etmesinden sonra, Adalet Bakanlığı'nın 24.12.2013 tarihli yazısı ile, Yönetmelik değişikliği Resmi Gazete'de yayımlanmak üzere TBB'ye iletilmiştir. TBB, 06.01.2014 tarihli yazısı ile, Yönetmelik değişikliğini yayımlanmak üzere Başbakanlık'a iletmişse de, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayım Müdürlüğü bu istemi reddederek, Yönetmelik değişikliğini yayımlamamıştır.

Bunun üzerine uyuşmazlık dava konusu yapılmış ve Ankara 10. İdare Mahkemesi 30.04.2014 tarihli ve E. 2014/452 sayılı kararı ile, dava konusu "yayımlamama" işlemini hukuka aykırı bularak, yürütmenin durdurulmasına karar vermiş ve gerekçesinde Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesi uyarınca, TBB'nin ısrar kararı ile artık kesinleşen ve uygulanabilir hale gelen Yönetmelik üzerinde Başbakanlık'ın değerlendirme/takdir yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Bu Karar üzerine Yönetmelik 17 Haziran 2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Yönetmelik değişikliği ile avukatlık stajına başlamak için "staj kabul değerlendirmesi"; stajdan sonra avukatlık mesleğine başlayabilmek için ise "staj yeterlilik değerlendirmesi" koşulları getirilmiştir.

Staja kabul değerlendirmesinin, TBB ile imzalanacak protokole göre Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığına veya yükseköğretim kurumları arasından belirlenecek bir kuruluşa yaptırılacağı; staja kabul değerlendirmesinin, Türkçe, mantıksal akıl yürütme ve genel kültür konuları ile anayasa hukuku, medenî hukuk, borçlar hukuku, hukuk yargılaması usulü, ticaret hukuku, icra ve iflâs hukuku, ceza hukuku, ceza yargılaması usulü, idare hukuku ve idari yargılama usulü, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve vergi hukuku konularını kapsayan alan bilgisi sorularından yapılacağı; staja kabul değerlendirmesinde Türkçe, mantıksal akıl yürütme ve genel kültür sorularının otuz, alan bilgisi sorularının yetmiş puan ağırlığında olacak şekilde düzenleneceği; Staja kabul değerlendirmesinde yüz üzerinden en az yetmiş puan alanların başarılı sayılacağı;

"Staj yeterlilik değerlendirmesinin, Türkiye Barolar Birliği ile imzalanacak protokole göre Ölçme, Seçme ve Yerleştirme Merkezi Başkanlığına veya yükseköğretim kurumları arasından belirlenecek bir kuruluşa yaptırılacağı; Staj yeterlilik değerlendirmesinin otuz puanı mantıksal akıl yürütme, yetmiş puanı avukatlık hukuku ve meslek kurallarına ilişkin sorulardan oluşmak üzere toplam yüz puan üzerinden yapılacağı; staj yeterlilik değerlendirmesinden yüz üzerinden en az yetmiş puan alanların başarılı sayılacağı;

kurallaştırılmıştır.

6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla ise Anayasa Mahkemesi'nin, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararına aykırı düzenleme yapılmakta; Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı gereğince hazırlanan Yönetmelik değişikliği ile Ankara 10. İdare Mahkemesi'nin 30.4.2014 tarihli ve E. 2014/452 sayılı kararı hükümsüz kılınmaktadır.

Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasında, "Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar." kuralına yer verilmiştir. Bu kurala göre, Anayasa Mahkemesi kararları yayımlanmakla bağlayıcılık özelliği kazandığından, yasama organı bu kararları etkisiz veya sonuçsuz bırakacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve aynı konuda farklı yasal düzenlemelerle iptal edilen kuralları yeniden yasalaştırmaktan uzak durmak zorundadır. Anayasa Mahkemesi kararlarının sonuçları kadar gerekçeleri de bağlayıcıdır. Çünkü kararlar gerekçeleri ile bir bütünlük oluşturur ve dolayısıyla yasamanın da içinde yer aldığı devletin ve kişilerin etkinliklerinde yönlendirici ve belirleyici olur. Bu nedenle yasama organı iptal edilen yasaların yerine yeni düzenleme yaparken kararların gerekçelerini de göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

Bir yasa kuralının Anayasanın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığından söz edebilmek için, iptal edilen kuralla iptali istenen kuralın "aynı" ya da "benzer" olması ve kurallar arasında "teknik, içerik ve kapsam" bakımından benzerlik olduğunun ortaya konması gerekir. Teknik içerik ve kapsam bakımından benzerlik, iptal edilen yasa ile yeniden çıkarılan yasanın sözcüğü sözcüğüne aynı

olması anlamına gelmez. Konu ve kapsam bakımından sözcüklerde farklılıklar olsa bile ikinci yasanın aynı amaç doğrultusunda Anayasa Mahkemesi kararına karşın onu etkisiz kılmak amacıyla çıkarıldığının saptanması aranan koşulun gerçekleşmiş sayılması için yeterlidir.

İptali istenen düzenlemenin gerekçesinde fıkra metnindeki ifade yinelenerek, "… yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceğini öngören bir hüküm Tasarıya yeni 81 inci madde olarak eklenmiştir." denilmektedir. Yasanın amacı, avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin yasaklanmasıdır.

Yukarıda belirtildiği üzere 2.5.2001 tarihli ve 4667 sayılı Kanunla 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda yapılan ek ve değişikliklerle mesleğe girişte sınav koşulu yeniden getirilmiş; 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin bütün düzenlemeler yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin, 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararıyla ise 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldıran düzenlemeler iptal edilmiş ve iptal gerekçesinde, "Avukatın seçkinliği ve üstün nitelikler taşıması, hem kamunun hem de yargının beklediği bir husus olup, bunun sağlanmasında mesleğin gelişmesine katkı kadar mesleğe seçilme de önem kazanır. Sadece temel hukuki konularda eğitilmiş olmak, bir mesleği yürütmek için yeterli olamaz. Mesleki açıdan yetkinlik, stajyerlik gibi özel eğitimlerin yanı sıra mesleğe girişte seçme ya da elemeyi de içerir." denilerek avukatlık mesleğine girişte sınavın elzem olmanın ötesinde zorunlu olduğu vurgulanmıştır.

Bu bağlamda, 28.11.2006 tarihli ve 5558 sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3. maddesindeki sınav koşuluyla birlikte 1136 sayılı Kanundaki sınava

ilişkin düzenlemeleri yürürlükten kaldıran ve Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemeler ile iptali istenen 6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceğine ilişkin kural, teknik, içerik ve kapsam açısından benzer olmanın ötesinde aynı amacı taşımaktadır ve Anayasa Mahkemesi'nin avukatlık mesleğine girişte öngördüğü sınava ilişkin yukarıdaki gerekçe ile de bağdaşmamaktadır.

Bu itibarla iptali istenen düzenleme, Anayasa Mahkemesi'nin bağlayıcılık taşıyan 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararını, yasama organı eliyle etkisiz veya sonuçsuz kılmayı amaçladığından, Anayasanın 153. maddesine aykırıdır.

Öte yandan, iptali istenen, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceğine ilişkin kural, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen 15.10.2009 gün ve E. 2007/16 K. 2009/147 sayılı kararında açık ve net bir şekilde ortaya konan gerekçelerle Anayasanın 2. ve 36. maddelerine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2., 36. ve 153. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

15) 6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkradaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri

ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılabileceği; taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmayacağı ve taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceği hükmü getirilmiştir.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde temel bir hak olarak güvence altına alınmış ve bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği ile bu hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 13. maddesinde ise temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunmaksızın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" olanağı veren bir haktır. Özel mülkiyetteki bir taşınmaza kamu yararı amacıyla ihtiyaç duyulması halinde kamulaştırılarak kamu hizmetine tahsis edilmesi gerekmektedir. Kamulaştırmanın nasıl ve hangi ilkelere göre yapılacağı Anayasanın 46. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında, "Devlet ve kamu tüzel kişileri; kamu yararının gerektirdiği hallerde, gerçek karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idari irtifaklar kurmaya yetkilidir." denilerek, Devlete özel mülkiyet üzerinde kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yanında idari irtifak kurma yetkisi de tanınmış; buna dayalı olarak 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun "İrtifak hakkı kurulması" başlıklı 4. maddesinde, "Taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabilir." hükmü getirilmiş; "Kamulaştırma bedelinin tespiti esasları" başlıklı 11. maddesinin son fıkrasında ise, "Kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, bu kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü gerekçeleriyle belirtilir. Bu kıymet düşüklüğü kamulaştırma bedelidir." denilmiştir.

Bu bağlamda kamulaştırma, taşınmazın tamamı veya bir kısmının kamulaştırılması olarak biçimsel bir kamulaştırma olabileceği gibi, mülkiyet hakkından doğan birtakım yetkilerin kısıtlanması şeklinde içeriksel bir kamulaştırma yani sınırlı ayni hak çeşidi olan irtifak hakkı kurulması şeklinde de olabilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı belirtildiğinden; irtifak hakkı tesisi yoluyla kamulaştırmanın konusunu, taşınmazın belirli bir kesimi yanında yüksekliği, derinliği ya da taşınmaz üzerindeki herhangi bir kaynak da oluşturabilmektedir. Böylece taşınmaz mülkiyetinden doğan bazı yetkilerin idareye geçerek idarenin taşınmaz üzerindeki yararlanma ve kullanımına malikin rıza göstermesi veya malikin bu yetkilerini kullanması idare yararına yasaklanarak mülkiyetten kaynaklanan bazı hakların kullanımından vazgeçmesi şeklindeki kamulaştırma işlemi, ifadesini Anayasanın 46. maddesinde bulduğu üzere, idari irtifak olarak adlandırılmakta; kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı tesisinde, "kamulaştırma sebebiyle taşınmaz mal veya kaynakta meydana gelecek kıymet düşüklüğü" kamulaştırma bedeli olmaktadır.

Bir meyve bahçesinin yüksekliğinden yüksek gerilimli enerji nakil hattı çekilmesi veya bir konut ya da işyerinin altından (derinliğinden) tramvay/metro ya da üstünden (yüksekliğinden) teleferik veya köprü ya da viyadük geçmesi durumunda, can ve mal güvenliği alınmış olsa ve meyve bahçesini kullanma, ürünlerinden yararlanma, kiralama ya da satma hakları engellenmese veya konutta oturma, kiralama ya da satmaya hukuken müdahale edilmese dahi, ne o meyve bahçesi eski meyve bahçesidir; ne de o konut ya da işyeri eski konut ya da işyeridir. Altından tramvay geçen konut ile geçmeyen konutun, üstünde teleferik işleyen işyeri ile işlemeyen işyerinin bir olmayacağı açıktır. Can ve mal güvenliği alınmış ve mülkiyetten kaynaklanan haklara helal getirilmemiş olsa dahi sonradan konutun altından metro veya üstünden teleferik geçmesi durumunda ekonomik değer kaybına uğrayacağı, tartışma götürmeyen olgusal bir gerçektir.

Olgusal bir gerçek olduğu içindir ki, bu gibi durumlarda malikin uğrayacağı zararı karşılamak üzere Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında idare lehine irtifak kurulması öngörülmüş ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesinde, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması öngörülmüş;

11. maddesinin son fıkrasında ise, irtifak hakkı tesisi yoluyla kamulaştırma nedeniyle taşınmaz veya kaynakta oluşacak değer düşüklüğü tutarının kamulaştırma bedeli olacağı belirtilmiştir. Kaldı ki, Anayasada güvence altına alınan taşınmazın kuru mülkiyet hakkı değil, kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf yetkilerinin ekonomik değeridir ve Anayasanın 46. maddesinin birinci fıkrasında bu ekonomik değerin taşınmazın "gerçek karşılığı" olacağı belirtilmiştir.

İdari irtifak kurulsun ya da kurulmasın, Devlet bir konutun üstünden köprü ya da teleferik, altından ise tramvay ya da metro geçiriyorsa, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemleri alması, hukuksal sorumluluğundadır ve almaması yani teleferiğin çökmesi ya da metronun göçmesi durumunda konutta meydana gelecek zararlar ile can ve mal kaybından doğacak zararlardan genel hükümler yanında idare hukukuna göre "hizmet kusuru" bağlamında zaten sorumludur. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmesi ise taşınmazın içeriksel değil, ancak biçimsel kamulaştırılması durumunda söz konusu olabilir. Bu bağlamda, can ve mal güvenliği için gerekli önlemlerin alınması ile mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi, söz konusu imalatlarla fiilen içeriksel kamulaştırılmaya maruz kalmış taşınmazda meydana gelen değer düşüklüğünün bedelini ödememenin gerekçesi olamaz.

Günümüz şartlarında taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılmasında, kamu yararı olabilir ve dolayısıyla kişilerin mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanması Anayasal olarak mümkündür. Ancak, mülkiyet hakkının bu yolla sınırlanmasının Anayasaya uygun olabilmesi için, taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerekir.

Taşınmazın yüksekliği ve derinliği, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma yerine fiili şekilde yapılması ve bu kullanımdan kaynaklanan taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek

olması; Anayasanın 46. maddesiyle bağdaşmadığı gibi, Anayasanın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkını, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacak ve özünü ortadan kaldıracak şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığı için, Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasanın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 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 organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Anayasanın 125. maddesinde ise "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır." denilmektedir. Her iki maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi temel bir hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin ve hukuk güvenliğini sağlayabilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında da belirtildiği üzere, Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece, yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar.

İptali istenen düzenlemede mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını doğrudan yasaklayan bir kural olmamakla birlikte, kamulaştırma bedeli ödenmemesi yanında tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesi de

kurallaştırıldığından, dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkı ihlal edilmektedir. Çünkü, taşınmaz sahipleri sonradan taşınmazlarının altında metro vb. raylı sistemler veya üstünde teleferik, köprü, viyadük vb. yapılması nedeniyle taşınmazın uğradığı değer kaybını bilirkişi veya emlak değerleme uzmanı raporlarıyla ortaya koyarak yetkili mahkemelere başvursalar dahi mahkemeler tazminat ve benzeri başka bir ad altında herhangi bir ödemeye hükmedemeyeceklerdir.

Devletin kamusal faaliyetlerinden dolayı mal ve mülklerinde ortaya çıkan ve para ile ifade edilebilen zararlarının karşılanmaması sonucunu doğuran bu durum, hukuk devletinin gereği olan Devletin her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurması, bunu geliştirerek sürdürmesi ve kişilerin hukuk güvenliğini sağlaması yükümlülüğüyle bağdaşmadığı gibi, mahkemeye erişimi sonuçsuz bırakmayı amaçladığından adil yargılanma hakkını da ihlal etmekte ve dolayısıyla iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 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.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez." denilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına göre "mal ve mülk" iktisadi bir değere sahip para ile ifade edilebilen her türlü taşınır ve taşınmaz, Hazine arazisi üzerine yapılan gecekondu (Öner Yıldız-Türkiye kararı), yüksek enflasyon dönemlerinde kamulaştırma bedelinin geç ödenmesi nedeniyle uğranılan gelir kaybı (Aka-Türkiye davası; Akkuş-Türkiye davası), haklar, şirket hisseleri (Bramelid ve Malstrom-İsveç davası), bir zarardan doğan tazminat hakları (Stran Grek Refineries ve Stalis Andrealist-Yunanistan davası), her türlü alacak hakkı, tahkim kararları, patentler, emekli maaş hakkı (Müler-Avusturya davası), müşteri

kitlesi (Man Varle ve diğerleri-Hollanda davası), alkollü içki satma ruhsatı (Tre Traktörer Aktiebolag-İsveç davası) kira alma hakkı (Mellacher ve diğerleri-Avusturya davası), işletme ve imtiyaz hakları (Matos e Silva, Lda ve diğerleri-Portekiz davası), fikri mülkiyet hakları (Anheuser-Busch Inc.-Portekiz davası) gibi ekonomik çıkarları ifade etmekte; bunun da ötesinde ekonomik bir değere sahip her türlü unsur mülk kavramı içinde değerlendirilirken, meşru beklentiler de mal-mülk kavramına dahil edilebilmektedir.

AİHM, medeni hak ve yükümlülüklerin özerk olduğunu ve sadece devletlerin iç hukukuna gönderme yapılarak yorumlanamayacağını (Ringeisen Avusturya'ya karşı, 16 Temmuz 1971; König Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı, 28 Haziran 1978) belirterek, medeni hak ve yükümlülüklerin evrensel niteliğini öne çıkarmıştır.

1 No'lu Protokolünün 1. maddesi medeni haklardan olan mülkiyet hakkını güvence altına alırken, Sözleşmenin 6. maddesindeki adil yargılanma hakkı ise mahkemeye erişimi ve adil yargılanmayı güvence altına almaktadır.

Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir gereği olmakla birlikte, hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü için tek başına yeterli değildir. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkını açık tutan bir düzenlemenin, mahkemeye erişimi etkisiz kılacak veya sonuçsuz bırakacak nitelikte olması halinde, düzenlemenin hak arama özgürlüğüne uygunluğundan söz edilemez. Adil yargılanma hakkı ise, yargılama sonunda hakkı olanı elde ederek adaletin gerçekleşmesini gerektirir.

Taşınmazların üstü (yüksekliği) teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, taşınmazların altı (derinliği) ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve bu yapılar ile yapıların kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 No'lu Protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan 1. maddesi ile bağdaşmamanın yanında, taşınmazda ortaya çıkan parasal değer kaybının mahkeme yoluyla elde

edilmesi olanağını da sonuçsuz bıraktığından Sözleşmenin 6. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal ettiğinden, iptali istenen düzenleme Anayasanın 90. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkradaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." cümlesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

16) 6552 sayılı Kanunun 100. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. Maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 100. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrada, 23. maddenin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılamayacağı kurala bağlanmaktadır.

Bu kurallara göre idare örneğin, 100 dekar taşınmazı yeşil alanı ve sosyal donatılarıyla birlikte cami veya hastane ya da okul yapmak amacıyla kamulaştırarak bedelini ödemiş; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden 4 yıl sonra kamulaştırılan alanın 10 dekarında cami veya hastane ya da okul inşaatına başlamış; geri alım için birinci ve ikinci fıkradaki hak düşürücü sürenin bittiği altıncı yılın sonunda ise imar değişikliğine gidilip 100 dekar alanın tamamı veya 70 dekarı ticaret alanına dönüştürülerek üçüncü kişilere satılmış ise; taşınmazın eski malik veya mirasçıları cami veya hastane ya da okul yapılmak üzere kamulaştırılan, ancak tamamı veya 70 dekarı ticaret alanına dönüştürülerek üçüncü kişilere satılan taşınmazın kamulaştırma öncesi maliki olarak idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacağı gibi dava da açamayacaktır.

Mülkiyet hakkı, Anayasanın temel hak ve hürriyetler bölümünde düzenlenmiş ve 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras hakkına sahip olduğu kuralına yer

verilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye sahibi olduğu şeyi dilediği gibi "kullanma", "ürünlerinden yararlanma" ve "tasarruf" olanağı veren bir haktır. Bununla birlikte Anayasanın 35. maddesinde, mülkiyet hakkının "kamu yararı amacıyla" ve "kanunla" sınırlanabileceği, bu hakkın kullanılmasının "toplum yararına" aykırı olamayacağı kurala bağlanmış; 46. maddesinde ise, Devlet ve kamu tüzelkişilerine, özel mülkiyette bulunan taşınmazların tamamını veya bir kısmını kamu yararının gerektirdiği hallerde kamulaştırma yetkisi verilerek, özek mülkiyetteki taşınmaza kamulaştırma yoluyla müdahale kamu yararı şartına bağlanmıştır.

Bu kurallara göre özel mülkiyetteki taşınmazlara kamu yararının gerektirdiği haller dışında kamulaştırma yoluyla müdahale edilemeyeceği gibi kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının kamu yararı amacı dışında kullanılması durumlarında kamulaştırmanın gerekçesi de ortadan kalkmış olacaktır. Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren altı yıl sonra taşınmazın geri alım hakkının da düştüğü bir hukuk düzeninde, kamulaştırma amacına uygun kullanılmayan veya kamu yararı dışında kullanılan taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin anayasal mülkiyet haklarının güvence altına alınmaması, adaletli hukuk düzeni ile temel hak ve hürriyetler açısından sorunludur.

Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devletinin unsurlarından biri de adil hukuk düzenidir. Buna göre hukuk düzeni adil ve hakkaniyete uygun olmalıdır.

Anayasanın 13. maddesine göre mülkiyet hakkı, Anayasanın 35. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde, hakkın özüne dokunmadan, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacak şekilde sınırlanabilir.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında vurgulandığı üzere, günümüzün demokrasi kavrayışı, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimleri gerektirir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik

toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, temel bir hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa Mahkemesi 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsadığını ortaya koymuştur.

2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılamayacağını kurala bağlayan iptali istenen düzenleme; kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının kamu yararı amacı dışında kullanılması ve dolayısıyla kamulaştırma amacının ortadan kalkması durumlarında da taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin anayasal güvence altındaki mülkiyet haklarını, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayacak ve hakkın özüne dokunacak şekilde ölçüsüzce sınırladığı ve kamu yararı ile temel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kurulmasını öngörmediği için Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan; özel mülkiyetteki taşınmazın kamulaştırılmasının Anayasal dayanağı olan "kamu yararı"nın ortadan kalkarak taşınmazın başkaca amaçlara hizmet ettiği ve geri alım hakkının da düştüğü durumlarda, kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı dışında başkaca amaçlarla kullanılmasından kaynaklanan değer artışlarından eski malik veya mirasçılarının yararlanmalarının ve dava yoluyla haklarını aramalarının engellenmesi, adaletli hukuk düzeniyle bağdaşmadığından Anayasanın 2. maddesine aykırı olmanın yanında, hak arama hürriyetleri ile adil yargılanma haklarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan Anayasanın 36. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 nolu Ek Protokol'ün 1. maddesinde, mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise medeni hak ve yükümlülüklerin özerk olduğunu ve sadece devletlerin iç hukukuna gönderme yapılarak yorumlanamayacağını (Ringeisen Avusturya'ya karşı, 16 Temmuz 1971; König Federal Almanya Cumhuriyeti'ne karşı, 28 Haziran 1978) belirterek, medeni hak ve yükümlülüklerin evrensel niteliğini öne çıkarmıştır.

AİHM 2. Dairesi, (konusu başvurucuların sağlık kuruluşu için Sultan Çiftliği Belediyesine bağışladığı 2.335,89 metrekare arazinin, Belediye tarafından üçe bölünerek bir kısmının üçüncü bir şahsa satılması, bir kısmının Belediye adına tapuya tescili ve bir kısmının ise sağlık kuruluşu yapımı için Hazineye devredilmesi sonrasında; başvurucuların bağış şartlarına uyulmadığı için üçüncü kişilere satılan arazi için tazminat ve belediye adına tescil edilen arazi için ise iade talebiyle açtıkları davanın, yerel mahkemenin kabulünden sonra Yargıtay'ın bozma kararına uyan yerel mahkemece reddedilmesi olan) Karaman-Türkiye davasında (15.1.2008-6489/3);

"Sonuç olarak Yargıtay'ın, bunların kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmemiş olduklarına bakılmaksızın, eski maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edemeyecekleri konusundaki yorumu, kamunun genel yararı ile bireysel haklar ve özgürlükler arasındaki adil dengeyi bozucu niteliktedir." (paragraf 33) gerekçesiyle Sözleşme'nin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi ile bağdaşmadığına ve mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM 2. Dairesi aynı kararında, Benefico Cappella Paolini – San Marino ile Narbone Motais – Fransa kararlarına da göndermede bulunarak, "Mahkeme, usulüne uygun olarak kamulaştırılmış olup da daha sonra kullanılmamış olan bir taşınmazla ilgili olan Benefico Cappella Paolini – San Marino kararında (bk. parag. 33), kamulaştırılmış bir taşınmazın kullanımı ile ilgili yeni bir planın yürürlüğe girmesi üzerine taşınmazın kısmen kullanılmasının, mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili bir sorun yarattığını kabul etmiştir. Aynı şey, Mahkeme'nin bir taşınmazın kamulaştırılması kararı ile kamulaştırmaya dayalı olarak kamu yararına ilişkin projenin uygulanması arasında önemli bir zaman diliminin bulunmasının Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı olduğuna karar verdiği 19 Temmuz 2002 tarihli Narbone Motais – Fransa kararı için de geçerlidir.

Yukarıda anılan iki kararda da kamulaştırma işlemleri söz konusu olmasına rağmen, mevcut davada taşınmazın başvurucular tarafından idareye devredilmesi söz konusudur. Her halükarda bu devir, kamu yararına yönelik bir amacın gerçekleştirilmesi için yapıldığından, söz konusu devir işlemini düzenleyen sistem ne olursa olsun, Mahkeme'nin yukarıda anılan kararlarındaki gerekçesi burada da uygulanır (diğerlerinin yanı sıra yukarıda anılan Benefico Cappella Paolini kararı, parag. 9, Motais de Narbonne kararı, parag. 9). Mahkeme yukarıda anılan Benefico Cappella Paolini kararında (parag. 33), kamu yararı amacıyla kamulaştırılan arazinin kamu yararına yönelik bir amaçla kullanılmayan kısmının sahiplerine iadesini öngören bir düzenlemenin var olmaması halinde bile, arazinin kamu yararıyla kullanılmayan kısmının mülkiyet hakkı bakımından bir sorun doğurduğuna karar vermiştir." (paragraf 27-28) demiştir.

AİHM'in yukarıda yer verilen kararlarından da anlaşılacağı üzere, iptali istenen düzenleme, kamu yararı amacıyla kamulaştırılan taşınmazların bir kısmının veya tamamının sonradan kamu yararı amacı dışında kullanılması ve dolayısıyla kamulaştırma amacının ortadan kalkması durumlarında, taşınmazların kamulaştırma öncesi maliklerinin mülkiyet hakları ile kamu yararı arasında adil bir denge kurmadığından, Sözleşmenin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi ile bağdaşmamanın yanında hak arama özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını ortadan kaldırdığı için de Sözleşme'nin 6. maddesiyle bağdaşmamakta ve dolayısıyla Anayasanın 90. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

17) 6552 sayılı Kanunun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddeyle; 6552 sayılı Kanunun 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanunun 22. maddesinin birinci fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerini değiştiren "Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçıları, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz." kurallarının; aynı Kanunun 100. maddesiyle 22. maddeye eklenen "Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23 üncü maddeye göre geri alma hakları da düşer." şeklindeki ikinci ve "Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz." şeklindeki üçüncü fıkra hükümlerinin ve ayrıca aynı Kanun'un 100. maddesiyle 23. maddeye eklenen ve yukarıda iptali istenen "Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılamaz." şeklindeki üçüncü fıkra hükmünün; geçici 9. maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağı hükmü getirilmiştir.

2942 sayılı Kanunun 22. ve 23. maddelerinin mevcut ve 6552 sayılı Kanunun 100. maddesiyle değişik/ek hükümlerinin öne çıkan belirgin özellikleri şöyledir:

- 2942 sayılı Kanunun 22. maddesine göre, mal sahibi veya mirasçıları, "aldığı kamulaştırma bedelini" üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri

alabilirlerken; 6552 sayılı Kanundan sonra "kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte" üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilecekler;

- 22. madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçıları, 23. maddedeki şartlar gerçekleştiğinde taşınmazı 23. madde hükümlerine göre geri alabilirlerken; 6552 sayılı Kanundan sonra 22. madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre taşınmazı geri alma hakları da düşecek;

- 22. maddeye göre idarenin taşınmazı geri vermesinde bir süre sınırlaması yokken; 6552 sayılı Kanunla birlikte 22. maddedeki taşınmazın iadesi hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmişse uygulanmayacak;

- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren altı yıl geçtikten sonra da taşınmazın kamulaştırma amacı dışında kullanılması durumunda, eski malikler veya mirasçıları taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunur ve haklarını alabilmek için dava açabilirlerken; 6552 sayılı Kanunla birlikte idareden herhangi bir hak, bedel ve tazminat talebinde bulunamayacakları gibi dava da açamayacaklar;

ve tüm bu kurallar, iptali istenen düzenlemeye göre kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacaktır.

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

Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan 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. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. "Kanunların geriye yürümezliği" olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4.6.2014 günlü ve E.2014/85, K.2014/103 sayılı ve 14.11.2013 günlü, E.2013/24, K.2013/133 sayılı kararları)

6552 sayılı Kanunun 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanunun 22. ve 23. maddelerinde yapılan değişiklik ve eklerin, yürürlük tarihinden önceyi de kapsar şekilde, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacak olması ve böylece 22. maddeye göre taşınmazı iade edilen malik veya mirasçılar, aldıkları "kamulaştırma bedelini" üç ay içinde ödeyerek taşınmazı geri alabilirlerken; "kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte" ödeyerek almak zorunda kalmaları; 22. madde hükümlerine göre taşınmazlarını zaman sınırlamasına tabi olmaksızın geri alabilirlerken; kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmişse alamamaları; 22. madde hükümlerine göre almadıkları taşınmazlarını, 23. maddedeki koşullar gerçekleşince geri alabilirlerken, bundan böyle geri alamayacak olmaları ve dolayısıyla açmış oldukları kesinleşmemiş davalarının sırf bu nedenle düşecek olması; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren altı yıl geçtikten sonra da taşınmazın kamulaştırma amacı dışında kullanılması durumunda, eski malikler veya mirasçıları taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla idareden hak, bedel veya tazminat talebinde bulunur ve haklarını alabilmek için dava

açabilirlerken, altı yıl geçmiş taşınmazlar için idareden herhangi bir hak, bedel ve tazminat talebinde bulunamamaları yanında dava da açamayacak olmaları ve açtıkları kesinleşmemiş davalarının sırf altı yıl geçtiğinden düşecek olması hususları göz önüne alındığında, geçmişe uygulanarak daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıran iptali istenen düzenleme, kişilerin hukuk güvenliklerini ortadan kaldırmakta ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esastır. Bu amaçla Anayasanın "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, herkese, bağımsız yargıya ulaşma, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme olanağı sağlanmış, böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur.

Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, temel bir hak niteliği taşımanın ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanmanın ön koşuludur. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesi ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesi, zararını giderebilmesi, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesinden geçmektedir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasa Mahkemesi 14.01.2010 günlü, E.2009/27, K.2010/9 sayılı kararında Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkının, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunmada bulunma hakkını değil, yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsadığını belirtmiştir.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu kamulaştırmalar ile devam etmekte olan davalarda, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin lehine ve temel hak ve özgürlükleri Anayasa ile güvence altına alınmış kişilerin aleyhine sonuçlar sağlamak üzere geriye yürüyecek biçimde yasa çıkarılması amacını taşıyan iptali istenen düzenleme, dava yoluyla hak arama özgürlüğüne müdahale

etmenin ötesinde kişilerin haklarını elde etmek için yürürlükteki yasalara göre açmış oldukları henüz kesinleşmemiş derdest davalarda mahkemelerin verecekleri karara dolaysız müdahale ettiğinden, Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkıyla bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

18) 6552 sayılı Kanunun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendinin Anayasa Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendiyle, "Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen," meraların tahsis amacının değiştirilmesi yoluyla yerleşme ve yapılaşmaya açılması öngörülmüştür.

Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı, 5393 sayılı Belediye Kanununun 73. maddesine göre ilan edilmektedir. 5393 sayılı Kanunun "Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı" başlıklı 73. maddesinin birinci fıkrasına göre, kentsel dönüşüm ve gelişim alanı, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları, her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amaçlarından birinin veya birkaçının gerçekleşmesi için belediye meclisi kararıyla ilan edilmekte; kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilecek yerin belediye veya mücavir alan sınırları içinde olması gerekmekte; kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan yerlerde kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilebilmesi ve uygulama yapılabilmesi ise ilgili belediyenin talebi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla mümkün olabilmektedir.

Belediyenin görev alanı, belediye veya mücavir alan sınırıdır ve dolayısıyla kentsel dönüşüm ve gelişim alanı bu sınırlar içinde olacaktır. Ancak, 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı On Üç İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Altı İlçe

Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle büyükşehir belediyelerinin sınırları kurulu olduğu ilin mülki sınırları olmuştur. Dolayısıyla 6360 sayılı Kanun kapsamındaki büyükşehir belediyelerinde, mülki sınırlar içi kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilebilecektir.

Anayasanın "Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması" başlıklı 45. maddesinde, "Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek (…) için gereken tedbirleri alır." kuralına yer verilmiş; maddenin gerekçesinde ise "Madde, Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklemektedir. Bu ifadeyle amaçlanan tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir. Devlet, bu amaçla yasal düzenleme yapmalıdır." denilmiştir. Dolayısıyla çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesinin Devlete bir görev olarak yüklendiği açıktır. Gerekçedeki ifadeye göre Devlete bu görevin, "tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi" amacıyla verildiği de her türlü tartışmanın dışındadır.

5393 sayılı Belediye Kanununun 73. maddesinin birinci fıkrasında kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edilebilmesi, maddede yazılı amaçlardan biri veya birkaçının varlığına bağlanmıştır ki, bunlardan "deprem riskine karşı tedbirler almak" amacı, 16.5.2012 tarihli ve 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun kapsamındadır ve 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendine göre, "Doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan" meraların zaten tahsis amacı değiştirilerek 6306 sayılı Kanuna göre "rezerv yapı alanı" ilan edilebilmekte; "eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak" amacı, yerinde imalatı gerektirdiğinden başka bir araziye ve dolayısıyla meraya ihtiyaç duyulmamakta; kalan diğer amaçların (konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları) tamamı ise endüstri ve şehirleşmeye ilişkin olmaktadır.

Bu durumda belediye sınırları il mülki sınırları olan Bursa veya Trabzon veya Antalya veya Tekirdağ veya Aydın veya Konya veya Erzurum Büyükşehir Belediyelerinin ya da diğer büyükşehir belediyelerinin, il mülki sınırları içinde olan meralardan endüstri ve şehirleşme amacına uygun gördükleri Bakanlar Kurulu kararıyla "kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı" olarak ilan edilerek, mera vasfı değiştirilip endüstri ve şehirleşme amacıyla kullanılabilecektir.

Anayasanın 45. maddesindeki, "Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek (…) için gereken tedbirleri alır." hükmünün Anayasaya Anayasal bir kural olarak konulmasının gerekçesi, "tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi" ise, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları yapmak için "Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen," yerler üzerinden meraların, endüstrileşme ve şehirleşme için yerleşme ve yapılaşmaya açılarak daraltılması, Anayasanın 45. maddesine açık bir aykırılık oluşturur.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda ülke yüzölçümünün %56'sını (44 milyon hektar) oluşturan mera, yaylak ve kışlaklarımızın oranının günümüzde %19'lara (14,6 milyon hektar) kadar gerilediği hususunda bilim insanları arasında görüş birliği vardır.

Son 50 yılda %70 oranında daralan mera varlığımız konusundaki istatistiklerin çeliştiği ve kullanılan kaynaklara göre (FAO, DİE, eski Köy Hizmetleri Gen. Md.,vb.) çok önemli farklılıklar gözlendiği dile getirilmekle birlikte, mera varlığındaki azalışın, 67 yılda 41 milyon hektardan 12.3 milyon hektara kadar düştüğü dile getirilmektedir. Günümüz koşullarında, 4342 sayılı Mera Kanunu uyarınca tesbit, tahsis ve tahdit çalışmalarını sürdüren Çayır-Mera ve Yem bitkileri Daire Başkanlığı kayıtları en güvenilir seçeneği oluşturmakta ve 12.3 milyon hektar mera alanımız kaldığı gerçeği ortaya çıkmaktadır. (Bkz. Avcıoğlu, Rıza; Türkiye Meraları ve Mera Kanununun Getirdikleri; Tarım Bilimleri Araştırma Dergisi 5(1), 2012, s. 26).

Bir mera alanının yerleşme ve yapılaşmaya açılması, sadece açılan yerleri mera olmaktan çıkarmaz; hayvanların otlanma ve su yollarını da keserek daha geniş bir alanın mera olarak kullanılamaz hale gelmesiyle sonuçlanır.

Meraların, hayvancılığın geliştirilmesi ve dolayısıyla hayvansal üretimin artırılması yanında sürdürülebilir çevre bağlamında toprak ve su muhafazası, erozyonun kontrolü, küresel ısınmaya yol açan sera gazlarının emisyonu ve gen kaynaklarının korunması açısından önemli işlevleri vardır.

Anayasanın 56. maddesinde herkesin, "sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı"na sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır.

Kuşkusuz sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı, park, bahçe ve yeşil alanları, geniş cadde ve sokakları, rekreasyon alanları, açık hava spor tesisleri ve sosyal donatılarıyla planlı ve düzenli şehirler de yaşamayı da gerektirir. Ancak, tüm bunlar şehirleşme ve yerleşme plan ve politikalarıyla ilgili olup; meraların sürdürülebilir çevre bağlamındaki işlevleri de göz önüne alındığında, şehir ve uzantılarının meralara kurularak meraların daraltılmasına gerekçe oluşturmaz; tam tersine meraların varlığının sadece köylerde hayvancılıkla uğraşan çiftçiler için değil, kentlerde yaşayan insanlar için de yaşamsal önemini ortaya koyar.

Bu itibarla mera alanlarının daraltılarak sürdürülebilir çevre bağlamındaki işlevlerini etkisizleştirmeyi amaçlayan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 56. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendi, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

19) 6552 sayılı Kanunun 117. maddesi ile 5258 sayılı Aile hekimliği Kanununun 5. Maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümleden sonra gelmek üzere eklenen cümlenin Anayasaya Aykırılığı

Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptali istenilen cümle ile aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına görev yaptıkları yer dışında Halk Sağlığı Kurumu tarafından belirlenecek aile sağlığı merkezlerinde mesai saatleri dışında nöbet görevi verilmesine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Aynı maddede bu nöbet görevinin gerektiğinde "Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline" de

verilebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin anlam ve kapsamını bütün boyutları ile kavrayabilmek için haftalık çalışma süreleri ve normal mesai saatleri dışında, gerek görev yaptıkları aile sağlığı merkezlerinde gerekse görev yerleri dışında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına fazla çalışma yaptırılmasını öngören düzenlemelere değinmekte yarar bulunmaktadır.

a) 12 Temmuz 2012 gün ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6354 Sayılı Yasa'nın 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 3 üncü maddesinin beşinci fıkrasının sonuna eklenen cümle ile haftalık normal çalışma süreleri ve mesai süreleri dışında aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet görevi verilebileceği düzenlenmiştir.

b) 6354 Sayılı Yasa'nın 12 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine eklenen cümle ile aile hekimliği görevinin haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile Bakanlıkça belirlenen kıstaslar çerçevesinde o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirileceği düzenlenmiştir. 6354 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenlemelerin iptal istemi ile açılan iptal davası Anayasa Mahkemesinin 2012/103 Esasında kayıtlı olup esas hakkında henüz karar verilmemiştir.

c) 18 Ocak 2014 gün ve 28886 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6514 sayılı Kanununun 52. maddesi ile 5258 Sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesi, "Aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Kanunun ek 33 üncü maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verilir." şeklinde değiştirilmiştir. Bu maddenin Anayasaya aykırılığı talebi ile açılan iptal davası ise Anayasa Mahkemesinin 2014/61 esasına kayıtlıdır.

d) Son olarak ise 6552 sayılı Yasanın 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesine iptali istenilen "Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen aile sağlığı merkezlerinde çalışma saatleri dışında, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline nöbet görevi verilebilir" cümlesi eklenmiştir.

5258 Sayılı Aile Hekimleri Kanunun 3 ve 5 inci maddelerinde 6354, 6514 ve 6552 sayılı Kanunlar ile yapılan düzenlemeler sonucu;

- Haftalık çalışma süreleri ve mesai saatleri dışında yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet görevi verilebilecektir.

- Görev yerleri olan aile sağlığı merkezlerinde haftalık ve günlük normal mesai saatlerinin üzerinde olan çalışma süreleri saptanıp bu sürelerde görev yaptırılabilecektir.

- Asli görev yerlerinde yapacakları görevlere ilaveten görev yerleri dışındaki aile sağlığı merkezlerinde haftalık çalışma süreleri ve mesai saatleri dışında nöbet görevi verilebilecektir.

24.11.2004 gün ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununda aile hekimleri ile aile sağlığı elemanların görev ve yetkileri, çalışma yerleri ile çalışma biçimleri ve koşulları düzenlenmiştir. Kanunun 2. maddesinde aile hekimi, kişiye yönelik koruyucu sağlık hizmetleri ile birinci basamak teşhis, tedavi ve rehabilite edici sağlık hizmetlerini devamlı olarak belli bir mekânda vermek, gerektiği ölçüde gezici sağlık hizmeti vermek ve tam gün esasına göre çalışmakla yükümlü tutulmuştur.

İptali istenilen düzenleme ile aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına, normal mesai saatlerinden sonra görev yeri dışındaki Aile Sağlığı Merkezlerinde nöbet tutma yükümlülüğü getirilmektedir. Yasa'da aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarına, görev yerleri ve çalışma süreleri dışında kendi hastaları olmayan kişilere yönelik olarak ne tür bir hizmet verecekleri düzenlenmemiştir. Bu hizmetin acil sağlık hizmetleri mi, normal mesai saatleri içinde verilmesi gereken birinci basamak tedavi edici sağlık hizmeti mi, ya da koruyucu sağlık hizmeti mi olacağı belirsizdir.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları, Aile Hekimliği Kanununun 2. Maddesinde düzenlenen görevleri ve belirli bir mekânda görev yapma gerekliliği ile bağdaşmayan bir görevlendirmeye maruz bırakılmaktadır. Bunların yanında; görev yeri dışında tutturulacağı belirtilen nöbete ilişkin herhangi bir çerçeve çizilmeyerek tüm yetki yürütme organına bırakılmaktadır.

Aile hekimleri, Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasanın 128. maddesinde yer alan "diğer kamu görevlisi" kapsamında olup görevlerine ilişkin hakları ve yükümlülüklerinin Yasa ile düzenlenmesi zorunludur (Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 21.02.2008 günlü E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararı). Yürütme organına, genel ve sınırları belirsiz düzenleme yetkisi verilmesi, Anayasanın "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." Kuralını içeren 7. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 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, yargı denetiminin yapılmasına elverişli olması gereklidir. İptali istenen ibare "belirlilik" taşımadığından Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları günlük mesailerine ek olarak sayısı idare tarafından belirlenecek sayıda nöbet tutacaklar, kapsamı idare tarafından belirlenecek görevleri yapacaklar, süresi idare tarafından belirlenen sürede fazla çalışma yapacaklar ve ertesi gün günlük mesailerine ara vermeden dinlenmeden devam edeceklerdir. Çalışma süreleri yönünden herhangi bir üst sınır getirilmemiştir.

Ortaya çıkan çalışma süreleri diğer ülkelerin uygulamalarına da çok uzak düşmektedir. Örneğin icap nöbetçisi olarak haftalık en fazla çalışma süresi İngiltere ve Almanya'da nöbet aralarında en az 7,5 ile 12 saat arasında değişen dinlenme koşuluyla ortalama 56 saat, Hollanda'da 48 saat, Danimarka'da 45 saat, Fransa'da 50 saattir.[2] *Ülkemiz tarafı olmamakla birlikte Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinde fazla çalışma dahil haftalık çalışma süresi en fazla 48 saat olarak belirlenirken çalışanların her 8 veya 10 saatlik çalışma periyotları arasında en az 11 saatlik dinlenme sürelerinin bulunması düzenlenmiştir.*

İptali istenilen yasa hükümleri Aile hekimleri ve aile sağlığı personelini normal haftalık ve günlük çalışma sürelerinin üzerinde üst sınırı olmaksızın uzun sürelerle çalıştırmaya olanak sağlamaktadır. Böylece sağlık çalışanlarının verdiği sağlık hizmetinin niteliğini etkileyecek olan çalışma süreleri arttırılmakta, yeterli

2 Kaynak; Türkiye'de Hekimlerin Çalışma Koşullarının İrdelenmesi, Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi, Handan Kumaş, Fatma Yücel Beyaztaş, C.Ü.Tıp Fakültesi Dergisi, 29 (3):123-127, 2007.

sürelerle dinlenme hakları ihlal edilmektedir. Anayasanın 50. Maddesine göre "Dinlenmek çalışanların hakkıdır." Bu hak temel hak ve hürriyetlerden olması nedeniyle şahsa bağlı devredilemez sosyal bir haktır. Anayasanın 50. maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı "…hem çalışanın bedenen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir." Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar idarenin ve toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur. Bu durum Anayasanın "Çalışma Şartları Ve Dinlenme Hakkı" başlıklı 50. maddesinin 3.fıkrasına aykırılık oluşturmaktadır.

Türkiye'nin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı 2 nci maddesinde taraf devletlerin haftalık çalışma sürelerini aşamalı olarak azaltması öngörülmüş, dinlenmeleri için gerekli düzenlemeleri yapmaları gerektiğinin altı çizilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 24. maddesi ve Türkiye'nin tarafı olduğu Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7. maddesi çalışma sürelerinin makul ölçülerde sınırlanmasını, dinlenme hakkının güvence altına alınmasını devletlere bir ödev olarak yüklemektedir. Türkiye'nin henüz imzalamadığı ILO'nun 1935 tarih ve 47 numaralı sözleşmesinde de çalışanların haftalık çalışma süresi 40 saat, 1977 tarihli ve 149 sayılı Sağlık Çalışanları Sözleşmesinde sağlık çalışanları açısından haftalık çalışma saatinin 40 saat olarak kabulünün zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

Ne var ki dinlenme hakkının etkin bir biçimde sağlanması için çalışanların çalışma sürelerinin azaltılmasına yönelik düzenleme yapmak devletin ödeviyken yasa koyucu süreleri artıran, çalışanları daha fazla çalışmaya zorlayan hükümler getirmektedir. Aşırı çalışma süreleri ve beraberinde mesai saatlerindeki düzensizliğin, çalışanlarda bireysel olarak uyku düzensizliği, yemek alışkanlıklarında değişme, aile ve sosyal yaşam üzerinde rahatsız edici etkiler ve tükenmişlik sendromu gibi olumsuzlukların ortaya çıkmasına yol açtığı bilim çevrelerince kabul edilmektedir.[3]

İptali istenilen yasa hükümleri dinlenme hakkını sınırlamaktadır. Bu nedenle yasa hükümlerinin Anayasanın 13. maddesinde yer alan sınırlama ilkeleri ışığında

3 Hekimlerin Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesinin Etik Açıdan Değerlendirilmesi, İnci Hot ve Esin Karlıkaya (İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Deontoloji ve Tıp Tarihi Anabilim Dalı)

değerlendirilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi bir hakkın veya özgürlüğün kullanılmasını, "açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir biçimde yapılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikteki yasal sınırlamaların o hakkın özüne dokunduğu"nu kabul etmiştir.[4] Bireyin kendi temel hakkından faydalanamaması halinde hakkın özüne dokunulup dokunulmadığının nitelendirilmesinde "özü" toplum için garantide değil birey için garantide aramak gerekmektedir.[5] İptali istenilen hükümlerin Anayasal güvence altında olan yaşama, yaşamı koruma ve geliştirme hakkının özüne dokunduğuna kuşku yoktur.

Anayasanın 50. maddesi, dinlenme hakkını düzenlerken yalnızca bir koruma normuna yer vermekte ve özel düzenleme ya da sınırlama nedenleri içermemektedir. Bu durumda, dinlenme hakkı "Anayasanın sözü ve ruhu"na uygunluk ölçütü uyarınca, sistematik yorum kuralları ışığında, Anayasanın bütünlüğü ilkesi gözetilerek sınırlanabilir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri bakımından dinlenme hakkının sınırlanmasında, bu sınırlamayı nesnel biçimde haklı kılacak "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç" bulunmamaktadır.

Ölçülülük ilkesi bakımından, yasa koyucunun dinlenme hakkına ilişkin getirdiği sınırlamanın aracının, sınırlama amacı ile hakkaniyete uygun makul bir denge kurması gerekir. Ancak bu dengenin kurulmasında ilk aşama, sınırlama aracının rasyonel olması ve faaliyet alanının gerek ve amaçlarına uygun düşmesidir. Çalışma süreleri ile hafta tatili ve izin sürelerini belirsiz hale getirerek dinlenme hakkını neredeyse ortadan kaldıran normda sınırlama amacı ile uyumlu makul bir denge bulunduğundan da söz edilemez.

Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Direktifinin 2. maddesinde, yeterli dinlenme; işçilerin yorgunluk veya diğer düzensiz çalışma biçimleri sonucunda kendilerine, iş arkadaşlarına veya başkalarına, kısa ya da uzun dönemde sağlıklarına zarar vermemelerini temin eden ve zamanın birimleriyle ifade edilen yeterince uzun ve kesintisiz dinlenme süresi olarak ifade edilmiştir.

---

4 Aktaran Zafer Gören, temel hakların sınırlanması- sınırlamanın Sınırları, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl :6 Sayı : 12 Güz 2007/2 s.39-59

5 Zafer Gören, a.g.e.

Yeterli dinlenme hakkı güvence altına alınmaksızın uzun süreli çalışmaya zorlanan sağlık personeli ile onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarını ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında hekimliğin, Anayasanın 17. maddesinde yer alan ve bireyin en önemli hakkı olan yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile doğrudan ilgili bir meslek olduğu vurgulanmıştır. Bu kararlarda kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin mutlu ve huzurlu olabilmelerinin başlıca şartının ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yararlanabilmeleri olduğu, devlet için bir görev ve kişiler için de bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi ile bu haktan yararlanmayı zorlaştırıcı ya da zayıflatıcı düzenlemelerin Anayasaya aykırı olacağı ifade edilmiştir. Ayrıca sağlık hizmetlerinin doğrudan yaşam hakkı ile bağı olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklı değerlendirilmesi gerekeceği vurgulanmıştır.

09.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren İnsan Hakları Ve Biyotıp Sözleşmesinin 4. maddesi Mesleki Standartlar başlığı adı altında; "Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." hükmüyle bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının doğal uzantısı olan tıbbi girişimlerin ilgili mesleki standartlara uygun olma zorunluluğu getirilmiştir. Uzun çalışma süreleri ile ilgili uygulama sonucunda, hekimler için sağlık hizmetinin nitelikli biçimde sunulmasının koşulları ortadan kaldırılmakta ve standartlara aykırılık içererek insan sağlığı açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilecek durumlar yaratılmaktadır.

Anayasanın 50. maddesinin gerekçesine göre de dinlenme hakkı "…hem çalışanın bedenen korunması için zorunlu hem de çalışanın dinlenme sonrası çalışmasının verimi için gereklidir." Dinlenme hakkının çalışanların olduğu kadar idarenin ve toplumun menfaatine bir hak olduğuna, hakkın çalışanların yaşam ve sağlıklarının korunması ve geliştirilmesine hizmet ettiğine, hakkın gerçekleşmesi için ise diğer sosyal haklarla birlikte idarenin etkin müdahalesinin gerektiğine şüphe yoktur. Bu itibarla iptali istenen düzenleme Anayasanın 90. maddesi ile 17. ve 56. maddelerine de aykırıdır.

Aile Hekimleri ve aile sağlığı elamanlarının sundukları sağlık hizmeti bir kamu hizmetidir. Anayasanın 128 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca

nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenmesi zorunludur. İptali istenilen yasa hükümleri ile fazla çalıştırmaya ilişkin uygulamayı belirleme yetkisini idareye bırakmıştır. Bu durum kanunla düzenlenmesi zorunluluğuna aykırı olduğu gibi yasama yetkisinin devredilmezliğine ilişkin Anayasanın 7. maddesindeki norm ile Anayasanın 128. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Aile hekimlerinin Aile Hekimliği Kanununda tanımlanan görev içeriklerine uygun olarak edinmiş oldukları Aile Hekimliği Mesleğini icra etmeleri Anayasanın 49. maddesinde yer alan çalışma hakkının bir gereğidir. Görev yerleri dışında ve mesleki yetkinlik ve görev alanları dışında görevlendirilmeleri çalışma haklarının etkin bir biçimde kullanmalarının önüne geçmektedir.

Bununla birlikte normal mesai saatleri dışında acil sağlık hizmetleri ya da normal mesai saatleri içinde kendi aile hekimleri tarafından verilmesi gereken sağlık hizmetini görevlendirilecek aile hekiminden almaya yönlendirilecek hastaların gereksinim duydukları sağlık hizmetini o alandaki mesleki standartlara uygun olarak alma hakları da ihlal edilecektir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Yasa'nın 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle, Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

20) 6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkranın Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Kanunun 29. maddesine eklenen fıkrayla; Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı, Daire Başkanı veya taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanabilecekleri kurallaştırılmıştır.

Kamu görevlilerinin atanmalarındaki usule göre görevden alınmaları, idare hukukunun temel ilkelerinden biridir.

Anayasa Mahkemesinin kamu görevlilerinin hukuk güvenliğinin sağlanması bağlamında geliştirdiği istikrar kazanmış içtihadına göre;

(i) Bir statüye atanmış olan kamu görevlilerinin atandıkları hukuki statüde değişiklik olmadığı sürece görev güvencelerinin sağlanması,

(ii) Hukuki statüde değişiklik olduğu takdirde, kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal düzenleme yapılması,

(iii) Kamu görevlilerinin meşru beklentilerinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi gereğince korunması,

Gerekmektedir.

Bu bağlamda;

12.5.2001 tarihli ve 4672 sayılı Bankalar Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun geçici 3 üncü maddesindeki, "Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Yeni üyeler, yürürlük tarihinden itibaren onbeş gün içinde Bakanlar Kurulunca atanır ve bu süre içinde, mevcut üyelerin görevleri devam eder. Bu suretle atanan üyelerden, ikinci yılın sonunda kur'a sonucunda belirlenecek iki üye ve dördüncü yılın sonunda kalan üyelerden, kur'a sonucu belirlenecek iki üyenin yerine, bu Kanunda belirtilen hükümlere uygun olarak yeni üye ataması yapılır." kuralını;

"Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel, soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasaya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel, soyut ve nesnel olma özellikleri taşımayan itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

(…)

Başkan dışındaki Kurul üyelerinin görevlerine yasa ile son verilmesi, bu üyelerin yasama tasarrufuna karşı dava açma hakları bulunmadığından hak arama özgürlüklerini ortadan kaldırmak suretiyle yargı denetimini engellemektedir." gerekçeleriyle Anayasanın 2 inci ve 36 ıncı maddelerine aykırı bularak OYBİRLİĞİ ile iptal etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 6.4.2006 tarihli ve E. 2003/112, K. 2006/49 sayılı kararı).

9.2.2006 tarihli ve 5456 sayılı Kanunun 1 nci maddesiyle 2.7.1993 tarihli ve 485 sayılı Gümrük Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK'ye eklenen geçici 10 uncu maddesindeki, "Ekli (1) sayılı listede yer alan kadrolar ihdas edilerek 13/12/1983 tarihli ve 190 sayılı Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Gümrük Müsteşarlığına ait bölümüne eklenmiştir.

22/7/2003 tarihli ve 2003/5932 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile kaldırılan Gümrükler Başmüdürlükleri ile Gümrükler Muhafaza Başmüdürlükleri kadrolarında bulunan ve kadroları 1/9/2003 tarihli ve 2003/6121 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değiştirilen Gümrük Başmüdürü ve Gümrük Muhafaza Başmüdürlerinden halen memuriyet görevi devam edenler, bu maddeyle ihdas edilen ekli (1) sayılı listede yer alan Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmış sayılırlar. Bu kadrolar, herhangi bir nedenle boşalmaları halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır. Söz konusu personelin atandıkları yeni kadrolarının aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî hakları toplamının net tutarı; Müşavirlik kadrolarına atanmadan önce en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer malî hakları toplamı net tutarından az olması halinde aradaki fark, farklılık giderilinceye kadar, atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece herhangi bir kesintiye tâbi tutulmaksızın tazminat olarak kendilerine ödenir." kuralını;

"Mevcut Başmüdürlüklerin kaldırılmasından sonra, bu Başmüdürlüklerin yerine yeni Başmüdürlükler kurulmasına karşın, kaldırılan Başmüdürlüklerde başmüdür olarak görev yapanların durumlarının kariyer ve liyakat ilkeleri ile kadro dereceleri gözetilip değerlendirilerek atanmalarına olanak verecek şekilde yasal

düzenleme yapılması gerekirken, yeni kurulan Başmüdürlüklere başmüdür olarak atanabilmelerini ya da yeni ihdas edilen başmüdür kadrosuna atananların da bu görevlerini sürdürmelerini önleyecek şekilde Müsteşarlık Müşaviri kadrolarına atanmalarının, Yasa'nın zorunlu bir sonucunu oluşturması ve yasa kuralına karşı ilgililerin dava açma haklarının bulunmaması, hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesine engel oluşturmakta ve kişilerin hukuk güvenliğini ihlal etmektedir." gerekçesiyle Anayasanın 2 inci ve 36 ıncı maddelerine aykırı bularak Sayın Haşim Kılıç'ın karşı oyu ve OYÇOKLUĞU ile iptal etmiştir. (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 4.2.2010 tarihli ve E. 2007/97, K. 2010/32 sayılı kararı).

21.1.2010 tarihli ve 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6 ıncı maddesiyle 2547 sayılı Kanuna eklenen geçici 57 inci maddesinin, "Bu maddenin yayımlandığı tarihte kısmî statüde görev yapmakta olan öğretim üyelerinden, Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde talepte bulunanlar devamlı statüye geçirilir. Bu süre içerisinde talepte bulunmayanlar istifa etmiş sayılır." kuralındaki son tümcesini;

"Diğer taraftan kısmi statüde çalışanların, bu durumlarının en az iki yıllık bir dönemi kapsadığı düşüncesiyle üniversite dışındaki serbest çalışmalarını planladıkları, ekonomik ve sosyal hayatlarını bu koşuları öngörmek suretiyle belirledikleri açıktır. Yasayla elde edilen bu statünün çalışanlar için kazanılmış hak olarak değerlendirilmesi olanaklı olmasa da yasada öngörülen süre yönünden meşru bir beklentiye sahip oldukları, bu beklentinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri gereğince korunmasının kabulü gerekir." gerekçesiyle Anayasanın 2 inci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bularak OYÇOKLUĞU ile iptal etmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 16.7.2010 tarihli ve E.2010/29, K. 2010/90 sayılı kararı).

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesinin 06.04.2011 tarihli ve 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda yukarıda örneklenen yerleşmiş içtihadından, vazgeçtiği gözlenmektedir.

Bu vazgeçişin iptali istenen kuralla benzer özellik taşıyan tipik örneğini 24.10.2011 tarihli ve 661 sayılı KHK'nin 58 inci maddesiyle 4734 sayılı Kamu

İhale Kanununa eklenen geçici 12 inci maddeye ilişkin iptal istemi üzerine verdiği karar oluşturmaktadır.

Söz konusu geçici 12 inci maddedeki, "Kurumda; Başkan Yardımcısı, Baş Hukuk Danışmanı ve Daire Başkanı unvanlı görevlerde bulunanların görevleri bu Kanun Hükmünde Kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihte sona erer. Bunlar ekli (3) sayılı liste ile ihdas edilen Başkanlık Müşaviri unvanlarına hiçbir işleme gerek kalmaksızın atanmış sayılırlar. Bu fıkra ile ihdas edilen Başkanlık Müşaviri unvanları, herhangi bir sebeple boşalması halinde hiçbir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

Birinci fıkraya göre Başkanlık Müşaviri unvanlarına atanmış sayılanların atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski unvanlarına ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca en son ayda aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır), atanmış sayıldıkları yeni unvana ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca fark tazminatı olarak ödenir. Atanmış sayıldıkları unvanlarında isteklerine bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, kendi istekleriyle başka kurumlara atananlara fark tazminatı ödenmesine son verilir.

Birinci fıkraya göre Başkanlık Müşaviri olarak atanmış sayılanlar, Başkan tarafından belirlenen birimlerde, Başkan tarafından belirlenen görevleri yürütür." kurallarına ilişkin iptal isteminin;

"Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır. Dava konusu kuralda kişilerin bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklara yönelik bir düzenleme öngörülmediğinden kazanılmış hakları ihlal eden bir müdahale söz konusu değildir. Bu kişilerin yeni atandıkları kadrodaki mali haklarının (ücret ve özel hizmet tazminatı toplamının), mevcut

kadrolarındakine göre daha düşük olması halinde yeni kadrolarındaki gelirlerine eşitleninceye kadar aradaki farkın ödenmesi öngörülmektedir. Bu nedenle maddede sayılan görevlerde bulunanların görevlerine son verilerek aynı dereceli başkanlık müşavirliği ve araştırmacı unvanlı kadrolara atanmalarını öngören kuralın kazanılmış hakları ihlal ettiği söylenemez.

Diğer taraftan, dava konusu kuralla tek bir kişi hakkında bireysel nitelikte bir yürütme işlemi tesis edilmeyip, aksine genel ve soyut bir kural getirilmektedir. Soyut bir kuralın gerçekte tek bir kişiyi ya da sınırlı sayıda kişiyi ilgilendiriyor olması onun bu niteliğini ortadan kaldırmaz. Bireysel nitelikte bir işlemden söz edilebilmesi için somut olarak bir kişinin hukuki durumunda değişiklik yapan bir irade açıklamasının bulunması gerekir. Dava konusu kuralla doğrudan belirli bazı kişilerin hukuki durumunda değişiklik yapılmasına yönelik bir düzenleme söz konusu olmadığından bireysel işlemin varlığından söz edilemez. Kuralda belirtilen kadrolarda görev yapan kişilerin hukuki durumlarının düzenlemenin sonucundan etkilenmiş olması bu neticeyi değiştirmez." gerekçeleriyle REDDİNE karar verilmiştir (Bkz. Anayasa Mahkemesinin 17.1.2013 tarihli ve E. 2011/143, K. 2013/18 sayılı kararı).

Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararı ile birlikte 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lerin iptali istemiyle açılan davalardaki kararları;

Statü hukukunda kazanılmış hakkın kamu görevlisinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel hak niteliğine dönüşmüş (subjektif) hak olduğunu ortaya koymakla birlikte; nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp şahsileşmesinden sonra kazanılmış hakların ortaya çıkabileceği; kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle özel hukuksal duruma dönüşmesinin kazanılmış hak sayılamayacağı; çünkü, kural işlemlerin yasakoyucu tarafından her zaman değiştirilebileceği veya yargı organları tarafından iptal edilebileceği; kural işlemin değişmesi ya da ortadan kaldırılmasıyla ona bağlı kişi ile ilgili şart işlemin de bundan etkileneceği ve dolayısıyla statü hukukunda ileriye yönelik kazanılmış hak olamayacağını belirtmektedir.

Yapılan bu hukuki-teknik yorumu herkesin anlayabileceği bir örnekle açıklığa kavuşturalım:

Dört yıllık fakülte mezunu iki memurdan biri yürürlükteki mevzuata göre önce "şef"lik sınavını kazanarak şef kadrosuna atanmış; bu görevde belli bir süre görev yaptıktan sonra "müdür yardımcısı" sınavını kazanarak müdür yardımcısı kadrosuna atanmış; bu görevde de belli bir süre görev yaptıktan sonra "müdür"lük sınavını kazanarak müdürlük kadrosuna atanmış ve yirmi dört yılın sonunda kazanılmış hak aylığı ile kadro görev aylığı birinci dereceye yükselirken; diğer memurumuz ise görevde yükselme sınavlarına girmeyerek ya da girmekle birlikte kazanamayarak memur kadrosunda görev yapmaya devam etmiş ve yirmidört yılın sonunda kadro görev aylığı (birinci dereceli memur kadrosu bulunmadığından) ikinci derecede ve kazanılmış hak aylığı ise ikinci derecenin altıncı kademesine gelmiş olsun.

Durum bu minvalde iken yasa koyucu,

"Kurumların müdür kadrosunda görev yapanlar, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte hiçbir işleme gerek kalmaksızın çalışmakta oldukları kurumların memur kadrolarına atanmış sayılır.

Birinci fıkraya göre memur kadrolarına atananlar, atanmış sayıldıkları tarih itibarıyla eski unvanlarına ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca en son ayda aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır), atanmış sayıldıkları yeni unvana ilişkin olarak ilgili mevzuatı uyarınca aldıkları her türlü ödemelerin toplam net tutarından fazla olması hâlinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca fark tazminatı olarak ödenir.

Kurumların müdürlük kadrolarına memurlar arasından atama yapılabilir." şeklinde bir yasal düzenleme yapmış olsun.

Anayasa Mahkemesinin yukarıdaki kararı ile 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lerin iptali istemiyle açılan davalarda verdiği kararların açılımına göre, kural işlemlerin (objektif ve genel hukuksal durumun), şart işlemle

özel hukuksal duruma dönüşmesi kazanılmış hak sayılmayacağı için, yürürlükteki mevzuata (kural işlemlere) göre şef, müdür yardımcısı ve müdürlük sınavına (şart işlem) girip nihayetinde müdürlük kadrosuna atanarak müdür kadro unvanının alınması (özel hukuksal durum) ileriye yönelik kazanılmış hak sayılmamaktadır. Çünkü, yasakoyucu kural işlemleri değiştirme yetkisine sahiptir ve nitekim de yukarıdaki gibi değiştirmiştir. Buna karşın, yine Anayasa Mahkemesi kararlarının açılımına göre, nesnel ve düzenleyici kuralların egemen olduğu statü hukukunda genel durumun kişisel duruma dönüşüp kişiselleşmesinden sonra kazanılmış hak ortaya çıkacağından, memur iken yeni yasaya göre müdür kadrosuna atanan memurumuz için müdür unvanı –Anayasa Mahkemesi yeni yasayı iptal etmediği sürece, ki yukarıdaki gerekçelerle iptal etmemektedir- kazanılmış hak sayılacaktır.

Bu yorum, kamu görevlilerinin idare karşısında sübjektif haklarının olamayacağı ve yürürlükteki mevzuata göre edindikleri kadro/görev unvanlarına ilişkin haklarının, hukuk güvenliğinin bulunmadığı anlamına gelmektedir. Oysa, Anayasacılık hareketi, demokratik hukuk devleti ideali ve statü hukuku, güçlü yönetim karşısında, yönetilen güçsüzleri korumak fikrinden doğmuş ve bu yönde gelişerek ete kemiğe bürünmüştür.

Kaldı ki, bu yorumun nitelendirdiği personel sistemine, yönetim bilimi literatüründe, "spoil system" (yağma sistemi) denilmekte ve Karar, uygulandığı Anglo-Sakson ülkelerinde dahi 130 yıl önce rafa kaldırılmış yağma sistemini, hukuk sistemi Kıta Avrupa'sına, personel rejimi ise statü hukukunun liyakat ilkesine dayanan Türkiye'de 21 inci Yüzyılda hukuksallık kazandırma anlamına gelmekte ve hatta bunun da ötesinde bu sonucu doğurmaktadır.

Tarihte "yağma sistemi", Anglo-Sakson hukuk sistemine bağlı ülkelerde görülmüştür.

On dokuzuncu yüzyıla kadar İngiltere'de yüksek memuriyet kadroları aristokratların elinde bulunmaktaydı. Aristokrat sınıfı ise "çalışmak" demek olan memurluk yapmak yerine, elindeki memuriyet kadrolarını başkalarına kiralamakta ya da satmaktaydı.

Spoil system, en özgün ifadesini ABD Başkanı Andrew Jackson'ın, 1829'da söylediği "Ganimet, seçimden zaferle çıkanındır." sözünde bulmaktadır.

Bu sistemde, iktidarın değişmesiyle, tüm kamu görevleri el değiştiriyor; devlet kadroları, seçimi kazanan siyasal parti/başkan için seçim zaferinin "ganimet"i olarak değerlendirildiğinden, devlet kadrolarının seçimi kazanan siyasal partinin siyasal destekçileri ile doldurulması demokratik bir hak olarak görülüyordu.

Memuriyet kadrolarının liyakat yerine, siyasal partilere yakınlık, yandaşlık ve sadakat kriterine bağlanmasına dayanan yağma sistemi, 1883'de yürürlüğe giren Pendleton Act'a kadar sürmüştür. Sınıflandırma ve liyakatin esas alındığı bu yasadan itibaren ABD'de giderek azalan yağma sistemi, yerini liyakate terk ederek günümüzde yüzde birler seviyesine düşmüştür.

Türkiye'de ise, personel rejimi olarak Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminin başlangıçtan beri "liyakat ilkesi" üzerinde yükselen statü hukuku geçerlidir.

Anayasanın 70 inci maddesinde, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka bir ayrım gözetilemez." kuralına yer verilerek; kamu hizmetine girmede -ve bunun doğal bir uzantısı olan görev içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde-, "eşitlik" ve "liyakat" ilkeleri, Anayasal dayanağa kavuşturularak personel sistemi temellendirilmiştir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi "görevin gerektirdiği nitelikler" ifadesini, 9.10.1979 günlü ve E. 1979/19, K. 1979/39 sayılı kararında; "Anayasa ödevle nitelik arasında sıkı bir ilişki bulunduğunu, bunun dışında hizmete alınmada hiçbir nedenin gözetilemeyeceğini, daha açık bir anlatımla ayrımın yalnızca ödev nitelik ilişkisi yönünden yapılması gerektirdiğini buyurmaktadır. O halde ödevle, onun gerektirdiği niteliği birbirinden ayrı düşünmeye olanak yoktur. Buna göre, o nitelikler görevlilerde bulunmadıkça o ödev yerine getirilemeyecek ya da ödev iyi biçimde yerine getirilmemiş olacak demektir." şeklinde yorumlayarak, "görevin gerektirdiği nitelikler"den "liyakat" ilkesinin anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymuştur.

Kamu personeline ilişkin temel düzenleme olan ve dolayısıyla bu konudaki düzenlemelerin yorumunda referans alınması gereken 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 3 üncü maddesinde ise, Anayasanın 70 inci maddesinden hareketle,

Kanunun temel ilkeleri, "sınıflandırma", "kariyer", "liyakat" olarak ortaya konulmuş; liyakat-yeterlilik, "Devlet kamu hizmetleri görevlerine girmeyi, sınıflar içinde ilerleme ve yükselmeyi, görevin sona erdirilmesini liyakat sistemine dayandırmak ve bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmaktır." şeklinde tanımlanmış; 59 uncu maddesinin ikinci fıkrasında ise, istisnai memuriyet kadrolarına atanan memurların atandıkları kadroların, emeklilik aylığının hesabında ve diğer memurluklara naklen atamada kazanılmış hak sayılmayacağı kurallaştırılmıştır. Memurların atandıkları kadrolar, 657 sayılı Kanunun sınıflandırma, kariyer ve liyakat ilkelerinin istisnasını oluşturan istisnai memuriyete atamada, istisnai memuriyete atananlar açısından kazanılmış hak sayılmıyorsa, 657 sayılı Kanunun temel ilkelerine dayalı olağan atamalarda ise atananlar açısından ileriye yönelik kazanılmış hak sayılıyor demektir.

Dolayısıyla, kamu personeline ilişkin düzenlemelerin Anayasal yorumunda, her bir olay, statü hukukunun ve bunun kodifiye edilmiş hali olan 657 sayılı Kanunun temelinin liyakat ilkesi olduğu gözetilerek sistem bütünlüğü içinde analiz edilmek durumundadır.

Bununla birlikte, Anayasal yorumda kamu personelinin kazanılmış hakları, hukuki-teknik bağlamında nasıl tanımlanırsa tanımlansın, Kıta Avrupa'sı Hukuk Sisteminde statü hukukunun temel özelliği, kamu görevlerine girme, sınıflar içinde yükselme ve görevin sona erdirilmesinde temel ölçünün liyakat ilkesine dayandırılmasıdır. Liyakat ilkesi ise, bu sistemin eşit imkanlarla uygulanmasında Devlet memurlarını güvenliğe sahip kılmayı gerektirir. Çünkü, yasamanın genelliği ilkesi uyarınca geleceğe yönelik olarak statü hukukunda değişiklik yapılabilmesine engel bulunmamakla birlikte, bu yönde yapılacak yasal düzenlemelerde, daha önce tesis edilmiş bulunan ve kişilerin lehine hukuki sonuçlar doğuran işlemlerin gözetilmesi, liyakat ilkesi ile ve hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği mutlak bir zorunluluktur. Bu işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise kamu hizmetlerinin sunumunda istikrara hizmet etmektedir. Hukuk devleti ilkesi ise, yasaların kamu yararına dayanması ile adaletin ve hukuk güvenliğinin sağlanmasına ilişkin gün ışığında yönetim özleminden doğmuştur.

Bu bağlamda, statü hukukuna dayanan ve liyakat ilkesini temel alan personel sisteminde, kamu görevlilerine ilişkin düzenlemelerde ve bu düzenlemelerin yorumunda, kamu görevlilerinin bir üst göreve getirilmeseler de en azından bulundukları kadrolarda görev güvencelerinin sağlanmasına yönelik meşru beklentilerine dayalı hukuk güvenliklerinin sağlanması, hukuk devleti ilkesinin zorunlu bir sonucudur. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi, hiçbir şekilde statü hukukunun liyakat ilkesine dayandığı gerçeğinin ve değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek hukuk devleti ilkesinin önüne geçemez; geçmesine müsaade edilemez. Aksi, seçilmişlerin despotizmidir.

İptali istenen, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı, Daire Başkanı veya taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla tamamının Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanmalarını öngörmemektedir. Çünkü, Devlet Gelir Uzmanlığı kadrosu, söz konusu kadrolardan statüsü yüksek bir görev değil, Devlet Gelir Uzmanları Gelir İdaresi Başkanlığında daire başkanlarına bağlı olarak çalıştığından, statüsü daha aşağıda yer alan bir görevdir.

Düzenleme, söz konusu kadrolarda toplam en az üç yıl görev yapmış olanlardan halen bu kadrolardan birinde bulunanların atanmalarını, bunların da tamamının değil, "atanabilir" ifadesiyle, içlerinden seçilecek olanların atanmasını öngörmektedir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Bu nedenle hukuk devleti idealinin gerçekleşebilmesi için bireylerin kazanılmış haklarına saygı gösterilmesi bir zorunluluktur. Dolayısıyla yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir. Hukuk devletinde yasaların genel olması, belli kişileri hedef almaması, özel bir durumu gözetmemesi, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanacak kurallar içermesi gerekir. Yasal kuralların genelliği, herkes

için objektif durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayrım gözetmeksizin uygulanabilir olması demektir.

Oysa, iptali istenen kural, kazanılmış hakkı yok saymanın yanında aynı hukuki durumda olan herkesin değil, son tahlilde ve gerçek anlamda görevin gerekleri, kariyer ve liyakat dışındaki başka argümanlarla Siyasal İktidarın sorun olarak gördüğü kişilerin, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmasına olanak sağlamayı amaçladığından, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, Hukuk Devleti ilkesi, hukuk güvenliğinin ve adaletin sağlanmasına yönelik hukuk anlayışını temsil etmekte ve yasaların yasakoyucunun keyfine göre değil, kamu yararı amacıyla çıkarılmasını zorunlu kılmaktadır. Statü hukukunda, hukuk güvenliği ve adalet kavramları ile istikrar arasında sıkı bir bağ bulunmakta; Statü hukukunun dayandığı liyakat ilkesi kamu görevlileri açısından, hukuk güvenliği ile adaletin sağlanmasına, yönetim açısından ise istikrara hizmet etmektedir.

"Doğruluğun düşünce sistemlerinin ilk erdemi olması gibi, adalet de toplumsal kurumların ilk erdemidir… Kanunlar ve kurumlar ne kadar etkin ve iyi düzenlenmiş olursa olsun, şayet adaletsiz iseler, yeniden düzenlenmeli ya da kaldırılmalıdırlar… adalet bazılarının özgürlüğündeki eksilmenin, başkaları tarafından paylaşılan daha büyük bir iyi ile haklı kılınmasını kabul etmez… adaletin sağlamış olduğu haklar politik pazarlığa veya toplumsal çıkar hesaplarına bağlı değildir… bir adaletsizliğe ancak daha büyük bir adaletsizlikten kaçınmak için müsamaha gösterilebilir." (Bkz. RAWLS, John; A Theory of Justice, s:3-4, Oxford University Press, 1985.).

Grup Başkanı, Daire Başkanı ve Vergi Dairesi Başkanı kadrolarına atanmış bulunanlar açısından daha üst görevlere atanmak değilse de en azından bulundukları kadrolara ait görev güvencelerinin sağlanması hukuk güvenliklerine yönelik mutlak bir kazanılmış hak olmasına rağmen, kazanılmış hak olarak değerlendirilmese dahi, adaletli bir hukuk düzeninde meşru beklentilerin karşılanması niteliğinde olduğundan; statü hukukuna ve kariyer ilkesine dayanan bir personel rejiminde, yasayla daha alt bir göreve atanarak statü kaybına uğratılmaları,

hukuk güvenliklerinin ihlali sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenleme Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine; statü hukukunun temelindeki liyakat ilkesiyle bağdaşmadığından ise Anayasanın 70. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

İptali istenen düzenleme, söz konusu kadrolarda en az toplam üç yıl görev yapanların tamamını değil, bunlar arasından 3 yıl görev yapıp halen söz konusu görevlerde bulunanları ve bunların da tamamını değil, bazılarını Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atamayı öngörerek, aynı hukuksal durumda olan kişileri farklı kurallara tabi tuttuğundan Anayasanın 10. maddesindeki yasa önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmamanın yanında, eşitsiz atama dayanağını yasadan aldığı ve dolayısıyla yasal atamaya karşı hukuksuzluğa, adaletsizliğe ve eşitsizliğe muhatap olan kişilerin hak arama yollarını kapatarak, hak arama özgürlüklerini kullanılamaz kıldığı için, Anayasanın 36. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, 6223 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan KHK'lere ilişkin verdiği kararlarda, sadece edinilmiş mali hakları/maaşı kazanılmış haklardan saymış ve mevcut mali hakların/maaşın nominal olarak sabitlenip yeni atandıkları kadrolardaki maaşa eşitleninceye kadar tazminat olarak ödenmesini, yani kişilerin nominal ücreti sabitlenir ve ücretleri reel olarak gerilerken, nominal ücrete ilişkin mali hakların saklı tutulmasını, sanki ücret nominal olarak saklı tutulunca reel olarak da korunuyormuş gibi değerlendirerek kazanılmış mali hakların korunması olarak nitelendirmiştir.

Ancak, iptali istenen düzenlemede grup başkanı, daire başkanı ve vergi dairesi başkanı kadrolarında iken, Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanacak olanlar, statü kaybına ek olarak reel ücret yanında nominal ücret kaybına da uğramaktadır.

Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların ek göstergeleri, Devlet Gelir Uzmanlarından 1. dereceden aylık alanlar gibi 3600 puandır.

Ancak, 2006/10344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe giren "Devlet Memurlarına Ödenecek Zam ve Tazminatlara İlişkin Karar"da Grup

Başkanı, Daire Başkanı ve Vergi Dairesi Başkanlarına en yüksek Devlet memuru aylığının %210'u oranında Özel Hizmet Tazminatı öngörülürken; Devlet Gelir Uzmanlarından 1. Dereceden aylık alanlara öngörülen Özel Hizmet Tazminatı oranı ise %120'dir.

Bilindiği üzere 375 sayılı KHK'ye 11.10.2011 tarihli ve 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle eklenen Ek 10. Maddeyle bazı görevlerde bulunanların aylıkları yeniden düzenlenmiştir. Ek 10. Maddeye ekli "(II) SAYILI CETVEL (Ek 10 uncu Maddenin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri Kapsamında Yer Alan Personelin Ücret ve Tazminat Gösterge Cetveli)'nde; Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Daire Başkanı olanlara 54.300 puan Ücret Göstergesi ve 30.000 puan Tazminat Göstergesi; Grup Başkanlarına 51.900 puan Ücret Göstergesi ve 28.575 puan Tazminat Göstergesi; taşra teşkilatında İstanbul, Ankara ve İzmir Vergi Dairesi Başkanlarına 50.750 puan Ücret ve 27.950 puan Tazminat Göstergesi, büyükşehir belediyesi bulunan illerin Vergi Dairesi Başkanlarına 46.850 puan Ücret Göstergesi ve 25.775 puan Tazminat Göstergesi, diğer illerin Vergi Dairesi Başkanlarına 45.800 puan Ücret Göstergesi ve 25.200 puan Tazminat Göstergesi öngörülür iken; Devlet Gelir Uzmanlarına ise (III) SAYILI CETVEL (Ek 10 uncu Maddenin Birinci Fıkrasının (c) Bendi Kapsamında Yer Alan Personelin Ücret ve Tazminat Gösterge Cetveli)'nde 1. dereceden aylık alanlara 46.450 puan Ücret Göstergesi ve 25.560 puan Tazminat Göstergesi öngörülmüştür.

Bu bağlamda, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmaları durumunda, reel ücret bir yana, nominal ücret kaybına da uğrayacakları ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemenin kazanılmış mali hakları dahi korumadığı Anayasa Mahkemesi kararları bağlamında açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler, hukuk devleti ilkesine bu yönüyle de aykırıdır.

Yukarıda bütün ayrıntılarıyla açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

21) 6552 sayılı Kanunun 121. maddesindeki, "5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresi "taşınmaz" olarak değiştirilmiş" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 121. maddesiyle, 5393 sayılı Kanunun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresi "taşınmaz" olarak değiştirilerek; il sınırları içinde büyükşehir belediyeleri, belediye ve mücavir alan sınırları içinde il belediyeleri ile nüfusu 10.000'i geçen belediyelerin; sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere meclis kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla "arsa" yerine "taşınmaz" tahsis edebilmesi öngörülmektedir.

Taşınmaz mal kapsamına; (a) arz üzerinde sabit olan arazi; arazinin tamamlayıcı parçası sayılan tarla, bağ, bahçe, arsa, bina, apartman, dükkan, fabrika, otel, motel, sosyal tesis vb. ile yeraltındaki kaynak ve madenler ; (b) tapu kütüğüne müstakil ve daimi olarak kayıtlı ayni haklar (üst hakkı, kaynak hakkı, irtifak hakkı vb.); ve (c) kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler girmektedir.

Nitekim; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 704. maddesinde taşınmaz mülkiyetinin konusunu (i) arazi, (ii) tapu kütüğünde ayrı sayfada kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile (iii) kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümlerin oluşturduğu hüküm altına alınmış; 718. maddesinde arazi üzerindeki mülkiyetin, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı ve bu mülkiyetin kapsamına yasal sınırlamalar saklı kalmak üzere yapılar, bitkiler ve kaynakların da girdiği belirtilmiş; 726. maddesinde ise bir üst irtifakına dayalı olarak başkasına ait bir arazinin altında veya üstünde sürekli kalmak üzere inşa edilen yapıların mülkiyetinin, irtifak hakkı sahibine ait olacağı ve bir binanın başlı başına kullanılmaya elverişli bağımsız bölümleri üzerinde kat mülkiyeti veya kat irtifakı kurulmasının, Kat Mülkiyeti Kanununa tâbi olup bağımsız bölümler üzerinde ayrıca üst hakkı kurulamayacağı kurallaştırılmıştır.

5393 sayılı Kanunun 14. maddesinde belediyenin, "mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla; turizm ve tanıtım, gençlik ve spor, orta ve yüksek öğrenim öğrenci

yurtları (…) sosyal hizmet ve yardım, … ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi…" hizmetlerini yapacağı ve yaptıracağı (1/a); "… sağlıkla ilgili her türlü tesisi …" açabileceği ve işletebileceği (1/b); 15. maddesinde belediyenin, "Mahallî müşterek nitelikteki hizmetlerin yerine getirilmesi amacıyla, belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde taşınmaz almak, kamulaştırmak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, trampa etmek, tahsis etmek, bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis etmek." (1/h) yetkilerine sahip olduğu; 18. maddesinde, "Taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması hâlinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesisine" karar vermeye belediye meclisinin yetkili olduğu kurallarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, belediyeler sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla sadece "arsa" tahsis edebilirlerken; 6552 sayılı Kanunun 121. maddesiyle değiştirilen ibareyle birlikte, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projeler için arsa tahsisine ek olarak hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. tahsis edebilecek ve hatta mülkiyetinde bu binalar hali hazırda yok ise bunları Belediyelerin 5393 sayılı Kanundaki görev, yetki ve imtiyazları çerçevesinde satın alıp, inşa edip, tefrişatını tamamladıktan sonra da bedelsiz veya düşük bir bedelle verebilecektir.

Ancak, 5393 sayılı Kanunun 15. maddesinin beşinci fıkrasında "geliştirilecek projelere" denilip başkaca bir ölçüte yer verilmediğinden, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projeler; ister kamu idareleri, ister kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, ister kamu yararına çalışan veya çalışmayan dernekler, ister vergi muafiyeti tanınmış veya tanınmamış vakıflar, isterse de ticari amaçla kurulmuş özel şahıslara ait ticari şirketler tarafından gerçekleştirilsin fark etmeyecek; belediyeler meclis kararı ve İçişleri Bakanlığının onayıyla söz konusu taşınmazlarını düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak özel sektör ticari şirketleri dahil talep eden herkese verebilecektir. Bu nedenle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 1. maddesinde, "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir." denilmiş ve 2. maddesinde "demokratik devlet" ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmıştır.

Daha önce de belirtildiği üzere, Cumhuriyet olarak nitelendirdiğimiz demokrasi kavrayışı iki anahtar kavrama dayanır: Ulus olarak yasa koyucu "genel irade"; yürütme gücü açısından ise "genel çıkar"lar. Bu iki kavram, özel gruplar ile özel çıkarların yasal ifadeye kavuştukları sivil düzlem ile hakemliğini temsil organları (yasama, yürütme ve yargı) ile idarenin yaptığı genel kamusal alan arasında kopukluğu varsayan ve bu kopukluğu öne çıkaran iki kavramdır. İki kavrama dayalı iki farklı düzlem, farklı tasarlanıp, farklı kurallaştırılmış ve siyasal eyleyenler olarak yurttaşların siyasal alanı ile ekonomik failler olarak bireylerin sivil alanı farklı şekilde hukuksallaştırılarak birbirinden yalıtılmıştır. Res-publica (Cumhuriyet), yurttaşların ortak malı/işleri/meseleleri ya da herkese ait olan demektir.

Anayasanın 127. maddesinde, mahalli idarelerin il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulan kamu tüzel kişileri olduğu ve kuruluş ve görevleriyle yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinde ise yasakoyucu, turizm, gençlik ve spor, orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları (…) sosyal hizmet ve yardım, ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi, sağlıkla ilgili her türlü tesisin yapılması, yaptırılması, açılması ve işletilmesini mahalli müşterek hizmetlerden sayarak belediyelere görev olarak vermiştir.

Belediye mahalli müşterek nitelikteki bu görevlerini daha etkili, verimli ve halka yakın yapabilmek ve kaynaklarını rasyonel kullanabilmek için üniversitelerin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının ve sivil alanda faaliyet gösteren örgütlü yapılar ile kişilerin destek, katkı ve yardımlarına ihtiyaç duyabilir; duymasa dahi hemşerilik bilincini geliştirmek, hemşerilik hukukunu yerleştirmek ve katılımcı demokrasiyi yerel düzeyde hayata geçirebilmek için görevlerinin yerine getirilmesine sivil alanın katkısını sağlayacak katılımcı yapı ve süreçlere işlerlik kazandırabilir.

Nitekim, bu amaçla 5393 sayılı Kanunun 13. maddesinde, katılımcı belediye yönetimi teşvik edilmenin yanında, 75. maddesinde, belediyenin görev ve sorumluluk alanına giren konularda -ki bunların içine, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizm de girmektedir-, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, kamu yararına çalışan dernekler, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınmış vakıflar, mahallin en büyük mülki amirinin izninin alınması koşuluyla diğer dernek ve vakıflar ile 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Meslek Kuruluşları Kanunu kapsamına giren meslek odaları ile ortak hizmet projeleri gerçekleştirebilmesi öngörülmüştür.

Belediyenin görevleri arasında yer alan mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projeler için, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve sivil alandaki dernek, vakıf ve meslek odaları ile ortak projeler geliştirilmesi de öngörülmüş ve dolayısıyla bu alanlarda faaliyet yürütenlerin mahalli müşterek nitelikteki kamusal hizmetlere katılım yolları açık tutulmuşken; belediyelere 5393 sayılı Kanunla verilen görevlerin yapılması amacıyla belediye kaynaklarıyla edinilen veya belediye kaynaklarıyla yaptırılan hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut gibi herkese/halka ait her türlü taşınmazın, "sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek proje" gerekçesiyle ve belediye meclisinin kararı ve İçişleri Bakanının onayıyla, dernek ve vakıflar yanında kar amacıyla çalışan özel sektör ticari şirketleri dahil talep eden herkese düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak verilebilecek olması; başka bir anlatımla halkın ortak mallarının ya da herkese ait olan malların, özgülendiği kamu hizmetinden/yararından koparılması Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde "hukuk devleti" ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş içtihadına göre kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk

devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Belediyelerin mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizme ilişkin görevlerini yerine getirmek için kamu kaynağı kullanarak edindikleri veya yaptıkları hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. her türlü taşınmazlarının, özgülendikleri kamu hizmetinden/yararından koparılarak, kar amacıyla faaliyet gösteren özel sektör ticari kuruluşları dahil herkesin sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecekleri projelerine tahsis edilebilecek olmasında, kamu yararı olmadığı ve dolayısıyla iptali istenen düzenleme, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı gibi Belediyelere verilen görevleri yerine getirmek üzere edinilen taşınmazların kamu yararından/hizmetinden koparılarak üçüncü şahıslara düşük bir bedelle ve hatta bedelsiz olarak verilebilecek olması mahalli müşterek hizmetlerin yürütülmesini sekteye uğratacak nitelikte olduğundan Anayasanın 127. maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 121. maddesindeki, "5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresi "taşınmaz" olarak değiştirilmiş" ibaresi, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

22) 6552 sayılı Kanunun 128. maddesindeki, "… sekizinci sırasında yer alan 'Barbaros' ibaresi 'Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı' şeklinde değiştirilmiş, …" ibaresi ile 129. maddesindeki "… üçüncü fıkrasında yer alan 'Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin' ibaresinden sonra gelmek üzere 've Barbaros Mahallesinin' ibaresi eklenmiş …" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 128. maddesiyle 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan "Barbaros" ibaresi "Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı" şeklinde değiştirilerek, 129. maddesiyle de 5747 sayılı Kanunun 2. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Kadıköy ilçe belediyesine bağlı

Atatürk Mahallesinin" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve Barbaros Mahallesinin" ibaresi eklenerek; Ataşehir İlçesine bağlı Barbaros Mahallesi Ataşehir İlçesinin ve dolayısıyla Ataşehir Belediyesinin sınırlarından çıkarılarak Ümraniye İlçesine ve dolayısıyla Ümraniye Belediyesine bağlanmaktadır.

6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasının (18) nolu bendinde "Aşağıda belirtilen esaslar çerçevesinde; Ekli (16) sayılı listede adları yazılı mahalleler ile mahalle kısımları merkez olmak ve aynı adla bir belediye kurulmak üzere İstanbul İlinde Ataşehir … adlarıyla … ilçe kurulmuştur." denilmiş ve ekli "(16) Sayılı Liste İstanbul İli Ataşehir İlçesine Bağlanan Mahalleler"in 8. sırasında "Kadıköy İlçe Belediyesine bağlı Barbaros" denilerek Kadıköy İlçesine bağlı Barbaros Mahallesi Ataşehir Belediyesine bağlanmıştır.

26.8.2011 tarihli ve 28037 sayılı Resmi gazetede yayımlanan 2011/2063 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı eki kararda ve eki krokide Barbaros Mahallesine yapılacak "İstanbul Uluslararası Finans Merkezi"nin Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğu belirtilmiştir (EK-2/1).

Barbaros Mahallesinin Kadıköy İlçesinden ve dolayısıyla Kadıköy Belediyesinden alınarak Ataşehir adıyla kurulan İlçeye ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesine bağlanmasından sonra Barbaros Mahallesinin Kadıköy Tapu Sicil Müdürlüklerine kayıtlı bir kısım taşınmaz dosyalarının Ataşehir Tapu Müdürlüğü yerine yanlışlıkla Ümraniye Tapu Müdürlüğüne gönderilmesi sonucu Ataşehir Belediyesi ile Ümraniye Belediyesi arasında sınır uyuşmazlığı çıkmış ve emlak vergilerinin tahsilinden dolayı İstanbul Vergi Mahkemelerinde davalar açılmıştır.

İstanbul 10. Vergi Mahkemesinin 31.3.2013 tarihli ve E2013/3059, K:2014/687 sayılı, 31.3.2013 tarihli ve E.2013/3060, K:2014/688 sayılı, 31.3.2014 tarihli ve E:2013/3061, K:2014/689 sayılı, 31.3.2014 tarihli E:2013/3063, K:2014/690 sayılı, 31.03.2014 tarihli E:2013/3064, K:2014/691 sayılı, 23.05.2013 tarihli ve E:2013/3062, K:2014/1236 sayılı, 23.05.2014 tarihli E:2013/3065, K:2014/1237 sayılı (EK:2/2a,b,c,d,e,f)kararlarında Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçe Belediyesi sınırlarında olduğu karara bağlanmıştır.

Sınır uyuşmazlığına ilişkin İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu'nun talebi üzerine Harita Mühendisleri Murat Pınarcık, Mehmet Tuzsuz ve Ahmet Can tarafından düzenlenen 13.5.2013 tarihli Bilirkişi Raporunda Barbaros Mahallesinin tamamının Ataşehir Belediyesi sınırları içinde olduğu ortaya konmuştur (EK:2/3).

Barbaros Mahallesinin 6552 sayılı Kanunun 128. ve 129. maddeleriyle Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanmasının temelinde, Barbaros Mahallesine yapılması kararlaştırılan "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi" yerleşkesi yatmakta, siyasi iktidar "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi" yerleşkesini kendisine ait belediye bağlamak istemektedir.

Anayasanın 126. maddesinin birinci fıkrasında, "Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır." denilerek il ve ilçe idarelerinin kurulması ve sınırlarının belirlenmesinde (i) coğrafi konum, (ii) ekonomik şartlar ve (iii) kamu hizmetinin gerekleri ölçütlerini koymuştur.

10.6.1949 tarihli ve 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 2. maddesinin (A) fıkrasında, il ve ilçe kurulması, kaldırılması, merkezlerinin belirtilmesi, adlarının değiştirilmesi, bir ilçenin başka bir il'e bağlanmasının kanun ile yapılacağı belirtildikten sonra (D) fıkrasında, "Kaza kurulmasında ve kaldırılmasında, bir kazanın başka bir vilayete bağlanmasında ve merkezinin belirtilmesinde, sınırlarının değiştirilmesinde ve (B, C, Ç) fıkralarında yazılı hallerde ilgili vilayetler idare heyetleriyle umumi meclislerinin mütalaaları alınır." kuralına yer verilmiştir.

5442 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (D) fıkrasında, ilçe sınırlarının değiştirilmesinde il idare kurulu ile il genel meclisinin mütalaalarının alınmasını zorunlu görülmesinin temelinde, sınırı değiştirilecek yerleşim yerinin coğrafi konumunu, ekonomik şartlarını ve kamu hizmetlerinin gereklerini, yasakoyucunun değil, yerel meclislerin bilebileceği düşüncesi yatmaktadır.

Oysa, 6552 sayılı Kanunun 128. ve 129. maddeleriyle Barbaros Mahallesi, Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanırken, İstanbul İl İdare Kurulu'nun görüşü alınmamış; Barbaros Mahallesi'nin coğrafi konum, ekonomik

şartlar ve kamu hizmetinin gerekleri bakımından Ümraniye İlçesine bağlanmasının gerekçeleri ortaya konulmamıştır.

Kaldı ki Barbaros Mahallesi hiçbir zaman Ümraniye İlçesinin bir mahallesi olmamış; Ataşehir İlçesine 5747 sayılı Kanunun 1. maddesinin birinci fıkrasının (18) nolu bendiyle Kadıköy İlçesinden geçmiş; İstanbul Valiliği İl İdare Kurulu'nun talebi üzerine Harita Mühendisleri Murat Pınarcık, Mehmet Tuzsuz ve Ahmet Can tarafından düzenlenen 13.5.2013 tarihli Bilirkişi Raporunda Barbaros Mahallesinin tamamının Ataşehir Belediyesi sınırları içinde olduğu belirtilmiştir.

Barbaros Mahallesi, coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Ataşehir İlçesi sınırları içindedir ve Barbaros Mahallesi Ataşehir İlçe Belediyesi Hizmet Binasına yaklaşık 500 metre mesafede iken, Ümraniye İlçe Belediyesi Hizmet Binasına ise yaklaşık 10 km. uzaklıktadır.

Bu itibarla, eldeki teknik bilirkişi raporu, yargı kararları ve Bakanlar Kurulu Kararı Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğunu ortaya koyarken, coğrafi ve ekonomik şartlar ile kamu hizmetlerinin gerekleri ortaya konulmadan ve İstanbul İl İdare Kurulunun görüşü alınmadan Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanması, Anayasanın 126. maddesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesine yer verilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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 ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Ortada coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesi sınırlarından çıkarılarak, Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanmasını zorunlu kılan hiçbir gerekçe yoktur. Tek neden, "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi"nin Barbaros Mahallesinde yapılıyor olmasıdır. Siyasi iktidarın "İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi"nin kendi partisinin belediye sınırları içinde olmasını istediği için iptali istenen düzenlemeyi yapmıştır. Bu itibarla iptali istenen düzenlemede kamu yararı olmadığı gibi adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle de uyuşmadığından hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 128. maddesindeki, "… sekizinci sırasında yer alan 'Barbaros' ibaresi 'Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı' şeklinde değiştirilmiş, …" ibaresi ile 129. maddesindeki "… üçüncü fıkrasında yer alan 'Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin' ibaresinden sonra gelmek üzere 've Barbaros Mahallesinin' ibaresi eklenmiş …" ibaresi, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

23) 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

(a) Birinci cümlesindeki "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında …" ibaresi ile "… Bakanlıkça belirlenecek …" ibaresinin ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." Şeklindeki Altıncı Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

aa) Düzenlemenin Anlam ve Kapsamı

Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK), Türkiye'nin 24 Ocak 1980 Kararlarıyla ekonominin dışa açılması ve ihracata yönlendirilmesi hedefinin bir parçası olarak özel sektörünün dış ticaret, uluslararası yatırımlar, müteahhitlik ve lojistik başta olmak üzere dış ekonomik ilişkilerini yürütmek, ve yurt içi ve yurt dışı yatırım imkânlarını araştırmak, yatırımları ihracatçı sektörlere yöneltmek ve ihracatı artırmak amaçlarına yönelik olarak dönemin Başbakanı merhum Turgut Özal'ın öneri ve teşvikleriyle Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin

18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB'un bir parçası olarak ve dernek statüsünde kurulmuştur. 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesiyle ise özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşmuştur.

5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin DEİK'in kuruluş ve görevlerine ilişkin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları şöyleydi:

"Birliğin gözetim ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tâbi ve tüzel kişiliğe sahip, kuruluş ve faaliyet amaçları aynı olan ve Birlikçe belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK'tir. Kurul ikili ekonomik ilişkilerini, yönetim kurulunun kararları doğrultusunda iş konseyleri aracılığı ile yürütür.

Kurul ile iş konseylerinin görev ve yetkileri teşkilâtlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin esaslar Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Kurulun bütçesi, kurucu kuruluşların Kurul yönetim kurulu tarafından belirlenen yıllık üyelik aidatlarından, iş konseyi üyelik aidatlarından, Birliğin ödeyeceği katkı payı ve diğer gelirlerden oluşur. Kurul bütçesini Birlik denetler."

6552 sayılı Kanun'un 144. maddesiyle 5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin yukarıda yer verilen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılırken; 142. maddesiyle ise 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi değiştirilerek (2) numaralı fıkrasıyla şöyle bir DEİK öngörüldü:

"Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip, Bakanlıkça belirlenecek özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK'tir. DEİK, ikili ekonomik ilişkilerini İş Konseyleri aracılığıyla yürütür. DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve

işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir. DEİK'in bütçesi, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşur. DEİK bütçesini Bakanlık denetler. Bu fıkranın uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümler uygulanmaz."

Böylece, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında olması, DEİK bütçesini Ekonomi Bakanlığının denetlemesi ve DEİK kurucuları ile üyelerini Ekonomi Bakanlığının belirlemesi DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenmesi ve bu hükümlerin uygulanması sırasında diğer kanunlarda yer alan benzer veya aynı mahiyette hükümlerin uygulanmaması öngörülmüştür.

ab) Anayasaya Aykırılık Sorunu

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK; Anayasanın 123. maddesi kapsamında kamu hizmetlerini kamu yararına kamusal yapı ve süreçlerde yürüten kamu idarelerinden olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da değildir. Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi gibi özel sektör kuruluşlarının belirli ve ortak bir amacını gerçekleştirmek üzere kurulduğundan ve özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olduğundan, hukuksal olarak dernek statüsündedir.

Nitekim, 4.11.2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde dernek, "Kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir amacı gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek veya tüzel kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek suretiyle oluşturdukları tüzel kişiliğe sahip kişi topluluklarını ifade eder." şeklinde tanımlanarak "bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmek" amacı ile tüzel kişiliklerine vurgu

yapılmış; 36. maddesinde ise "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır." denilerek özel hukuk hükümlerine tabiliği ortaya konmuştur.

Bu bağlamda, Anayasanın 123. maddesine göre kamu idaresi olmadığı gibi 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da olmayan DEİK, görevleri ve hukuki statüsü bağlamında dernektir ve her dernek gibi aksine bir düzenleme olmadığı sürece –aksine düzenleme Anayasaya aykırı olur- 5253 sayılı Dernekler Kanununa tabidir.

Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında ancak kamu hizmetlerini kamu hukukuna tabi süreçlerde kamu yararına yürütmek üzere kamu tüzel kişiliğine sahip olarak kurulmuş ilgili ve ilişkili kuruluşları olabilir ve Ekonomi Bakanlığı ancak ilgili ve ilişkili kuruluşlarının bütçelerini denetleyebilir.

Anayasanın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının dahi organlarının kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında gizli oyla seçileceği ve bunlar üzerinde Devletin idari ve mali denetimine ilişkin kuralların kanunla düzenleneceği öngörülmüşken; "özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip" olarak kurulan DEİK'in kurucularının ve yönetiminin Ekonomi Bakanlığınca belirlenmesi, bırakınız "demokratik hukuk devleti" ilkesine dayanan Anayasal Cumhuriyetleri, korporatist Faşist devletlerde dahi görülmemiştir.

Oysa, 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasına dayanılarak Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik"in (bundan sonra Yönetmelik) 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu, Bakanlık tarafından belirlenen ve Ek-1'de yer alan kurucu kuruluşlardan oluşur." denilerek, "EK-1 DEİK Kurucu Kuruluşları" listesinde 99 kurucu kuruluşa yer verilirken; (2) numaralı fıkrasında ise "Bakanlık, kurucu kuruluş statüsünü sona erdirmeye ve yeni kuruluş eklemeye yetkilidir" denilerek, Bakanlığa kurucu kuruluşlar arasında yer verilen kuruluşların tepesinde "Demokles'in Kılıcı" olma işlevi yüklenmiştir.

Yönetmelikte bunlarla yetinilmemiş; 7. maddesinde DEİK Genel Kurulu'nun 4. maddenin (1) numaralı fıkrasınca Bakanlık tarafından belirlenmiş olan 99 kurucu kuruluşun her birinden birer üyeden 99 üye; İş Konseyi başkanları; Bakanlıkça ayrıca belirlenecek yirmibeş üye ve DEİK onursal üyelerinden oluşacağı belirtilmiş; 8. maddenin (1/b) bendinde DEİK onursal üyelerini Genel Kurul'un seçeceği ve 14. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise İş Konseylerinin Yönetim Kurulunun önerisi ile Bakanlıkça kurulacağı ve gerektiğinde aynı şekilde sona erdirileceği belirtilerek DEİK Genel Kurulu değil de sanki Ekonomi Bakanlığına bağlı bir Kamu İktisadi Teşebbüsü (KİT)nün yönetim kurulu oluşturuluyormuşçasına doğrudan ve dolaylı yollarla Bakanlık tek ve mutlak belirleyici hale getirilmiş; yetmemiş 9. maddenin (2) numaralı fıkrasında DEİK Yönetim Kurulu Başkanının Ekonomi Bakanı tarafından belirleneceği (atanacağı demek lazım) ve görevden alınacağı; 19. maddesinin (3) numaralı fıkrasında DEİK Genel Sekreterinin Yönetim Kurulunun tavsiyesi üzerine Bakanlığın onayı ile atanacağı, gerek görülürse aynı usulle Genel Sekreter Yardımcılarının da atanacağı belirtilerek idari kadronun belirlenmesi dahi Bakanlığın tekeline alınmış; yetmemiş 28. maddenin (3) numaralı fıkrasında; "Bu Yönetmelik hükümleri çerçevesinde 2015 yılında gerçekleştirilecek Genel Kurul toplantı tarihine kadar görev yapacak Yönetim Kurulu ve Denetim Kurulu üyeleri Ek-2'de yer alan kişilerden oluşur." denilerek Bakanlığın belirlediği 35 işadamının ismi Yönetim Kurulu Üyeleri listesinde, 5 işadamının ismi ise Denetim Kurulu Üyeleri listesinde sayılmıştır.

DEİK'in görevi özel sektörün değil de KİT'lerin dış ekonomik ilişkilerini yürütmek, özel hukuk hükümlerine tabi özel hukuk tüzel kişisi değil de Ekonomi Bakanlığı'nın yurtdışı teşkilatıymışçasına yukarıdaki şekilde düzenlendikten sonra 24. maddesinde, DEİK'in gelirlerinin; kurucu kuruluşlar arasında yer alan ve Yönetmeliğin 9. maddesinde sayılan TOBB, TİM, TÜSİAD, MÜSİAD ve TMB'nin bir önceki yıl gelirlerinin yüzde birinin; EK-1'de sayılan 99 kurucu kuruluştan İhracatçı Birlikleri, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Ticaret ve Sanayi Odalarının bir önceki yıl gelirlerinin binde beşinin ve diğer kurucularından ise alınacak üyelik aidatlarından oluşması öngörülmüş ve 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasıyla da DEİK'in malvarlığına el konulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları hakkında verdiği;

18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında; 4059 sayılı Kanunun 6. maddesindeki, "İhracatçı Birlikleri, İthalatçı Birlikleri ve bunların üst kuruluşlarının teşkilatlanma, işleyişleri, gelirleri, gelirlerinin kullanım esasları, iştigal sahaları, denetimleri, organları ve üyeliğe ilişkin esasları ile üyelerinin hak ve yükümlülüklerini gösteren statüleri Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenir." kuralını;

"Birlikler, bu yapılarıyla, Anayasanın 123. maddesi kapsamında yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulan kamu tüzelkişileri olmadıkları gibi, amaçları, işlevleri ve nitelikleri itibariyle kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına benzemekle birlikte, kuruluş ve tüzelkişiliklerinin yasayla oluşturulmaması, organların seçiminin yargı gözetiminde yapılmaması ve bağlı kuruluş olarak gösterilmeleri nedeniyle Anayasanın 135. maddesinde yer alan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kapsamına da girmemektedir. Bu birlikler, Anayasanın ne 123. ne de 135. maddesine göre tüzelkişilik kazanan kuruluş niteliğindedir." gerekçesiyle, Anayasanın 7., 123. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

6.11.2008 günlü ve E.2007/66, K.2008/157 sayılı kararında; 5661 sayılı Kanunun 2. maddesindeki, "Tarım ve Köyişleri Bakanlığının çiftçi kayıt sistemine kayıtlı çiftçilerden, her türlü aynî ve nakdî yardım, avans, sübvansiyon, prim gibi tarımsal destekleme ve/veya kredi kullanılması işlemlerinde çiftçi belgesi aranmaz." kuralını;

"Dava konusu kuralların, meslekle bağlantılı kimi alanlarda meslek kuruluşu tarafından verilen belgenin kullanılmasını sınırlandırması ve böylece mesleğin en önemli organının oluşumunu işlevsiz hale getirmesi, Ziraat Odalarının işleyişinde, demokrasiye ve hukuk güvenliğine aykırı düşen, demokratik örgütlenmenin sürekliliğini zaafa uğratan bir düzenlemedir." gerekçesiyle Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

10.1.2013 tarihli ve E.2012/128, K.2013/7 sayılı kararında, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanununun 16. ve 38. maddelerindeki, "Üst üste iki dönem meclis başkanlığı yapmış olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemezler." kuralı ile 40.

maddesindeki "Üst üste iki dönem yönetim kurulu başkanlığı yapmış olanlar, aradan iki seçim dönemi geçmedikçe aynı göreve yeniden seçilemezler." kuralını;

"Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olan Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile odalar ve borsaların meclis başkanlığı, yönetim kurulu başkanlığı, konsey başkanlığı ve Birlik Başkanlığı gibi görevlere 'seçilme hakkı' demokratik bir haktır. İptali istenen kurallarla, Anayasanın 135. maddesinde öngörülmeyen belli süre başkanlık yapanların aradan sekiz yıl geçmedikçe yeniden seçilemeyeceklerine ilişkin yasağın demokratik gereklerle izahı mümkün değildir. Bu yasak seçime katılan üyelerin kanaatinin serbestçe oluşmasını engellediğinden üyeler yönünden 'seçme' adaylar yönünden 'seçilme' hakkına müdahale oluşturmuştur. Kamu kurumu niteliğinde olsa da sivil toplum örgütlerine bu tür seçilememe yasakları getirilmesi demokratik hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmayacağından Anayasaya aykırılık oluşturur." gerekçesiyle, Anayasanın 2. ve 135. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi dernekler hakkında verdiği;

7.10.1996 günlü ve E.1996/23, K.1996/36 sayılı kararında; 1996 Mali Yılı Bütçe Kanunu'nun 14. maddesindeki, "Genel ve katma bütçeli kuruluşlar bütçelerindeki faaliyetinde yer alan ödeneklerden yapacakları yardımlarda; anılan kurumların bütçeden alacakları yardımlarla gerçekleştirecekleri hizmet ve faaliyetlerini gösteren plan ve iş programlarını istemek, bunlar üzerinde gerekli incelemeyi yapmak, plan ile iş programlarının gerçekleştirme durumlarını izlemekle yükümlüdürler. Yardımlar yukarıdaki incelemelere bağlı olarak gerektiğinde taksitler halinde yapılabilir." kuralını;

"2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 61. maddesinin ikinci fıkrasında "genel ve katma bütçeli dairelerle mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı müesseseler ve sermayesinin yarısından fazlası Devlete ait kuruluşlar, ancak kamu yararına çalışan derneklere ... yardım edebilirler" denilmekte, 45. maddesinde bunların hesap, defter ve işlemleri ile çalışmalarına ilişkin denetimlerinin İçişleri Bakanlığınca yapılacağı belirtilmekte, 47. maddesinde ise, kamu yararına çalışan derneklerin mali denetimlerinin gerekli olduğunda Maliye Bakanlığınca da yapılacağı kurala bağlanmaktadır. Oysa, iptali istenen

14. maddede kamu yararına çalışan-çalışmayan ayrımı yapılmadan kimi dernekleri denetleme ve izleme görevi yardımı yapan kuruluşlara verilmektedir.

743 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 78. maddesinde de vakıfların çalışma ve denetimlerine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler getirilerek Vakıflar Genel Müdürlüğüne bu konuda görevler verilmiştir.

Bu durumda, Bütçe Yasası'nın 14. Maddesiyle Dernekler Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nun kimi maddelerinde değişiklik yapıldığı açıktır." gerekçesiyle, Anayasanın 87., 88., 89. ve 161. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

24.12.2003 günlü ve E.2002/43, K.2003/103 sayılı kararında, 4552 sayılı Kanunla değiştirilen 2908 sayılı Dernekler Kanunu'nun 71. Maddesinin birinci ve ikinci fıkralarındaki, "Türkiye Kızılay Derneği kuruluş amacına ve uluslararası anlaşmalarla tayin edilen nitelik ve durumuna göre; Türk Hava Kurumu ise kuruluş amacına göre düzenlenen tüzüklerine ve kanunların verdiği görev ve yetkilere uygun olarak teşkilâtlanır ve yönetilir.

Bakanlar Kurulu, Türkiye Kızılay Derneği ve Türk Hava Kurumunun;

1. Genel kurullarının kararı üzerine tüzüklerini onaylamaya,

2. Denetleme yetkileri bulunan mercilerin raporları üzerine,

a) Organlarının görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya,

b) Tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye,

Yetkilidir." kuralını;

"İtiraz konusu kurallarla Türk Hava Kurumu'nun yetkili organlarının iradeleri dışında bu organların görevlerine son vermeye ve bunların görevlerini yerine getirmek üzere geçici kurullar oluşturmaya, tüzüklerini değiştirmeye, yürürlükten kaldırmaya ve yeniden düzenlemeye yürütmenin yetkili kılınması ve organların görevlerine son verilmesi, Anayasanın 33. maddesinin güvence altına

aldığı dernek kurma özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir. Böyle bir müdahalenin her şeyden önce Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen nedenlerden birine dayandırılmış olması gerekir. Oysa, itiraz konusu kurallar Anayasanın 33. maddesinde belirtilen sınırlama nedenlerinden herhangi birine dayanmamaktadır." gerekçesiyle Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak Türk Hava Kurumu yönünden;

13.7.2004 günlü ve E.2004/52, K.2004/94 sayılı kararıyla ise aynı kuralı aynı gerekçelerle Türk Kızılay Derneği yönünden Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

5.1.2006 günlü ve E. 2005/8, K. 2006/2 sayılı kararıyla; 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 27. maddesinin "Kamu yararına çalışan dernekler en az iki yılda bir denetlenir. Yapılan denetimler sonucunda düzenlenen raporlar üzerine, kamu yararına çalışan derneklerin organlarında görev alan üyeler veya ilgili personel, ağır hapis veya ağır para cezası verilmesini gerektiren suçların işlendiğinin tespit edilmesi halinde, geçici bir tedbir olarak İçişleri Bakanınca görevden uzaklaştırılabilir. Görevden uzaklaştırılanların yerlerine, kesin hükme kadar, öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere görevlendirme yapılır." şeklindeki üçüncü fıkrasının son cümlesini;

"Derneklerin organlarında görev alan üye veya ilgili personelin herhangi bir nedenle görevlerinden ayrılmaları halinde yerlerine hangi usûlle seçim yapılacağının her derneğin kendi tüzüğünde belirlenmesi, dernek kurma özgürlüğünün doğal sonucudur.

İptali istenen kuralla, dernek organlarındaki görevlerinden uzaklaştırılan üyeler veya diğer ilgili personelin yerine, kesin hükme kadar öncelikle dernek üyelerinden olmak üzere, İçişleri Bakanı'nca görevlendirme yapılması dernek kurma özgürlüğüne Anayasanın 33. maddesinde öngörülmeyen bir müdahale oluşturmaktadır." gerekçesiyle Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırı bularak iptal etmiştir.

Anayasanın Başlangıcında, "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli

kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" ortaya konulmuş; 1. maddesinde "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir." denilmiş; 2. maddesinde "demokratik devlet" ve "hukuk devleti" ilkelerine yer verilmiş; 5. maddesinde, 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 kaldırmak ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak Devletin görevleri arasında sayılmış; 33. maddesinde dernek kurma hürriyeti temel bir insan hakkı olarak düzenlenerek, "Herkes, önceden izin almaksızın dernek kurma ve bunlara üye olma ve üyelikten çıkma hürriyetine sahiptir. Hiç kimse bir derneğe üye olmaya ve dernekte üye kalmaya zorlanamaz." denilmiş; 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sadece kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamaların demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olmayacağı kurallaştırılmış; 123. maddesinde idarenin kuruluşu düzenlenirken; 135. maddesinde ise kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına yer verilmiştir.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in; Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında da belirtildiği üzere Anayasanın 123. maddesine göre kamu idaresi olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da olmadığı ve dolayısıyla iptali istenen düzenlemelerin Anayasanın 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğu; özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi gibi özel sektör kuruluşlarının belirli ve ortak bir amacını gerçekleştirmek üzere kurulduğundan ve özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olduğundan, hukuksal olarak dernek statüsünde olduğu açıktır.

Hukuken dernek statüsünde olan ve niteliği itibariyle hukuken 5253 sayılı Dernekler Kanunu'na tabi bulunması gereken bir organizasyonun, görevlerini (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini) organlarının özgür iradesi yerine Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında yürütecek olması, Anayasa Mahkemesi'nin 7.10.1996 günlü ve E.1996/23, K.1996/36 sayılı kararında vurgulandığı üzere denetimleri sivil alana ilişkin sivil toplum kuruluşları

oldukları gözetilerek Dernekler Kanunu hükümlerine göre yapılacak iken, Ekonomi Bakanlığının hiyerarşik bir birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluymuşçasına bütçelerini Ekonomi Bakanlığı'nın denetlemesi ve DEİK kurucularının sivil alanda demokratik örgütlenme özgürlüğünü ortadan kaldırır şekilde Ekonomi Bakanlığınca belirlenmesi; Anayasanın 33. maddesinde güvence altına alınan dernek kurma, derneğe üye olma ve üyelikten ayrılma özgürlüğünün, Anayasada yer almayan sebeplerle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olacak şekilde özünün ölçüsüzce ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan, iptali istenen, "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında" ile "Bakanlıkça belirlenecek" ibareleri ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." cümlesi, Anayasanın 13. ve 33. maddelerine aykırıdır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in; kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olmamakla birlikte kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu benzeri bir organizasyon olduğu ileri sürülse dahi, Anayasanın 135. maddesinde öngörüldüğü üzere üyelerinin belirli bir mesleğe mensup olanlar yerine Ekonomi Bakanlığınca belirlenenler olması, Anayasanın 135. maddesinde belirtildiği ve Anayasa Mahkemesi'nin 18.9.2008 günlü ve E.2006/55, K.2008/145 sayılı kararında vurgulandığı üzere "organların seçiminin yargı gözetiminde yapılmaması"; faaliyetlerini özerk yürütmek yerine Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında yürütecek olması ve Devletin idari ve mali denetimi yerine vesayet denetimini de açacak şekilde bütçelerinin doğrudan Ekonomi Bakanlığı'nca denetlenecek olması, Anayasanın 135. maddesindeki kurallarla da bağdaşmamaktadır.

Asıl vahimi, iptali istenen düzenlemelerin Anayasal siyasal rejimle bağdaşmazlığıdır. Cumhuriyet olarak nitelendirilen demokrasi kavrayışı kamusal alan ile sivil alanın birbirinden yalıtılması ve sivil alana örgütlenme özgürlüğü sağlanmasını gerekli kılar. Tasarruf, yatırım ve üretimin artırılarak işsizliğin düşürülmesi, eğitim, sanayi ve teknoloji politikalarıyla tasarrufların yüksek katma değerli alanlara yatırılması, dış ve iç yatırım olanaklarının araştırılması, dış ekonomik ilişkilerin geliştirilerek ekonominin ihracatçı ve döviz kazandırıcı sektörlere yöneltilmesi vb. amaçlar geçmişte olduğu gibi günümüzde de ülkelerin bugünü ve geleceği açısından fazlasıyla önemlidir ve bu alanda Devlete de görevler düştüğü şüphesizdir. Anayasada bu görevlere de yer verildiğinden

Devlet'in bu görevlerini yerine getirebilmesi için, Ekonomi Bakanlığı, Kalkınma Bakanlığı, Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı gibi bakanlıklar yanında Kalkınma Ajansları, TÜBİTAK, TSE gibi kamu idareleri kurularak bunlara kuruluş kanunlarında ekonomiye ve dış ekonomik ilişkilere ilişkin görevler verilmiş ve Anayasanın 166. maddesinde Ekonomik ve Sosyal Konsey öngörülmüştür. Tüm bunların yetmemesi durumunda iş dünyası örgütleri ile ortak proje ve çalıştaylar gerçekleştirilerek aynı hedeflere yönelinmesinin önünde hukuksal engeller yoktur.

Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılan demokrasi, Anayasanın Başlangıç kısmıyla 2. ve 5. maddelerinde, devletin dayanmak, korumak ve geliştirmekle yükümlü olduğu ilkeler arasında yer almakta, güçler ayrılığı, bağımsız ve tarafsız yargı, güvence altına alınmış özgürlükçü yapısı hukuk devletinin altyapısını oluşturmaktadır. Demokrasilerin ayırt edici özelliği, insan haklarının en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alınması, özgürlük, serbest irade, hukuk güvenliği ve serbest seçimlere dayanmasıdır.

Demokrasi, siyasal rejimin ötesinde aynı zamanda bir yaşam biçimidir ve siyasal alandaki varlığı ve devamlılığı sivil alandaki köklerinin yaygınlığı ile sağlamlığına bağlıdır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, sivil alanda kurulmuş bir organizasyon değil de Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluşuymuşçasına görevlerini (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini) organlarının özgür iradesi yerine Ekonomi Bakanlığı'nın gözetimi ve denetimi altında yürütmesi, bütçesinin Ekonomi Bakanlığı'nın denetimine tabi olması ve kurucularının Ekonomi Bakanlığınca belirlenip yöneticilerinin Ekonomi Bakanlığınca atanmasına ilişkin iptali istenen düzenlemeler, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2. maddesinde temel nitelikleri belirtilen demokratik devlet ilkesine ve devletin temel amaç ve görevleri belirtilen 5. maddesine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki

"Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında …" ibaresi ile "… Bakanlıkça belirlenecek …" ibaresi ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." şeklindeki altıncı cümlesi, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2., 5., 13., 33. 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

(b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "… kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve …" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesiyle; DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenleneceği; beşinci cümlesinde ise DEİK'in bütçesinin, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşacağı kurallaştırılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş; Yönetmeliğin öne çıkan kuralları yukarıda (Gerekçeler'in 23/a maddesinde) açıklanmıştı.

Anayasanın 124. maddesinde, "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir." kuralına yer verilmiştir.

Bu kurala göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarmalarının ön koşulu yönetmeliğin, "kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak" amacına yönelik olmasıdır. Kanun kendi görev alanını ilgilendirmiyor veya kanunda verilen görev kendini ilgilendirmiyorsa yönetmelikle düzenleme yapamayacaktır.

Yönetmeliğin dayanağı olarak 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi gösterilmesine ve 36. maddesinde DEİK düzenlenmesine rağmen; "özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek" Ekonomi Bakanlığı'nın görev alanı içinde olmadığı ve yukarıda (Gerekçeler'in 23/a maddesinde) açıklandığı üzere Anayasanın Başlangıç bölümü ile 1., 2., 5. maddelerinde temel özellikleri belirtilen demokratik bir Cumhuriyette Anayasanın 13., 33. 123. ve 135. maddeleri bağlamında olamayacağı için, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ödenecek katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı'nın düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi, Anayasanın 124. maddesine göre yetkisizlik nedeniyle mümkün değildir.

Bu itibarla, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin kural, Anayasanın 124. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ya da kaldırılacağı kuralına yer verilmiştir.

DEİK kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının vergi benzeri mali yükümlülük olduğu ve yasayla düzenlenmesi gerekeceği ortadadır. Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi veya ilgili ya da ilişkili kuruluymuş gibi düzenlenen DEİK'in kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının yönetmelikle belirlenecek olması yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu için Anayasanın 7. maddesi ile 73. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin 18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB'un bir parçası olarak kurulan 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesiyle özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve üyelik aidatlarının Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenlenmesini öngören kural, özel hukuka tabi DEİK'in ve DEİK üyeleri ile yönetiminin hukuksal güvenliklerini ortadan kaldırdığı için hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlı bir yetkidir ve dolayısıyla yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel ilkelerle esasların belirlenmesi, çerçevenin çizilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun, belli konularda gerekli kuralları koyması, çerçeveyi çizmesi ve uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakması, yürütmenin de bu alan ve sınırlar içinde takdir yetkisini kullanarak yasalara aykırı olmamak üzere uygulamaya ilişkin kuralları koyması gerekir. Esasen Anayasanın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği kuralının da anlamı budur.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, Yasada görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarından ve öngörülen mali yükümlülüklerden hiç biri düzenlenmediği gibi hiç bir ilke konulmadan ve çerçeve çizilmeden bunların tamamını belirleme yetkisinin Ekonomi Bakanlığına verilmesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 7. ve 8. maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "… kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve …" ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

(c) Yedinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının yedinci cümlesiyle, 637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin uygulanmayacağı kurallaştırılmıştır.

Diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin başında, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yer almakla birlikte, söz konusu hükümler 6552 sayılı Kanunun 144. maddesiyle yürürlükten kaldırılmış; birinci ve ikinci fıkraları ise yürürlüktedir. Dolayısıyla iptali istenen cümle bağlamında 5174 sayılı Kanunun 58. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmayacaktır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK; Anayasanın 123. maddesi kapsamında kamu idaresi olmadığı gibi, Anayasanın 135. maddesi

kapsamında kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşu da değildir ve tanımlayıcı niteliklerine (özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olması) göre hukuksal olarak dernek statüsündedir. Nitekim, 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun "Tanımlar" başlıklı 2. maddesindeki tanıma göre de hukuken dernektir. Dolayısıyla 5253 sayılı Dernekler Kanununun ve 5253 sayılı Kanunun 36. maddesindeki "Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun hükümleri uygulanır." göndermesiyle de 4721 sayılı Kanunun kapsamındadır.

İptali istenen düzenleme ise DEİK ile kuruluşuna katılacakların Anayasanın 33. maddesindeki dernek kurma özgürlüğünü hayata taşıyan 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile Anayasanın İkinci Kısım- Birinci ve İkinci Bölümlerindeki temel hak ve hürriyetleri hayata taşıyan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerinden yararlanmamalarını öngörmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Kanunların hak ve adalet ölçülerine uygun olması ve kamu yararını gerçekleştirmeyi hedeflemesi hukuk devleti olmanın gerekleri arasındadır.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan ve tanımlayıcı özellikleri itibariyle hukuken dernek statüsünde olan DEİK hakkında Dernekler Kanunu ve hüküm bulunmayan hallerde Türk Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanmaması yoluyla, DEİK kurucuları ile kurucu adaylarının Anayasanın 33. maddesindeki dernek kurma özgürlüğü ile Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden yararlanmalarının engellenmesinde kamu yararı olmadığı, demokratik devlet ilkesinin sivil alandaki uzantısı olan demokratik yaşam biçimiyle bağdaşmadığı ve insan hakları ile temel hak ve hürriyetleri ölçüsüzce sınırlandırarak kullanılamaması sonucunu doğurduğu için Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında

Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının yedinci cümlesi, Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1/a-b) İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı ihaleye çıkılmasını ve ihaleye çıkılacak yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini belirleme yetkisini Bakanlar Kurulu veren düzenlemeler, Anayasaya açık aykırılıklar taşımaktadır. İptali istenen kuralların uygulanması durumunda kamu hizmetlerindeki bütünlük ve tamamlayıcılık bozularak kamu hizmetleri zaafa uğrayacak ve hukuk sistemi ileride telafisi olmayan zararlar görecektir.

2) Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmemesi ile 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilememesi ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesini öngören iptali istenen kurallar, Anayasanın 2., 10., 36, ve 51. maddelerine aykırı olup; uygulanmaları durumunda özellikle toplumun korunmaya muhtaç yoksul kesimleri olan ücretli taşeron işçilerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

3) Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâllerini 6331 sayılı Kanunun kapsamı dışına çıkararak çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını, uluslararası ticari rekabetin alt bileşeni haline getiren, ticari karlılığı sağlamak için bir maliyet unsuru olarak gören ve böylece uluslararası deniz yolu taşımacılığı yapan girişimcilerin şahsi kazançları uğruna çalışanların yaşam hakkı ile iş sağlığı ve güvenliği haklarını korumasız ve güvencesiz bırakan iptali istenen düzenleme, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine aykırıdır ve uygulanması durumunda çalışanların yaşam haklarının sona ermesine yol açacak iş kazalarına davetiye çıkardığından, çalışanların ölüme uzanan ve telafisi olmayan zararlarına yol açacaktır.

4) İptali istenen düzenleme, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda geçmişte olduğu

gibi gelecekte de sendikal özgürlüklere büyük bir darbe vurarak çalışan ücretli kesimlerin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

5) İptali istenen düzenleme, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırıdır. İptali istenen düzenlemenin uygulanması durumunda, Ekonomik Sosyal Konseye üye olmayan konfederasyonlar üyesi sendikalar ve sendika üyesi işçiler ile herhangi bir konfederasyona üye olmayan sendikalar ile üyelerinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacak ve demokrasimiz bundan olumsuz etkilenecektir.

6) Sosyal Güvenlik Kurumunun baro levhasına kayıtlı kadrolu avukatlarının vekaletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra takibini yapacak olmaları, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır ve düzenlemenin uygulanması durumunda Türkiye Barolar Birliğinin ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarına yol açacaktır.

7/a-b) İptali istenen düzenlemeler, Anayasaya aykırıdır. Kişilerin Anayasa ile güvence altına alınan mülkiyet hakkının durdurulması ve suçların ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı uygulama yapılması, hakları ihlal edilen kişilerin ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanlarına neden olacaktır.

8) Uygulanan idari para cezalarını, yasal süresi içinde ödemeyenler af kapsamına alınırken, yasal süresi içinde ödeyenlerin af kapsamına alınmayarak ödedikleri tutarların red ve iade veya mahsup edilmemesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır ve düzenleme uygulamaya başladığı anda yasal yükümlülüklerini yerine getirenlerin zarar ve ziyanıyla sonuçlanacaktır.

9) Usul hukukumuzda fer'i müdahile kanun yollarına başvurma hakkı tanınmazken; davaya davalı işveren yanında fer'i müdahil olarak katılan Sosyal Güvenlik Kurumuna davalı işveren kanun yoluna başvurmasa dahi kanun yoluna başvurma hakkı tanınması, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırıdır. Düzenlemenin uygulanması durumunda toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimlerinin, Anayasa ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik haklarına geç kavuşmalarına yol açılarak ileride telafisi olmayan maddi zararları ortaya çıkacaktır.

10-11) İptali istenen düzenlemeyle, kişilerin davacı veya davalı olarak, yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal haklar, seçimlik hakka indirgenerek engellendiği; 6552 sayılı Yasayla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanmaları, dava açmama, açılan davalardan vazgeçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolu kapatıldığı için iptali istenen düzenleme, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali istenen düzenlemelerin uygulanması, dava açmayarak veya açtığı davadan vazgeçerek yapılanmadan yararlananlar açısından da dava açanlar veya açtıkları davadan vazgeçmeyerek yeniden yapılanmadan yararlanmayanlar açısından da ileride telafisi mümkün olmayan maddi zarar ve ziyanlarla sonuçlanacak riskler taşımaktadır.

12) Piyasada bulunan, ilgilenen herkesin ulaşabildiği, yokluğundan söz edilemeyen eserlerin, koruma süresi içinde mali hakları yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen "münasip bir bedel" karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilerek, eserin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olması ve ayrıca kişilerin düşünce ve kanaatlere ulaşmasında Devletin belirleyici hale gelmesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine aykırıdır. Düzenleme'nin uygulanması halinde eser sahibinin mirasçılarının ileride telafisi olmayan maddi zararları yanında düşünce özgürlüğü sınırlanan yurttaşların ileride telafisi olmayan manevi zararları ortaya çıkacaktır.

13) İptali istenen ifade Anayasanın 2., 10., 73. ve 128. maddelerine aykırıdır. Denetimi DSİ tarafından yapılan su yapıları için de denetim masrafı alınmasıyla sonuçlanabilecek düzenleme, kişilerin kamu hizmetinden bedelini ödeyerek yararlanmalarına yol açarak ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarıyla sonuçlanacaktır.

14) Yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemeyeceğine ilişkin kural, Anayasanın 2., 36. ve 153. Maddelerine aykırıdır ve uygulanması halinde avukatlık hizmetlerinden yararlanmak durumunda olanların bu hizmeti yetkin ve uzman ellerden alamamaları nedeniyle kişiler yönünden ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacakken, bir bütün olarak hukuk sistemi de ileride telafisi olmayan olumsuzluklarla karşı karşıya kalacaktır.

15) Taşınmazların üstü (yüksekliği) teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, taşınmazların altı (derinliği) ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmak suretiyle kullanılırken; bu kullanımın taşınmaz üzerinde hukuken idari irtifak hakkı kurma şeklinde yapılmaması ve bu yapılar ile yapıların kullanımından kaynaklanan taşınmazın parasal değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyecek olması, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine aykırıdır. Uygulanması halinde üstünden teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü veya viyadük, altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılan taşınmaz sahiplerinin ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanlarına yol açılacaktır.

16) Özel mülkiyetteki taşınmazın kamulaştırılmasının Anayasal dayanağı olan "kamu yararı"nın ortadan kalkarak taşınmazın başkaca amaçlara hizmet ettiği ve geri alım hakkının da düştüğü durumlarda, kamulaştırılan taşınmazın kamu yararı dışında başkaca amaçlarla kullanılmasından kaynaklanan değer artışlarından eski malik veya mirasçılarının yararlanmalarının ve dava yoluyla haklarını aramalarının engellenmesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırıdır. Düzenlemenin uygulanması durumunda eski malik veya mirasçılarının ileride telafisi olmayan maddi zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

17) Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin tarafı olduğu kamulaştırmalar ile devam etmekte olan davalarda, Devlet ve diğer kamu tüzelkişilerinin lehine ve kişilerin aleyhine sonuçlar sağlamak üzere geriye yürüyecek biçimde yasa çıkarılması amacını taşıyan iptali istenen düzenleme, dava yoluyla hak arama özgürlüğüne müdahale etmenin ötesinde kişilerin haklarını elde etmek için yürürlükteki yasalara göre açmış oldukları henüz kesinleşmemiş derdest davalarda mahkemelerin verecekleri karara dolaysız müdahale ettiğinden, Anayasanın 2. Ve 36. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda kişilerin ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanlarına neden olacağı aşikardır.

18) Meraların yerleşme ve yapılaşmaya açılarak daraltılması, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine aykırıdır. Maddenin uygulanması durumunda bundan hayvancılıkla uğraşan çiftçilerin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları yanında meraların işlevi göz önüne alındığında çevreye, çevre sağlığına ve sürdürülebilir

çevreye verilecek zarar ve ziyanlar nedeniyle tüm insanlar dahil tüm canlıların ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

19) İptali istenen cümle Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. Maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda, aile hekimleri, aile sağlığı elemanları ve Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personelinin ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

20) Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında Grup Başkanı ve Daire Başkanı ile taşra teşkilatında Vergi dairesi Başkanı kadrolarında bulunanların, Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atanmalarını öngören düzenleme, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine aykırıdır ve düzenlemenin uygulanması durumunda Devlet Gelir Uzmanı kadrolarına atananların ileride telafisi mümkün olmayan maddi zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

21) Belediyelerin mahalli müşterek nitelikteki sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizme ilişkin görevlerini yerine getirmek için kamu kaynağı kullanarak edindikleri veya yaptıkları hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut vb. her türlü taşınmazlarının, özgülendikleri kamu hizmetinden/yararından koparılarak, kar amacıyla faaliyet gösteren özel sektör ticari kuruluşları dahil talep eden herkesin sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecekleri projelerine tahsis edilebilecek olması, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır. Uygulanması durumunda hem belediyelerin, hem belediye hizmetlerinden yararlananların ileride telafisi mümkün olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

22) Barbaros Mahallesinin Ataşehir İlçesi ve dolayısıyla Ataşehir İlçe Belediyesinden alınarak Ümraniye İlçesi ve dolayısıyla Ümraniye İlçe Belediyesine bağlanması, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine aykırıdır. Barbaros Mahallesi, coğrafi, ekonomik ve kamu hizmetlerinin gerekleri bakımından Ataşehir İlçesi sınırları içinde olduğundan İptali istenen düzenlemelerin uygulamada kalması durumunda Barbaros Mahallesi sakinlerinin belediye hizmetlerinden yararlanması sekteye uğrayacağından ileride telafisi zor veya imkansız zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

23/a-b-c) Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, sivil alanda kurulmuş bir organizasyon değil de Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi ya da ilgili veya ilişkili kuruluşuymuş gibi düzenlenmesi Anayasaya aykırıdır. TOBB'un bünyesindeki DEİK ortadan kaldırılmış, Yönetmelik ile yönetimi feshedilmiş, malvarlığına el konulmuş, fiilen ve hukuken Ekonomi Bakanlığına bağlı yeni bir DEİK kurulmuştur. Düzenlemenin uygulamasının devam etmesi halinde DEİK kurucuları ve kurucu adayları ile üye ve üye adaylarının ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanları yanında demokrasimize ve demokratik değerlerimize verdiği zarar her gün artarak devam edecektir.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"un;

1) 10. maddesiyle değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin;

a) Birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 128. maddelerine,

b) İkinci cümlesi, Anayasanın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine,

2) 13. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkradaki, "Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez." cümlesi, Anayasanın 2., 10., 36. ve 51. maddelerine,

3) 15. maddesiyle 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen (e) bendi, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine,

4) 20. maddesi, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. maddelerine,

5) 21. maddesiyle 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa eklenen Ek Madde 1, Anayasanın 2., 10. ve 51. maddelerine,

6) 38. maddesi ile değiştirilen 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununun 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesindeki "… ve vekaletname ibrazı …" ibaresi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine,

7) 54. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 103. maddesine eklenen;

a) Üçüncü fıkra, Anayasanın 2., 14. ve 35. maddelerine,

b) Dördüncü fıkra, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine,

8) 61. maddesiyle 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa eklenen geçici 57. maddesinin birinci fıkrasındaki, "ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez." ifadesi, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine,

9) 64. maddesiyle 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrasındaki, "İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir." cümlesi, Anayasanın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine,

10) 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "… dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine,

11) 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesindeki, "… dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ifadesi, Anayasanın 36. ve 125. maddelerine,

12) 87. maddesiyle değiştirilen 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 13., 26., 35. ve 90. maddelerine,

13) 88. maddesiyle 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki, "… denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere…" ibaresi ile " …veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır." Anayasanın 2., 10., 73. ve 128. maddelerine,

14) 94. maddesiyle 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2., 36. ve 153. maddelerine,

15) 99. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrasındaki, "Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez." cümlesi, Anayasanın 2., 13., 35., 36., 46. ve 90. maddelerine,

16) 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, Anayasanın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine,

17) 101. maddesiyle 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununa eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesi, Anayasanın 2. ve 36. maddelerine,

18) 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanununun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendi, Anayasanın 45. ve 56. maddelerine,

19) 117 nci maddesi ile 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere eklenen cümle, Anayasanın 2., 7., 17., 48., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine,

20) 119. maddesiyle 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29. maddesine eklenen fıkra, Anayasanın 2., 10., 36. ve 70. maddelerine,

21) 121. maddesindeki, "5393 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresi "taşınmaz" olarak değiştirilmiş" ibaresi, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine,

22) 128. maddesindeki, "… sekizinci sırasında yer alan 'Barbaros' ibaresi 'Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı' şeklinde değiştirilmiş, …" ibaresi ile 129. maddesindeki "… üçüncü fıkrasında yer alan 'Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin' ibaresinden sonra gelmek üzere 've Barbaros Mahallesinin' ibaresi eklenmiş ve …" ibaresi, Anayasanın 2. ve 126. maddelerine,

23) 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

a) Birinci cümlesindeki "Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında …" ibaresi ile "… Bakanlıkça belirlenecek …" ibaresi ve "DEİK bütçesini Bakanlık denetler." şeklindeki altıncı cümlesi, Anayasanın Başlangıç bölümü ile 2., 5., 13., 33., 123. ve 135. maddelerine,

b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "… belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve …" ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine,

c) Yedinci cümlesi, Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine,

aykırı olduklarından iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

B- Ek Dava Dilekçesi Şöyledir:

"Yüksek Mahkemenizde 2014/177 Esas sayısını alan, 11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"a ilişkin iptal dava dilekçesinin;

"Dava Konusu", "I. İptali İstenen Hükümler", "II. Gerekçeler" ve "IV. Sonuç" bölümlerinin(23/b) sırasında iptali istenen hükümler;

"b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki '…yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve …'ibaresinin" şeklinde olacak iken; "yönetmelikte belirtilen" ibaresine yer verilmemiş olması nedeniyle;

"Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki '…kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve …' ibaresinin" şeklinde yer almıştır.

Yüksek Mahkemenizde 2014/177 Esas sayısını alan, 11.09.2014 tarihli ve 29116 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"a ilişkin iptal dava dilekçesinin;

"Dava Konusu", "I. İptali İstenen Hükümler", "II. Gerekçeler" ve "IV. Sonuç" bölümlerinin (23/b) sırasının;

"b) Dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki '…yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve …'ibaresinin" şeklinde düzelttiğimize ilişkin talebimizin kabulünü dilekçede belirtilen ve aşağıda tekrar edilen aynı Gerekçeyle Yüksek Mahkemenizin bilgisine saygılarımızla sunarız.

GEREKÇE

"23) 6552 Sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

(b) Dördüncü Cümlesi ile beşinci cümlesindeki "… yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve …" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesiyle; DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenleneceği; beşinci cümlesinde ise DEİK'in bütçesinin, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve diğer gelirlerden oluşacağı kurallaştırılmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanan "Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu ve İş Konseyleri Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" 20 Eylül 2014 tarih ve 29125 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş; Yönetmeliğin öne çıkan kuralları yukarıda (Gerekçeler'in 23/a maddesinde) açıklanmıştı.

Anayasanın 124. maddesinde, "Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını

sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilir." kuralına yer verilmiştir.

Bu kurala göre, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin yönetmelik çıkarmalarının ön koşulu yönetmeliğin, "kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak" amacına yönelik olmasıdır. Kanun kendi görev alanını ilgilendirmiyor veya kanunda verilen görev kendini ilgilendirmiyorsa yönetmelikle düzenleme yapamayacaktır.

Yönetmeliğin dayanağı olarak 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesi gösterilmesine ve 36. maddesinde DEİK düzenlenmesine rağmen; "özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek" Ekonomi Bakanlığı'nın görev alanı içinde olmadığı ve yukarıda (Gerekçeler'in 23/a maddesinde) açıklandığı üzere Anayasanın Başlangıç bölümü ile 1., 2., 5. maddelerinde temel özellikleri belirtilen demokratik bir Cumhuriyette Anayasanın 13., 33. 123. ve 135. maddeleri bağlamında olamayacağı için, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ödenecek katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı'nın düzenleyici işlemleri ile düzenlenmesi, Anayasanın 124. maddesine göre yetkisizlik nedeniyle mümkün değildir.

Bu itibarla, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve aidatların Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenleneceğine ilişkin kural, Anayasanın 124. maddesine aykırıdır.

Öte yandan Anayasanın 73. maddesinin üçüncü fıkrasında vergi, resim harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği ya da kaldırılacağı kuralına yer verilmiştir.

DEİK kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının vergi benzeri mali yükümlülük olduğu

ve yasayla düzenlenmesi gerekeceği ortadadır. Ekonomi Bakanlığı'nın hiyerarşik birimi veya ilgili ya da ilişkili kuruluymuş gibi düzenlenen DEİK'in kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları, İş Konseyi üyelik aidatlarının yönetmelikle belirlenecek olması yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğu için Anayasanın 7. maddesi ile 73. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, 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, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin önemli bir unsuru olarak hukuk güvenliği, yalnızca hukuk düzeninin değil, aynı zamanda belirli sınırlar içinde, bütün devlet faaliyetlerinin, önceden öngörülebilir olması anlamını taşır. Hukuki güvenlik, sadece bireylerin devlet faaliyetlerine duyduğu güven değil, aynı zamanda yürürlükteki mevzuatın süreceğine duyulan güveni de içerir. Yürürlükte bulunan hükümlere göre gerçekleşmiş durumlar ile elde edilmiş hakların korunması hukuk devletinin gereği olarak görülmelidir.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB)'nin 18 Temmuz 1986 tarihli yönetim kurulu kararıyla TOBB'un bir parçası olarak kurulan 18.5.2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 58. maddesiyle özel sektör kuruluşlarının ortaklaşa kurduğu ve yönettiği kurumsal bir yapıya kavuşan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının ve ayrıca katkı payı ve üyelik aidatlarının Ekonomi Bakanlığı tarafından hazırlanacak Yönetmelikte düzenlenmesini öngören kural, özel hukuka tabi DEİK'in ve DEİK üyeleri ile yönetiminin hukuksal güvenliklerini ortadan kaldırdığı için hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi bağlı bir yetkidir ve dolayısıyla yürütme organının yasayla yetkili kılınmış olması, yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasaya uygun olabilmesi için yasada temel ilkelerle esasların

belirlenmesi, çerçevenin çizilmesi gerekmektedir. Yasa koyucunun, belli konularda gerekli kuralları koyması, çerçeveyi çizmesi ve uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakması, yürütmenin de bu alan ve sınırlar içinde takdir yetkisini kullanarak yasalara aykırı olmamak üzere uygulamaya ilişkin kuralları koyması gerekir. Esasen Anayasanın 8. maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği kuralının da anlamı budur.

Özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in ve DEİK'e ait İş Konseylerinin, Yasada görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarından ve öngörülen mali yükümlülüklerden hiç biri düzenlenmediği gibi hiç bir ilke konulmadan ve çerçeve çizilmeden bunların tamamını belirleme yetkisinin Ekonomi Bakanlığına verilmesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurduğundan, iptali istenen düzenlemeler Anayasanın 7. ve 8. maddelerine aykırıdır."

Yukarıda açıklandığı üzere 6552 sayılı Kanunun 142. maddesiyle değiştirilen 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının dördüncü cümlesi ile beşinci cümlesindeki "… yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve …" ibaresi, Anayasanın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

Kanun'un iptali istenen kuralların da yer aldığı maddeleri şöyledir:

"MADDE 10- *4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

"e) İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) ***İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.*** *3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.*

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz."

MADDE 13- *5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 8 inci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.*

"4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmeleri; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 18/10/2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülür ve sonuçlandırılır. Toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması

hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödenir. ***Kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemez, 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemez ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemez.*** *Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca belirlenir.*

22/9/2012 tarihinden önce 4734 sayılı Kanuna göre ihalesi yapılan ve ihale dokümanında fiyat farkı hesaplanabilmesine ilişkin hüküm bulunan yapım işleri ihalelerinde, yaklaşık maliyetin yarısından fazlasını akaryakıt giderinin oluşturduğu ve bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla fesih veya tasfiye edilmeksizin geçici kabulü yapılmış işler ile devam eden işlerin, 22/9/2012 tarihinden sonra gerçekleştirilen kısımlarında kullanılan akaryakıta ilişkin olarak özel tüketim vergisinde gerçekleşen artış nedeniyle fiyat farkı hesaplanmasında 3l/8/20l3 tarihli ve 28751 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2013/5217 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı hükümleri uygulanır."

MADDE 15- *20/6/2012 tarihli ve 633l sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.*

"e) Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri."

MADDE 20- 6356 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "yüzde üçünün" ibareleri "yüzde birinin"; 43 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yüzde üçünden" ibaresi "yüzde birinden", dördüncü fıkrasında yer alan "yüzde üçünü" ibaresi "yüzde birini" olarak değiştirilmiştir.

MADDE 21- *6356 sayılı Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.*

"EK MADDE 1- 41 inci maddenin birinci ve beşinci fıkraları ile 43 üncü maddenin ikinci ve dördüncü fıkralarında yer alan kurulu bulunduğu

işkolunda en az yüzde bir üye şartı, Ekonomik ve Sosyal Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları için yüzde üç olarak uygulanır."

MADDE 38- *5502 sayılı Kanunun 36 ncı maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

"Muafiyetler

MADDE 36- Kurum, bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri dolayısıyla yapılan işlemler yönünden ilgili kanunlarında yer almamış olsa dahi 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa göre alınan harçlardan, elektrik ve havagazı tüketim vergisi ve yangın sigortası vergisi hariç olmak üzere 26/5/1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu gereğince alınan vergi, harç, katılma payı ile tasdik ücretlerinden, düzenleyeceği kağıtlar nedeniyle damga vergisinden, sahip olduğu taşınmazlar dolayısıyla emlak vergisinden, satın alınan ve satılan taşınmazlar ile ilgili olarak tapu ve kadastro döner sermaye bedellerinden ve her türlü dava ve icra işlemlerinde teminat yatırma mükellefiyetinden muaftır.

Kurumun taraf olduğu her türlü davalarda, Kurum aleyhine hükmedilen asıl alacak ile vekalet ücreti ve yargılama giderleri, alacaklı veya vekilinin Kuruma ödemeye dayanak makbuz ve belgelerle birlikte yazılı şekilde yapacağı müracaat üzerine bildireceği banka hesap numarasına, müracaat tarihinden itibaren otuz gün içinde ödenir. Bu süre geçmeden Kurum aleyhine cebri icra yollarına başvurulamaz. Belirtilen sürede ödeme yapılamaması hâlinde, söz konusu alacaklar genel hükümler dairesinde tahsil olunur. Mahkeme kararlarında yer alan miktarların kararın kesinleşmesinden önce ödenmesi hâlinde, söz konusu kararların ilgili mercilerce bozulmasını müteakip ödenen miktarlar, ödeme tarihinden itibaren işleyecek kanuni faizi ile birlikte ilgililerden tahsil edilir.

Kurumu vekil sıfatıyla temsile yetkili olan I. hukuk müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının bir listesi Kurumca yazılı olarak veya Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslar dairesinde elektronik ortamda ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, bölge idare mahkemesi başkanlıklarına, askerî savcılıklara ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına verilir. Bu listeler, Cumhuriyet başsavcılığı

tarafından adli yargı çevresinde, bölge idare mahkemesi başkanlığınca idari yargı çevresinde bulunan mahkemelere gönderilir. Yüksek mahkemeler ve bölge adliye mahkemesindeki duruşmalarda temsil yetkisini kullanacakların isimleri ilgili mahkemelerin başsavcılıklarına veya başkanlıklarına bildirilir. Listede isimleri yer alanlar Baroya kayıt ***ve vekaletname ibrazı*** *gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilirler. Vekil sıfatıyla temsil yetkisi sona erenlerin isimleri anılan mercilere aynı usulle derhâl bildirilir."*

MADDE 54- *5510 sayılı Kanunun l03 üncü maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.*

"Kurum müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak, oluşabilecek Kurum alacağı tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ayı geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel veya müeccel alacaklarının ödemesi, tahsili riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olarak durdurulabilir. Altı aylık süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise durdurma kararı kendiliğinden kalkar ve bu tarihten itibaren muaccel olan alacakları ödenmeye devam olunur. Altı aylık süre sonuna kadar ödemesi durdurulan alacaklar ise inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar ödenmez. Ancak, sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel olan alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanunun l0 uncu maddesinin birinci fıkrasının 2 nci ve 3 üncü bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararı bu kararı uygulayan Kurum ünitesi tarafından kaldırılır ve Kurum nezdindeki alacakları ödenir.

Kurum tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla feshe neden olan fiillere bağlı olarak oluşan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve fesih süresi tamamlanmadan yeni bir sözleşme yapılmaz. Söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun devri hâlinde ise feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmaz. Sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedelleri ödenmez.

5237 sayılı Kanunda belirtilen ve Kurum zararına neden olan nitelikli dolandırıcılık suçunun işlendiği kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabit görülmesi şartıyla; söz konusu fiillerin sağlık hizmeti sunucusunun yöneticileri ve/veya ortakları tarafından işlendiği durumda aynı sağlık hizmeti sunucusuyla veya bunların daha sonra yönetici ve/veya ortak olduğu sağlık hizmeti sunucusuyla hiçbir şekilde sözleşme yapılmaz, bu fiillerin hekimler tarafından işlendiği durumda ise ilgili hekimlerle en az üç yıl süre ile sözleşme yapılmaz. Kesinleşmiş mahkeme kararının beklenmesi sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen fesih sürelerinin uygulanmasına engel olmaz.

5237 sayılı Kanunda belirtilen nitelikli dolandırıcılık fiillerini işleyen sağlık hizmeti sunucusu ve/veya ilgili hekimler hakkında ruhsat iptali de dâhil olmak üzere gerekli tüm iş ve işlemler için keyfiyet Sağlık Bakanlığına bildirilir. Nitelikli dolandırıcılık fiillerini işleyerek Kurum zararına neden olmuş hekimlerden gelen muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedelleri en az üç yıl süre ile ödenmez."

MADDE 61- *5510 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.*

"GEÇİCİ MADDE 57- 8 inci maddenin üçüncü fıkrasında ve 9 uncu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler için 9 uncu maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükler ile 11 inci maddenin üçüncü ve altıncı fıkrasında belirtilen yükümlülüklerden bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirilmiş olanlar, kanuni süresinde yerine getirilmiş sayılır ve idari para cezası uygulanmaz. Bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezaları, kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilir, ***ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez.***

5 inci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi kapsamındaki sigortalılar hakkında bu Kanun gereğince verilmesi gereken bildirge ve belgeler, bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde verilmesi hâlinde kanuni süresinde verilmiş sayılır. Bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezaları, kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilir, ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurum tarafından belirlenir."

MADDE 64- *30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 7 nci maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.*

"31/5/2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile diğer sosyal güvenlik mevzuatından kaynaklanan uyuşmazlıklarda, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talepleri hariç olmak üzere, dava açılmadan önce Sosyal Güvenlik Kurumuna müracaat edilmesi zorunludur. Diğer kanunlarda öngörülen süreler saklı kalmak kaydıyla yapılan müracaata altmış gün içinde Kurumca cevap verilmezse talep reddedilmiş sayılır. Kuruma karşı dava açılabilmesi için taleplerin reddedilmesi veya reddedilmiş sayılması şarttır. Kuruma başvuruda geçirilecek süre zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin hesaplanmasında dikkate alınmaz.

Hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, dava Kuruma resen ihbar edilir. ***İhbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurum, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilir.*** *Kurum, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür."*

MADDE 73- *(1) Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince tahsil edilen;*

a) 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamına giren;

1) 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önceki dönemlere, beyana dayanan vergilerde bu tarihe kadar verilmesi gereken beyannamelere ilişkin vergi ve bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamlarından (2013 takvim yılına ilişkin gelir vergisi ikinci taksiti hariç),

2) 2014 yılına ilişkin olarak 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce tahakkuk eden vergi ve bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamlarından (2014 yılı için tahakkuk eden motorlu taşıtlar vergisi ikinci taksiti hariç),

3) 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce yapılan tespitlere ilişkin olarak vergi aslına bağlı olmayan vergi cezalarından,

b) 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce, 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu, mülga 11/2/1950 tarihli ve 5539 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 18/1/1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 23/5/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun, 10/7/2003 tarihli ve 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu, 25/4/2006 tarihli ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, mülga 13/4/1994 tarihli ve 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun, 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve 25/6/2010 tarihli ve 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun gereğince verilen idari para cezalarından,

c) Yukarıdaki bentler dışında kalan ve Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında takip edilen; adli ve idari para cezaları ile mülga 7/3/1954 tarihli ve 6326 sayılı Petrol Kanununa istinaden alınan Devlet hissesi ve Devlet hakkı, 30/5/2013 tarihli ve 6491 sayılı Türk Petrol Kanununa istinaden alınan Devlet hissesi, mülga 22/6/1956 tarihli ve 6747 sayılı Şeker Kanununa istinaden alınan şeker fiyat farkı, mülga 10/9/1960 tarihli ve 79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanuna istinaden alınan akaryakıt fiyat istikrar payı ve akaryakıt fiyat farkı, 4/6/1985 tarihli ve 3213 sayılı Maden Kanununa istinaden alınan Devlet hakkı ve özel idare payı ile madencilik fonu, mülga 10/8/1993 tarihli ve 491 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye ve 26/9/2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye istinaden alınan kılavuzluk ve römorkörcülük hizmet payları hariç olmak üzere, asli ve ferî amme alacaklarından (28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında olup tahsil dairesine takip için intikal etmiş olan amme alacakları dâhil),

kesinleşmiş olup bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan alacakların

ödenmemiş kısmının tamamı ile bunlara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece ferî alacaktan ibaret olması hâlinde ferî alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla alacaklara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tahsilinden vazgeçilir.

(2) Birinci fıkra kapsamına giren ve bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan vergi cezalarının %50'sinin, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçilir.

(3) Bu maddede geçen, Yİ-ÜFE aylık değişim oranları tabiri; Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği 31/12/2004 tarihine kadar toptan eşya fiyatları endeksi (TEFE) aylık değişim oranlarını, 1/1/2005 tarihinden itibaren üretici fiyatları endeksi (ÜFE) aylık değişim oranlarını, 1/1/2014 tarihinden itibaren yurt içi üretici fiyat endeksi (Yİ-ÜFE) aylık değişim oranlarını, vergi tabiri; 213 sayılı Kanun kapsamına giren vergi, resim, harç ve fon payı ile eğitime katkı payını, beyanname tabiri; vergi tarhına esas olan beyanname ve bildirimleri ifade eder. Bu madde hükümlerine göre ödenecek alacaklara bu Kanunun yayımlandığı ay için uygulanması gereken Yİ-ÜFE aylık değişim oranı olarak, bu Kanunun yayımlandığı tarihten bir önceki ay için belirlenen Yİ-ÜFE aylık değişim oranı esas alınır.

(4) İhtirazi kayıtla verilen beyannameler üzerine tahakkuk etmiş olan vergiler hakkında bu maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanır.

(5) Bu madde kapsamında ödenecek olan motorlu taşıtlar vergisi ile bu vergiye bağlı kesilen vergi cezaları ve bunlara bağlı gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın ait olduğu taşıt için, bu madde hükümlerinin ihlal edilmemiş olması koşuluyla bu maddede belirtilen ödeme

süresi sonuna kadar 18/2/1963 tarihli ve 197 sayılı Motorlu Taşıtlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesinin (d) fıkrası hükmü uygulanmaz.

(6) Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra ***dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.*** *Davadan vazgeçme dilekçeleri ilgili tahsil dairesine verilir ve bu dilekçelerin tahsil dairelerine verildiği tarih, ilgili yargı merciine verildiği tarih sayılarak dilekçeler ilgili yargı merciine gönderilir. Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince tahsili gerektiği hâlde tahakkuku diğer kamu idarelerince yapılan alacaklara ilişkin ilgili kamu idaresi aleyhine açılmış davalardan vazgeçme dilekçelerinin verileceği idari mercii belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir. Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan ve açtıkları davalardan vazgeçen borçluların bu ihtilaflarıyla ilgili olarak bu Kanunun yayımlandığı tarihten sonra tebliğ edilen kararlar uyarınca işlem yapılmaz ve bu kararlar ile hükmedilmiş yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bulunması hâlinde bunlar talep edilemez.*

(7) Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince takip edilmekte olan amme alacaklarından yıllık gelir veya kurumlar vergilerini, gelir (stopaj) vergisi, kurumlar (stopaj) vergisi, katma değer vergisi ve özel tüketim vergisi için bu madde hükmünden yararlanmak üzere başvuruda bulunan mükellefler, taksit ödeme süresince bu vergi türleri ile ilgili verilen beyannameler üzerine tahakkuk eden bu vergileri çok zor durum olmaksızın her bir vergi türü itibarıyla bir takvim yılında ikiden fazla vadesinde ödememeleri ya da eksik ödemeleri hâlinde belirtilen madde hükümlerine göre yapılandırılan borçlarına ilişkin kalan taksitlerini ödeme haklarını kaybederler. İl özel idareleri, belediyeler ve bunlara bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlar hakkında bu hüküm uygulanmaz.

(8) Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların maddede öngörülen şartların yanı sıra bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen ikinci ayın sonuna kadar başvuruda bulunmaları ve madde kapsamında ödenecek tutarları, ilk taksiti bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler hâlinde azami on sekiz eşit taksitte ödemeleri şarttır. Bu Kanuna göre ödenecek taksitlerin ödeme süresinin son gününün resmî tatile rastlaması hâlinde süre tatili izleyen ilk iş günü mesai saati sonunda biter.

(9) Bu madde hükümlerine göre hesaplanan tutarın;

a) İlk taksit ödeme süresi içinde tamamen ödenmesi hâlinde, bu tutara bu Kanunun yayımlandığı tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için herhangi bir faiz uygulanmaz.

b) Taksitle ödenmek istenmesi hâlinde borçluların başvuru sırasında altı, dokuz, on iki veya on sekiz eşit taksitte ödeme seçeneklerinden birini tercih etmeleri şarttır. Tercih edilen taksit süresinden daha uzun bir sürede ödeme yapılamaz.

c) Taksitle yapılacak ödemelerinde ilgili fıkralara göre belirlenen tutar;

1) Altı eşit taksit için (1,05),

2) Dokuz eşit taksit için (1,07),

3) On iki eşit taksit için (1,10),

4) On sekiz eşit taksit için (1,15),

katsayısı ile çarpılır ve bulunan tutar taksit sayısına bölünmek suretiyle ikişer aylık dönemler hâlinde ödenecek taksit tutarı hesaplanır. Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan borçlulara tercih ettikleri taksit süresine uygun ödeme planı verilir. Ancak, tercih edilen süreden daha kısa sürede ödeme yapılması hâlinde ödenecek tutar ilgili katsayıya göre düzeltilir.

ç) Bu madde kapsamında ödenmesi gereken tutarlar; il özel idareleri, belediyeler ve bunlara bağlı müstakil bütçeli ve kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlarca ikişer aylık dönemler hâlinde azami otuz altı eşit taksitte ödenebilir. Bu takdirde bu bent hükmüne göre hesaplanacak katsayı yirmi dört eşit taksit için (1,20), otuz eşit taksit için (1,25), otuz altı eşit taksit için (1,30) olarak uygulanır.

(10) a) Bu maddeye göre ödenmesi gereken taksitlerden; bir takvim yılında iki veya daha az (2014 takvim yılı için bir) taksitin, süresinde ödenmemesi

veya eksik ödenmesi hâlinde, ödenmeyen veya eksik ödenen taksit tutarlarının son taksiti izleyen ayın sonuna kadar, gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ödeme zammı ile birlikte ödenmesi şartıyla bu madde hükümlerinden yararlanılır. Süresinde ödenmeyen veya eksik ödenen taksitlerin belirtilen şekilde de ödenmemesi veya bir takvim yılında ikiden fazla (2014 takvim yılı için birden fazla) taksitin süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi hâlinde bu madde hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilir. Bu hüküm alacaklı tahsil daireleri açısından taksitlendirilen alacaklar için ayrı ayrı uygulanır.

b) Bu maddenin yedinci fıkrasında vadesinde ödenmesi öngörülen alacakların veya taksit tutarının %10'unu aşmamak şartıyla 5 Türk lirasına (bu tutar dâhil) kadar yapılmış eksik ödemeler için bu madde hükümleri ihlal edilmiş sayılmaz.

c) Bu madde kapsamına giren alacakların maddede belirtilen şekilde tamamen ödenmemiş olması hâlinde, bu maddenin yedinci fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla borçlular ödedikleri tutarlar kadar bu madde hükümlerinden yararlanırlar.

(11) Bu madde kapsamında ödenecek olan alacakların 6183 sayılı Kanunun 41 inci maddesine göre kredi kartı kullanılmak suretiyle ödenmesi uygun görüldüğü takdirde, ödemeye aracılık yapan bankalarca, kart kullanıcılarına kredi kartı işlemine konu borç tutarının, taksitler hâlinde yansıtılması ve taksit ödeme aylarında hesaplarına borç kaydedilmesi koşuluyla, bu ödemeler için ödeme tarihi olarak kredi kartının kullanıldığı gün esas alınır ve borçluya tahsilatın yapıldığını gösterir makbuz verilir. Bu şekilde tahsil edilen tutarların bankalarca Hazine hesaplarına aktarılmasına ilişkin 6183 sayılı Kanunun 41 inci maddesinde belirlenen süre, taksit aylarının son gününü izleyen günden itibaren hesaplanır. Taksitlerin kredi kartı kullanılmak suretiyle ödenmesi bu madde hükmüne göre katsayı uygulanmasına engel teşkil etmez.

(12) Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerine ödenmesi gereken amme alacaklarına uygulanmak üzere, bu Kanun hükümlerinden yararlanmak için başvuruda bulunan ve ödenecek tutarları ilgili vergi mevzuatı gereği iade alacağından kendi borçlarına mahsuben ödemek isteyen borçluların, bu taleplerinin yerine getirilebilmesi için başvuru ve/veya taksit süresi içinde ilgili mevzuatın öngördüğü bilgi ve belgeleri tam ve eksiksiz olarak ibraz etmeleri şarttır. Bu

takdirde, ilgili mevzuatın borçlunun mahsup talebine esas aldığı tarih itibarıyla bu Kanuna göre ödenecek tutara mahsup işlemleri yapılır, mahsup talebine konu tutardan daha az tutarda mahsubun yapılması hâlinde, mahsuben ödeme suretiyle tahsil edilemeyen tutar için borçluya bildirimde bulunularak eksik ödenen bu tutarın bir ay içinde ödenmesi istenilir. Bu süre içinde eksik ödenen tutarın, ödenmesi gerektiği tarihten ödendiği tarihe kadar gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ödeme zammı ile birlikte ödenmesi hâlinde eksik ödenen tutar için bu Kanun hükümleri ihlal edilmiş sayılmaz.

(13) a) 13/2/2011 tarihli ve 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 Kanun hükümlerine göre bu maddenin yayımlandığı tarih itibarıyla taksit ödemeleri devam eden alacaklar hariç olmak üzere, bu madde kapsamına giren alacakların, bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce 6183 sayılı Kanun ve diğer kanunlar uyarınca tecil edilip de tecil şartlarına uygun olarak ödenmekte olanlarından, kalan taksit tutarları için borçlular, talep etmeleri hâlinde bu madde hükümlerinden yararlanabilirler. Bu takdirde tecil şartlarına uygun olarak ödenen taksit tutarları için tecil hükümleri geçerli sayılır. Bu şekilde ödenmiş taksit tutarlarına tecil tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için sadece ilgili kanunun öngördüğü faiz uygulanır. Kalan taksit tutarları vadesinde ödenmemiş alacak kabul edilir ve bu alacaklar hakkında bu madde hükümleri uygulanır.

b) Bu maddeden yararlanılarak süresinde ödenen alacaklara, maddede yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla Kanunun yayımlandığı tarihten sonraki süreler için faiz, gecikme zammı, gecikme faizi gibi ferî amme alacağı hesaplanmaz.

c) Bu maddeye göre ödenecek alacaklarla ilgili olarak, tatbik edilen hacizler yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır ve buna isabet eden teminatlar iade edilir.

ç) 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun geçici 5 inci maddesi ile 10/7/2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun geçici 3 üncü maddesi kapsamında uzlaşılan alacaklar hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz.

(14) a) 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, 31/12/2013 tarihinden (bu tarih dâhil) önce idari yaptırım kararı verildiği hâlde 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 tebliğ edilmez, tebliğ edilmiş olanların ve bunlara bağlı ferî alacakların tahsilinden vazgeçilir. Bu bent 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 bent hükmü uygulanır.

b) Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince takip edilmekte olan ve vadesi 31/12/2007 tarihinden (bu tarih dâhil) önce olduğu hâlde bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ödenmemiş olan ve 6183 sayılı Kanun kapsamına giren her bir alacağın türü, dönemi, asılları ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle tutarı 50 Türk lirasını aşmayan asli alacakların ve tutarına bakılmaksızın bu asıllara bağlı ferî alacakların, aslı ödenmiş ferî alacaklardan tutarı 100 Türk lirasını aşmayanların tahsilinden vazgeçilir.

(15) Bu madde kapsamına giren alacaklara karşılık bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar, bu madde kapsamında tahsil edilen tutarlar ile bu maddenin on üçüncü fıkrasının (a) bendi kapsamında yapılan tecile ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun veya diğer kanunlar uyarınca ödenen faizlerin bu Kanun hükümlerine dayanılarak red ve iadesi yapılmaz.

(16) a) Emlak vergisi ile çevre temizlik vergisi ve bunlara bağlı vergi cezaları, gecikme faizleri, gecikme zamları ve emlak vergisi üzerinden hesaplanan taşınmaz kültür varlıklarının korunmasına katkı payı ile buna bağlı gecikme zammından,

b) 3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu kapsamındaki belediyelerin su abonelerinden olan su kullanımından kaynaklanan alacakları ile bunlara bağlı ferî (sözleşmelerde düzenlenen her türlü ceza ve zamlar dâhil) alacaklarından,

c) 20/11/1981 tarihli ve 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun kapsamındaki büyükşehir belediyeleri su ve kanalizasyon idarelerinin su ve atık su bedeli alacakları ile bu alacaklara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî (sözleşmelerde düzenlenen her türlü ceza ve zamlar dâhil) alacaklarından,

vadesi 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce olduğu hâlde kesinleşmiş olup bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla ödenmemiş bulunan alacaklar hakkında bu madde hükmü uygulanır.

(17) Bakanlar Kurulu, bu maddede öngörülen başvuru ve ilk taksit ödeme sürelerini bir aya kadar, yabancı ülkelerde de faaliyette bulunan vergi mükelleflerinden, Ekonomi Bakanlığı tarafından olağanüstü politik riskin gerçekleştiği tespit edilen ülkede faaliyette bulunan ve bu ülkedeki faaliyetleri nedeniyle durumları 213 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine göre mücbir sebep hâli kabul edilenlerin, bu Kanun kapsamında alacakları yapılandırılan alacaklı idarelere mücbir sebep hâllerinin devam ettiği süre içinde ödemeleri gereken taksitlerin ödeme süreleri ile 213 sayılı Kanunun 15 inci maddesine göre doğal afet nedeniyle mücbir sebep hâli ilan edilen yerlerdeki dairelere (alacaklı idarelere) doğal afetin vukuu tarihinden itibaren ödenmesi gereken taksitlerin ödeme süreleri, mücbir sebep hâlinin bitim tarihini takip eden aydan başlamak üzere topluca veya ayrı ayrı bir yıla kadar uzatmaya yetkilidir.

(18) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.

***MADDE 80-** (1) Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince, 30/4/2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kapsamında gümrük yükümlülüğü doğan ve 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilen gümrük vergileri, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı alacaklarından kesinleşmiş olup bu Kanunun yayımlandığı tarih itibarıyla;*

a) Vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan gümrük vergileri ile bu vergilere bağlı cezaların ödenmemiş kısmının

tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçilir.

b) Vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın 4458 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunlar kapsamında kesilmiş olan idari para cezaları ile 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanununun iştirak hükümleri nedeniyle kesilmiş olan idari para cezalarının %50'sinin bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçilir.

c) Eşyanın gümrüklenmiş değerine bağlı olarak kesilmiş olan idari para cezaları ile ilgili olarak söz konusu cezaların ve varsa gümrük vergileri aslının tamamı ile bunlara bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacakları yerine bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla, alacak asıllarına bağlı faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi ferî amme alacaklarının tamamının tahsilinden vazgeçilir.

ç) Bu fıkra kapsamında, ödenmemiş alacağın sadece ferî alacaktan ibaret olması hâlinde ferî alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutar tahsil edilir.

(2) Birinci fıkra kapsamında kesinleşen alacakların yanı sıra eşyanın mülkiyeti kamuya geçirilmiş ise birinci fıkranın (c) bendine uygun olarak işlem yapılmış olması ve eşyanın gümrüklenmiş değerinin ödenmesi şartıyla mülkiyetin kamuya geçirilmesi işlemi iptal edilir.

(3) Bu maddede geçen, Yİ-ÜFE aylık değişim oranları tabiri, Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği 31/12/2004 tarihine kadar toptan eşya fiyatları endeksi (TEFE) aylık değişim oranlarını; 1/1/2005 tarihinden itibaren üretici fiyatları endeksi (ÜFE) aylık değişim oranlarını, 1/1/2014 tarihinden itibaren yurt içi üretici fiyat endeksi (Yİ-ÜFE) aylık değişim oranlarını; gümrük

vergileri tabiri, ilgili mevzuat uyarınca eşyanın ithali veya ihracında uygulanan ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı gümrük idarelerince takip ve tahsil edilen gümrük vergisi, diğer vergiler, eş etkili vergiler ve mali yüklerin tümünü, gümrüklenmiş değer tabiri, Uluslararası Kıymet Sözleşmesine göre belirlenecek; ithal eşyası için eşyanın CIF kıymeti ile gümrük vergileri toplamını, ihraç eşyası için FOB kıymeti ile gümrük vergileri toplamını ifade eder. Bu madde hükümlerine göre ödenecek alacaklara bu Kanunun yayımlandığı ay için uygulanması gereken Yİ-ÜFE aylık değişim oranı olarak, bu Kanunun yayımlandığı tarihten bir önceki ay için belirlenen Yİ-ÜFE aylık değişim oranı esas alınır.

(4) Bu madde hükmünden yararlanmak isteyen borçluların maddede belirtilen şartların yanı sıra ***dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.*** *Davadan vazgeçme dilekçeleri ilgili tahsil dairesine verilir ve bu dilekçelerin tahsil dairelerine verildiği tarih, ilgili yargı merciine verildiği tarih sayılarak dilekçeler ilgili yargı merciine gönderilir. Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan ve açtıkları davalardan vazgeçen borçluların bu ihtilaflarıyla ilgili olarak bu Kanunun yayımlandığı tarihten sonra tebliğ edilen kararlar uyarınca işlem yapılmaz ve bu kararlar ile hükmedilmiş yargılama giderleri ve vekâlet ücreti bulunması hâlinde bunlar talep edilemez.*

(5) Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların maddede öngörülen şartların yanı sıra bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen ikinci ayın sonuna kadar başvuruda bulunmaları ve madde kapsamında ödenecek tutarları, ilk taksiti bu Kanunun yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler hâlinde on sekiz eşit taksitte ödemeleri şarttır. Bu Kanuna göre ödenecek taksitlerin ödeme süresinin son gününün resmî tatile rastlaması hâlinde süre izleyen ilk iş günü mesai saati sonunda biter.

(6) Bu madde hükümlerine göre hesaplanan tutarın;

a) İlk taksit ödeme süresi içinde tamamen ödenmesi hâlinde, bu tutara bu Kanunun yayımlandığı tarihten ödeme tarihine kadar geçen süre için herhangi bir faiz uygulanmaz.

b) Taksitle ödenmek istenmesi hâlinde borçluların başvuru sırasında altı, dokuz, on iki veya on sekiz eşit taksitte ödeme seçeneklerinden birini tercih etmeleri şarttır. Tercih edilen taksit süresinden daha uzun bir sürede ödeme yapılamaz.

c) Taksitle yapılacak ödemelerde ilgili maddelere göre belirlenen tutar;

1) Altı eşit taksit için (1,05),

2) Dokuz eşit taksit için (1,07),

3) On iki eşit taksit için (1,10),

4) On sekiz eşit taksit için (1,15),

katsayısı ile çarpılır ve bulunan tutar taksit sayısına bölünmek suretiyle ikişer aylık dönemler hâlinde ödenecek taksit tutarı hesaplanır. Bu madde hükümlerinden yararlanmak üzere başvuruda bulunan borçlulara tercih ettikleri taksit süresine uygun ödeme planı verilir. Ancak, tercih edilen süreden daha kısa sürede ödeme yapılması hâlinde ödenecek tutar ilgili katsayıya göre düzeltilir.

(7) a) Bu maddeye göre ödenmesi gereken taksitlerden; bir takvim yılında iki veya daha az (2014 takvim yılı için bir) taksitin, süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi hâlinde, ödenmeyen veya eksik ödenen taksit tutarlarının son taksiti izleyen ayın sonuna kadar, gecikilen her ay ve kesri için 6183 sayılı Kanunun 51 inci maddesine göre belirlenen gecikme zammı oranında hesaplanacak geç ödeme zammı ile birlikte ödenmesi şartıyla bu madde hükümlerinden yararlanılır. Süresinde ödenmeyen veya eksik ödenen taksitlerin belirtilen şekilde de ödenmemesi veya bir takvim yılında ikiden fazla (2014 takvim yılı için birden fazla) taksitin süresinde ödenmemesi veya eksik ödenmesi hâlinde bu madde hükümlerinden yararlanma hakkı kaybedilir. Bu hüküm alacaklı tahsil daireleri açısından taksitlendirilen alacaklar için ayrı ayrı uygulanır.

b) Taksit tutarının %10'unu aşmamak şartıyla 5 Türk lirasına (bu tutar dâhil) kadar yapılmış eksik ödemeler için bu madde hükümleri ihlal edilmiş sayılmaz.

c) Bu madde kapsamına giren alacakların maddede belirtilen şekilde tamamen ödenmemiş olması hâlinde borçlular ödedikleri tutarlar kadar bu madde hükümlerinden yararlanırlar.

(8) a) 13/2/2011 tarihli ve 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 Kanun hükümlerine göre bu maddenin yayımlandığı tarih itibarıyla taksit ödemeleri devam eden alacaklar hariç olmak üzere, bu madde kapsamına giren alacakların, bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce 6183 sayılı Kanun ve diğer kanunlar uyarınca tecil edilip de tecil şartlarına uygun olarak ödenmekte olanlarından, kalan taksit tutarları için borçlular, talep etmeleri hâlinde bu madde hükümlerinden yararlanabilirler. Bu takdirde tecil şartlarına uygun olarak ödenen taksit tutarları için tecil hükümleri geçerli sayılır. Bu şekilde ödenmiş taksit tutarlarına tecil tarihi ile ödeme tarihi arasında geçen süre için sadece ilgili kanunun öngördüğü faiz uygulanır. Kalan taksit tutarları vadesinde ödenmemiş alacak kabul edilir ve bu alacaklar hakkında bu madde hükümleri uygulanır.

b) Bu maddeden yararlanılarak süresinde ödenen alacaklara, maddede yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla Kanunun yayımlandığı tarihten sonraki süreler için faiz, zam ve gecikme zammı gibi ferî amme alacağı hesaplanmaz.

c) Bu maddeye göre ödenecek alacaklarla ilgili olarak, tatbik edilen hacizler yapılan ödemeler nispetinde kaldırılır ve buna isabet eden teminatlar iade edilir.

(9) Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince takip edilmekte olan ve vadesi 31/12/2013 tarihinden (bu tarih dâhil) önce olduğu hâlde bu Kanunun yayımlandığı tarihe kadar ödenmemiş olan ve 6183 sayılı Kanun kapsamında gümrük idarelerince takibi gereken her bir alacağın; türü, yükümlülüğü, asılları ayrı ayrı dikkate alınmak suretiyle tutarı 50 Türk lirasını aşmayan asli alacakların, idari para cezalarında 80 Türk lirasını aşmayanların ve tutarına bakılmaksızın bu alacaklara bağlı ferî alacakların, aslı ödenmiş ferî alacaklarda toplamı 100 Türk lirasını aşmayanların tahsilinden vazgeçilir.

(10) Bu madde kapsamına giren alacaklara karşılık bu Kanunun yayımlandığı tarihten önce tahsil edilmiş olan tutarlar, bu madde kapsamında tahsil edilen tutarlar ile bu maddenin sekizinci fıkrasının (a) bendi kapsamında yapılan tecile ilişkin olarak 6183 sayılı Kanun veya diğer kanunlar uyarınca ödenen faizlerin bu Kanun hükümlerine dayanılarak red ve iadesi yapılmaz.

(11) Bakanlar Kurulu, bu maddede öngörülen başvuru ve ilk taksit ödeme sürelerini bir aya kadar uzatmaya yetkilidir.

(12) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Gümrük ve Ticaret Bakanlığı yetkilidir."

MADDE 87- *5/12/1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 47 nci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

"MADDE 47- ***Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir.*** *Bu hususta karar verilebilmesi için eserin, Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması gerekir.*

Bakanlar Kurulu kararında;

1. Eser ve sahibinin adı,

2. Hakları kullanacak makam veya müessese,

3. Hak sahiplerine, talep üzerine ödenecek bedelin nasıl belirleneceği ve bu bedelin hangi kurum tarafından ödeneceği,

4. Eserden gelir elde edilmesi hâlinde bu gelirin hangi gayelere tahsis edileceği,

yazılır.

Bakanlar Kurulu kararında belirtilen eserin, topluma ulaşması sağlanacak şekilde yayımlanması zorunludur."

MADDE 88- *18/12/1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanuna aşağıdaki ek madde eklenmiştir.*

"EK MADDE 6- 14/3/2013 tarihli ve 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu ve su kullanım hakkı anlaşması çerçevesinde elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin baraj, regülatör, yükleme havuzu, tünel, kanal, borulu isale hattı gibi su yapısıyla ilgili kısımları ile gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapılarının inşasının inceleme ve denetimi zorunludur; diğer su yapılarından sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarının da ***denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere*** *denetim hizmeti DSİ tarafından yapılır* ***veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır.*** *Su yapıları yapmak üzere görevlendirilmiş ve yetkilendirilmiş kamu kurum ve kuruluşları ile mahallî idareler, mevzuatı çerçevesinde talep etmeleri hâlinde su yapılarının denetim hizmetleri bu madde kapsamında yapılır. Denetim masrafları, denetlenen yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ'ye ödenir. İnşaatı devam eden su yapıları için bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altmış gün içinde su yapısının denetlenmesi için yatırımcı tarafından DSİ'ye müracaat edilmesi zorunludur. 6446 sayılı Kanun kapsamında üretim lisansı sahibi tüzel kişilerden denetim yaptırmayanlara, DSİ tarafından tesisin kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde DSİ ile imzalanan su kullanım hakkı anlaşması iptal edilir; sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarında ise yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve DSİ tarafından yapılacak yazılı ihtardan itibaren otuz gün içinde gerekli müracaatın yapılmaması hâlinde su yapısının inşaatının durdurulması için gerekli tedbirler DSİ tarafından alınır.*

Denetim şirketi, su yapısının projesini veya revize projesini onaylamak, projesine ve ilgili mevzuata uygun olarak yapılmasını sağlamak, imalatta kullanılan

malzemelerin ve imalatın projesine, teknik şartname ve standartlara uygunluğunu kontrol etmek, malzemeler ve imalatla ilgili deneyleri yaptırmak, neticelerini belgelendirmek, yapılan tüm denetim hizmetlerine ilişkin belgeler ile DSİ tarafından yapılan kabul işlemine esas olan belgeleri DSİ'ye vermek mecburiyetindedir.

DSİ tarafından denetim şirketine izin belgesi ile yetki verildiği hâlde, su yapılarının denetimini DSİ kriterlerinin, standartların, ilgili mevzuat hükümlerinin gerektirdiği şekilde yerine getirmeyen yetkili denetim şirketlerine; DSİ tarafından ilk seferinde denetlenen hidroelektrik tesislerinde, kurulu gücüne bağlı olarak megavat başına beş bin Türk lirası idari para cezası; baraj, gölet, sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi su yapılarında, yatırım bedelinin binde biri nispetinde idari para cezası verilir ve eksikliklerini düzeltmek üzere on beş gün müddet verilir. Bu fiilin ikinci tekrarında ceza iki katı olarak uygulanır ve eksikliklerini düzeltmek üzere on beş gün müddet verilir. Fiilin üçüncü tekrarında ise ceza üç katı olarak uygulanır ve su yapıları yetkili denetim şirketinin izin belgesi DSİ tarafından iptal edilir. İzin belgesi iptal edilen yetkili denetim şirketinin yönetici ve ortakları bir yıl süreyle başka bir yetkili denetim şirketi kuramazlar, kurulmuş olan şirketlerde görev alamaz ve/veya ortak olamazlar.

Su yapılarının mevzuata ve onaylı projesine aykırı yapılması hâlinde, bu durumun düzeltilmesi için yetkili denetim şirketinin DSİ'ye yazılı bildirimi üzerine DSİ tarafından yatırımcıya en fazla 30 gün eksiklikleri düzeltme müddeti verilir. Mevzuata ve projeye aykırılığın giderilmemesi hâlinde verilen sürenin sonunda veya acil hâllerde derhâl DSİ işi kısmen veya tamamen durdurur.

Su yapılarını denetlemek üzere yetkilendirilmiş şirketlere uygulanacak idari yaptırımlar DSİ tarafından yerine getirilir.

Denetim şirketi ile denetim şirketinde görev alan denetim elemanları, su yapısının projesine, fen ve sanat kurallarına ve ilgili mevzuata uygun olarak yapılmamasından ortaya çıkan zarar ve ziyandan kabul tarihinden itibaren on beş yıl süreyle yatırımcı ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Gerçek ve tüzel kişiler tarafından inşa edilecek su ile ilgili köprü, menfez gibi yapılarda hidrolik yönden DSİ'nin uygun görüşü alınır.

Denetim işleriyle ilgili masrafların tahsiline dair usuller ile denetim yapacak personelin nitelikleri, denetleme usulleri ve diğer şartlar, DSİ tarafından, bağlı olduğu Bakanlığın görüşü alınarak hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarına ilişkin kararlar, 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezalarında ihlalin tespiti ve cezanın kesilmesi usulleri ile ceza uygulamasında kullanılacak tutanakların şekli, dağıtımı ve kontrolüne ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığının görüşü alınarak DSİ tarafından hazırlanacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları, tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir. İdari para cezaları genel bütçeye gelir kaydedilir."

***MADDE 94-** 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 182 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "kesinleşerek" ibaresi "Resmî Gazete'de yayımlanarak" şeklinde, dördüncü cümlesinde yer alan "onaylanmış sayılarak" ibaresi "Resmî Gazete'de yayımlanarak" şeklinde değiştirilmiş; üçüncü cümlesindeki "Ancak" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.*

"Ancak, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemez."

***MADDE 99-** 4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 4 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.*

"Ancak, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri

yapılabilir. Taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmaz. ***Taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmez.*** *Yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli alınamaz."*

MADDE 100- *2942 sayılı Kanunun;*

a) 22 nci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "ve bedelinin" ibaresi metinden çıkarılmış, ikinci ve üçüncü cümleleri aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, dördüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış, birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçıları, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malı geri alabilir. İade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizi alınmaz."

"Bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23 üncü maddeye göre geri alma hakları da düşer.

Bu madde hükümleri, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmaz."

b) 23 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ikinci" ibaresi "dördüncü" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye ikinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılamaz."

MADDE 101- *2942 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.*

"GEÇİCİ MADDE 9- Bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen veya eklenen bu Kanunun 22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanır. *Bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderleri davalı idare tarafından ödenir."*

MADDE 112- *25/2/1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki bent eklenmiştir.*

"ı) Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,"

MADDE 117- *24/11/2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanununun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına birinci cümlesinden sonra gelmek üzere aşağıdaki cümle eklenmiştir.*

"Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen aile sağlığı merkezlerinde çalışma saatleri dışında, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline nöbet görevi verilebilir."

MADDE 119- *5/5/2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun 29 uncu maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.*

"Başkanlık merkez teşkilatında Grup Başkanı, Daire Başkanı veya taşra teşkilatında Vergi Dairesi Başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanlar, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Devlet Gelir Uzmanı kadrosuna atanabilir."

MADDE 121- *5393 sayılı Kanunun* ***15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresi "taşınmaz" olarak değiştirilmiş*** *ve maddeye aşağıdaki fıkra eklenmiştir.*

"İcra dairesince haciz kararı alınmadan önce belediyeden borca yeter miktarda haczedilebilecek mal gösterilmesi istenir ve haciz işlemi sadece gösterilen bu mal üzerine uygulanır. On gün içinde yeterli mal beyan edilmemesi durumunda yapılacak haciz işlemi, alacak miktarını aşacak veya kamu hizmetlerini aksatacak şekilde yapılamaz."

MADDE 128- *5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 1 inci maddesine ekli (16) sayılı listesinin* ***sekizinci sırasında yer alan "Barbaros" ibaresi "Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı" şeklinde değiştirilmiş****, on birinci sırasında yer alan "Yeni Çamlıca" ibaresinden sonra gelmek üzere ", Yenişehir, Mimar Sinan ve Mevlana Mahalleleri" ibaresi eklenmiş, on ikinci sırasında yer alan "Mustafakemal Mahallesinin" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve Aşık Veysel Mahallesinin" ibaresi eklenmiş, on üçüncü sırasında yer alan "Namıkkemal" ibaresi "Esenevler" şeklinde değiştirilmiştir.*

MADDE 129- *5747 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin* ***üçüncü fıkrasında yer alan "Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve Barbaros Mahallesinin" ibaresi eklenmiş*** *ve dokuzuncu fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

"(9) Tüm illerde bucaklar kaldırılmıştır. Kaldırılan bucaklara bağlı belde ve köyler, bucağın bağlı olduğu idari birime bağlanmıştır."

MADDE 142- *3/6/2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 36 ncı maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.*

"Çalışma Grupları ve Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu

MADDE 36- (1) Bakanlık, görev alanına giren konularla ilgili olarak çalışmalarda bulunmak üzere diğer bakanlıklar, kamu kurum ve kuruluşları, meslek kuruluşları, sivil toplum kuruluşları, özel sektör temsilcileri ve konu ile ilgili uzmanların katılımı ile geçici çalışma grupları oluşturabilir. Çalışma gruplarının ulaşım ve konaklama giderleri Bakanlık bütçesinden karşılanabilir.

(2) ***Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında*** *özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip,* ***Bakanlıkça belirlenecek*** *özel sektör kuruluşlarından Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu oluşur. Kurulun kısa adı DEİK'tir. DEİK, ikili ekonomik ilişkilerini İş Konseyleri aracılığıyla yürütür.* ***DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelik ile düzenlenir.*** *DEİK'in bütçesi, Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar ile* ***yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve*** *diğer gelirlerden oluşur.* ***DEİK bütçesini Bakanlık denetler. Bu fıkranın uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümler uygulanmaz.***"

B- Dayanılan ve ilgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava ve ek dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 17., 26., 33., 35., 36., 38., 45., 46., 48., 49., 50., 51., 53., 56., 70., 73., 90., 123., 124., 125., 126., 127., 128., 135., 141. ve 153. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 17., 27. ve 142. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN, M. Emin KUZ ve Hasan Tahsin GÖKCAN'ın katılımlarıyla 24.11.2014 tarihinde yapılan ilk

inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar vermiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava ve ek dava dilekçesi ile ekleri, Raportör Ayhan KILIÇ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, iptali istenen yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 10. Maddesiyle Değiştirilen 4734 Sayılı Kanun'un 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesi, ihalelere ilişkin olarak idarelerce uyulması gereken bazı kuralları düzenlenmektedir. 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin önceki hâlinde, idarelerin, ilgili mevzuat uyarınca çalıştırdığı personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda 4734 sayılı Kanun'da belirtilen hizmetler için ihaleye çıkması ve dolayısıyla bu hizmetleri özel kişiler eliyle yürütmesi mümkün kılınmıştır. Bent uyarınca, danışmanlık hizmet alım ihaleleri hariç, idarelerin ihaleye çıkabilmesi için ilgili mevzuat gereğince çalıştırdığı personelin nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz olması şartı aranmış ve ayrıca özel kişilere gördürülecek hizmetler de 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlandırılmıştır.

4734 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca hizmet kavramı, "*bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri*" kapsamaktadır.

Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 10. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi bütünüyle değiştirilmiştir. Bendin dava konusu birinci cümlesinde, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte; ikinci cümlesinde ise bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu belirtilmektedir.

Bentte, önceki hâlinden farklı olarak özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede "*bu Kanunda belirtilen hizmetler*" için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni hâlinde "*personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmaktadır. Öte yandan, bendin ikinci cümlesiyle, birinci cümlede sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Buna göre, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir. Bu belirleme yapılırken, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatın, yerleşik yargı içtihatlarının ve 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının dikkate alınması gerekmektedir.

4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası, asıl işveren-alt işveren ilişkisini düzenlemektedir. Buna göre asıl işveren-alt işveren ilişkisi, bir işverenin, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerini veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini başka bir işverene

devretmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Fıkrada, asıl iş-yardımcı iş ayrımı yapılmakta, yardımcı işlerin alt işverene devrinde herhangi bir sınır öngörülmemekte, asıl işin devri ise kural olarak yasaklanmakla birlikte işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren kısımlarının devri mümkün kılınmaktadır. Fıkranın devamında, bu ilişkide asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumlu olduğu belirtilmekte, asıl işverenin sorumluluğu, sadece kendi işyerinde çalışan alt işveren işçileriyle sınırlı tutulmaktadır.

Dava konusu kuralla, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf, hem alt işverene devredilebilecek işler yönünden hem de asıl işverenin sorumluluğu yönündendir. Dolayısıyla, kamu idareleri, kamu hukuku kuralları uyarınca çalıştırdıkları personelin (memur ve diğer kamu görevlilerinin) nitelik veya sayı itibarıyla yetersiz kalması durumunda, yardımcı işlerini veya kamu hizmetinin gerekleri ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini ihaleye çıkarmak suretiyle özel kesime gördürebileceklerdir. Bu durumda, ilgili kamu idaresi ile ihaleyi kazanarak işi üstlenen işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine benzer bir ilişki kurulmakta ve kamu idaresi, işi üstlenen işverenin o işyerinde çalıştırdığı işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya işi yüklenen işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden işi yüklenen işveren ile birlikte sorumlu olmaktadır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- Birinci Cümle

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılmasının öngörülmesiyle, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gereken kamu hizmetlerinin özel

kişilere gördürülmesine imkân sağlandığı, ayrıca "*personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" ibaresinin yeteri kadar açık olmadığı, idarelerce görülen hangi hizmetlerin yardımcı nitelikte olduğunun yoruma muhtaç olduğu ve bu durumun belirsizlik yarattığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

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

Hukuk 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.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür."* denilmektedir. Bu hüküm uyarınca, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Dava konusu kuralda, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmektedir. 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin yeni hâlinde, önceki hâlinden farklı olarak, bent uyarınca özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede *"bu Kanunda belirtilen hizmetler"* için ihaleye

çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni hâlinde *"personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmaktadır.

Kuralın yeni hâlinde özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamının önceki hâline nazaran farklılaştırıldığı anlaşılmaktadır. Önceki düzenleme uyarınca, 4734 sayılı Kanun'un 4. maddesinde *"hizmet"* kavramı içinde sayılan hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi mümkün iken, yeni düzenlemede, 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlı olmaksızın personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin tüm hizmetler, özel kişiler eliyle yerine getirilmesine imkân sağlanan hizmetler kapsamına alınmıştır.

Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin varlık sebebini teşkil eden, diğer bir ifadeyle hizmetin bizzat kendisini (özünü) oluşturan görevler kapsamında değildir. Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işler, idarelerce, kamu hizmetlerinin daha etkin ve sağlıklı bir şekilde işletilmesini ve yürütülmesini temine yönelik birtakım ikincil görevlerden oluşmakta olup kamu hizmetinin özünü ifade etmeyen bu görevlerin "*genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken asli ve sürekli görevler*" kapsamında görülmesi mümkün olmadığından Anayasa'nın 128. maddesi uyarınca kamu görevlileri eliyle ifası zorunluluğu yoktur. Bu itibarla, dava konusu kuralla, idarenin, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkmasına imkân tanınmasında ve dolayısıyla bunların özel kişiler eliyle gördürülmesi yolunda düzenleme yapmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

"Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler" ibaresiyle, özel kişiler eliyle yerine getirilebilecek işlerin kapsamının farklılaştırıldığı açık ise de kuralın idarelerce özel kişilere ihale edilebilecek hizmetler hususunda belirsizlik oluşturduğu söylenemez. Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin neler olduğunun, idarelerin görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlar ile ilgili diğer mevzuattan tespiti mümkündür. Öte yandan, ikinci cümlede, *"yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini"* belirleme konusunda Bakanlar Kuruluna yetki tanındığı

görülmektedir. Dolayısıyla, dava konusu kural hukuk devleti ilkesine de aykırı değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

b- İkinci Cümle

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, personelin yürüttüğü hizmetlerin hangi kısımlarının kamu idarelerinin görevlerine ilişkin asli hizmetler, hangi kısımlarının ise yardımcı işlere ilişkin hizmetler olduğunu belirleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesinin yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, kamu kurumlarınca görülen ana hizmetler ile yardımcı hizmetlerin birbirinden ayrılamayacağı, yardımcı hizmetlerin bölünerek özel kesime gördürülmesinin idarenin kanuniliği ilkesiyle çeliştiği, ayrıca Bakanlar Kurulunun bu yetkisini hangi ölçülere göre kullanacağının genel çerçevesinin kanunda gösterilmemesinin kuralı belirsiz kıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde, yasama yetkisinin parlamentoya ait olması hususu *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum"* olarak nitelendirilmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile

yasaklanan husus, kanun yapma yetkisinin devredilmesi olup bu madde, yürütme organına hiçbir şekilde düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceği anlamına gelmemektedir. Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca, bir konuyu doğrudan kanunla düzenleyebileceği gibi bu hususta düzenleme yapma yetkisini yürütme organına da bırakabilir.

Yürütmenin türevselliği ilkesi gereğince, yürütme organının bir konuda düzenleme yapabilmesi için yasama organınca yetkilendirilmesi gerekmektedir. Kural olarak, kanun koyucunun genel ifadelerle yürütme organını yetkilendirmesi yeterli olmakla birlikte, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda genel ifadelerle yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık oluşturabilmektedir. Bu nedenle, Anayasa'da temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması ve memurların atanmaları, özlük hakları gibi münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda, kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemiş olması gerekmektedir. Anayasa koyucunun açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yasama organının temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve idare tekniğine ilişkin hususları yürütmeye bırakması, yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrasında, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabileceğinin ya da devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Dava konusu kural, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin bir kısmının, özel kesime ihale edilmek suretiyle özel kesim eliyle yürütülmesine imkân sağlayan bir düzenleme olduğundan Anayasa'nın 47. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca kanunla düzenlenmesi gereken hususlar kapsamında kalmaktadır. Dolayısıyla, kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerin bir kısmının özel kesime gördürülmesine ilişkin düzenlemenin, Anayasa'da kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak,

sadece genel hatlarıyla idarenin yetkili olduğundan söz edilmesi yeterli olmayıp, idarenin yetkisinin sınırlarının ve genel çerçevesinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin önceki hâlinde, ihaleye çıkılabilecek işlerin 4734 sayılı Kanun kapsamındaki işler olduğu belirtilmekte iken yeni hâlinde ihaleye çıkılmasına imkân tanınan işler, *"personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* biçiminde değiştirilmekte ve sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Buna göre, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Kuralda, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin hangi usulle belirleneceği ve hangi kişi ve kurumların karar alma sürecine katılacağı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Ayrıca, ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türleri belirlenirken, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatın, yerleşik yargı içtihatlarının ve 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasının dikkate alınması gerektiği hususu kuralda açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin hangi usul ve esaslar gözetilerek belirleneceği hususunda Bakanlar Kurulunu bağlayıcı bir çerçeve çizilmiştir. Kanunda çizilen çerçeve içinde kalmak kaydıyla, teknik ve idari ihtiyaçlar gözetilerek asli nitelik taşımayan görevlerden hangilerinin özel kesime gördürülmek üzere ihaleye çıkılabileceğini, idareler itibarıyla ayrı ayrı belirleme yetkisinin yürütme organına bırakılması, belirsizlik oluşturulduğu anlamına gelmeyeceği gibi yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinin ihlali sonucunu da doğurmaz.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 123. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 13. Maddesiyle 4735 Sayılı Kanun'un 8. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın Üçüncü Cümlesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

4735 sayılı Kanun, 4734 sayılı Kanun'a göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usulleri belirlemektedir. 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesi, "*Fiyat farkı verilebilmesi*" konusunu düzenlemektedir.

Sözü edilen maddeye, Kanun'un 13. maddesiyle eklenen üçüncü fıkranın birinci cümlesinde, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinde tanımlanan asıl işveren-alt işveren ilişkisi çerçevesinde alt işveren tarafından münhasıran bu Kanun kapsamına giren kamu kurum ve kuruluşlarına ait işyerlerinde çalıştırılan işçileri kapsayacak olan toplu iş sözleşmelerinin; alt işverenin yetkilendirmesi kaydıyla merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin üyesi bulunduğu kamu işveren sendikalarından birisi tarafından 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hükümlerine göre yürütülmesi ve sonuçlandırılması hükme bağlanmaktadır.

Önceki başlıkta incelendiği üzere, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmektedir.

4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde, toplu iş sözleşmesinin kamu işveren sendikası tarafından bu fıkraya göre sonuçlandırılması hâlinde, belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar idarece fiyat farkı ödeneceği kurala bağlanmaktadır. Buna göre, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca işi yüklenen işverenin bir kamu işveren sendikasını yetkilendirmesi ve toplu iş sözleşmesi görüşmelerinin bu sendika tarafından yürütülmesi durumunda, toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar fiyat farkının, kamu hizmetinin asıl sahibi olan idarece işverene ödenmesi gerekmektedir.

Kanun'un gerekçesinde, uygulamada, toplu iş sözleşmesi nedeniyle elde edilen ücret ve sosyal hakların kamu ihale mevzuatındaki hükümler nedeniyle akim kaldığı, gerek tarafların özgür iradeleriyle gerekse Yüksek Hakem Kurulunun bağıtladığı toplu iş sözleşmelerinde ücret artışı ve sosyal haklara ilişkin hükümlerin alt işveren tarafından kamu ihale mevzuatının ilgili maddelerinin gerekçe gösterilerek uygulanamadığı, bu işçilerin toplu iş sözleşmesinden doğan haklarını yargı yoluyla talep etme mecburiyetinde bırakıldıkları ifade edilmektedir. Bu gerekçeden 4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasının ihdas edilmesindeki amacın, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca özel kişilere gördürülen işte çalıştırılan işçilere, ihale mevzuatı gerekçe gösterilerek toplu iş sözleşmesinden doğan ücret farklarının ödenmemesinin engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Fıkranın ikinci cümlesiyle, toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret ve sosyal haklardan kaynaklanan bedel artışı kadar fiyat farkının, kamu hizmetinin asıl sahibi olan idarece işverene ödenmesi öngörülerek işverenin mali kayıpları karşılanmakta ve bu suretle işçilerin toplu iş sözleşmelerinden doğan haklarına kavuşmaları temin edilmektedir.

Anılan fıkranın iptali istenen üçüncü cümlesinde ise kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemeyeceği; 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği belirtilmektedir.

Bir önceki başlıkta incelendiği üzere, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendiyle, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf uyarınca, ilgili kamu idaresi ile ihaleyi kazanarak işi üstlenen işveren arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisine benzer bir ilişki kurulmakta ve kamu idaresi, işi üstlenen işverenin o işyerinde çalıştırdığı işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanun'dan, iş sözleşmesinden veya işi yüklenen işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden işi yüklenen işveren ile birlikte sorumlu olmaktadır. Dava konusu kuralla, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca özel kesime ihale edilen işlerde çalışan işçilere ilişkin olarak kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenemeyeceği, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği belirtilmek suretiyle ilgili idarenin sorumluluğu daraltılmaktadır.

Bununla birlikte kuralla, idarenin, 4735 sayılı Kanun hükümleri uyarınca imzaladığı sözleşmede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde belirlenecek fiyat farkından kaynaklanan sorumluluğuna bir halel getirilmemektedir. İdarenin, ihale sonucu imzalanan esaslar çerçevesinde yapılan artışları dava konusu kuraldan bağımsız olarak karşılama sorumluluğu devam etmektedir. Bu bağlamda, toplu iş sözleşmesinde belirtilen artış miktarına bakılmaksızın, hizmet alım sözleşmesinde açıklanan usul ve esaslar çerçevesinde belirlenen ücret artış oranlarından kaynaklanan fiyat farkının idare tarafından yükleniciye ödenmesi gerekmektedir. Buna karşılık, toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinde belirtilen oranın üzerindeki ücret artışlarından kaynaklanan fiyat farkından idarenin sorumlu olabilmesi için toplu iş sözleşmesinin, alt işveren tarafından yetkilendirilen bir kamu işverenleri sendikasınca imzalanmış olması zarureti bulunmaktadır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işlerde fiyat farkı ödenip ödenmemesi

hususu, işçi sendikası ile işveren sendikası arasında imzalanacak toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile işveren sendikasının yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından birisi tarafından imzalanması koşuluna bağlanmak suretiyle işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmeye zorlanmasının ve yetkilendirmeme durumunda fiyat farkı ödenmemesinin sendikal hak ve özgürlüklerle bağdaşmadığı, toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verildiği hâlde, doğrudan alt işverenle işçi sendikası arasında imzalanması hâlinde fiyat farkı verilmemesinin eşitlik ilkesini zedelediği, kuralla, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesinin cezasının işçilere yüklendiği, alt işverenin yapmadığı eylem nedeniyle işçilerin yasal haklarının ortadan kalkmasının adil ve hakkaniyete uygun düşmediği, alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesi durumunda idareye asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenememesinin dolaylı olarak mahkemeye erişim ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 51. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinde kanunların kamu yararı gözetilerek çıkarılması zorunludur. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca özel kesime ihale edilen işlerde çalışan işçilerin aldıkları ücretlerin ihale sonucu imzalanan hizmet alım sözleşmesindeki fiyat artış koşullarına endekslenmesi, bunların toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ücret artışlarıyla ilgili pazarlık güçlerini belli ölçüde zayıflattığı açıktır. Kanun koyucu bu durumu göz önünde bulundurarak işçilerin sendikal haklarından yeterince yararlanabilmelerini sağlamak amacıyla ücret artışları nedeniyle alt işverene ödenecek fiyat farkı hususunda ihale mevzuatındaki kısıtlamalara bağlı kalınması mecburiyetini ortadan kaldırmış ve toplu

iş sözleşmesinde öngörülen artışların tamamının işçilere yansıtılmasının önünü açmıştır.

Ancak toplu iş görüşmelerinde kararlaştırılacak ücret artışı hususunda alt işverenle işçi sendikasının tamamen serbest bırakılması, kamuya aşırı bir külfet yükleyebileceği gibi ihale yapılmış olmasını da anlamsız kılabilecektir. Zira belli bir muhammen bedel üzerinden yapılan ihaleyi idare yönünden en avantajlı fiyatı teklif ederek kazanan alt işveren, işçilerle yapacağı toplu iş sözleşmelerinde yüksek artışlar öngörerek idarenin ödeyeceği bedelin orantısız bir şekilde artmasına yol açabilecek ve bu yolla haksız bir kazanım elde edebilecektir. Ayrıca bu durum, idarenin belirlediği muhammen bedeli düşük bularak ihaleye girmeyen veya ihaleye girip de muhammen bedeli gözönünde bulundurarak yüksek teklif veren ve bu nedenle ihaleyi kaybeden kişilerin haklarının da zedelenmesine yol açacaktır.

Kanun koyucu, toplu iş sözleşmelerinde makul olmayan artışlar yapılmasını ve bu yolla kamuya aşırı bir külfet yüklenmesini engellemek amacıyla toplu iş görüşmelerinin kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Dava konusu düzenlemeyle kamunun hakları ile işçilerin sendikal hakları arasında adil bir denge kurulmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun, tüm bunları gözönünde bulundurarak, idarenin, toplu iş sözleşmesinde belirlenen ücret artışlarının tamamından asıl işveren sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için toplu iş görüşmelerinin işverenin yetkilendirdiği kamu işveren sendikalarından biri tarafından yapılması zorunluluğu getirmiş olmasında kamu yararına ve hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında, "*Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.*" denilmek suretiyle işçi ve memur ayrımı yapılmaksızın tüm çalışanların sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkı anayasal güvenceye bağlanmıştır.

Sendika hakkı, bireylerin serbest bir biçimde sendika kurabilme, her türlü baskıdan arî olarak dilediği sendikaya üye olabilme ve istediği zaman da üyelikten ayrılabilme hak ve yetkilerini kapsamaktadır. Sendika hakkı ayrıca, üyelerinin sosyal ve kültürel ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının serbestçe sendikal faaliyetlerde bulunabilmelerini, bu çerçevede iş uyuşmazlığı çıkarmak, toplu görüşme ve toplu sözleşme yapmak, grev ve lokavt kararı vermek ve uygulamak gibi hak ve yetkileri kullanabilmeyi gerektirmektedir.

Dava konusu kuralla, idarenin toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan fiyat farkını işi yüklenen işverene ödeyebilmesi için toplu iş sözleşmesinin, işverenin yetkilendirdiği kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından işveren adına yapılmış olması şartı getirilmektedir. Alt işverenin, ilgili kamu işveren sendikasını, adına toplu iş sözleşmesi görüşmelerini yürütmek üzere yetkilendirmesi, işverenin kamu işverenleri sendikasına üye olması anlamına gelmeyeceğinden, fiyat farkından yararlanabilmesi için bu şekilde bir yetkilendirme mecburiyetinin getirilmesiyle, ilgili sendikaya üye olmaya zorlandığı sonucuna varılamaz. Kaldı ki yasal olarak buna imkân da bulunmamaktadır.

Öte yandan, idarenin toplu iş sözleşmelerinden kaynaklanan fiyat farkını işi yüklenen işverene ödeyebilmesi için toplu iş sözleşmesinin, işverenin yetkilendirdiği kamu işverenleri sendikalarından biri tarafından işveren adına yapılmış olması şartının getirilmesiyle, işverenin sendikal özgürlüğünün bir parçası olan toplu iş sözleşmesi görüşmelerine katılma ve sonuçlandırma hakkına müdahale edildiği de söylenemez. Zira alt işverenin kamu işverenleri sendikalarından birini yetkilendirmeyip toplu iş sözleşmesi görüşmelerini doğrudan kendisinin yürütmesine herhangi bir yasal engel bulunmamaktadır.

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 kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak

ve kişilere kanun karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun 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.

4735 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca alt işveren ile işçi sendikası arasında yapılacak toplu iş sözleşmesiyle belirlenecek ücret artışlarının idare tarafından karşılanması esası benimsenmiştir. Alt işverenle işçi sendikası arasında akdedilecek toplu iş sözleşmesi görüşmelerine, yukarıda açıklanan gerekçelerle, kamunun dâhil olması durumunda elde edilecek netice ile kamunun katılmaması durumunda elde edilecek neticenin farklı olacağı tabiidir. Dolayısıyla 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca ihale edilen işleri gören alt işverenlerden, toplu iş sözleşmesi görüşmelerini doğrudan kendileri yürütenler ile bu sözleşmeleri yetkilendirdikleri kamu işveren sendikaları aracılığıyla yürütenlerin aynı hukuksal durumda görülmeleri mümkün değildir. Zira birinci gruptakiler yönünden, yapılacak ücret artışı kamu menfaatleri yönünden herhangi bir denetim söz konusu olmaz iken ikincisinde artış miktarı belirlenirken kamunun menfaatleri de gözetilmektedir. Bu nedenle kuralda eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasa'nın 36. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 15. Maddesiyle 6331 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasına Eklenen (e) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, "*tabi oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunduğu*" ve "*ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabetten olumsuz etkilenmemelerini temin etmek*" gerekçeleriyle "*Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri*" 6331 sayılı Kanun'dan istisna edilmiş ise de konuyla ilgili uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilirliğinin bulunmadığı, öte yandan uluslararası seyrüsefer yapan deniz araçlarında çalışanların iş sağlığı ve güvenliğinin, armatörlerin rekabet güçlerinin artırılmasına feda edilmesinin Devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı gibi çalışanları korumak ve herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak görevleriyle uyuşmadığı, ayrıca düzenlemenin uluslararası sözleşmelerle de çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasanın 5., 49., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 17. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

6331 sayılı Kanun, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemektedir. Anılan Kanun'un 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kamu ve özel sektöre ait bütün işlere ve işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına faaliyet konularına bakılmaksızın bu Kanun'un uygulanacağı belirtildikten sonra, (2) numaralı fıkrasında Kanun kapsamından istisna tutulan durumlar, bentler hâlinde sayılmaktadır.

Kanun'un 15. maddesiyle 6331 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendiyle, "*Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri*" de 6331 sayılı Kanun'un kapsamı dışında bırakılan durumlar arasına eklenmiştir. Buna göre, denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâllerinde, 6331 sayılı

Kanun'da öngörülen hükümler uygulanmayacaktır. Uluslararası seyrüsefer hâlleri, denizyolu taşımacılığı yapan araçların Türkiye Cumhuriyetinin egemenlik alanında bulunan Türk iç suları ve kara suları ile münhasır ekonomik bölge olarak ilan edilen alanlar dışında kalan açık denizlerdeki seyrüseferlerini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesine göre, 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. Bu maddede nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir. Çağdaş devlet anlayışı sosyal hukuk devletinin tüm kurum ve kurallarıyla Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun biçimde kurularak işletilmesini, bu yolla bireylerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında da herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişinin yaşam hakkı ve maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, birbiriyle sıkı bağlantıları olan, devredilemez ve vazgeçilemez haklardandır. Devlet, yaşam hakkının bir gereği olarak, bireylerin yaşamlarına saygı göstermekle ödevli olduğu gibi bireyleri, gerek üçüncü kişilerden ve gerekse sorumluluğunda bulunan personelin eylemlerinden kaynaklanan risklere karşı koruma yükümlülüğü altındadır.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir."* denilmek suretiyle sağlık hakkı güvenceye bağlanmıştır. Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı, insanların sağlıklarının korunması, hastalandıklarında iyileştirilmeleri,

tıbbi bakım görmeleri ve tedavi edilebilmeleri için Devletin sağladığı her türlü imkândan yararlanabilme hakkıdır. Sağlık hakkı, Devlete, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmesi amacıyla uygun yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri alması zorunluluğunu ifade eden *"gereğini yerine getirme yükümlülüğü"* yüklemektedir.

Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu belirtilmiş; Devlete, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı denetlemek, işsizliği gidermeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli önlemleri alma ödevi verilmiştir. Çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarının temin edilmesini de kapsadığı açıktır.

Devletin, çalışanların güvenli ve sağlıklı bir iş ortamında çalışmalarını temin edici yasal ve idari tedbirler alması, Anayasa'nın 17. maddesinde güvenceye bağlanan yaşama hakkının bir gereği olduğu kadar, 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkı ile 49. maddesinde düzenlenen çalışma hakkı yönünden de bir zorunluluktur. Ayrıca, 3.6.1981 tarihli ve 155 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin ILO Sözleşmesi ile 7.6.1985 tarihli ve 161 sayılı İş Sağlığı Hizmetlerine İlişkin ILO Sözleşmesi'nde de, Devletin bu yönde tedbir almasını gerekli kılan hükümler yer almaktadır.

Kanun koyucu, gerek Anayasa gerekse uluslararası sözleşmelerle Devlete yüklenen bu gerekleri ifa etmek amacıyla 6331 sayılı Kanun'u ihdas etmiştir. Anılan Kanun'un 1. maddesinde, Kanun'un amacının, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek olduğu ifade edilmektedir. Kanun'un çeşitli maddelerinde (4., 6., 10., 11., 12., 13., 14., 15., 16., 17., 18. ve 20. maddelerinde) işverenlere birtakım yükümlülükler yüklenmiş, çalışanlara ise çeşitli haklar sağlanmıştır.

Dava konusu kuralla, *"Denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri"* 6331 sayılı Kanun'dan istisna edilmek suretiyle yukarıda sayılan hükümlerin, Türk armatörlerce denizyolu taşımacılığında kullanılan araçların Türk içsuları ve karasuları ile münhasır ekonomik bölge olarak ilan edilen alanlar dışında kalan açık denizlerdeki seyrüseferleri sırasında uygulanmaması öngörülmüştür. Türk armatörlerce denizyolu taşımacılığında kullanılan araçların açık denizlerdeki seyrüseferleri sırasında 6331 sayılı Kanun'un uygulanmaması, bu seyahat süresince deniz araçlarında çalışanların, 6331 sayılı Kanunla işçi güvenliği ve iş sağlığının korunması amacıyla getirilen hükümlerden yararlanamamaları anlamına gelmektedir.

Kanun'un gerekçesinde, *"Tâbi oldukları uluslararası sözleşmelerin bulunması nedeniyle ve deniz…taşımacılığının kendine özgü çalışma koşulları dikkate alınarak ülkemizdeki girişimcilerin uluslararası rekabette olumsuz etkilenmemelerini teminen…"* denizyolu taşımacığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâllerinin Kanun'un kapsamı dışına çıkarıldığı ifade edilmiştir.

14.10.1970 tarihli ve 134 sayılı İş Kazalarının Önlenmesine (Gemi adamları) İlişkin ILO Sözleşmesi ile 8.6.1949 tarihli ve 92 sayılı Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin ILO Sözleşmesi'nde taraf devletlere, deniz adamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çeşitli ödevler yüklenmiş ise de bunların hiçbirinin doğrudan uygulanma olanağı bulunmamakta, taraf devletlerin bunları iç hukuklarında yapacakları yasal ve idari düzenlemelerle hayata geçirmeleri gerekmektedir. İç hukukumuzda da 6331 sayılı Kanun dışında, deniz adamlarının iş güvenliği ve sağlığının korunmasına yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Deniz araçlarının uluslararası seyrüsefer hâlleri 6331 sayılı Kanun'dan istisna edildiğine göre, deniz adamlarının uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde bulundukları sürece Anayasa ve uluslararası sözleşmelerin zorunlu kıldığı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan yararlanmaları mümkün olamamaktadır. Bu durum, yukarıda açıklanan sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

6331 sayılı Kanun'da öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesinin armatörler için maliyeti artırıcı bir unsur olduğu ve bu durumun, Türk armatörlerinin, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tedbirler alınmasını zorunlu kılmayan ülkelere ait işletmeler karşısında rekabet gücünü belli ölçüde azalttığı muhakkaktır. Ancak deniz adamlarının yaşamını ve sağlığını doğrudan etkileyen iş güvenliği ve işçi sağlığı tedbirlerinin alınmasının, maliyetlerin azaltılması ve armatörlerin rekabet gücünün artırılmasına feda edilmesi Anayasa'da güvenceye bağlanan yaşam hakkını ihlal etmektedir.

Ayrıca deniz adamlarının, uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde bulundukları sürece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan yoksun bırakılması, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlık hakkının yanında, Anayasa'nın 49. maddesiyle Devlete yüklenen çalışanların yaşam düzeyinin yükseltilmesi ve çalışma yaşamının geliştirilmesi için çalışanların korunması ödevinin de ihlali sonucunu doğurmaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği ile çalışma ortamına ilişkin temel sözleşme olan 155 sayılı ILO Sözleşmesi'nin 1. maddesinin birinci fıkrasında, Sözleşme'nin bütün ekonomik faaliyet kollarına uygulanacağı belirtildikten sonra, ikinci fıkrasında, bu Sözleşmeyi onaylayan üyenin, mümkün olan en erken safhada, ilgili işçi ve işverenlerin temsilcisi olan kuruluşlara danıştıktan sonra, "*işin gereği olarak önemli özel sorunlar yaratan deniz taşımacılığı veya balıkçılık gibi belirli ekonomik faaliyet kollarını*", tamamen veya kısmen uygulama alanı dışında tutabileceği hükme bağlanmış ise de bu durum, bu kişilerin iş sağlığı ve güvenliğine yönelik korumalardan tamamen yoksun bırakılabilecekleri anlamına gelmemektedir. Nitekim Sözleşme, bu ekonomik faaliyet alanında çalışanları tamamen korumasız bırakmamış, 1. maddenin üçüncü fıkrasında, taraf devletlere, uygulama alanı dışında tutulan her bir ekonomik faaliyet kolunda çalışanların yeterli şekilde korunması için önlemler alma ödevi yüklemiştir.

Dava konusu kuralın gerekçelerinden biri de *"deniz taşımacılığının kendine özgü çalışma koşullarının bulunması"*dır. Anayasa'nın yukarıda açıklanan hükümlerinde, deniz taşımacılığı sektöründe çalışan işçilerin yaşam ve sağlık haklarını doğrudan ilgilendiren iş sağlığı ve güvenliğine

yönelik önlemlerden mahrum bırakılmasına olanak tanıyan herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliğine yönelik ne tür tedbirler alınacağını belirlemek kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun, işin mahiyetini dikkate alarak çeşitli ekonomik faaliyet türleri itibarıyla farklı tedbirler öngörmesi mümkündür. Fakat bazı çalışanların bütünüyle, öngörülen tedbirlerin kapsamı dışında bırakılması Anayasayla uyumlu olmaz.

Bu itibarla, deniz taşımacılığının kendine özgü koşulları nedeniyle 6331 sayılı Kanun'da getirilen yükümlülüklerin, bu işle uğraşan işverenler yönünden yumuşatılması veya belli ölçüde farklılaştırılması kanun koyucunun takdirindedir. Ancak, 6331 sayılı Kanun'da öngörülen yükümlülüklerin, deniz taşımacığına özgü koşullar ve zorlukların gerektirdiği ölçüde yumuşatılması yerine, dava konusu kuralla, deniz taşımacığında kullanılan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri bütünüyle 6331 sayılı Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmıştır. Bu durum, deniz adamlarının uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde bulundukları sürece Anayasa ve uluslararası sözleşmelerin zorunlu kıldığı iş sağlığı ve işçi güvenliğine ilişkin korumalardan yararlanmamaları sonucunu doğurduğundan Anayasa'ya aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 17., 49. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamıştır.

Kural Anayasa'nın 2., 17., 49. ve 56. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 5. ve 90. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

Ç- Kanun'un 20. Maddesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

274 sayılı Sendikalar Kanunu'nda sendikaların işkolu esasına göre kurulması benimsenmiş, buna karşılık işyeri ve meslek sendikacılığı açıkça yasaklanmamıştır. 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nda ise sendika sayısını azaltarak daha merkezi birimlere dayalı "*güçlü*" sendikacılığın yolunu açmak amacıyla işyeri ve meslek sendikacılığı açıkça yasaklanmış ve sendikaların ancak işkolu esasına göre kurulabileceği belirtilmiştir.

6356 sayılı Kanun'da sendikaların işkolu esasına göre kurulacağı belirtilmiş, ancak işyeri ve meslek esasına göre sendikaların kurulması açıkça yasaklanmamıştır.

İşyeri ve meslek esasına göre sendikaların kurulmasının önünde bir engelin bulunmadığı 1983 yılından önceki dönemde yürürlükte bulunan 275 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nda, herhangi bir işkolu barajı öngörülmemiştir. 2821 sayılı Kanunla işkolu sendikacığının benimsenmesiyle, aynı gün yürürlüğe giren 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunuyla da işkolu barajı getirilmiştir. Anılan Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasına göre, bir işçi sendikasının bir işyerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi elde edebilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu, bu koşulu sağladıktan sonra da işyeri ya da işletmede çalışan işçilerin yarıdan bir fazlasını, yani salt çoğunluğunu temsil etmesi gerekmektedir. Buna göre, anılan Kanun'un yürürlükte bulunduğu dönemde toplu iş sözleşmesi yetkisi hususunda işkolu barajı ve işyeri barajı biçiminde ikili bir baraj uygulanmaktadır.

2822 sayılı Kanunla getirilen yüzde onluk işkolu barajı, 6356 sayılı Kanunla yüzde üçe düşürülmüştür. 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, bir işçi sendikası, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün üyesi bulunması şartıyla, toplu iş sözleşmesinin kapsamına girecek işyerinde başvuru tarihinde çalışan

işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması hâlinde bu işyeri veya işletme için toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi elde etmektedir.

6356 sayılı Kanun, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi konusunda ikili baraj sistemini korumakla birlikte, yetki alımını kolaylaştırmaya yönelik sayısal değişiklikler getirmiştir. Buna göre bir toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının yetkili olabilmesi için, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünün bu sendikanın üyesi bulunması ve sözleşmenin yapılacağı işyerinde veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının, işletmede ise yüzde kırkının kendi üyesi bulunması gerekmektedir.

6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre, bir işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünün tespitinde Bakanlıkça her yıl Ocak ve Temmuz aylarında yayımlanan istatistikler esas alınır. Bu istatistiklerde her bir işkolundaki toplam işçi sayısı ile işkollarındaki sendikaların üye sayıları yer alır. Maddenin devam eden fıkralarına göre, yayımından itibaren on beş gün içinde itiraz edilmeyen istatistik kesinleşir. İstatistiğin gerçeğe uymadığı gerekçesiyle bu süre içinde Ankara İş Mahkemesine başvurulabilir. Bakanlık, yetkili sendikanın belirlenmesinde ve istatistiklerin düzenlenmesinde kendisine gönderilen üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile Sosyal Güvenlik Kurumuna (SGK veya Kurum) yapılan işçi bildirimlerini esas alır.

6356 sayılı Kanun'un 42. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikası Bakanlığa başvurarak yetkili olduğunun tespitini ister. İşveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren de Bakanlığa başvurarak yetkili işçi sendikasının tespitini isteyebilir. Yetki tespiti için yine başvuru tarihi esas alınmaktadır. Yetki başvurusu tarihinde işyeri ya da işletmede çalışan işçiler Bakanlık tarafından üyelik ve üyelikten çekilme bildirimleri ile SGK verileri esas alınarak tespit edilir. Bakanlık, sendikanın yetkili olduğunu tespit ettiğinde, ilgili sendika ile o işkolunda kurulu diğer sendikalar ve işveren tarafına bildirir. Maddenin (3) numaralı fıkrasında, işçi sendikasının yetki şartlarına sahip olmadığının

ya da işyerinde yetki şartlarına sahip bir işçi sendikasının bulunmadığının tespiti hâlinde, bu bilgilerin sadece başvuruyu yapan tarafa bildirileceği ifade edilmiştir.

6356 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesi yapmak isteyen işçi sendikasının başvurusu üzerine tespit yazısını alan işçi sendikaları veya işveren tarafı altı işgünü içinde iş mahkemesinde yetki itirazında bulunabilir. Maddenin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde üçünden daha az üyesi bulunan işçi sendikasının yetki itirazında bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasıyla, 42. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikasına da, altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açabilme imkânı getirilmiş ve mahkemenin, bu hüküm uyarınca açılan davayı o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde üçünü üye kaydeden işçi sendikaları ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene de bildirmesi öngörülmüştür.

Kanun'un 20. maddesiyle 6356 sayılı Kanun'un *"Yetki"* başlıklı 41. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkralarında yer alan *"yüzde üçünün"* ibareleri *"yüzde birinin"* biçiminde değiştirilmek suretiyle işkolu barajı yüzde üçten, yüzde bire düşürülmüştür.

İşkolu barajının yüzde bire düşürülmesine paralel olarak, 6356 sayılı Kanun'un *"Yetki itirazı"* başlıklı 43. maddesinde de şekli değişiklikler yapılmıştır. Buna göre, Kanun'un 43. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"yüzde üçünden"* ibaresi *"yüzde birinden"* biçiminde değiştirilmek suretiyle yetki itirazında bulunamayacak sendikaların, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin yüzde birinden daha az üyesinin bulunması; Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan *"yüzde üçünü"* ibaresi *"yüzde birini"* biçiminde değiştirilmek suretiyle de 42. maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca kendisine yetki şartlarına sahip olmadığı bildirilen işçi sendikasının altı iş günü içinde yetkili olup olmadığının tespiti için dava açması durumunda mahkemenin, davayı bildirmekle yükümlü olduğu sendikaların o işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye kaydeden işçi sendikası olması sağlanmıştır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, işkolu barajının, sendikaların çokluğu ve serbestliği ilkesinin fiilen yaşama geçirilmesine engel teşkil ettiği, Uluslararası Çalışma Örgütünün (ILO) tavsiyeleri doğrultusunda işkolu barajı önce yüzde üçe, dava konusu kuralla da yüzde bire düşürülmüş ise de bu oranın da Türkiye'de sendikalaşmanın önünde ciddi engel teşkil ettiği, zira işkollarında çalışan toplam işçi sayısı ile sendikalara kayıtlı işçi sayılarına ilişkin istatistiklerin tespitinde SGK'ya yapılan işçi bildirimlerinin esas alınmaya başlanması üzerine sendikalı işçilerin toplam çalışan işçi sayısına oranında ciddi düşüşler meydana geldiği ve bu nedenle birçok sendikanın toplu iş sözleşmesi yapma yetkisini kaybettiği, işkolu barajıyla bazı sendikalar için ayrıcalıklı bir durum oluşturulduğu, baraj sisteminin sendikalaşmayı ve toplu iş sözleşmesi imzalayabilmeyi olumsuz etkilediği, bu durumun sosyal devlet, eşitlik ve devletin temel amaç ve görevleriyle bağdaşmadığı, ayrıca 6356 sayılı Kanunla işkollarının sayısının da 28'den 20'ye düşürülmesi nedeniyle özellikle birleştirilen iş kollarında bu barajın fiilen arttığı, bu durumun, sendikalaşma ve toplu pazarlık hakkının ölçüsüz bir şekilde sınırlanması sonucunu doğurduğu, öte yandan, ILO denetim organlarının raporlarında, Türkiye'de sendikaların toplu pazarlıkta temsil yetkisine sahip olabilmesi için aranan yüzde 10'luk işkolu barajı ile yüzde 50'lik işyeri/ işletme barajının defalarca eleştirildiği ve hükümetlere bu ikili barajın tümüyle kaldırılması çağrısında bulunulduğu, ILO'nun yetkili organlarının kararlarına rağmen işkolu barajına yer verilmesinin Anayasa'nın 90. maddesiyle bağdaşmadığı, işkolu barajının Anayasa Mahkemesinin 8 ve 9.2.1972 tarihli ve E.1970/48, K.1972/3 sayılı kararında ortaya konulan ilkelerle de çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasanın 2., 5., 10., 12., 13., 49., 51., 53. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Dava konusu kuralla, 6356 sayılı Kanun'un "*Yetki*" başlıklı 41. maddesinin (1) ve (5) numaralı fıkralarında yer alan "*yüzde üçünün*" ibareleri "*yüzde birinin*" biçiminde değiştirilmek suretiyle işkolu barajı yüzde üçten yüzde bire düşürülmüş, buna paralel olarak da Kanun'un 43. maddesinin (2) ve (4) numaralı fıkralarında bazı şekli değişiklikler yapılmıştır.

Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika hakkı, demokratik toplumun temeli olan örgütlenme özgürlüğünün bir parçasıdır. Örgütlenme özgürlüğü, bireylerin kendi menfaatlerini korumak için kollektif oluşumlar meydana getirerek bir araya gelebilme özgürlüğüdür. Bu özgürlük, bireylere topluluk hâlinde siyasal, kültürel, sosyal ve ekonomik amaçlarını gerçekleştirme imkânı sağlar. Sendika hakkı da çalışanların, bireysel ve ortak çıkarlarını korumak amacıyla bir araya gelerek örgütlenebilme serbestîsini gerektirmekte ve bu niteliğiyle örgütlenme özgürlüğünün bir parçası olarak görülmektedir.

Sendika hakkı, çalışanların ve çalıştıranların sadece istedikleri sendikaları kurmaları ve bunlara üye olmaları yolunda bir hakla sınırlı kalmamakta, aynı zamanda oluşturdukları tüzel kişiliklerin varlığının ve bu tüzel kişiliklerin kendine özgü faaliyetlerinin de garanti altına alınmasını içermektedir. Üyelerinin ekonomik, sosyal ve kültürel ortak menfaatlerini korumak ve geliştirmek amacıyla kurulan sendikalar ve bunların üst kuruluşlarının, iş uyuşmazlığı çıkarması, toplu görüşme ve toplu sözleşme yapması, grev ve lokavt kararı vermesi ve uygulaması da sendika hakkının gereklerindendir.

Sendika kurma hakkı mutlak olmayıp Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanabilir.

Anayasa, sendika hakkının bir unsuru olan toplu sözleşme hakkını, 53. maddede özel olarak düzenlemiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, "*İşçiler ve işverenler, karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesi yapma hakkına sahiptirler.*" denildikten sonra son fıkrasında, "*Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir.*" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 53. maddesinin son fıkrasında, toplu sözleşme hakkının kapsamının, istisnalarının, toplu sözleşmeden yararlanacakların, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğünün kanunla düzenleneceği belirtilmekle birlikte bu hakkın sınırlama sebeplerine yer verilmemiştir. Ancak toplu sözleşme hakkı, sendika hakkının bir unsuru olarak görüldüğünden Anayasa'nın 51. maddesinin ikinci fıkrasında sendika hakkı için öngörülen sınırlama nedenlerinin toplu sözleşme hakkı yönünden de geçerli olduğunun kabulü gerekir. Buna göre, toplu sözleşme hakkının, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerine dayanılarak kanunla sınırlanması mümkündür.

Bir işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi yapabilmesi için, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin bu sendikanın üyesi bulunması şartının, sendika özgürlüğünün bir parçası olan toplu sözleşme hakkının norm alanını daralttığı için sendika hakkına müdahale niteliği taşıdığı açıktır.

İşkolu barajı, sendikaların sayısının makul seviyede kalmasını sağlayarak sendikalar arası yıkıcı rekabeti önlemek ve bu suretle işverenden bağımsız güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerini temin etmek amacına dayanmaktadır. Bağımsız ve güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerinin temin edilmesi, çalışanların sendikal haklardan daha etkin bir şekilde yararlanmaları sonucunu doğurmakta olup bunun, sendikal hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet edeceği açıktır. Dolayısıyla işkolu barajı öngörülmesinde, anayasal açıdan meşru bir amaca dayanıldığı anlaşılmaktadır.

Ancak toplu sözleşme yapılabilmesi için işkolu barajı öngörülmek suretiyle sendika hakkına yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere yapılacak müdahaleler, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için zorunlu ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

2822 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, bir işçi sendikasının bir işyerinde ya da işletmede toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi elde edebilmesi için öncelikle kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde onunu, bu koşulu sağladıktan sonra da işyeri ya da işletmede çalışan işçilerin yarıdan bir fazlasını, yani salt çoğunluğunu temsil etmesi gerekmekte iken, 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla, yüzde onluk işkolu barajı yüzde üçe düşürülmüş, sözleşmenin yapılacağı işyerinde veya işyerlerinin her birinde çalışan işçilerin yarıdan fazlasının sendikaya üye olması zorunluluğu aynen korunmuş ise de işletme barajı yüzde kırka indirilmiştir.

Sendikalara ilişkin istatistiklerin belirlenmesinde SGK verilerinin esas alınmasıyla birlikte 6356 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki dönemde %60 civarında görünen sendikalaşma oranının gerçeği yansıtmadığı ortaya çıkmıştır. SGK verilerini esas alınarak belirlenen sendikalaşma oranı, Ocak 2013 istatistiğine göre %9,21, Temmuz 2013 istatistiğine göre ise %8,88 düzeyinde gerçekleşmiştir. Gerçek istatistiklerin esas alınması sonucu, birçok sendika yüzde üç barajının altında kalmıştır. Yasama sürecindeki tartışmalardan, kanun koyucunun bu gerçeği gözönünde bulundurarak daha fazla sendikanın barajı aşabilmesini ve toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi elde edebilmesini temin etmek amacıyla dava konusu kuralla, yüzde üç olan işkolu barajını yüzde bire indirdiği anlaşılmaktadır.

Toplu sözleşme hakkı, çalışanlara, üyesi bulundukları sendikalar aracığıyla işverenle karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla görüşme ve anlaşma yapabilme yetkisi tanıyan sendikal bir haktır. Toplu sözleşme hakkı sendika özgürlüğünün önemli bir parçasını oluştursa da sendikal özgürlükler toplu sözleşme hakkından ibaret olmayıp bunun dışında başka araçlar da bulunmaktadır. Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında, sendikaların, çalışanların *"ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek"* amacıyla faaliyet gösterecekleri ifade edilmiş, ancak hangi araçlarla bu amacı gerçekleştirecekleri hususunda herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Dolayısıyla tüm sendikalara toplu sözleşme hakkı tanınmasının, çalışanların *"ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması"* amacı bakımından zorunluluk taşıdığı söylenemez. Bu itibarla, en yüksek temsil gücüne sahip

sendikalara toplu görüşme yapma yetkisi tanınması kanun koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte, toplu sözleşme yapma yetkisini haiz bulunmayan diğer sendikaların, üyelerinin *"ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerinin korunması"*nı temin edecek araçlardan tamamen yoksun bırakılmamaları gerekmektedir. Çoğunluğu sağlayamayan sendikaların, toplu pazarlığa katılamasalar da en azından üyelerinin hak ve çıkarlarını dile getirme imkânından tamamen mahrum bırakılmaları durumunda sendikal haklara yapılan müdahalenin ölçülü olmayacağı söylenebilir.

Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesinin birinci fıkrasında geçen *"çıkarlarını korumak amacıyla"* başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma kavramının, sendikalara "*danışılma/dinlenilme*" hakkını tanıdığı biçiminde yorumlamakta ve toplu görüşmeyi, danışılma hakkının araçlarından biri olarak görmektedir. AİHM, her sendikanın toplu sözleşme yetkisine sahip olmasının bir zorunluluk olmadığını, taraf devletlerin, gerekli gördükleri takdirde temsilci sendikalara özel statü tanıyacak şekilde düzenleme yapabileceklerini kabul etmektedir (*Demir ve Baykara/Türkiye,* B. No: 34503/97, 12.11.2008, § 154).

ILO denetim organları da AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde, *"en çok temsil gücüne sahip örgütlere"* mevzuat yoluyla bazı ayrıcalıklar tanınabileceğini kabul etmekte, ancak çoğunluğu sağlayamayan sendikaların da üyelerinin çıkarlarını koruma yönünden işlevsiz kalmaması, toplu pazarlığa katılamasalar da en azından üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirip bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilmeleri gerektiğini ifade etmektedirler.

Bu itibarla AİHM içtihatları ile ILO denetim organlarının raporları da dikkate alındığında, müdahalenin ölçülü olup olmadığı değerlendirilirken yüzde birlik barajı aşamayan sendikaların danışılma haklarını kullanacak araçlara sahip olup olmadıklarının da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

6356 sayılı Kanun'un 26. maddesinde, kuruluşların (sendika ve konfederasyonların), tüzüklerinde yer alan konularda serbestçe faaliyette

bulunabilecekleri; çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen; sendikaların, yazılı başvuruları üzerine iş sözleşmesinden ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik hakları ile ilgili olarak üyelerini ve mirasçılarını temsilen dava açmak ve bu nedenle açılmış davada davayı takip yetkisine sahip oldukları belirtilmektedir. Yüzde birlik işkolu barajını aşamayan sendikaların, toplu sözleşme yapma imkânından mahrum kalmakta iseler de ILO denetim organlarınca altı çizilen ve sendikal faaliyetin asgari içeriğini oluşturan, üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirme ve bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilme olanağına sahip oldukları anlaşılmaktadır.

Sendikaların, sendikal faaliyetin asgari içeriğini oluşturan, üyelerin hak ve çıkarlarını dile getirme ve bireysel şikâyet ve başvurularda üyelerini temsilen hareket edebilme olanağına sahip oldukları dikkate alındığında, güçlü sendikaların toplu iş sözleşmesinin tarafı olabilmelerinin temin edilmesi amacıyla öngörülen yüzde birlik işkolu barajının çalışanlara aşırı ve olağanüstü bir yük yüklemediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, yüzde birlik işkolu barajının, sendika hakkına ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13., 51. ve 53. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 49. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- Kanun'un 21. Maddesiyle 6356 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 1. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, "*Yetki Belgesi*"nin alınmasında, toplu sözleşme yapılmasında, mahkemelere yetki itirazında bulunulmasında ve mahkemenin açılan davaları işçi sendikası, işveren sendikası ve sendika

üyesi olmayan işverene bildirmesinde, Ekonomik Sosyal Konseye (Konsey) üye konfederasyonlar üyesi sendikaların, kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birini üye bulundurmaları yeterli olduğu hâlde, bu oranın, dava konusu kuralla bu üç konfederasyonun üyesi olmayan işçi sendikaları yönünden yüzde üç olarak uygulanmasının öngörüldüğü, fiilen işlevselliği bulunmayan bir organizasyona üyeliğin esas alınarak üye olmayan konfederasyonlar üyesi sendikalar ile herhangi bir konfederasyon üyesi olmayan bağımsız sendikalar ve üyelerinin aleyhine sonuç doğuracak şekilde düzenleme yapılmasının adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütleriyle uyuşmadığı ve kanunların genelliği ilkesiyle bağdaşmadığı, hukuksal durumları aynı olan işçi sendikaları arasında, Konseye kanunla üye yapılan konfederasyonlar üyesi sendikalar lehine ayrımcılık yapılmasının kanun önünde eşitlik ilkesiyle çeliştiği, ayrıca kuralın, Konseye üye olmayan konfederasyon üyesi sendikaları toplu sözleşme yapma hakkı elde etmek ve yapabilmek için Konsey üyesi konfederasyonlara üye olmaya zorladığından "*sendika ve üst kuruluşlara serbestçe üye olma*" özgürlüğünü ihlal ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 51. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, bir sendikanın toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisi elde edebilmesi için kurulu bulunduğu işkolunda çalışan işçilerin en az yüzde birinin üyesi bulunması şartının, Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları yönünden yüzde üç olarak uygulanması, ayrıca yetki itirazında bulanabilecek sendikalar ile yetki itirazı davalarında, davanın bildirileceği sendikaların bulundurmaları gereken üye sayısının, Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikaları yönünden yüzde üç olması öngörülmektedir. Bu durumda, Konseye üye konfederasyonlara üye olan işçi sendikaları, kurulu bulundukları işkolundaki işçilerin en az yüzde birini üye bulundurmaları hâlinde toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisine elde ederken Konseye üye konfederasyonlara üye olmayan işçi sendikalarının bu yetkiye kavuşabilmeleri için kurulu bulundukları işkolundaki işçilerin en az yüzde üçünü üye bulundurmaları gerekmektedir.

4641 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konseyin Kuruluşu Çalışma Esas ve Yöntemleri Hakkında Kanun'da, Konsey üyesi işçi konfederasyonları, Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu (Türk-İş), Hak İşçi Sendikaları

Konfederasyonu (Hak-İş) ve Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu (DİSK) olarak sınırlı bir biçimde sayılmış olup herhangi bir sendikanın yüzde birlik işkolu barajına tabi olabilmesi için Kanun'da Konsey üyesi olarak sayılan bu üç konfederasyondan birine üye olması gerekmektedir. Bu üç konfederasyona üye olmayan sendikaların ise toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisi elde edebilmeleri için yüzde üç işkolu barajını aşmaları gerekmektedir.

Anayasa'nın 51. maddesinde güvenceye bağlanan sendika özgürlüğü, çalışanların her türlü baskıdan arî olarak dilediği sendikaya üye olabilme hak ve yetkisini içeren olumlu sendika özgürlüğünün yanında, sendikaya üye olmama serbestîsini ifade eden negatif sendika özgürlüğünü de kapsamaktadır. Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, *"Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya…zorlanamaz."* denilmek suretiyle bu hak açık bir biçimde düzenlenmiştir. Sendikaya üye olmama özgürlüğü, sendikaların gücüne karşı çalışanı korumayı amaçlamaktadır.

Sendika özgürlüğü, sendikaların üst kuruluşlara üye olmama serbestîsini de içermektedir. Bu bağlamda, sendikaları belli konfederasyonlara üye olmayı doğrudan veya dolaylı olarak zorunlu kılan düzenlemeler sendika özgürlüğünün ihlali sonucunu doğurur.

Günümüzde birçok ülkede, başta çalışma hayatını ilgilendiren konularda olmak üzere işçi-işveren ve hükümet kesimleri ile diğer bazı kurum temsilcilerinin bir araya geldiği sosyal diyalog mekanizmalarının kurulduğu görülmektedir. 3851 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan 2.6.1976 tarihli ve 114 sayılı Uluslararası Çalışma Normları Uygulamasının Geliştirilmesinde Üçlü Danışmaya İlişkin ILO Sözleşmesi'nin 2. maddesinde, işbu Sözleşme'yi onaylayan ILO'nun her üyesinin, hükümet, işveren ve işçi temsilcileri arasında etkin danışmayı gerçekleştirmeyi sağlayacak usulleri işletmeyi taahhüt edeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla üçlü danışma işlevi görecek mekanizmaların oluşturulmasının 114 sayılı ILO Sözleşmesi'nin de bir gereği olduğu söylenebilir.

Ülkemizde de bu tür bir sosyal diyalog mekanizmasının kurulması gereği uzun süre tartışıldıktan sonra bu amaçla ilk kez 1995 yılında Başbakanlık genelgesiyle Ekonomik ve Sosyal Konsey kurulmuş, anılan Konsey 4641 sayılı Kanunla kanuni güvenceye kavuşmuş, 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandum ile kabul edilen 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle de anayasal bir kuruma dönüştürülmüştür.

4641 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, Konseyin temel amacının, ekonomik ve sosyal politikaların oluşturulmasında toplumsal uzlaşma ve işbirliği sağlamak, sürekli ve kalıcı bir ortam yaratarak istişari mahiyette ortak görüş belirlemek olduğu açıklanmıştır. Ayrıca gerek Anayasa'da gerekse Kanunda, Konseyin kararlarının bağlayıcı değil, tavsiye ve istişari nitelikte olduğu açık bir biçimde vurgulanmıştır.

Kanun koyucunun, 114 sayılı ILO Sözleşmesi'nin de bir gereği olan sosyal diyalog mekanizmaları öngörmesi ve tüm sosyal tarafların bu amaçla kurulan Konseye üye olmalarını teşvik eden ve hatta zorunlu kılan düzenlemeler yapması takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Emek kesimini temsil eden sendikaların sosyal diyalog sürecine katılımlarının sağlanmasında kamu yararı bulunduğundan işçi örgütlerinin sendikal haklarına sınırlama getirilmemesi kaydıyla Konseye üye olmalarının zorunlu kılınması Anayasa'ya aykırı olmaz.

Dava konusu kuralla, iş sözleşmesi yapabilme yetkisinin elde edilebilmesi için gerekli olan yüzde birlik işkolu barajının Konseye üye olmayan sendikalar yönünden yüzde üç olarak uygulanması öngörülmek suretiyle işçi sendikaları bakımından Konseye üye olan konfederasyonlara üye olmak avantajlı hâle getirilmiştir. 4641 sayılı Kanun'un 2. maddesinde, Konsey üyesi işçi konfederasyonları, Türk-İş, Hak-İş ve DİSK olarak sınırlı bir biçimde sayılmış olup bu üçü dışındaki işçi konfederasyonlarının Konseye üye olması söz konusu olmadığı gibi bu konfederasyonlara üye olmayan sendikaların Konseyde temsili de mümkün değildir. Dolayısıyla dava konusu kuralla, Türk-İş, Hak-İş ve DİSK'e üye olan işçi sendikaları, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi yönünden avantajlı bir pozisyona sokulmuşlardır.

Dava konusu kuralda işçi sendikalarının Türk-İş, Hak-İş veya DİSK'e üye olmalarını zorunlu kılan herhangi bir düzenleme yer almamakta ise de iş sözleşmesi yapabilmek için gerekli olan yüzde birlik işkolu barajının bu üç Konfederasyondan birine üye olmayan sendikalar yönünden yüzde üç olarak uygulanmasının, sendikaları, bu Konfederasyonlara üye olmaya zorlayıcı bir nitelik taşıdığı açıktır. Zira toplu iş sözleşmesi imzalamak işçi sendikalarının varlık koşulu değil ise de temel hedeflerinden biridir. Sendikalar, bu hedeflerine ulaşabilmek için tabiatıyla yüzde üç yerine yüzde birlik işkolu barajı avantajından yararlanmak isteyecek ve dolayısıyla Konseye üye olan üç işçi konfederasyonundan birine üye olmak durumunda kalacaklardır. Sendikaların, yüzde birlik işkolu barajına tabi olma avantajı getirilmek suretiyle 4641 sayılı Kanun'da sayılan konfederasyonlarından birine üye olmaya zorlanmaları, sendika özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 51. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Kural, Anayasa'nın 51. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 2. ve 10. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

E- Kanun'un 38. Maddesiyle 5502 Sayılı Kanun'un Başlığı ile Birlikte Değiştirilen 36. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Dördüncü Cümlesinde Yer Alan *"…ve vekaletname ibrazı…"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, SGK avukatlarının vekâletname ibrazından muaf tutulmalarının, 1136 sayılı Kanun'un 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca vekâletnameye pul yapıştırmak suretiyle avukatlardan tahsil edilen baro pulu bedellerinden de muaf olmaları sonucunu doğurduğu, baro pulu bedellerinin yarısının 1136 sayılı Kanun'un 27/A maddesiyle kurulan ve baro levhasına kayıtla tüm avukatların yararlandığı "*Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu*"na aktarıldığı, Kurumun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanların da kaynağı avukatların yetkili mercilere sunduğu

vekâletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri olan Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonunun yardımlarından yararlandıkları hâlde, baro pulundan muaf tutulmalarının, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi eşitlik ilkesini zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 38. maddesiyle 5502 sayılı Kanun'un başlığıyla birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasında, Kurumu vekil sıfatıyla temsile yetkili olan I. hukuk müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının bir listesinin Kurumca yazılı olarak veya Adalet Bakanlığınca belirlenen esaslar dairesinde elektronik ortamda ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, bölge idare mahkemesi başkanlıklarına, askerî savcılıklara ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlığına verileceği; bu listelerin, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından adli yargı çevresinde, bölge idare mahkemesi başkanlığınca idari yargı çevresinde bulunan mahkemelere gönderileceği; yüksek mahkemeler ve bölge adliye mahkemesindeki duruşmalarda temsil yetkisini kullanacakların isimlerinin ilgili mahkemelerin Cumhuriyet başsavcılıklarına veya mahkeme başkanlıklarına bildirileceği kurala bağlanmıştır. Üçüncü fıkranın dava konusu kuralı da içeren dördüncü cümlesinde, listede isimleri yer alanların baroya kayıt ve vekâletname ibrazı gerekmeksizin Kurum vekili sıfatıyla her türlü dava ve icra işlemlerini takip edebilecekleri belirtilmiştir.

1136 sayılı Kanun'un 27. maddesinde, staj süresince stajyerlere Türkiye Barolar Birliğince (TBB) kredi verileceği belirtilmiş ve ödenecek kredinin kaynağının; avukatların yetkili mercilere sunduğu vekâletnamelere avukatın yapıştıracağı pul bedelleri ile geri ödemeden gelen paralar ve bunların gelirleri olduğu ifade edilmiştir. Aynı maddenin devamında bu pulların, TBB tarafından bastırılacağı ve yapıştırılacak pulun değerinin, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun yargı harçları bölümünde yer alan vekâletname örnekleri için kullanılan harç tarifesinin yüzde elli fazlası kadarı olduğu kurala bağlanmıştır. Maddede ayrıca, her yıl yenilenen vekâlet pulu bedeline ayrıca yüzde beş oranında ilave yapılacağı ve bu suretle elde edilecek kaynağın avukat stajyerlerinin genel sağlık sigortası primlerinin ödenmesinde kullanılacağı düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasında, avukatlarca vekâletname sunulan mercilerin, pul yapıştırılmamış veya pulu noksan olan vekâletname ve örneklerini kabul edemeyeceği, gerektiğinde

ilgiliye on günlük süre verilerek bu süre içinde pul tamamlanmadıkça vekâletnamenin işleme konulamayacağı ifade edilmiştir. Dava konusu kuralla, SGK I. hukuk müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının Kurum vekili sıfatıyla takip ettikleri her türlü dava ve icra işlemlerinde vekâletname ibraz mecburiyetleri ortadan kaldırılmak suretiyle baro pulu ödeme yükümlülükleri de sonlandırılmıştır.

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

1136 sayılı Kanun'a, 5043 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen 27/A maddesiyle, TBB nezdinde sosyal güvenlik, sosyal yardım ve dayanışma hizmetlerinde kullanılmak üzere "*Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu*" kurulmuş ve 1136 sayılı Kanun'un 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca vekâletnamelere pul yapıştırılmak suretiyle avukatlardan tahsil edilen baro pulu bedelinin yarısının bu Fona aktarılması öngörülmüştür. Bu fondan yapılacak harcamaların esas ve usulleri ile diğer hususların Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulunca hazırlanacak ve Adalet Bakanlığınca onaylanacak yönetmelikte gösterileceği kurala bağlanmıştır.

1136 sayılı Kanun'un 66. maddesine göre, kural olarak her avukat, bölgesi içinde sürekli olarak avukatlık edeceği yerin baro levhasına yazılmakla yükümlüdür. Ancak aynı Kanun'un ek 1. maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli olarak avukatlık görevinde çalışanların baro levhasına yazılmaları isteklerine bağlıdır.

"*TBB Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu*"ndan kimlerin, hangi kıstaslar esas alınarak yararlandırılacağı hususunda Kanun'da herhangi hükme yer verilmemiş, bu konunun düzenlenmesi TBB'nin takdirine bırakılmıştır. TBB tarafından çıkarılacak Yönetmelikte Kurumun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanların Fonun finansmanına katkı sağlayıp sağlamadıkları dikkate alınarak haklarında düzenleme yapılabileceği tabiidir. Dolayısıyla Kurumun kadrolu avukatlarından baro levhasına yazılı olanların Fondan yararlanıp yararlanmayacakları hususu, TBB'ce çıkarılacak yönetmelikte düzenlenecek bir mesele olup anayasal bir sorun oluşturmamaktadır. Bu itibarla dava konusu kuralda hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan bir serbest meslek faaliyeti olan avukatlık mesleği kural olarak bağımsız bir biçimde, avukat ile müvekkil arasında serbest iradeyle akdedilen vekâlet sözleşmesi çerçevesinde icra edilmektedir. Bağımsız bir biçimde yürütülen avukatlık faaliyetinde vekâlet sözleşmesinden doğan tüm yükümlülüklere avukatın kendisi katlanmakta, her türlü borç avukatın şahsi borcu sayılmaktadır. Kadrolu SGK avukatı ise bağımlı çalışan olarak sadece Kuruma ait işleri yürütmekte, Kurumdan bağımsız bir şekilde üçüncü kişilerden vekâlet alamamaktadır. Ayrıca Kurumun kadrolu avukatının takip ettiği dava ve icra işlemlerinden doğan vekâlet pulu dâhil her türlü mali yükümlülük Kuruma ait olmakta ve bu mali yükümlülükler SGK bütçesinden karşılanmaktadır.

Bağımsız bir şekilde serbest meslek faaliyeti icra eden avukatlar ile Kuruma bağlı çalışan avukatların aynı konumda olmadıkları açıktır. Kanun koyucunun, Kurumu, bağımlı çalışan avukatların özel statüleri nedeniyle fiilen SGK üzerinde kalan vekâlet pulu bedellerini ödeme yükümünden kurtarmak amacıyla Kurum I. hukuk müşaviri, hukuk müşaviri ve kadrolu avukatlarının Kurum vekili sıfatıyla takip ettikleri her türlü dava ve icra işlemlerinde vekâletname ibraz mecburiyetlerini ortadan kaldırması eşitlik ilkesini zedelememektedir.

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

F- Kanun'un 54. Maddesiyle 5510 Sayılı Kanun'un 103. Maddesine Eklenen Üçüncü ve Dördüncü Fıkraların İncelenmesi

1- Üçüncü Fıkra

Dava dilekçesinde, sağlık hizmeti sunucusu hakkında müfettiş inceleme veya soruşturması esnasında birtakım tespitlerin yapılmasına ve yargı kararıyla kesinleşmemiş tespitlere göre SGK alacağının riskli olduğuna karar verilerek sağlık hizmeti sunucusunun muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulmasının ve alacağın tahsili için teminat öngörülmesinin, sağlık hizmeti sunucularının hukuk güvenliklerini ortadan kaldırdığı, ortada bir yargı kararı olmadan müfettiş incelemesine dayalı olarak sağlık hizmeti sunucularının Kurumdan olan muaccel ve müeccel alacaklarının altı ay süreyle durdurulmasının, alacaklarına kavuşmalarının müfettiş incelemesinin altı ay içinde tamamlanıp rapora bağlanamaması veya teminat gösterilmesi şartlarına bağlanmasının, kişilerin mülkiyet hakkının Anayasa'da öngörülmeyen bir surette durdurulması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 14. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5510 sayılı Kanun, sosyal sigortalar ile genel sağlık sigortasından yararlanacak kişileri ve sağlanacak haklarını, bu haklardan yararlanma şartları ile finansman ve karşılanma yöntemlerini belirlemektedir. Anılan Kanun'un 73. maddesinde sağlık hizmeti sağlama yöntemi düzenlenmektedir. Buna göre, 5510 sayılı Kanun'a göre sağlık hizmetleri, Kurum ile yurt içindeki veya yurt dışındaki sağlık hizmeti sunucuları arasında yapılan sözleşmeler yoluyla ve/veya bu Kanun hükümlerine uygun olarak genel sağlık sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sözleşmesiz sağlık hizmeti sunucularından satın aldıkları sağlık hizmeti giderlerinin ödenmesi suretiyle sağlanır.

Kanun'un 103. maddesinde, idari yaptırımlar ve fesih konuları düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, Kurumca yapılan inceleme

neticesinde fıkrada belirtilen fiilleri işledikleri tespit edilen sağlık hizmeti sunucuları hakkında genel hükümlere göre takip yapılacağı, bu fiiller nedeniyle Kurumun yersiz ödediği tutarın 96. maddeye göre geri alınacağı belirtilmiş ve ayrıca bu fiilleri işleyen veya sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen hükümlere aykırı davrandığı tespit edilen sağlık hizmeti sunucularının SGK ile yaptıkları sözleşmelerin feshedilebileceği ve Kurumca belirlenecek süre içinde kendileriyle tekrar sözleşme yapılmayacağı ifade edilmiştir.

Söz konusu maddeye, Kanun'un 54. maddesiyle eklenen dava konusu üçüncü fıkrada, Kurum müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak oluşabilecek Kurum alacağının tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ayı geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun SGK nezdindeki muaccel veya müeccel alacaklarının ödemesinin, tahsili riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olarak durdurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Altı aylık süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise durdurma kararının kendiliğinden kalkacağı ve bu tarihten itibaren muaccel olan alacakların ödenmeye devam olunacağı, altı aylık süre sonuna kadar ödenmesi durdurulan alacakların ise inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar ödenmeyeceği belirtilmiştir. Fıkranın son cümlesinde, sağlık hizmeti sunucusunun SGK nezdindeki muaccel olan alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (2) ve (3) numaralı bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararının bu kararı uygulayan SGK ünitesi tarafından kaldırılması ve SGK nezdindeki alacaklarının ödenmesi öngörülmüştür.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik 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. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya

yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan, 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 kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir."* denilmek suretiyle mülkiyet hakkı güvenceye bağlanmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. Mülkiyet hakkı, genel olarak, bir kimsenin başkasına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla bir şey üzerinde dilediği biçimde yararlanma, tasarruf etme, başkasına devretme, kullanılanın biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme yetkilerini kapsamaktadır. Öte yandan, mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi olmayan hakları da içermektedir.

Sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularının Kuruma sundukları sağlık hizmetinden doğan alacaklarının mülkiyet hakkı kapsamında bulunduğu açıktır. Dolayısıyla SGK alacağının tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde, en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü ve Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla altı ayı geçmemek üzere, inceleme veya soruşturma sonuçlanıncaya kadar sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel veya müeccel alacaklarının ödemesinin durdurulması, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük, kamu yararının korunması ile bireyin hak ve

özgürlükleri arasında adil bir dengenin sağlanmasını gerektirmektedir. Öngörülen tedbirin, maliki olağandışı ve aşırı bir yük altına sokması durumunda müdahalenin ölçülü olduğundan söz edilemez.

Maddenin gerekçesinde, telafisi güç veya imkânsız bir zararın ortaya çıkması durumunda, sonradan tahsili imkânsız hâle geleceği anlaşılan bu tür zararların müfettiş incelemesi sonuçlanıncaya kadar ödenmesinin engellenmesiyle, ortaya çıkmış olan bir zararın hukuki işlemler neticesinde tahsilâtının imkânsız hâle gelmesinin önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Kanun koyucunun kamu alacağının tahsilinin güvenceye bağlanması yolunda düzenleme yapmasında kamu yararı bulunmadığı söylenemez.

Sağlık hizmeti sunucusunun alacağının ödenmesinin durdurulması tedbiri, SGK müfettişlerince yapılan inceleme veya soruşturma esnasında yapılan tespitlere bağlı olarak Kurum alacağının tahsilinin riske gireceğinin öngörülmesi hâlinde uygulanabilecektir. Dolayısıyla durdurma kararının alınabilmesi için müfettişlerce Kurumun zarara uğratıldığı yolunda somut olgulara dayanan tespitlerin yapılmış olması ve bu alacağın tahsilinin riske gireceğine ilişkin ciddi karinelerin bulunması şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekir. Ayrıca alacağın ödenmesinin durdurulması tedbirinin, inceleme veya soruşturmayı yapan müfettişin dışında en az üç müfettişten oluşan komisyonun uygun görüşü alındıktan sonra Rehberlik ve Teftiş Başkanının onayıyla uygulanması öngörülmek suretiyle tedbirin uygulanması için gereken koşulların oluşup oluşmadığı hususunun SGK içinden de bir denetim süzgecinden geçirilmesi temin edilmiştir.

Durdurma kararının, soruşturma konusu alacak dışındaki diğer alacaklar yönünden en fazla altı ay süreyle uygulanabileceği kurala bağlanmış ve bu süre içinde inceleme veya soruşturma sonuçlanmaz ise bu alacaklar yönünden durdurma kararının kendiliğinden kalkması, bu tarihten itibaren muaccel olan alacakların ödenmeye devam olunması öngörülmüştür. Ödenmesi durdurulan alacağın, tahsilinin riske gireceği öngörülen alacakla orantılı olması gerektiği de açık bir biçimde ifade edilmiştir.

Öte yandan, sağlık hizmeti sunucusunun Kurum nezdindeki muaccel alacaklarının her biri için 6183 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasının (2) ve (3) numaralı bentlerinde sayılanlar kapsamında teminat verilmesi hâlinde durdurma kararının bu kararı uygulayan Kurum ünitesi tarafından kaldırılması ve Kurum nezdindeki alacaklarının ödenmesi kurala bağlanmıştır.

Bütün bu hususlar dikkate alındığında, sağlık hizmeti sunucusunun alacaklarının ödenmesinin durdurulması tedbirinin uygulanabilmesi için gereken koşulların kanunda açık, net ve anlaşılır bir biçimde düzenlendiği ve Kanun'un, malikin menfaatlerini tamamen gözardı etmediği, malikin haklarının korunması açısından da yeterli güvenceler içerdiği anlaşılmaktadır. Tedbirin uygulanması için gereken koşullar bir arada değerlendirildiğinde, malike, olağanüstü ve katlanılamaz bir yük yüklenmediği ve sağlık hizmeti sunucularının alacaklarının ödenmesinin durdurulması tedbirinin açıkça ölçüsüz olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2. ve 14. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- Dördüncü Fıkra

Dava dilekçesinde, SGK tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla, idari işleme karşı dava açma süresi geçmeden veya sözleşmenin feshinin hukuka uygun olduğu yargı kararıyla kesinleşmeden, tek taraflı tahakkuk ettirilen Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden yeni bir sözleşme yapılmamasını öngören düzenlemenin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, sağlık hizmeti sunucusunun üçüncü kişilere devri hâlinde, feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacak ve sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyecek olmasının, suçların ve

cezaların şahsiliği ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5510 sayılı Kanun'un 103. maddesinin birinci fıkrasında, Kurumca yapılan inceleme neticesinde sağlık hizmeti sunucularının,

- sağlık hizmeti sunulmadığı hâlde sağlık hizmeti fatura etme,

- faturanın veya faturaya dayanak oluşturan belgeleri gerçeğe aykırı olarak düzenleme,

- 64. madde gereğince kapsam dışı tutulan sağlık hizmetlerini kapsam içinde olan sağlık hizmetleri gibi gösterme,

- sağlık hizmetlerine hak kazanmayan kişilere sağlık hizmeti sunarak Kuruma fatura etme,

- 73. madde gereğince belirlenen tavanın üzerinde ilave ücret alma,

fiillerini işlediğinin veya sağlık hizmeti satın alınmasına ilişkin sözleşmelerde belirtilen hükümlere aykırı davrandıklarının tespit edilmesi durumunda SGK ile yaptıkları sözleşmelerin feshedilebileceği ve ayrıca SGK tarafından belirlenecek süre içinde bu şekilde sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusuyla tekrar sözleşme yapılmayacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 54. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'un 103. maddesine eklenen dava konusu dördüncü fıkrada, SGK tarafından sözleşmesi feshedilmiş sağlık hizmeti sunucusuyla feshe neden olan fiillere bağlı olarak oluşan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve fesih süresi tamamlanmadan yeni bir sözleşme yapılmayacağı hükme bağlanmış, söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun devri hâlinde ise feshe neden olan Kurum alacakları tahsil edilmeden ve en az bir yıllık fesih süresi geçmeden devralan sağlık hizmeti sunucusu ile sözleşme yapılmayacağı belirtilmiş, sözleşme yapılmayan veya sözleşmesi feshedilen sağlık hizmeti sunucusunun muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin ödenmeyeceği öngörülmüştür.

Dava konusu kural bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, amacın, kamu alacağının tahsil imkânını artırmak olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk devletinde kanun koyucu, anayasal ilkelere uymak kaydıyla, kamu alacaklarının tahsilini sağlamaya ve bu alacakları güvenceye bağlamaya yönelik düzenlemeler yapabilir. Bu bağlamda, hukuka aykırı eylemleriyle Kurumu zarara uğrattıkları tespit edilen sağlık hizmeti sunucularıyla söz konusu eylemden doğan kamu alacağının tahsilini sağlamak amacıyla, bu alacak tahsil edilene kadar yeniden sözleşme yapılmayacağının ve muayene ve işlemlere ilişkin fatura bedellerinin de ödenmeyeceğinin öngörülmesi kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Kuralda, hangi şartlarda sözleşmenin feshedileceği açık, net ve belirgin bir biçimde düzenlendiğinden hukuk güvenliğini zedeleyen ve hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil eden bir yön bulunmamaktadır.

Söz konusu sağlık hizmeti sunucusunun devri hâlinde devralan sağlık hizmeti sunucusu ile tekrar sözleşme yapılabilmesi için de feshe neden olan Kurum alacaklarının tahsil edilmiş olması şartının getirilmiş olmasının da aynı amaca yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 11. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, ticari işletmenin, içerdiği malvarlığı unsurlarının devri için zorunlu tasarruf işlemlerinin ayrı ayrı yapılmasına gerek olmaksızın bir bütün hâlinde devredilebileceği, aksi öngörülmemişse devir sözleşmesinin duran malvarlığını, işletme değerini, kiracılık hakkını, ticaret unvanı ile diğer fikrî mülkiyet haklarını ve sürekli olarak işletmeye özgülenen malvarlığı unsurlarını içerdiğinin kabul olunacağı belirtilmiştir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 202. maddesine göre, bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesi'nde, diğerleri için Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur.

Bu hükümler uyarınca, sağlık hizmeti sunan işletmeyi devralan kişi, bu işletmenin tüm borçlarından sorumlu olup önceki sağlık hizmeti

sunucusunun devredilen işletmeden kaynaklanan tüm borçları işletmeyi devralan yeni sağlık hizmeti sunucusuna geçmektedir. Dolayısıyla devredilen işletmenin Kuruma olan borçları da devralan sağlık hizmeti sunucusunun borcu hâline gelmektedir. Yeni sağlık hizmeti sunucusunun borçlusu hâline geldiği kamu alacaklarının tahsil edilmediği sürece onunla sözleşme imzalanmamasını, muayene ve işlemlerine ilişkin fatura bedellerinin de kendisine ödenmemesini öngören kuralda, yukarıda açıklanan gerekçelerle hukuk devletine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Kuralın Anayasa'nın 38. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

G- Kanun'un 61. Maddesiyle 5510 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 57. Maddenin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesinde Yer Alan *"…ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez."* İbaresinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

5510 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında, 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde sayılan sigortalıların, anılan bentte belirtilen tarihlerden itibaren kendi mevzuatına göre kayıt veya tescili yapan ilgili kurum, kuruluş ve birliklerin, vergi daireleri ile Esnaf ve Sanatkâr Sicil Müdürlüğünün sigortalı işe giriş bildirgesi düzenleyerek SGK'ya vermekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, 4. maddenin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamındaki sigortalıların, sigortalılıklarının hangi tarihlerde sona ereceği açıklanmış, üçüncü fıkrasında ise sigortalılıkları (b) bendinde belirtilen şekillerde sona erenlerin durumlarının kendileri ve sözü edilen bentte belirtilen faaliyetin sona erme hâlinin bildirildiği kuruluşlar veya vergi daireleri tarafından, en geç on gün içinde Kuruma bildirileceği kurala bağlanmıştır.

5510 sayılı Kanun'un 11. maddesinin üçüncü fıkrasında, işverenin, örneği SGK tarafından hazırlanacak işyeri bildirgesini en geç sigortalı çalıştırmaya başladığı tarihte SGK'ya vermekle yükümlü olduğu; altıncı fıkrasında ise valilikler, belediyeler ve ruhsat vermeye yetkili diğer kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin, yapı ruhsatı ve diğer tüm ruhsat veya ruhsat niteliği taşıyan işlemlerine ilişkin bilgi ve belgeler ile varsa bunların verilmesine esas olan istihdama ilişkin bilgileri, verildiği tarihten itibaren bir ay içinde SGK'ya bildirmekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un, "*Kurumca verilecek idari yaptırımlar*"ı düzenleyen 102. maddesinin birinci fıkrasının;

- (b) bendinin (1) numaralı alt bendiyle, Kanun'un 11. maddesinin üçüncü fıkrasıyla kamu idarelerine yüklenen yükümlülüklerin,

- (g) bendiyle, Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrası ile 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler yükümlülüklerin,

- (h) bendiyle, 11. maddesinin üçüncü fıkrasıyla ticaret sicil memurluklarına yüklenen yükümlülükler ile aynı maddenin altıncı fıkrasında belirtilen yükümlülüğün,

yerine getirilmemesi hâlinde idari para cezası uygulanması öngörülmüştür.

Kanun'un 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasında, 5510 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü fıkrasında ve 9. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde belirtilenler için 9. maddenin üçüncü fıkrasında belirtilen yükümlülükler ile 11. maddenin üçüncü ve altıncı fıkrasında belirtilen yükümlülüklerden bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirilmiş olanların, kanuni süresinde yerine getirilmiş sayılacağı ve bu şekilde yerine getirilmiş sayılan yükümlülükler için idari para cezası uygulanmayacağı öngörülmektedir.

Fıkranın dava konusu kuralı da içeren ikinci cümlesinde, bu yükümlülükler için daha önce uygulanan idari para cezalarının, kesinleşip

kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edileceği belirtilmiştir. İlgilerin bu imkândan yararlanabilmesi için değinilen yükümlülüklerin bu maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirilmesi zorunlu kılınmıştır. Dava konusu kuralla, tahsil edilmiş tutarların ret ve iade veya mahsup edilmeyeceği hükme bağlanmak suretiyle bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce ödemesini tamamlamış olanlara geri ödeme yapılmayacağı kurala bağlanmıştır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, idari para cezasını hiç ödemeyenlerle geç ya da eksik ödeyenlerin borcu terkin edilirken zamanında ödeme yapanların ödedikleri tutarların iade edilmemesinin, kanunun gereğini yerine getirenlerin cezalandırılması anlamını taşıyacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş 5. maddesinde de, kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak üzere siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması devletin temel görevleri arasında sayılmıştır. Sosyal devlet, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve mali politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır. Adil ve dengeli bir vergi politikası sosyal devletin vazgeçemeyeceği ilkelerden biridir.

Sosyal hukuk devleti de, insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve güvence altına alan, kişiyle toplum arasında denge kuran, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için sosyal, iktisadi ve malî önlemler alarak çalışanları koruyan, milli gelirin adil biçimde dağılmasını temin eden, hukuka bağlı ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir.

Kanun koyucu, yasama yetkisinin genelliği ilkesi gereğince, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirebilmesi için anayasal ilkelere aykırı olmaması koşuluyla

yeni mali yükümlülükler koyabileceği gibi mevcut mali yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırma yetkisine de sahiptir. Ancak bu amaçla çıkarılacak kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

Kanun'un 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddeyle, anılan Kanun'dan doğan bildirim yükümlülüklerini yerine getirmeyen kişilerin, bu yükümlülüklerini maddenin yürürlük tarihinden itibaren üç ay içinde yerine getirmeleri hâlinde kanuni süresinde yerine getirilmiş sayılması ve bu şekilde yerine getirilmiş sayılan yükümlülükler için idari para cezası uygulanmaması, daha önce uygulanan idari para cezalarının ise kesinleşip kesinleşmediğine bakılmaksızın terkin edilmesi öngörülmektedir. Dava konusu kuralla, tahsil edilmiş tutarların red ve iade veya mahsup edilmeyeceği hükme bağlanmak suretiyle maddenin kapsamı, henüz tahsil edilmemiş idari para cezalarıyla sınırlandırılmaktadır.

Maddenin gerekçesinde, kuralla, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesine tabi sigortalıları bildirim yükümlülüğü bulunan kurum ve kuruluşlara ek süre verilerek bildirimlerini yapmalarına imkân tanınmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Bu amacın kamu yararına dönük olmadığı söylenemez. Kamu yararı gözetilerek getirilen borcun terkini imkânının, Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce ödenen borçlara uygulanmayarak henüz tahsil edilmemiş kamu alacaklarıyla sınırlandırılması hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmadığı gibi borcunu ödeyenlerin cezalandırılması amacını da taşımamaktadır.

Öte yandan, ödenmekle hukuki varlığı sona eren ve *"ifa edilmiş borç"* statüsü kazanan kamu alacakları ile henüz ödenmemiş ve *"borç"* niteliğini koruyan kamu alacaklarının aynı nitelikte görülmesi mümkün değildir. Dava konusu kuralda, Kanun'un geçici 61. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte henüz ödenmemiş borçlar arasında bir ayrım yapılmadığına göre kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

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

Ğ- Kanun'un 64. Maddesiyle 5521 Sayılı Kanun'un 7. Maddesine Eklenen Dördüncü Fıkranın İkinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, hizmet tespiti davalarında SGK'nın dava edilen işverenle birlikte davalı olması yerine, işverenin yanında ferî müdahil olması öngörülerek usul hukukunun temel normlarıyla bağdaşmayan bir düzenleme sevk edildiği ve sistemin bütünlüğünün bozulduğu, zira hizmet tespiti davalarının işveren ile birlikte SGK aleyhine açılmasının önüne geçilerek Kurumun vekâlet ücreti, bilirkişi ve tanık ücreti gibi yargılama masraflarından kurtarılmasının sağlandığı, Kuruma, Devletin korumakla yükümlü tutulduğu toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimleri aleyhine ferî müdahil olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınmasının, sosyal hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca davaya davalı işveren yanında ferî müdahil olarak katılan Kuruma davalı işveren kanun yoluna başvurmasa dahi kanun yoluna başvurma hakkı tanınmasının, davanın sonuçlanmasını uzatarak toplumun korunmaya muhtaç ücretli kesimlerinin, Anayasa ile güvence altına alınmış sosyal güvenlik haklarına geç kavuşmalarına neden olacağından adil yargılanma hakkını zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36., 90. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 142. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 64. maddesiyle 5521 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın birinci cümlesiyle, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, davanın Kuruma resen ihbar edileceği öngörülmüş; dava konusu ikinci cümlesiyle ise ihbar üzerine davaya davalı yanında ferî müdahil olarak katılan Kurumun, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabileceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 142. maddesinde, *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir."* hükmüne yer verilmiştir. Hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen güvence kurallarına bağlı kalmak koşuluyla,

yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, kanunların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan bu takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. ve devamı maddelerinde düzenlenen ferî müdahale, hakkı veya borcu başkasının açtığı davanın sonucuna bağlı olan ya da davaya konu olan kararın aynen kalmasında veya iptalinde menfaati bulunan kimsenin duruma göre ya davacı veya davalı yanında yer almasını ifade eden bir usul hukuku müessesesidir. Ferî müdahalenin amacı, bir kimsenin, tarafı bulunmadığı bir davanın sonucunun ileride açacağı veya kendisine karşı açılacağı muhtemel olan başka bir davayı etkileyecek olması durumunda tarafı bulunmadığı bu davada da lehine olabilecek tüm bilgi, belge ve delillerin mahkemenin bilgisine ve değerlendirmesine sunabilmesine imkân sağlamaktır.

6100 sayılı Kanun'a göre, ferî müdahale talebinin kabulüne karar verilen üçüncü kişi, lehine müdahale talebinde bulunduğu tarafın yardımcısı konumuna girer ve onunla birlikte hareket eder. Ferî müdahil, ancak lehine müdahale ettiği tarafın iradesine uygun olan işlemleri yapabilir. Hüküm, sadece lehine müdahalede bulunulan taraf hakkında verileceğinden bu hükme karşı temyiz yoluna başvurma hakkı da asıl tarafa aittir. Bununla birlikte asıl tarafın hükmü temyiz etmesi durumunda ferî müdahilin de hükmü, lehine katıldığı tarafla birlikte temyiz etmesi mümkündür.

Dava konusu kuralla, hizmet akdine tabi çalışmaları nedeniyle zorunlu sigortalılık sürelerinin tespiti talebi ile işveren aleyhine açılan davalarda, 6100 sayılı Kanun'dan farklı olarak, davalı yanında ferî müdahil olarak katılan SGK'nın, yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilmesine imkân sağlanmıştır.

Dava konusu kuralda sözü edilen hizmet tespit davası 5510 sayılı Kanun'a göre sigortalı sayılan işlerde çalışanların SGK tarafından tespit

edilemediği veya eksik bildirilmiş hizmetlerin tescil edilmediğinin sonradan öğrenildiği durumlarda bu hususların tespiti amacıyla açılan bir davadır. Bu dava, 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin son fıkrasına dayanılarak açılmaktadır. Anılan fıkraya göre, aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları SGK tarafından tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır. SGK tarafından mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınarak ilgilinin hizmet süresi hesaplanmaktadır.

Uygulamada, hizmet tespit davalarında işveren ile birlikte SGK da hasım gösterilmektedir. Yerleşik Yargıtay içtihadına göre, Kuruma husumet yöneltilmeyen hizmet tespit davalarına ilişkin kararların uygulanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunun için açılan davalarda Kurumun hasım olarak gösterilmesi gerekmektedir.

Kanun'un 64. maddesiyle 5521 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dördüncü fıkrayla, hizmet tespit davalarının SGK'ya ihbar edilmesi mecburiyeti getirilmek suretiyle SGK'nın hasım olarak gösterilmesi yerine, işveren yanında ferî müdahil olarak katılması öngörülmüş ve ayrıca dava konusu kuralla da yanında katıldığı taraf başvurmasa dâhi kanun yoluna başvurabilmesi mümkün kılınmıştır.

Hizmet tespit davalarında ferî müdahil olarak işveren yanında katılan SGK'nın, işverenin başvurmaması durumunda dâhi kanun yoluna başvurabilmesinin, 6100 sayılı Kanun'da yer alan ferî müdahaleye ilişkin hükümlerle uyarlı olmadığı açıktır. Ancak Anayasa Mahkemesince yapılan anayasallık denetiminde ölçü norm Anayasa hükümleri olup 6100 sayılı Kanun hükümlerin esas alınması mümkün değildir.

Öte yandan ferî müdahale bir usul hukuku müessesesi olup yukarıda açıklandığı üzere hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen güvence kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine

sahiptir. Bu itibarla, kimlerin, hangi davalarda ve ne tür koşullarda ferî müdahil olabileceği ile ferî müdahilin yetkilerinin belirlenmesi, anayasal ilke ve güvencelere aykırı olmamak kaydıyla kanun koyucunun takdirindedir.

Maddenin gerekçesinden, kuralın amacının, Kurum aleyhine veya lehine yargılama giderine hükmedilmesinin engellenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Hizmet tespiti davalarında, uyuşmazlığın asıl tarafları, işçi ile işveren olup Kurumun uyuşmazlığın özüyle bir ilgisi bulunmamaktadır. Ancak, bu davanın sonucunda verilecek kararda belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınarak ilgilinin hizmet süresini hesaplaması gerekeceğinden kamu menfaatlerinin de yeterince korunabilmesi amacıyla, SGK'nın da bu davalarda hasım olarak gösterilmesi gerektiği Yargıtay içtihatlarıyla kabul edilmiştir. SGK'nın hasım olarak gösterilmesi, davalıya yükletilen tüm yargılama giderlerinden işverenle birlikte sorumlu olmasına neden olmaktadır. Bu durum, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Kanun koyucunun, SGK'nın tarafı bulunmadığı bir uyuşmazlıkta hasım gösterilmesi sebebiyle yargılama giderlerine mahkûm edilmesini engellemek amacıyla, hizmet tespit davalarında sadece ferî müdahil olması yolunda düzenleme yapması takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

Öte yandan, SGK, davanın tarafı olmayıp sadece ferî müdahil olarak davaya katılmış olsa da 5521 sayılı Kanun'un 7. maddesinin dördüncü fıkranın üçüncü cümlesi uyarınca, yargılama sonucu verilecek kararı kesinleştikten sonra uygulamakla yükümlüdür. Ferî müdahil sıfatıyla davaya katılan Kuruma, uygulamak ve sonucuna göre işlem yapmakla yükümlü olduğu karara karşı, asıl tarafın iradesinden bağımsız olarak kanun yollarına başvurma hakkı tanınmasında hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Davalı tarafın temyiz iradesi bulunmadığı hâlde ferî müdahil olan Kurumun hükmü temyiz etmesinin, davalıya isabet eden yargılama giderlerinin artmasına yol açabileceği tabiidir. Zira temyiz isteminin reddi durumunda temyiz yargılama giderlerinden kural olarak temyiz isteminde bulunan taraf sorumlu olacaktır. Ancak 6100 sayılı Kanun'un 328. maddesinde

ferî müdahil olarak davada yer alan kimsenin, yanında katıldığı tarafın haksız çıkması durumunda ferî müdahale giderinden sorumlu tutulacağı hükme bağlandığından SGK'nın, işveren tarafın iradesi bulunmamasına rağmen kararı temyiz etmiş ve temyiz istemi de reddedilmişse bu takdirde temyiz yargılama giderlerinin SGK üzerinde bırakılması gerekmektedir. Dolayısıyla Kurumun, davalı işverenin temyiz talebi bulunmaksızın yapacağı temyizin davalıya külfet yüklemesi söz konusu olmadığından bu yönüyle de Anayasa'ya aykırı bir husus görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 36., 90. ve 141. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

H- Kanun'un 73. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan "*…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, kişilerin yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal hakların seçimlik hakka indirgenmek suretiyle engellendiği, Kanunla sağlanan yeniden yapılandırma hakkından yararlanılması, dava açmama, açılan davalardan vazgeçme ve kanun yoluna başvurmama koşullarına bağlanarak borcun kaynağında yatan idari işleme karşı yargı yolunun kapatıldığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 13. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 73. maddesiyle, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu kapsamına giren vergiler ile bunlara bağlı cezaların, çeşitli kanunlar gereğince verilen idari para cezalarının, ayrıca Maliye Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında takip edilen adli ve idari para cezaları ile diğer bazı kamu alacaklarının ferîlerinin (bunlara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammının)

tahsilinden, belli koşulların yerine getirilmesi kaydıyla vazgeçilmesi ve tüm borcun yeniden yapılandırılması öngörülmektedir. Maddenin kapsamı, 30.4.2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş kamu alacaklarıyla sınırlı tutulmuştur. Kanun'dan yararlanılabilmesi için kamu alacağının kesinleşmiş olması ve Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olması ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunması gerekmektedir.

Ayrıca bu alacakların ödenmemiş kısmının tamamı ile tahsilinden vazgeçilen ferî alacak (faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi) yerine bu Kanun'un yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece ferî alacaktan ibaret olması hâlinde ise ferî alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmiş olması gerekmektedir. Bir vergi aslına bağlı olmaksızın kesilmiş olan vergi cezalarının ise % 50'sinin, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan % 50'sinin tahsilinden vazgeçilmektedir. Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların, maddede öngörülen şartların yanı sıra madde kapsamında ödenecek tutarları, ilk taksiti bu Kanun'un yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler hâlinde azami on sekiz eşit taksitte ödemeleri gerekmektedir.

Maddenin (6) numaralı fıkrasında yer alan dava konusu ibareyle, bu maddeyle getirilen borcun yeniden yapılandırılması imkânından yararlanmak isteyen borçluların, maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamalarının şart olduğu belirtilmiştir.

Hukuk devletinin önemli unsurlarından biri de hak ve özgürlüklerin tanınıp güvenceye bağlanmasıdır. Hukuk devletinin özünü hak ve özgürlükler oluştursa da bunların sınırsızlığından söz etmek mümkün değildir. Ancak hukuk devletinde hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların istisnai nitelik taşıması zorunludur.

Anayasa'da hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının ölçütü Anayasa'nın 13. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, *"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."*

Anılan madde, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasını, ilgili temel hak ve özgürlüğe ilişkin Anayasa maddesinde gösterilen özel sebeplerin bulunmasına bağlı kılmıştır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu, ayrıca, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Anayasa'nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Yukarıda ifade edildiği gibi, hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi, bu hakkın Anayasa'da düzenlenen diğer hak ve özgürlükler veya Devlete yüklenen ödevlerle çatışması durumunda da sınırlandırılabilmesi mümkün görülmektedir.

Dava konusu kuralla Kanun'un 73. maddesinde öngörülen borcun yeniden yapılandırılması imkânından yararlanılabilmesi için maddede belirtilen kamu alacaklarına karşı dava açılmaması, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kanun yollarına başvurulmaması koşulunun getirilmesinin hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Kanun koyucunun, 73. madde kapsamında kalan kamu alacaklarının bir kısmının tahsilinden belli koşullar çerçevesinde vazgeçilmesi ve bu suretle borcun yeniden yapılandırılması olanağı getirmesinin kamu alacaklarının tahsil imkânının artırılması amacına dayandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, kanun koyucu, Anayasa'nın 5. maddesinde belirtilen Devletin temel amaç ve görevlerini yerine getirebilmesi için anayasal ilkelere aykırı olmaması koşuluyla yeni mali yükümlülükler koyabileceği gibi mevcut mali yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırma yetkisine de sahiptir. Kamu alacaklarının tahsil imkânının artırılması amacıyla yeniden yapılandırılmasında ve kamu alacağının bir kısmının tahsilinden vazgeçilmesinde kamu yararı bulunduğu açıktır. Dava konusu kuralla da, tahsil imkânının artırılması gayesiyle yeniden yapılandırılan kamu alacaklarına ilişkin uyuşmazlıkların sonlandırılması hedeflenmektedir. Dolayısıyla hak arama hürriyetine yönelik dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın, Anayasa'nın 5. maddesiyle Devlete tanınan yetkinin kullanımıyla doğrudan ilgili olduğu ve anayasal açıdan meşru bir amaca dayandığı anlaşılmaktadır.

Ancak tahsil imkânının artırılması gayesiyle yeniden yapılandırılan kamu alacaklarına ilişkin uyuşmazlıkların sonlandırılması amacıyla hak arama hürriyetine getirilecek sınırlamanın, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırılık taşımaması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük ilkesi nedeniyle kanun koyucu, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle, kanun koyucu, Kanun'un 73. maddesi kapsamında kalan ve yeniden yapılandırılan kamu alacaklarına karşı dava açma yolunu kapatırken, gereksiz uyuşmazlıkları önleme amacı ile mükellefin menfaatleri arasında adil bir denge kurmalıdır.

Kanun koyucu, Kanun'un 73. maddesiyle borçlulara, borçlarını yeniden yapılandırma imkânı getirerek bu kapsamda borcun bir kısmını ödeme yükünden kurtarma ve yapılandırılan borcu da taksitler hâlinde ödeme avantajı sağlarken, bunun karşılığında dava konusu kuralla da, kamu alacaklarına karşı dava açmama, açılmış davalardan vazgeçme ve kanun yollarına başvurmama yükümü yüklemek suretiyle kamu yararı ile kişisel yarar arasında makul bir denge kurmaya çalışmıştır. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu, maddede belirtilen kamu alacaklarına karşı dava açılmaması, açılmış davalardan vazgeçilmesi ve kanun yollarına başvurulmaması koşulunu öngörürken tek taraflı bir biçimde borçlulara yük yüklememiş, onlara çeşitli avantajlar da sağlayarak hakkaniyete uygun bir denge kurmuştur. Borçluların hem yapılandırma imkânından yararlanması hem de uyuşmazlığı dava konusu edebilmesi, düzenlemenin amacıyla bağdaşmayacağı gibi, adalete uygun olarak kurulması gereken menfaatler dengesinin borçlu lehine, kamu aleyhine bozulması sonucunu da doğuracaktır. Dolayısıyla dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın açıkça ölçüsüz olduğu söylenemeyeceğinden kuralda hak arama hürriyeti ile hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 36 ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

I- Kanun'un 80. Maddesinin (4) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasında yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresi için açıklanan gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 13. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 80. maddesiyle Gümrük ve Ticaret Bakanlığına bağlı tahsil dairelerince, 30.4.2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce 4458 sayılı Gümrük Kanunu ve ilgili diğer kanunlar kapsamında gümrük yükümlülüğü doğan ve 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip edilen gümrük vergileri ve idari para cezalarının ferîlerinin (bunlara bağlı faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammının) tahsilinden, belli koşulların yerine getirilmesi kaydıyla vazgeçilmesi öngörülmektedir. Maddenin kapsamı, 30.4.2014 tarihinden (bu tarih dâhil) önce tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş kamu alacaklarıyla sınırlı tutulmuştur. Kanun'dan yararlanılabilmesi için kamu alacağının kesinleşmiş olması ve Kanun'un yayımlandığı tarih itibarıyla vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olması ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunması gerekmektedir.

Ayrıca bu alacakların ödenmemiş kısmının tamamı ile tahsilinden vazgeçilen ferî alacak (faiz, cezai faiz, gecikme faizi, gecikme zammı gibi) yerine bu Kanun'un yayımlandığı tarihe kadar Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın; ödenmemiş alacağın sadece ferî alacaktan ibaret olması hâlinde ise ferî alacak yerine Yİ-ÜFE aylık değişim oranları esas alınarak hesaplanacak tutarın, bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmiş olması gerekmektedir. Vadesi geldiği hâlde ödenmemiş olan ya da ödeme süresi henüz geçmemiş bulunan ve bir vergi aslına bağlı olmaksızın 4458 sayılı Kanun ve ilgili diğer kanunlar kapsamında kesilmiş olan idari para cezaları ile 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun iştirak hükümleri nedeniyle kesilmiş olan idari para cezalarının %50'sinin bu maddede belirtilen süre ve şekilde tamamen ödenmesi şartıyla cezaların kalan %50'sinin tahsilinden vazgeçilmektedir.

Bu madde hükümlerinden yararlanmak isteyen borçluların maddede öngörülen şartların yanı sıra madde kapsamında ödenecek tutarları, ilk taksiti bu Kanun'un yayımlandığı tarihi izleyen üçüncü aydan başlamak üzere ikişer aylık dönemler hâlinde azami on sekiz eşit taksitte ödemeleri gerekmektedir.

Maddenin (4) numaralı fıkrasında yer alan dava konusu ibarelerle, bu maddeyle getirilen borcun yeniden yapılandırılması imkânından

yararlanmak isteyen borçluların, maddede belirtilen şartların yanı sıra dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamalarının şart olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasında yer alan "*…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.*" ibaresi için açıklanan gerekçeler dava konusu kural yönünden de geçerlidir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 36 ve 125. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

İ- Kanun'un 87. Maddesiyle Değiştirilen 5846 Sayılı Kanun'un 47. Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Kanun'un 87. maddesiyle 5846 sayılı Kanun'un "*Kamuya maletme*" başlıklı 47. maddesi bütünüyle değiştirilmiştir. 5846 sayılı Kanun'un 47. maddesinin, Kanun'un 87. maddesiyle değişmeden önceki hâlinde, memleket kültürü için önemi haiz görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma yetkisinin, hak sahiplerine münasip bir bedel ödenmesi suretiyle koruma süresinin bitiminden önce Bakanlar Kurulu kararnamesiyle kamuya mal edilebileceği hükme bağlanmıştır. Anılan maddeye göre mali haklardan faydalanma yetkisinin, hak sahibine uygun bir bedel ödenmesi kaydıyla koruma süresinin bitiminden önce bir Bakanlar Kurulu kararnamesiyle kamuya mal edilebilmesi için, eserin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi, Türkiye'de veya Türk vatandaşları tarafından Türkiye dışında yayımlanmış olması, mali haklara ilişkin koruma süresinin dolmamış bulunması, yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağının tespit edilmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

Maddenin yeni hâlinde de Bakanlar Kuruluna, hak sahibine uygun bir bedel ödenmesi kaydıyla koruma süresinin bitiminden önce bir eser üzerindeki hakları kamuya maletme yetkisi tanınmakta, önceki hâlinde olduğu gibi, eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebilmesi için eserin memleket kültürü yönünden önemli görülmesi ve Türkiye'de veya Türk vatandaşları tarafından Türkiye dışında yayımlanmış olması şartları aranmaktadır.

Bununla birlikte maddenin yeni hâlinin, bazı yönlerden önceki düzenlemeden ayrıştığı görülmektedir. Yeni düzenlemede, "*yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağının tespit edilmesi şartlarının bir arada gerçekleşmesi*" şartı kaldırılmıştır. Dolayısıyla yeni düzenlemeye göre, eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebilmesi için eserin tükenmiş bulunması gerekmediği gibi yeniden yayınlanacak olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır.

Önceki düzenlemede, kamuya mal edilme işleminin "*koruma süresinin bitiminden önce*" yapılması gerektiği belirtilmekle beraber eser sahibinin ölümünden önce yapılmayacağına dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla eski düzenlemeye göre eser sahibi henüz hayatta olsa bile kamuya maletme işleminin tesis edilmesi mümkündür. Yeni düzenlemede ise kamuya maletme işleminin eser sahibinin ölümünden sonra yapılabileceği açıkça belirtilerek ölümünden önce eser üzerindeki haklarının kamuya mal edilmesi imkânsız hâle getirilmiştir.

Son olarak, önceki düzenlemede sadece "*mali haklardan yararlanma yetkisi*"nin kamuya mal edilmesi öngörülmüşken yeni düzenlemede, herhangi bir ayrım yapılmaksızın eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebileceği belirtilmiştir. Kanun'da eser sahibine tanınan manevi haklar; eseri kamuya sunma hakkı (m. 14), eserde sahibinin adını belirtme hakkı (m. 15), eserde değişiklik yapılmasını yasaklama hakkı (m. 16) ve eserin üzerinde somutlaştığı malın malik ve zilyetlerine karşı olan hakları (m. 17); mali haklar ise işleme hakkı (m. 21), çoğaltma hakkı (m. 22), yayma hakkı (m. 23), temsil hakkı (m. 24) ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (m.25) şeklinde sayılmıştır.

Kuralda, herhangi bir ayrım yapılmaksızın eser üzerindeki hakların kamuya mal edilebileceği ifade edilmiş ise de eser üzerindeki hakların, *"eser sahibinin ölümünden sonra"* kamuya mal edilebileceği açık bir şekilde belirtildiğinden kamuya maletme işlemiyle kamuya geçecek olan hakların, eser sahibinin ölümünden sonra kullanılabilecek olanlarla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hangi haklar eser sahibinin ölümünden sonra da kullanılabiliyorsa o haklar kamuya mal edilecektir.

5846 sayılı Kanun'un 26. maddesinin birinci fıkrasında, eser sahibine tanınan mali hakların zamanla mukayyet olduğu hükme bağlanmış; 27. maddesinin birinci fıkrasıyla da koruma süresi, eser sahibinin yaşadığı müddet ve ölümünden itibaren yetmiş yıl ile sınırlanmıştır. Dolayısıyla eser sahibinin mirasçıları, eser üzerindeki mali haklardan eser sahibinin ölümünden sonraki yetmiş yıllık süre boyunca yararlanmaya devam edeceklerinden dava konusu kural uyarınca tesis edilecek kamuya maletme işleminin mali hakları kapsadığı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Öte yandan 5846 sayılı Kanun'da, eser sahibinin eser üzerindeki manevi haklarının kullanım yetkisinin de, eser sahibinin ölümünden sonra bir başkasına veya mirasçılarına devrine veya intikaline belli ölçüde cevaz verilmiştir. Kanun'un 19. maddesinin birinci fıkrasına göre, eser sahibinin 14. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen, *"eserin kamuya sunulması hakkı"* ile 15. maddenin birinci fıkrasında düzenlenen, *"eser sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme hakkı"*nın, eser sahibinin varsa ölümünden önce kullanım hakkını bıraktığı üçüncü kişilerce; yoksa vasiyeti tenfiz memurunca; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçıları, ana - babası, kardeşleri tarafından eser sahibinin ölümünden sonra kullanılması mümkündür.

Eserin kamuya sunulması hakkı ile eser sahibinin adı veya müstear adı ile yahut adsız olarak umuma arz etme hakkının bir kere kullanılmakla tükenen haklardan olduğu gözetildiğinde, eser sahibinin sağlığında bu hakları kullanmış olması durumunda, ölümünden sonra yukarıda sayılan kişilerin bu hakları kullanması mümkün değildir.

Ayrıca 5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasına göre, eser sahibinin ölümünden sonra birinci fıkrada sayılan kimseler, Kanun'un 14., 15. ve 16. maddelerinin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler.

Kanun'un;

- 14. maddesinin üçüncü fıkrasında, eserin umuma arz edilmesi veya yayımlanma tarzı, sahibinin şeref ve itibarını zedeleyecek mahiyette ise eser sahibinin, başkasına yazılı izin vermiş olsa bile eserin gerek aslının gerek işlenmiş şeklinin umuma tanıtılmasını veya yayımlanmasını menedebileceği,

- 15. maddesinin üçüncü fıkrasında, bir eserin kimin tarafından vücuda getirildiği ihtilaflı ise yahut herhangi bir kimse eserin sahibi olduğunu iddia etmekte ise hakiki sahibinin, hakkının tespitini mahkemeden isteyebileceği,

- 16. maddesinin üçüncü fıkrasında ise eser sahibinin, kayıtsız ve şartsız olarak yazılı izin vermiş olsa bile şeref ve itibarını zedeleyen veya eserin mahiyet ve hususiyetlerini bozan her türlü değiştirilmeleri menedebileceği,

düzenlenmektedir.

5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasında işaret edilen yetkiler, eser sahibinin eser üzerindeki haklarını koruyucu nitelikte olup anılan maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre salahiyetli olanların bu yetkilerini kullanmamaları durumunda, meşru bir menfaati bulunduğunu ispatlamak kaydıyla, eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse bu yetkileri kullanabileceği gibi bunların da bulunmaması veya bu yetkilerini kullanmamaları hâlinde Kültür ve Turizm Bakanlığı 14., 15. ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kendi namına kullanabilir. Öte yandan, 19.

maddenin ikinci fıkrasında öngörülen yetmiş yıllık sürenin sonunda, 14., 15. ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan hakları kullanma yetkisi bütünüyle Kültür ve Turizm Bakanlığına geçmektedir.

Sonuç olarak dava konusu kural uyarınca tesis edilecek kamuya maletme sonucunda, işleme, çoğaltma, yayma, temsil ve Kanun'da sayılan diğer mali haklar ile manevi haklardan, eser sahibinin ölümüyle 5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinde sayılan kişilere geçebilen, eser sahibinin eserinin kamuya sunulması, yayımlanma zamanının ve tarzının tayin edilmesi, eserin eser sahibinin adı veya müstear adıyla veya adsız olarak umuma arz edilmesi veya yayımlanması yetkilerinin ve 14., 15. ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında düzenlenen koruyucu yetkilerin, Bakanlar Kurulunca tayin edilecek kuruma geçeceğinin söylenmesi mümkündür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- Anayasa'nın 13. ve 35. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, memleket kültürü için önemi haiz eserlerin eser sahibinin ölümünden sonraki yetmiş yıllık koruma süresi içinde, *"yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş olması"* ve *"hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni baskısını yapmayacağının tespit edilmesi"* şartları birlikte gerçekleşmeden kamuya mal edilmesinin, eser sahibinin mirasçılarının manevi ve mali haklarına kanunla el konulması anlamına geldiği, piyasada bulunan ve yokluğundan söz edilemeyen eserlerin mali haklarının yanında manevi haklarının da tek yanlı belirlenen "*münasip bir bedel*" karşılığında koruma süresi içinde kamuya mal edilmesinde kamu yararından söz edilemeyeceği gibi bunun, hak sahiplerinin eser üzerindeki mülkiyet hakkını, özüne dokunacak şekilde ölçüsüzce sınırlandırdığı belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi olmayan hakları da içermektedir.

Dava konusu kuralla, memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki hakların, eser sahibinin ölümünden sonra kamuya mal edilmesine imkân tanınmaktadır. Eser sahipliğinden doğan mali hakların eser sahibinin mirasçıları yönünden ekonomik bir değer ifade ettiği açıktır. Mirasçılar yönünden ekonomik değer ifade eden eser sahipliğine bağlı mali hakların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Manevi haklar, kişilik hakları kapsamında ve onların özel bir türü olarak değerlendirilmekte iseler de eser sahibine tanınan manevi hakların, manevi menfaatlerin yanında mali menfaatleri de koruduğu bir gerçektir. Esasen mali haklar ile manevi hakların kesin çizgilerle birbirinden ayrılması da mümkün değildir. Bu itibarla eser sahibinin manevi haklarına ilişkin düzenlemelerin de mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Eser sahibinin mirasçılarının eser sahipliğinden doğan mali hakları ile manevi haklarının kullanım yetkilerinin kamuya mal edilmesinin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı hususunda kuşku bulunmamaktadır. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür.

Kamu yararı mülkiyet hakkı yönünden bir sınırlama nedeni olmanın yanında, anayasa hukukunda kanun koyucuyu sınırlayan ve kanun yapımında göz önünde bulundurulması gereken bir ölçüttür. Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı, genel bir ifadeyle, bireysel ve özel çıkarlardan ayrı, bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

Eser sahipliğinden kaynaklanan hakların kamuya mal edilmesi, memleket kültürü bakımından önem taşıyan eserlerin kamuya ve dolayısıyla toplumun yararlanmasına sunulmasında devamlılığın sağlanması amacına dayanmaktadır. Memleket kültürü bakımından önem taşıyan eserlerin, eser sahibinin ölümünden sonra idari otoritelerce kamuya mal edilmek suretiyle kamusal erişiminin devamlı kılınmasında kamu yararına aykırı bir yön

bulunmadığından dava konusu kuralla fikri mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayanmadığı söylenemez.

Ancak mülkiyet hakkına sınırlama getirilebilmesi için meşru bir amaca dayanılması yeterli olmayıp Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen diğer güvencelere de uyulması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, yasal önlemin öngörülen amaç için gerekli ve amaca ulaşmaya elverişli olmasını, ayrıca amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere fikir ve sanat eserinin kamuya mal edilmesi kurumuyla amaçlanan husus, memleket kültürü için önem taşıyan eserlerin kamusal erişiminde devamlılığı sağlamaktır. Dava konusu kural, kamuya sunumunda herhangi bir sorun yaşanmayan eserler üzerindeki hakların da, söz konusu eserlerin memleket kültürü bakımından önemli görülmesi durumunda Bakanlar Kurulunca kamuya mal edilebilmesine imkân tanımaktadır. Mirasçının tasarruflarıyla kamusal erişimi sağlanabilen eserler üzerindeki hakların Bakanlar Kurulu kararıyla kamuya mal edilebilmesi ve bu suretle malikin mülkiyetinden yoksun bırakılabilmesi, değinilen amaca ulaşılması bakımından gerekli bir araç niteliği taşımamaktadır. Öte yandan, Bakanlar Kuruluna tanınan kamuya mal etme yetkisi, memleket kültürü için önem taşıyan eserlerle sınırlandırılmış ise de "*memleket kültürü için önem taşıma*" kriterinin sübjektif yönünün ağır bastığı gözetildiğinde,

kuralın, öngörülen amacın dışına çıkılacak şekilde yetki kullanımına zemin hazırladığı ve bu haliyle amaca ulaşmaya elverişli bir araç temin etmediği anlaşılmaktadır. Ayrıca, mülkiyetlerinden yoksun bırakılan hak sahiplerinin "*…münasip bir bedel talep etme hakları…*" saklı tutulmak suretiyle kamu yararı ile bireysel yarar arasında adil bir denge kurulmaya çalışılmış ise de kamuya mal edilen hakların ekonomik değerinin doğrudan hak sahibine ödenmek yerine talep hakkı tanınmakla yetinilmesi, Anayasa'nın 35. maddesinde öngörülen mülkiyet hakkı güvenceleriyle bağdaşmamaktadır. Bu itibarla, dava konusu kuralla fikri mülkiyete getirilen sınırlamanın ölçülü bir müdahale teşkil ettiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

b- Anayasa'nın 26. ve 27. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, düşünce özgürlüğünün, sadece düşünce ve kanaat sahibi olmayı değil, bunları özgürce açıklama, yayma ve bunlara ulaşma hakkını da kapsadığı, hak sahipleri ile yayımcılar arasında yapılan sözleşmeler çerçevesinde farklı yayınevlerince basılarak piyasaya sunulan, ilgilenenleri tarafından herhangi bir engelle karşılaşılmadan ulaşılabilir olan eserlerin topluma ulaşmasının tek elden, Devletin öngördüğü şekilde ve öngördüğü ölçüde yapılacak olmasının, düşünce ve kanaatleri açıklama, yayma, düşünce ve kanaatlere ulaşma özgürlüğüyle bağdaşmadığı belirtilerek dava konunu kuralın, Anayasa'nın 26. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 27. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*." denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. İfade özgürlüğü, insanın serbestçe haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir (*Emin Aydın*, B. No: 2013/2602, 23.1.2014, § 40).

Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarzları, biçimleri ve araçları da korunmuştur. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "*başka yollar*" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

Anayasa'nın 27. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir."* denilmek suretiyle bilim ve sanat özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır. Bilim ve sanat özgürlüğü, her türlü bilim ve sanat eserinin oluşumu, tanıtımı, yayılması ve kamuya sunulmasına yönelik faaliyetlerin, devlet veya devlet dışındaki üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın serbestçe yürütülebilmesini ifade etmektedir. 5846 sayılı Kanun'da sayılan ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri ile işleme ve derleme eserlerin birer bilim ve sanat eseri olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Dava konusu kuralda, Bakanlar Kuruluna, memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki hakları, eser sahibinin ölümünden sonra kamuya mal edebilme yetkisi tanınmaktadır. Sahibinin fikri çabasının ürünü olan fikir ve sanat eserlerinin kamuya sunulması ve yayılmasının ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Öte yandan, eser sahibinin ölümüyle birlikte Kanun'un öngördüğü ölçüde eser üzerindeki haklar mirasçılara geçeceğinden mirasçıların da eserin kamuya sunulması

ve yayılmasına ilişkin tasarruflarının ifade özgürlüğü kapsamında koruma görmesi gerekmektedir. Fikir ve sanat eserinin, sahibinin ölümünden sonra kamuya mal edilmesi, mirasçıların, eserin kamuya sunulması ve yayınlanmasının biçim ve araçlarını belirleme serbestîsini sınırlayacağından dava konusu kuralla ifade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğüne müdahalede bulunulduğu söylenebilir.

Yukarıda açıklandığı üzere, dava konusu kuralla amaçlanan husus, memleket kültürü bakımından önem taşıyan eserlerin, eser sahibinin ölümünden sonra idari otoritelerce kamuya sunulmasına imkân sağlamaktır. Memleket kültürü için önem taşıyan eserlerin kamusal erişiminde devamlılığın sağlanması amacıyla kamuya mal edilebilmesinin öngörülmesinde anayasal açıdan meşru bir amaca dayanıldığı anlaşılmaktadır. Ancak, ifade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için meşru amacın varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Demokratik toplum, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik temeline dayanmaktadır. İfade özgürlüğü ile bilim ve sanat özgürlüğü, demokratik toplumun vazgeçilmez ögelerini teşkil etmektedir. Demokratik bir toplumda bu özgürlüklere müdahale edilebilmesi, ancak zorlayıcı nedenlerin varlığına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, bu özgürlüklere yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeni bakımından gerekli olduğundan söz edilebilmesi için zorunlu bir nitelik taşıması gerekmektedir.

Fikri haklar, mülkiyet hakkı kapsamında görülse de aynı zamanda demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsurunu teşkil eden ifade hürriyetiyle yakından ilişkilidir. Bu nedenle, fikri mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı değerlendirilirken, salt ekonomik bir değer ifade eden mülkiyete konu diğer varlıklardan farklı olarak, öngörülen tedbirin ifade hürriyetine yönelik olacağı da göz önünde bulundurulmadır. Dolayısıyla fikri haklara yapılacak müdahalenin

demokratik toplum bakımından gerekliliğinin farklı bir yaklaşımla ele alınması zorunluluğu bulunmaktadır.

Fikri çabanın ürünü olan fikir ve sanat eserinin kamuya sunuluş biçim ve araçları ile ölçüsünün belirlenmesinin eser sahibinin ölümünden sonra öncelikle mirasçılarının tasarrufunda bulunması, ifade hürriyetine mündemiç olan düşünce ve kanaatleri yayma hakkının bir gereğidir. Kamu otoritelerinin, eser sahibinin mirasçılarının bu hakkına müdahalesi ancak zorlayıcı nedenlerin varlığı koşuluyla haklı bir temele dayanabilir. Bir zorunluluktan söz edilebilmesi için, hukuki veya fiili birtakım sebeplerle eserin kamuya sunumunda ve kamusal erişiminin sağlanmasında ciddi sorunlarla karşılaşılmış olması gerekir. Bu haliyle kuralın, halen piyasada var olan ve kamuya sunumunda herhangi bir sorunla karşılaşılmayan eserlerin de kamuya mal edilmesine imkân sağladığı anlaşılmaktadır. Kamu otoritelerinin imkân ve katkıları olmaksızın da kamusal erişimi sağlanabilen eserlerin kamuya mal edilmesinin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı söylenemez. Dolayısıyla, sahibi vefat eden her eserin memleket kültürü bakımından önemli görülerek kamuya mal edilmesi sonucunu doğurabilecek şekilde Bakanlar Kuruluna takdir yetkisi tanınması, bilim ve sanat özgürlüğü ile ifade özgürlüğüne, demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaşmayan bir müdahale teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13., 26. ve 27. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

J- Kanun'un 88. Maddesiyle 6200 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 6. Maddenin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan *"…denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere…" ve "…veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır."* İbarelerinin İncelenmesi

1- "…veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılacağı…" İbaresi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda, hangi yapıların denetiminin DSİ tarafından yetkilendirilen şirketlerden müşavirlik hizmeti satın alınmak suretiyle yerine getirileceği hususunda belirsizlik söz konusu olduğu, ayrıca, asli ve sürekli görevler kapsamında bulunan su yapılarının denetimi görevinin kamu görevlileri eliyle yerine getirilmesinin anayasal bir zorunluluk olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, DSİ'ye verilen su yapılarının denetimi görevinin DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınmak suretiyle yaptırılmasına imkân sağlanmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen 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.

Dava konusu kuralı içeren ek 6. madde bir bütün olarak dikkate alındığında, dava konusu kuralla, DSİ'nin yetkilendireceği denetim şirketlerinden müşavirlik hizmeti satın almak suretiyle denetlettirebileceği yapıların, elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımlarını, gerçek ve tüzel kişiler tarafından

yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapıları ile sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarını kapsadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda, belirsizliğe yol açan herhangi bir yön bulunmadığından hukuk devletine aykırılık söz konusu değildir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" denilmektedir. Bu hüküm uyarınca, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Denetim faaliyeti, başlı başına icrai sonuç doğuran bir işlem veya karar niteliğinde değildir. Denetim sonucu düzenlenen raporlar, idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu raporların hazırlanması, denetlenen kişilerin hukukunda değişiklik yaratmamaktadır. Esasen icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca alınan cezai ve idari kararlar ile başvurulan diğer hukuki tedbirlerdir. İcrai kararları almakla yetkili idari makam, hazırlık işlemi niteliğindeki denetim raporunda yer alan tespit ve değerlendirmelerle bağlı değildir. Bu nedenle kural olarak icrai işlemler dışında denetim faaliyetinin özel kişilerden hizmet satın alınması yoluyla yürütülmesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez.

Dava konusu kuralla, DSİ'nin su yapılarının denetimi görevini, yetkilendireceği Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketlerden müşavirlik hizmeti satın almak suretiyle yaptırmasına olanak tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenecek denetim raporları sonucunda gerekli yaptırım ve işlemlerin DSİ tarafından karara bağlanması öngörülmüştür. Denetim sonucu Kanun'da öngörülen hukuki ve idari tedbirleri uygulama yetkisi idarede kalmaya devam ettiğinden, teknik destek sağlamaktan ibaret, hazırlık işlemi niteliğinde bir görev olduğu anlaşılan yüklenicinin denetlenmesi görevinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

2- "…denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere …" İbaresi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralda, DSİ tarafından doğrudan yerine getirilen denetim hizmetlerinin masraflarının ilgililerden tahsil edilip edilmeyeceği hususunda belirsizlik bulunduğu; kuralın, sadece denetimi özel şirketlere yaptırılanlar için ilgililerinden denetim masrafı alınmasını öngördüğü biçiminde anlaşılması durumunda eşitlik ilkesiyle, denetimi DSİ tarafından doğrudan yapılanlar için de ilgililerinden denetim masrafı alınmasını öngördüğü şeklinde anlaşılması hâlinde ise kamu hizmetlerinin bedelsizliği ve vergilendirmeye ilişkin anayasal ilkelerle çelişeceği belirtilerek Anayasa'nın 2., 10. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla, DSİ'ye verilen, elektrik enerjisi üretmek amacıyla yapılacak olan hidroelektrik tesislerinin su yapısıyla ilgili kısımlarını, gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılacak baraj, gölet ve regülatör gibi su yapıları ile sulama tesisi, isale hattı, kolektör, arıtma tesisi, taşkın ve nehir yatağı düzenlemesi gibi diğer su yapılarını denetleme görevinin ifası karşılığında, denetim masraflarının ilgililerden (denetlenenlerden) alınması öngörülmektedir. Buna göre, denetim hizmetinin gerek DSİ tarafından Türk Ticaret Kanunu'na göre kurulmuş şirketlerden müşavirlik hizmeti satın almak suretiyle yerine getirilmesi halinde gerekse doğrudan doğruya DSİ tarafından kendi personeli eliyle ifa edilmesi durumunda denetim masrafları denetlenen kişilerce ödenecektir.

Ek 6. maddenin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde, denetim masraflarının, denetlenen yatırımcı gerçek ve tüzel kişiler tarafından DSİ'ye ödeneceği belirtilmiştir. Maddenin sekizinci fıkrasında ise denetim işleriyle ilgili masrafların tahsiline dair usullerin, DSİ tarafından, bağlı olduğu Bakanlığın görüşü alınarak hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmıştır.

Kamu hizmetlerinin gerektirdiği harcamaların finansmanı kural olarak Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında kalan vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerden karşılanmakla birlikte kamu hizmetlerinin finansman kaynakları bunlardan ibaret değildir. Devletin vergiler dışında, para cezaları, zorunlu ve ihtiyari borçlanmalar, kamu iktisadi teşebbüsleri kârları, mülk gelirleri ve bağışlar gibi gelirleri de bulunmakta olup bunlar da kamu hizmetlerinin finansmanında kullanılmaktadır. Devletin kamu hizmetlerinin finansmanında bu gelirlerden hangisine ne ölçüde ağırlık vereceği, hangi gelirlerin hangi kamu hizmetine tahsis edileceği hususu bir maliye politikası sorunu olup kanun koyucunun takdirindedir. Her türlü kamu hizmetinin finansmanının Anayasa'nın 73. maddesi uyarınca tahsil edilen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlerden karşılanmasını zorunlu kılan bir Anayasa kuralı bulunmadığından DSİ tarafından yürütülen denetim hizmetlerinin vergi dışı gelirlerden karşılanmasının öngörülmesi yasama organının takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır.

Öte yandan, bölünebilen kamu hizmetlerinden toplumun yalnızca belli bir kesimi yararlandığı halde bu hizmetlerin finansmanına tüm toplumun eşit bir biçimde katılması adil olmayan sonuçlar doğurabileceğinden kişilerin bölünebilen kamu hizmetlerinden yararlanmaları ölçüsünde hizmetin finansmanına katılmaları ve dolayısıyla belli bir karşılık ödemeleri gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, bölünebilen ve kişilerin yararlanma dereceleri kısmen de olsa tayin edilebilen kamu hizmetleri karşılığında hizmetten yararlananlardan bedel alınması yolunda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdirindedir.

Bölünebilen kamu hizmetleri karşılığında alınan bedel, Anayasa'nın 73. maddesi kapsamında kalan katılım payı veya fiyat (ücret) olmak üzere iki farklı şekilde nitelenmektedir. Kamu hizmetleri karşılığında alınan bir bedelin katılım payı veya ücret olarak nitelenmesinin önemi, bedelin belirlenmesinde Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan vergilendirme ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda ortaya çıkmaktadır.

Dava dilekçesinde, sözü edilen bedelin idarece belirlenmesinin vergilendirmeye ilişkin anayasal ilkelerle çeliştiği ileri sürülmüş ise de dava

konusu ibare, denetlenen kişilerden masraf adı altında bedel alınmasını kurala bağlamakta olup bu bedelin (masrafın) nasıl belirleneceği hususu ek 6. maddenin sekizinci fıkrasında düzenlenmiştir. Diğer bir anlatımla, DSİ'ye verilen denetim görevinin ifası karşılığında alınacak bedelin (masrafların) yürütme organınca belirlenmesi, dava konusu kuralla değil, ek 6. maddenin sekizinci fıkrasıyla öngörülmüştür. Dolayısıyla bedelin belirlenmesi usulünün Anayasa'ya uygun düşüp düşmediği hususu ancak ek 6. maddenin sekizinci fıkrasının iptali istemine ilişkin bir başvuruda tartışma konusu yapılabilir.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 73. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

K- Kanun'un 94. Maddesiyle 1136 Sayılı Kanun'un 182. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

1136 sayılı Kanun'un 182. maddesinde, bu Kanun'da düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılan hususlar ile Kanun'un uygulanabilmesi için yönetmelikte yer alması gereken diğer konuları kapsayan yönetmeliklerin çıkarılması, onaylanması ve yürürlüğe girmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir.

Kanun'un 94. maddesiyle, 1136 sayılı Kanun'un 182. maddesine eklenen dava konusu ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin öngörülemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Avukatlık mesleğine kabul koşullarını düzenleyen 1136 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci fıkrasında, 4667 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle

eklenen (d) bendiyle, *"Avukatlık sınavını başarmış olmak"* da avukatlığa giriş için gereken şartlardan biri hâline getirilmiş, ancak henüz herhangi bir sınav yapılmadan, 5558 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, anılan (d) bendi yürürlükten kaldırılarak avukatlığa giriş için sınav koşuluna son verilmiştir.

5558 sayılı Kanun'un 1. maddesinin iptali istemiyle açılan davada Anayasa Mahkemesi, 15.10.2009 tarihli ve E.2007/16 K.2009/147 sayılı kararıyla anılan hükmü, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı görerek iptal etmiş ise de kanun koyucu tarafından yeni bir düzenleme yapılmadığından avukatlık mesleğine girişte sınav şartı öngören herhangi bir kanuni düzenleme mevcut değildir.

TBB tarafından hazırlanan ve 17.6.2014 tarihli ve 29033 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "*Türkiye Barolar Birliği Avukatlık Staj Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*"le avukatlığa girişte sınav şartı getirilmesi üzerine, Kanun'un 94. maddesiyle, 1136 sayılı Kanun'un 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin öngörülemeyeceği kurala bağlanmak suretiyle TBB'nin avukatlığa girişte sınav koşulu getiremeyeceği kanun hükmü hâline getirilmiştir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarihli ve E.2007/16, K.2009/147 sayılı kararında, avukatlık mesleğine girişte sınav şartı aranmasının hukuk devleti ve adil yargılama hakkının bir gereği olduğu vurgulanarak sınav şartını kaldıran hükmün iptal edildiği, avukatlığa girişte sınav şartı getirilemeyeceğini düzenleyen kuralın Anayasa Mahkemesi kararında açıklanan gerekçeyle çeliştiği, kuralla Anayasa Mahkemesinin bağlayıcılık taşıyan kararının yasama organı eliyle etkisiz veya sonuçsuz kılınmasının amaçlandığı, öte yandan kuralın, Anayasa Mahkemesinin anılan kararında açık ve net bir şekilde ortaya konan gerekçelerle hukuk devleti ilkesi ile hak arama özgürlüğünü zedelediği belirtilerek, Anayasa'nın 2., 36. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 48. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Dava konusu kuralla, yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejimin öngörülemeyeceği kurala bağlanmıştır. Bu suretle TBB'nin avukatlığa girişte sınav koşulu getiremeyeceği açıklığa kavuşturulmuştur.

Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın "*Çalışma ve sözleşme hürriyeti*" başlıklı 48. maddesinde,"*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*" denilmek suretiyle çalışma özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır. Çalışma özgürlüğü, kişinin çalışıp çalışmama, çalışacağı işi seçme ve çalıştığı işten ayrılma özgürlüğünü korur. Çalışma özgürlüğü ücretli olarak bağımlı çalışma hakkını olduğu kadar, iktisadi-ticari faaliyet yapma ve mesleki faaliyette bulunma hakkını da içerir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Anayasa Mahkemesi kararlarında, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş özgürlüklerin de o özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırlarının bulunduğu; ayrıca, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile Devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, bu hakkın Anayasa'da düzenlenen diğer hak ve özgürlükler veya Devlete yüklenen ödevlerle çatışması durumunda da sınırlandırılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca çalışma hakkına yönelik sınırlamalar ancak kanunla yapılabilir.

Dava konusu kuralla avukatlık mesleğine girişte yeni bir şart getirilmemiş, idari düzenleyici işlemle sınav şartı getirilemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme ve sınırlamalar ancak kanunla yapılabileceğinden 1136 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca bir serbest meslek olan avukatlığa giriş koşullarının da kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda avukatlık mesleğine giriş koşullarının belirlenmesi hususunda asli yetki yasama organına ait olup yasama organınca genel çerçevesi kanunla belirlendikten sonra bu konuda idari düzenleyici işlemler yapılabilir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 36. ve 153. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

L- Kanun'un 99. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'un 4. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın Üçüncü Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılmasında kamu yararının bulunduğu, ancak mülkiyet hakkının bu yolla sınırlanmasının Anayasa'ya uygun olabilmesi için taşınmaz üzerinde idare lehine irtifak hakkı kurulması ve taşınmazın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerindeki fiili kamulaştırmanın gerçek karşılığının ödenmesi gerektiği, taşınmazın değer kaybı için taşınmaz sahiplerine kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesinin kamulaştırmaya ilişkin anayasal ilkelerle bağdaşmadığı gibi mülkiyet hakkının ölçüsüzce sınırlandırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 13., 35. ve 46. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2942 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulması düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, taşınmaz malın mülkiyetinin kamulaştırılması yerine, amaç için yeterli olduğu takdirde taşınmaz malın belirli kesimi, yüksekliği, derinliği veya kaynak üzerinde kamulaştırma yoluyla irtifak hakkı kurulabileceği hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 99. maddesiyle anılan maddeye eklenen ikinci fıkranın birinci cümlesinde, maliklerinin mülkiyet hakkının kullanılmasının engellenmemesi, can ve mal güvenliği bakımından gerekli önlemlerin alınması kaydıyla, kamu yararına dayalı olarak taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılabileceği belirtildikten sonra, ikinci cümlesinde, taşınmazların mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi hâlinde, taşınmazlara ilişkin herhangi bir kamulaştırma yapılmayacağı kurala bağlanmıştır. Dava konusu üçüncü cümlede ise taşınmaz sahiplerine bu işlemler nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmeyeceği ifade edilmiştir. Buna mukabil fıkranın son cümlesinde, yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli de alınamayacağı düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, taşınmazın altını ve üstünü de kapsamaktadır. Bu itibarla, taşınmaz maliki, mülkiyet hakkından kaynaklanan yetkilerini taşınmazın üzerinde ve altında da kullanabilir. Nitekim 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı açıkça ifade edilmiştir. Bu itibarla, taşınmazın üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılması, mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşımaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Teleferik ve benzeri ulaşım hatları, her türlü köprü, metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri yapılmasında kamu yararı bulunduğu hususunda tereddüt bulunmadığından bu tür yatırımların yapılması amacıyla mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayandığı

anlaşılmaktadır. Ancak bu amaçla yapılan müdahalenin Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder.

Taşınmaz üzerinde irtifak tesis edilmesi gibi taşınmazın değerini azaltan her türlü müdahalede kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki denge, kural olarak malikin ekonomik kayıpları telafi edilmek suretiyle sağlanabilir. Diğer bir ifadeyle, taşınmaz üzerinde kamu irtifakı kurulması yoluyla gerçekleştirilen müdahalenin ölçülülüğünden söz edilebilmesi için malike ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde malikin katlanmak zorunda olduğu külfet yönünden bir dengesizlik doğacak ve bu durum mülkiyet hakkına müdahaleyi ölçüsüz kılacaktır.

Dava konusu kuralla, taşınmazların üstünde teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında ise metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin yapılması nedeniyle kamulaştırma, tazminat ve benzeri nam altında herhangi bir ücret ödenmemesinin öngörülmesi, malikin bu yatırımlar dolayısıyla doğabilecek ekonomik kayıplarının karşılanamaması sonucunu doğurmaktadır. Yapılan yatırım nedeniyle taşınmaz maliklerinden değer artış bedeli alınmaması öngörülmek suretiyle malikin çıkarları ile kamu çıkarları arasında bir dengeleme yapılmaya çalışılmış ise de sözü edilen yatırımlar sebebiyle taşınmazda meydana gelebilecek değer artışlarının her zaman için malikin tüm ekonomik kayıplarını telafi edemeyebileceği açıktır. Teleferik ve benzeri ulaşım hatları, her türlü köprü, metro ve benzeri raylı taşıma sistemleri gibi ilgili bölgede yaşayan kişiler bakımından büyük yararlar sağlayan yatırımların külfetinin bir kısım taşınmaz maliklerine yüklenmesi adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle bağdaşmaz. Dolayısıyla anılan yatırımlar sonucu taşınmazların değerinde oluşan azalma nedeniyle, taşınmazda meydana gelen değer artışları da dikkate alınmak suretiyle taşınmaz maliklerine uygun bir tazminatın ödenmesi mülkiyet hakkının gereğidir. Malikin tazminat imkânından mahrum bırakılması, kamu yararı ile bireysel yarar arasında kurulması gereken adil dengenin malik aleyhine ölçüsüz bir şekilde bozulmasına yol açabilir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 46. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

M- Kanun'un 100. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendiyle 2942 Sayılı Kanun'un 23. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağını ve dava açılamayacağını kurala bağlayan düzenlemenin, maliklerinin anayasal güvence altındaki mülkiyet haklarını ölçüsüzce sınırladığı, hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 13., 35., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde malikin geri alma hakkı düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa mal sahibi veya mirasçıların kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilecekleri belirtilmiştir.

Anılan maddenin ikinci fıkrasıyla, malikin geri alma hakkı, doğduğu tarihten itibaren bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkının düşmesi öngörülmüştür.

Kanun'un 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla, birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunması ve dava açması mümkün değildir.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, ekonomik değer ifade eden ve parayla değerlendirilebilen her türlü malvarlığı haklarını kapsamaktadır. Bununla birlikte, anayasallık denetiminde ekonomik değer ifade eden malvarlıklarına ilişkin olarak Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında inceleme yapılabilmesi için ilgili mülkün halihazırda kişilerin mülkiyetinde bulunması gerekmektedir. Kişilerin hukuken malik bulunmadıkları malvarlığı değerlerine yönelik mülk edinme beklentileri, kural olarak Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında koruma görmemektedir. Dava konusu kuraldaki düzenlemeye konu olan taşınmazlar, daha önce kamulaştırılmak suretiyle idarenin mülkiyetine geçmiş bulunan taşınmazlardır. Bu taşınmazlar ile eski malikleri arasındaki mülkiyet ilişkisi kamulaştırmayla sona ermiş ise de malikin geri alma hakkı önceki mülkiyetine bağlı bir hak olarak görülmektedir. Dolayısıyla kamulaştırılan taşınmazın kamu hizmetlerine tahsis edilmemesi sebebiyle iadesinin de Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 46. maddesinde düzenlenen kamulaştırma, idarelerin özel mülkiyette bulunan bir taşınmaza, söz konusu taşınmazı kamu hizmetine tahsis etmek amacıyla tek taraflı bir iradeyle el koymasıdır. Kamulaştırmanın amacı kamu yararını gerçekleştirmektir. Anayasa, ancak kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilmek şartıyla özel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmaza tek taraflı bir işlemle el konulmasını meşru görmektedir. Dolayısıyla kamulaştırma sonucu idarelerin mülkiyetine geçen taşınmazların kamu yararı amacına uygun bir hizmete tahsis edilmemesi durumunda malikin mülkiyet hakkından yoksun bırakılmasının

hukuki meşruiyeti ortadan kalkmaktadır. Aksi takdirde kamu yararı amacı, taşınmazın kamulaştırılabilmesi için oluşturulması gereken bir gerekçeden öte hiçbir anlam taşımaz. Bu bağlamda, Anayasa'nın, başlangıçta kamu yararı amacının varlığını yeterli gördüğü ve bir şekilde kamulaştırılan bir taşınmazın idarece istenildiği biçimde kullanılabilmesine izin verdiği düşünülemez. Kamulaştırılan arazinin kamu yararına dönük bir amaca tahsisinin mümkün olamayacağının anlaşılması durumunda malike iadesi zemininin yaratılması, mülkiyet hakkının bir gereğidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 22.9.1993 tarihli ve E.1993/8, K.1993/31 sayılı kararı da bu yöndedir.

Kanun koyucu, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle, kamulaştırılan taşınmazın, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması durumunda mal sahibi veya mirasçılarına, taşınmazı, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödemek suretiyle geri alma hakkı tanıyarak malikin mülkiyet hakkını korumuştur. Buna mukabil, iade hakkının kullanımı, geri alma hakkının doğduğu tarihten, yani kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beşinci yılın bitimini izleyen günden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır.

Mülkiyet hakkı mutlak bir hak olmayıp kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Malikin mülkiyet hakkının bir gereği olduğu saptanan iade hakkının süresiz olmasının, idareleri süresiz olarak iade ve dava tehdidi altında bırakacağı açıktır. Bu nedenle idarelerin süresiz bir biçimde iade ve dava tehdidi altında kalmalarını önlemek ve ayrıca hakkın kötüye kullanılması girişimlerinin önünü kapatmak amacıyla iade isteminin belli bir süreyle sınırlandırılması mümkündür.

Ancak bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması gerekmektedir. Belirlenen sürenin, iade hakkından yararlanmayı imkânsız kılacak veya aşırı zorlaştıracak derecede kısa olması durumunda sınırlamanın ölçülü olduğundan söz edilemez. Öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, iade hakkının doğduğu, yani kamulaştırma bedelinin

kesinleşmesinden itibaren beşinci yılın bitimini izleyen günden itibaren işlemeye başlamaktadır. Bir yıllık hak düşürücü sürenin, bireyler açısından yeterli düşünme ve hazırlanma imkânı sağladığı ve ölçüsüz olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasa'ya uygun olduğu saptanan bir yıllık hak düşürücü sürenin varlığına rağmen uygulamada bu sürenin geçmesinden sonra dahi AİHM'in *Motais de Narbonne/Fransa* (K.T. 2.7.2002, B.N. 48161/99) kararına dayanılarak tazminat davalarının açılması ve bu davalarda idareler aleyhine tazminata hükmedilmesi üzerine dava konusu kuralla, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılamayacağı açıkça kurala bağlanmıştır.

AİHM'in *Motais de Narbonne/Fransa* kararında, Fransız Yargıtayının, Türk hukukuna benzer bir şekilde düzenlenen ve idarenin taşınmazı kamu yarına yönelik bir amaca tahsis etmesi için tanınan beş yıllık sürenin *"sosyal konut için arazi rezervi oluşturulması"* amacıyla kamulaştırılan taşınmazlar yönünden geçerli olmadığı yolundaki içtihadının mülkiyet hakkının ihlaline yol açtığı belirtilmiştir. AİHM, bu içtihadında, kamulaştırmanın devletler tarafından arazi rezerv tekniği olarak kullanılmasına imkân verdiği gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir. AİHM'in kararında, herhangi bir hak düşürücü süre öngörülemeyeceği veya bir yıllık hak düşürücü sürenin ölçüsüz olduğu biçiminde bir değerlendirme bulunmamaktadır. Türk hukukunda, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde düzenlenen beş yıllık sürenin herhangi bir istisnası bulunmayıp bu sürenin sonunda malikin başvurması hâlinde kamulaştırma amacına bakılmaksızın taşınmazın kendisine iade edilmesi gerekmektedir.

Bir yıllık hak düşürücü süre nedeniyle maliklerin veya mirasçılarının birinci yılın bitiminden itibaren dava açma hakları ortadan kalkmaktadır. Dava konusu kural, bu hukuki durumu teyit etmekten öte hiçbir anlam taşımamaktadır. İade hakkının kullanılabilmesi için bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmesi Anayasa'ya uygun görüldüğüne göre, bunun doğal bir

sonucu olarak herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılamayacağını öngören dava konusu düzenleme de aynı gerekçelerle mülkiyet hakkını ihlal etmemektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan hak arama özgürlüğü, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence altına alınmalıdır. Diğer taraftan hukuki işlem ve kuralların sürekli dava tehdidi altında bulunması hukuk devletinin unsurları olan hukuki istikrar ve hukuki güvenlik ilkeleriyle bağdaşmaz. Bu nedenle hak arama özgürlüğü ile hukuki istikrar ve hukuki güvenlik gerekleri arasında makul bir denge gözetilmelidir. Yukarıda ifade edildiği üzere, idarelerin süresiz bir biçimde iade ve dava tehdidi altında kalmalarını önlemek amacıyla iade istemini belli bir süreyle sınırlaması kanun koyucunun takdirindedir. Öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, bireyler açısından dava açmak için yeterli düşünme ve hazırlanma imkânı sağladığından dava konusu kuralla getirilen sürenin hak arama hürriyetine ölçüsüz bir müdahale niteliği taşıdığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 90. maddeleriyle ilgili görülmemiştir.

N- Kanun'un 101. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 9. Maddenin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. madde hükmünün, 6552 sayılı Kanun'la değiştirilen veya eklenen 2942

sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile 23. maddesinin üçüncü fıkrası hükmünün, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanacağı belirtilmiş, bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderlerinin de davalı idare tarafından ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Maddeyle, 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde yapılan bazı değişikliklerin, maddenin yürürlüğe girdiği 11.9.2014 tarihinden önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanması temin edilmiştir.

Kanun'un 23. maddesi mal sahibinin geri alma hakkını düzenlemekte olup üçüncü fıkrası bir önceki başlıkta incelenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılması durumunda, mal sahibi veya mirasçılarına, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmazı geri alabilme hakkı tanınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasıyla, malikin geri alma hakkı, doğduğu tarihten itibaren bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Sözü edilen üçüncü fıkraya göre ise kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunması ve dava açması mümkün değildir.

Kanun'un 22. maddesi ise vazgeçme, iade ve devir hakkını düzenlemektedir. Anılan maddenin önceki halinde, kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra taşınmaz malların kamulaştırma amacına veya kamu yararına yönelik herhangi bir ihtiyaca tahsisi lüzumu kalmaması

halinde, keyfiyetin idarece mal sahibi veya mirasçılarına 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre duyurulacağı belirtilmiş ve bu duyurma üzerine mal sahibi veya mirasçılarına, aldığı kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilme hakkı tanınmıştır. Kamulaştırmayı yapan idarece kamulaştırma amacına uygun tesisat, yapı veya donatı yapıldıktan ve en az 5 yıl kullanıldıktan sonra bu ihtiyacın ortadan kalkması nedeniyle kamulaştırma amacında kullanılamayan taşınmazların önceki mal sahibi veya mirasçılarına iade edilmeyeceği belirtilmiş ve bu taşınmazların kamulaştırma amacı dışında idarece tasarruf edilmesi hâlinde, önceki mal sahibi veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ifade edilmiştir.

Kanun'un 100. maddesiyle, sözü edilen 22. maddede yapılan değişiklikle, taşınmaz üzerinde kamu yararına uygun işlem veya tesisat yapılması halinde iade koşullarını düzenleyen cümleler bütünüyle yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla kamu yararına yönelik olarak tahsisi yapılan taşınmazın beş yıl dolmadan önce tahsis amacının ortadan kalkması durumunda malike iade edilmesi imkânı ortadan kaldırılmıştır.

Öte yandan, Kanunla yapılan değişiklikten önce 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacak tebligat üzerine mal sahibi veya mirasçılarının, aldıkları kamulaştırma bedelini üç ay içinde ödeyerek taşınmaz malını geri alabilecekleri düzenlenmekte ve herhangi bir faiz ödenmesi öngörülmemektedir. Değişen birinci fıkrayla mal sahibi veya mirasçılarının, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte üç ay içinde ödemeleri hüküm altına alınmış, ancak bu kurala da bir istisna getirilerek iade işleminin kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşmesi hâlinde kamulaştırma bedelinin faizinin alınmayacağı belirtilmiştir.

Ayrıca maddeye yeni eklenen ikinci fıkraya göre, bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre geri alma hakları da düşmekte, üçüncü fıkrayla ise bu madde hükümlerinin, kamulaştırmanın kesinleşmesi

tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmayacağı düzenlenerek idarenin vazgeçmesi de tıpkı iade hakkında olduğu gibi beş yıl ile sınırlanmaktadır.

Dava konusu kuralla, 2942 sayılı Kanun'un;

- 23. maddesinin, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacaklarını ve dava açamayacaklarını öngören üçüncü fıkrası hükmünün,

- 22. maddesinin, kamu yararına yönelik olarak tahsisi yapılan taşınmazın beş yıl dolmadan önce tahsis amacının ortadan kalkması durumunda malike iade edilmesi imkanını ortadan kaldıran ve mal sahibi veya mirasçılarının faiz ödemesini öngören birinci fıkrası hükmünün,

- 22. maddesinin, bu madde hükümlerine göre taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre geri alma haklarının da düşeceğini belirten ikinci fıkrası hükmünün,

- 22. maddenin, bu madde hükümlerinin, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmayacağını düzenleyen üçüncü fıkrası hükmünün,

maddenin yürürlüğe girdiği 11.9.2014 tarihinden önce açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanması temin edilmiştir. Ayrıca bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderlerinin de davalı idare tarafından ödenmesi öngörülmüştür.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde yapılan değişikliklerin geçmişe yönelik olarak

uygulanmasına imkân tanındığı, bu durumun hukuki güvenlik ilkesini ve hak arama özgürlüğünü zedelediği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği kanunların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. *"Kanunların geriye yürümezliği"* olarak adlandırılan bu ilke uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

Hukuk güvenliği ilkesi, aynı zamanda eski kanun döneminde oluşmuş ve tamamlanmış hukuki durumların korunmasını gerektirmektedir. Kanunların geçmişe yürütülme yasağıyla, geçmiş dönemde yürürlükte bulunan kanunlara uygun olarak oluşmuş kazanılmış hakların korunması sağlanmaktadır. Bununla beraber, geçmişe yürüme yasağı mutlak bir kural değildir. Geçmişe yürüme yasağının amacı, kişilerin hukuka olan güvenini korumak olduğuna göre, kişilere yükümlülük yüklemeyen aksine, kişiler lehine elverişli durumlar doğuran ve kişilere menfaat sağlayan düzenlemelerin geçmişe yürütülmesine herhangi bir engel bulunmamaktadır.

Bir önceki başlıkta incelendiği üzere, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinin, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacaklarını ve dava açamayacaklarını öngören üçüncü fıkrası hükmü, mevcut hukuki durumu teyit etmekle sınırlı bir

etkiye sahip olup hukuk dünyasına bir yenilik getirmemektedir. Dolayısıyla 23. maddenin üçüncü fıkrasının mevcut davalara da uygulanması, malikin durumunu eskiye nazaran ağırlaştırmayacağından kuralın bu bölümünde hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Buna karşılık, kamu yararına yönelik olarak tahsisi yapılan taşınmazın beş yıl dolmadan önce tahsis amacının sona ermesi durumunda da malike iade edilebilmesi imkânının ortadan kaldırılmasının, kamulaştırmanın ve bedelinin kesinleşmesinden sonra bir yıl içinde gerçekleşenler haricindeki iade işlemleri için mal sahibi veya mirasçılarının, kamulaştırma bedeline ek olarak kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faizini de ödemeleri mecburiyeti getirilmesinin, idarenin 7201 sayılı Kanun'a göre yapılan tebligat üzerine taşınmaz malı geri almayı kabul etmeyen mal sahibi veya mirasçılarının 23. maddeye göre geri alma haklarının da düşeceğinin öngörülmesinin, bu madde hükümlerinin, kamulaştırmanın kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl geçmiş olması hâlinde uygulanmayacağının düzenlenmesinin, mal sahibi veya mirasçılarının hukuki durumlarını ağırlaştıracağı açıktır. Mal sahibi veya mirasçılarının daha önce yararlanabildiği birtakım imkânları sona erdiren veya bunlara daha önce var olmayan bazı yükümlülükler yükleyen düzenlemelerin, yürürlüğe girme tarihinden önceki olay ve durumlara da uygulanacağının düzenlenmesi, kişilerin işlemin yapıldığı tarihte var olmayan, dolayısıyla öngörmeleri mümkün bulunmayan kurallara tabi kılınmaları sonucunu doğurmakta, böylece kişilerin mülkiyet hakkına ilişkin hukuki güvenliklerini ihlal etmektedir.

Hukuk güvenliği, kişilerin hangi somut eylem ve işleme hangi sonuçların bağlandığını bilebilecekleri ve buna göre davranışlarını ayarlayabilecekleri bir hukuk düzeninin kurulmasını zorunlu kılarken dava konusu kural, işlemin yapıldığı tarihte işlemin tabi olduğu hukuki sonucu işlem tarihinden sonra değiştirerek kişilerin davranışlarını kurala göre ayarlayabilme imkânını ortadan kaldırmakta ve mülkiyet haklarına yönelik hukuki güvenliklerini zedelemektedir.

Açıklanan nedenlerle, Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinde yer alan "…*22 nci*

maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile…" ibaresi, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe değişik gerekçeyle katılmışlardır.

Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin kalan bölümü ise Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN, Kanun'un 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin kalan bölümü yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 36. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

O- Kanun'un 112. Maddesiyle 4342 Sayılı Kanun'un 14. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (ı) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun ile 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun ilgili hükümleri birlikte dikkate alındığında dava konusu kuralla endüstri ve şehirleşme amacına yönelik olarak meraların vasfının değiştirilmesine imkân sağlandığı, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları yapmak için meraların, yerleşme ve yapılaşmaya açılarak daraltılmasının Anayasa'nın 45. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4342 sayılı Kanun'un "*Tahsis Amacının Değiştirilmesi*" başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanun'da gösterilenden başka şekilde yararlanılamayacağı kurala bağlandıktan sonra, ikinci cümlesinde bentler hâlinde bu kuralın istisnalarına yer verilmiştir. Kanun'un 112. maddesiyle

eklenen (ı) bendiyle, "*Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen*" yerler de istisnalar arasına eklenmiştir. Buna göre, 5373 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi uyarınca ilgili belediyenin talebi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen yerlerdeki meraların, ilgili müdürlüğün talebi, mera komisyonu ve defterdarlığın uygun görüşü alınmak suretiyle valilikçe tahsis amacının değiştirilerek mera vasfının ortadan kaldırılması ve Hazine adına tescili olanaklı hâle gelmiştir.

Anayasa'nın *"Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması"* başlıklı 45. maddesinde,*"Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek…için gereken tedbirleri alır."* hükmüne yer verilmiş; maddenin gerekçesinde ise "*Madde, Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklemektedir. Bu ifadeyle amaçlanan tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesidir. Devlet, bu amaçla yasal düzenleme yapmalıdır.*" denilmiştir. Dolayısıyla çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önlenmesinin Devlete bir görev olarak yüklendiği açıktır.

Hayvancılığın önemli geçim kaynaklarından birini oluşturduğu ülkemizde mera, yaylak ve kışlakların korunması, tarımla uğraşan halkın ve dolayısıyla ülkenin refahı ve gelirinin artması bakımından büyük önem taşımaktadır. Anayasa koyucu, mera, yaylak ve kışlakların sınırlılığını gözeterek bunların korunmasına ve amacı dışında kullanımının engellemesine yönelik tedbirler alınmasını bir ödev olarak Devlete yüklemiş ise de bunun mutlak bir yasaklamayı ifade ettiği ve mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanımına hiçbir koşulda izin verilemeyeceği söylenemez. Sosyal veya ekonomik bazı ihtiyaçlar, mera, yaylak ve kışlakların başka amaçlarla kullanımını zorunlu hâle getirebilmektedir. Bu gibi durumlarda, bir bölgenin mera, yaylak ve kışlak olarak kullanımına devam edilmesi, birtakım ekonomik ve sosyal ihtiyaçların karşılanamamasına ve neticede daha büyük kamusal yararların zedelenmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle, bir alanın mera, yaylak veya kışlak vasfının ortadan kaldırılmasının, söz konusu alanın mera, yaylak veya kışlak olarak kullanımına devam

edilmesinden daha fazla kamusal yarar doğurduğu hâllerde, ilgili bölgenin başka amaçlarla kullanılmasına imkân sağlanmasına anayasal bir engel bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesinde ise herkesin, "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*"na sahip olduğu belirtilmiş; çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevleri arasında sayılmıştır. Kanun koyucunun Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen "*sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkı*"nın Devlete yüklediği ödevin yerine getirilmesi amacıyla meralara müdahalede bulunulması mümkündür. Ancak bu durumda çatışan iki ödev arasında makul bir denge kurulmalı ve ancak kamu yararı bakımından zorunluluk taşıması durumunda meraların amaç dışı kullanımına izin verilmelidir.

5373 sayılı Kanun'un 73. maddesiyle belediyelere tanınan, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilme yetkisinin, Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının Devlete yüklediği yerine getirme ediminin bir gereği olduğu açıktır. Kuralla, kentsel dönüşüm ve gelişim projelerinin uygulanabilmesi için ihtiyaç duyulan arazilerin temin edilmesi hedeflenmiştir.

Dava konusu kural ile 5373 sayılı Kanun'un 73. maddesinin birinci fıkrası birlikte dikkate alındığında, Bakanlar Kurulunun kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan edebilmesinin, konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amaçlarıyla sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan Kanun'un gerekçesinde de ifade edildiği üzere, "*alternatif alanının bulunmaması kaydıyla mera, yaylak ve kışlakların kentsel dönüşüm ve gelişim projesi kapsamına alınabilmesi ve tahsis amacının değiştirilmesi*" mümkündür.

Ayrıca, 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlara ilişkin Anayasa'nın 45. maddesinde sağlanan özel koruma gözetildiğinde, Bakanlığın takdir yetkisini kullanırken öncelikle kamuya ait diğer taşınmazlarla ihtiyacın karşılanıp karşılanmayacağını değerlendirmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, Bakanlar Kurulu, tüm bu hususları dikkate alarak 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlara ihtiyaç bulunduğu sonucuna varsa bile bu, anılan taşınmazların 5373 sayılı Kanun'un 73. maddesi kapsamında kullanılabilmesi için yeterli olmayacak, 4342 sayılı Kanun'da öngörülen usul uygulanarak, orada belirtilen yetkili makamlar tarafından da aynı değerlendirme yapılıp taşınmazların tahsis amaçlarının değiştirilmesine karar verilmesi gerekecektir. Kaldı ki bu süreç içerisinde yapılan idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup belirtilen hususlar ilgili yargı mercileri tarafından da değerlendirilebilecektir.

Sonuç olarak, Anayasa'nın 45. maddesinin koruması altında bulunan mera, yaylak ve kışlakların amaç dışı kullanımına imkân tanınmış ise de bunun, Anayasa'nın 56. maddesiyle Devlete yüklenen, bireylerin sağlıklı bir çevrede yaşamalarını temin etme ödevinin ifası amacına dayandığı ve çatışan iki ödev arasında makul bir dengenin de gözetildiği anlaşıldığından kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 45. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

Ö- Kanun'un 117. Maddesiyle 5258 Sayılı Kanun'un 5. Maddesinin İkinci Fıkrasına Eklenen İkinci Cümlenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla, aile hekimleri ve aile sağlığı personelinin normal haftalık ve günlük çalışma sürelerinin üzerinde üst sınırı olmaksızın uzun sürelerle çalıştırılmasına olanak sağlanmasının dinlenme

hakkını ihlal ettiği, yeterli dinlenme hakkı güvence altına alınmaksızın uzun süreli çalışmaya zorlanan sağlık personeli ile onlardan sağlık hizmeti alanların yaşam hakları ile maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme haklarının zedelendiği, bir kamu hizmeti olan aile sağlığı hizmetlerini icra eden aile hekimleri ile aile sağlığı personelinin fazla çalışmasına ilişkin uygulamaları belirleme yetkisinin idareye bırakılmasının yasama yetkisinin devri anlamına geldiği, aile hekimlerinin mesleki yetkinlik ve görev alanları dışında görevlendirilmelerinin çalışma haklarının etkin bir biçimde kullanmalarını engellediği, ayrıca normal mesai saatleri dışında acil sağlık hizmetleri ya da normal mesai saatleri içinde kendi aile hekimleri tarafından verilmesi gereken sağlık hizmetini görevlendirilecek aile hekiminden almaya yönlendirilecek hastaların gereksinim duydukları sağlık hizmetini o alandaki mesleki standartlara uygun olarak alma haklarının da ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 17., 49., 50., 56., 90. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 117. maddesiyle 5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlede, Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenen aile sağlığı merkezlerinde çalışma saatleri dışında, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personeline nöbet görevi verilebileceği belirtilmiştir.

5258 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde, aile hekimliğinin, acil hâller hariç, haftada kırk saatten az olmamak kaydı ile Sağlık Bakanlığınca belirlenen kıstaslar çerçevesinde ilgili aile hekiminin talebi ve o yerin sağlık idaresince onaylanan çalışma saatleri içinde yerine getirileceği hükme bağlanmıştır. Anılan Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesiyle ise aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ek 33. maddesinde belirtilen yerlerde haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında (olağan çalışma sürelerine ek olarak) ayda asgari sekiz saat; ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin üzerinde nöbet görevi verileceği öngörülmektedir.

657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesi kapsamında kalan kurum ve kuruluşlar, yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetleri biçiminde sayılmış iken, 6552

sayılı Kanun'un 69. maddesiyle, bu kurumlara aile sağlığı merkezleri ve toplum sağlığı merkezleri de dâhil edilmiş, dava konusu kuralla da 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesinde yapılan değişikliğe paralel olarak, aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının nöbet görevini ifa edeceği yerler arasına aile sağlığı merkezleri de eklenmiştir.

Kanun'un gerekçesinden, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanları ile gerektiğinde Sağlık Bakanlığı ve bağlı kuruluşları personelinin aile sağlığı merkezlerinde de nöbet tutmalarını öngören dava konusu kuralla, çalışma saatleri dışında acil başvuran hastalara hizmet verilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ilkesini sağlık hizmetleri alanında somutlaştıran ve Anayasa'nın "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" bölümünde yer alan 56. maddesinde, herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlayacağı, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği ve Devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği belirtilmiştir. Kişilerin hayatlarını mutlu, huzurlu, beden ve ruh sağlığına sahip olarak sürdürebilmeleri, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp ihtiyaç duydukları oranda bu hizmetlerden yararlanabilmeleri ile sağlanabilecektir.

Devlet, Anayasa'nın 17. maddesinde kişilere tanınmış olan yaşam hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Aynı maddede "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*" denilmektedir. Kişinin yaşam hakkı ile maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez ve vazgeçilmez haklarındandır. Tüm bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da Devlete ödev olarak verilmiştir. Belirtilen kurallar bir bütün olarak değerlendirildiğinde insanın sağlıklı yaşam hakkının olmasının, sağlık hizmetlerinden yeterince yararlanmasına bağlı olduğu görülmektedir.

Aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarına normal çalışma saatleri dışında nöbet görevi verilmesi, Anayasa Mahkemesinin 3.10.2013 tarihli ve E.2012/103, K.2013/105 sayılı kararında incelenmiş ve Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. Anılan karara konu 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasına, 6354 sayılı Kanun'un 12. maddesiyle eklenen cümleyle, aile hekimlerine ve aile sağlığı elemanlarına ihtiyaç ve zaruret hâlinde, haftalık çalışma süresi ve mesai saatleri dışında 657 sayılı Kanun'un ek 33. maddesinde belirtilen yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde aynı madde uyarınca ödenecek ücret karşılığında nöbet görevi verilmesi öngörülmektedir. Anayasa Mahkemesi şu gerekçeyle kuralı Anayasa'ya uygun bulmuştur:

"Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak Devlete sağlık hizmetlerinin sunumunda pozitif yükümlülük vermiş, Devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmıştır. Bu nedenle Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen sağlık hakkından yararlanma konusunda en geniş ölçekli uygulamaların gerçekleştirilmesi gerekir. Sağlık hizmeti sunumunun diğer hizmetlerden farklı olduğu açıktır. İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin ve ona yardımcı olan sağlık personelinin statüsünün de bu çerçevede değerlendirilerek diğer kamu görevlileri ile belirtilen yönden farklılıklarının gözetilmesi gerekir. Bu farklılıkların bir sonucu da hizmetin sunumu yöntemlerindedir. Nitekim sağlık hizmetleri doğrudan yaşam hakkı ile ilgili olması nedeniyle diğer kamu hizmetlerinden farklıdır. Sağlık hizmetinin temel hedefi olan insan sağlığı ve yaşamı, mahiyeti itibarıyla ertelenemez ve ikame edilemez bir özelliğe sahiptir. Bu durum Devletin sağlık alanında farklı uygulamalar yapma zorunluluğunu doğurmaktadır.

Devletin gerçekleştirebileceği tedbirlerin başında sağlık sektöründe kullanılan kaynakların ekonomik ve dengeli dağılımı gelmektedir. Ne yazık ki ülkemizde doktor ve yetişmiş sağlık elemanı sayısı sınırlıdır. Sınırlı sayıda personel sağlık hizmetinin sunumunda o kadar dengeli dağıtılmalıdır ki her bireyin faydalanabileceği azami düzeyde hizmetlerden yararlanabilmelidir. Aksi durumda dağılım adaletsiz olacak, personelin bir bölümü çok çalışırken diğer daha az çalışacak aynı zamanda vatandaşların bir bölümü hizmetlerden yeterli oranda faydalanamayacaktır. Hekim ve yetişmiş personel sayısının azlığı kanun koyucuyu nöbet uygulaması gibi çeşitli

tedbirler almaya zorlamaktadır. Sağlık hizmetlerinin dengeli bir şekilde dağıtımı için nöbet uygulaması getirilmiştir. Kuralın gerekçesinde de sağlık hizmetinin aksamadan yürütülebilmesi ve yetersiz olan hekim kaynağının en verimli bir şekilde kullanılabilmesi için nöbet uygulamasının getirildiği açıkça belirtilmektedir.

Dava konusu kuralın belirtilen açığı kapatmak üzere düzenlenmesi nedeniyle kamu yararını amaçladığından kuşku yoktur. Bu amaçla çeşitli ölçütlerle sınırlanan nöbet uygulaması getirilmiştir. Devletin pozitif yükümlülüğü gereği almak zorunda olduğu tedbirlerden biridir. Aksi durumda özellikle acil tıp hizmetleri sunulamayacak dolayısıyla yükümlülükler yerine getirilememiş olacaktır. Sağlık sektörünün ivedi ve telafisi olanaksız hizmetleri karşıladığından aksaması ile yaşam hakkı, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin, sağlıklı ve huzurlu yaşam sürebilmelerinin başlıca şartı, ihtiyaç duydukları anda sağlık hizmetlerine ulaşıp bu hizmetlerden yeterli ölçüde yararlanabilmeleridir. Devlet için bir görev, kişiler için bir hak olan bu amacın gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasının ya da bu haktan yararlanmayı kolaylaştırıcı düzenlemeler yapılmasının Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerini ihlal etmeyeceği açıktır.

Öte yandan Anayasa'nın "Çalışma şartları ve dinlenme hakkı" başlıklı 50. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarında, kimsenin, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılamayacağı ve dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtilmiştir. Devletin, bazı zorunlu hâllerde sağlık hizmetlerinin aksamadan yürütülmesi için kamu çalışanlarının başka bir kurumda geçici olarak görevlendirilmesi, nöbet tutturulması bunun için ayrıca ücret ödediği düşünüldüğünde zorla çalıştırma olarak değerlendirilemez. Kural, çalışma ve dinlenme hakkına engel olmadığından Anayasa'nın 50. maddesini de ihlal etmemektedir."

5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı bulunmayan ikinci cümlesi, 6514 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle değiştirilmiş ve yürürlükte bulunan hâlini almıştır. Değişiklikle, aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarına nöbet görevi verilebilmesi için gerekli olan, ihtiyaç ve zaruret hâsıl olması şartı kaldırılmış, ayrıca ayda sekiz saat nöbet görevi zorunlu hâle getirilmiş

ve ihtiyaç hâlinde de nöbet görevinin bu sürenin üzerine çıkabileceği öngörülmüştür. Aile hekimleri ve aile sağlığı elemanlarının, aile sağlığı merkezlerinde de nöbet ücreti mukabilinde, mesai saatleri dışında, haftalık olağan çalışma süreleri olan kırksekiz saate ek olarak ayda asgari sekiz saat, ihtiyaç hâlinde ise bu sürenin de üzerinde nöbet tutmalarını öngören bu düzenleme de, Anayasa Mahkemesinin 7.11.2014 tarihli ve E.2014/61, K.2014/166 sayılı kararıyla Anayasa'ya uygun bulunarak, anılan cümleye yönelik iptal istemi reddedilmiştir.

Dava konusu kuralda, aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının nöbet görevlerine ilişkin 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesiyle oluşturulan hukuksal düzende bir değişiklik yapılmamış, sadece bunların nöbet görevini ifa edecekleri yerler genişletilmiş ve yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerine ek olarak aile sağlığı merkezlerinde de nöbet görevini ifa edebilmeleri mümkün hâle getirilmiştir. Aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının yataklı tedavi kurumları, seyyar hastaneler, ağız ve diş sağlığı merkezleri ve 112 acil sağlık hizmetlerinde nöbet tutmaları Anayasa'ya aykırı olmadığından, bu kişilerin aile sağlığı merkezlerinde nöbet tutmaları da aynı gerekçelerle Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddelerine aykırı değildir.

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 işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının kapsamına giren kişilerin statülerine ve özlük haklarına ilişkin düzenlemelerin kanunla yapılması gerektiği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 21.2.2008 tarihli ve E.2005/10, K.2008/63 sayılı kararında da belirtildiği üzere, aile hekimliği hizmetleri, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olup idari hizmet sözleşmesi ile aile hekimliği uygulamalarını yürütmek üzere çalıştırılanlar da Anayasa'nın 128. maddesinde ifade edilen *"kamu görevlisi"* kapsamındadırlar. Dolayısıyla

bunların fazla çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerin genel çerçevelerinin kanunla belirlenmesi gerekmektedir.

Dava konusu kuralda, yürütme organına bırakılan tek yetki aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının nöbet görevini hangi aile sağlığı merkezlerinde ifa edeceklerinin belirlenmesidir. Kural uyarınca aile hekimleri ile aile sağlığı elemanlarının nöbet görevini hangi aile sağlığı merkezlerinde ifa edecekleri, Türkiye Halk Sağlığı Kurumunca belirlenecektir. Bunların nöbet görevini hangi aile sağlığı merkezlerinde ifa edeceklerinin, güncel ihtiyaçlar ve iş yoğunluğu gibi hususlar dikkate alınarak idarece belirlenmesi yasama yetkisinin devri olarak görülemez.

Aile hekimlerinin ne kadar süreyle görev yapacakları hususu dava konusu kuralda değil, 5258 sayılı Kanun'un 3. maddesinin beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlendiğinden anılan husus, ancak o kuralın iptalinin istendiği bir davada tartışma konusu yapılabilir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 3.10.2013 tarihli ve E.2012/103, K.2013/105 sayılı kararında, anılan kuralı bu yönüyle de incelemiş ve herhangi bir Anayasa'ya aykırılık tespit etmemiştir.

Öte yandan aile hekimlerinin aile sağlığı merkezlerinde ifa edecekleri görevin kendi özel uzmanlık alanları olan aile hekimliği mesleği olduğu açıktır. Dolayısıyla dava konusu kuralla, aile hekimlerinin, mesleki yetkinlik alanları dışındaki bir işte çalışmaya zorlandıkları söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 17., 49., 56. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 50. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

P- Kanun'un 119. Maddesiyle 5345 Kanun'un 29. Maddesine Eklenen Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kuralla Gelir İdaresi Başkanlığı bünyesinde çalışan grup başkanı, daire başkanı veya taşra teşkilatındaki vergi dairesi başkanı kadrolarında görev yapanların daha düşük statüde bir görev olan Devlet gelir uzmanı kadrosuna atanabilmesine imkân tanındığı, bu durumun anılan nitelikte görev yapan kişilerin görev güvencelerinin sağlanamaması, kazanılmış haklarının ihlal edilmesi ve meşru beklentilerinin karşılanamamasına neden olduğu, bunun ise hukuki güvenlik ilkesine aykırı düştüğü, düzenlemenin amacının kamu yararı olmayıp siyasi iradenin ideolojisine ters düşenlerin daha alt statüdeki görevlere atanması olduğu, ayrıca kuralla anılan görevlerde görev yapanların tümünün değil bir kısmının atanacağının belirtilmesinin eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı ve idari işlemle yapılacak işlemin kanunla yapılarak kişilerin bu işlemlere karşı yargı mercilerine başvurmalarının önlendiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10, 36. ve 70. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5345 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, Devlet gelir uzmanları, vergi istihbarat uzmanları ve gelir uzmanlarının atanma usul ve esasları düzenlenmiştir. Buna göre, en az dört yıllık lisans eğitimi veren hukuk, siyasal bilgiler, iktisat, işletme, iktisadi ve idari bilimler fakülteleri ve mühendislik fakültelerinin lisans bölümleri ile matematik ve istatistik lisans bölümlerinden mezun olanlar Devlet gelir uzmanı olabilmektedirler. Devlet gelir uzmanlığı kadrosuna atabilmek için öncelikle kanunda sayılan bölümlerden mezun olan kişiler arasından yapılacak özel yarışma sınavını kazanarak Devlet gelir uzman yardımcılığı kadrosuna atanmak gerekmektedir. En az üç yıl çalışan ve olumlu sicil alan Devlet gelir uzman yardımcıları, yeterlik sınavına tabi tutulmakta ve yapılacak yeterlik sınavında başarılı olanlar Devlet gelir uzmanlığı kadrosuna atanmaktadırlar.

Kanun'un 119. maddesiyle, 5345 sayılı Kanun'un 29. maddesine eklenen dava konusu fıkrayla, bu kurala bir istisna getirilmiş ve Devlet gelir uzmanlığı kadrosuna atanabilmek için yeni bir kaynak oluşturulmuştur.

Buna göre, Gelir İdaresi Başkanlığının merkez teşkilatında grup başkanı, daire başkanı veya taşra teşkilatında vergi dairesi başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla (5345 sayılı Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen mezuniyet, yarışma sınavı, uzman yardımcılığında en az üç yıl görev yapma ve yeterlilik sınavı koşullarını yerine getirmese de) Devlet gelir uzmanı olarak atanabilmeleri mümkün hâle getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin temel gereklerinden biri kazanılmış haklara saygı gösterilmesidir. Kazanılmış haklara saygı, hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, tahakkuk etmiş ve kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haktır.

Hukuk güvenliği ilkesi aynı zamanda hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kanunlara güvenerek hayatını yönlendiren, hukuki iş ve işlemlere girişen bireyin, bu kanunların uygulanmasına devam edileceği yolunda oluşan beklentisinin mümkün olduğunca korunması hukuki güvenlik ilkesinin gereğidir.

Dava konusu kuralla, Gelir İdaresi Başkanlığının merkez teşkilatında grup başkanı, daire başkanı veya taşra teşkilatında vergi dairesi başkanı kadrolarında toplam en az üç yıl görev yapmış olanların, atama tarihi itibarıyla fiilen bu kadrolardan birinde bulunmak şartıyla Devlet gelir uzmanı kadrosuna atanabilecekleri düzenlenmektedir. Grup başkanı, daire başkanı ve vergi dairesi başkanı kadrolarının Devlet gelir uzmanlığı, vergi istihbarat uzmanlığı, gelir uzmanlığı ve vergi müfettişliği gibi *"kariyer mesleklerden"* gelenler ile *"idari görevlerden"* yükselerek gelenler olmak üzere iki ayrı kaynağı bulunmaktadır. Kariyer meslek kaynağından gelen kişilerin kendi kadrolarına eşit veya daha düşük statüdeki Devlet gelir uzmanlığı kadrosuna atanabilmeleri için kuralda belirtilen koşullara tabi tutulmaları düşünülemez. Dolayısıyla dava konusu kural, anılan koşullar aranmaksızın

zaten Devlet gelir uzmanlığına atanma imkânına sahip kariyer meslek kaynağından gelenleri değil sadece önceki görevi ve kadrosu itibariyle Devlet gelir uzmanlığına atanma imkânına sahip bulunmayan kişileri kapsamaktadır.

Grup başkanlığı, daire başkanlığı ve vergi dairesi başkanlığı kadroları idarecilik kadroları olup idarenin bu kadrolara bir kere atadığı kişileri meslek hayatları boyunca bu kadrolarda çalıştırma zorunluluğunun bulunmayacağı açıktır. Dolayısıyla bu kadrolara atanan kişiler yönünden bulunduğu statülerden doğan, tahakkuk etmiş ve kendileri yönünden kesinleşmiş ve kişisel alacak niteliğine dönüşmüş haklardan yahut bu durumunun devam edeceği yönündeki haklı beklentiden söz edilemez. Bu nedenle, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alarak bu kişilerin idarecilik görevlerine son verilmesi ve kariyer meslek kadrolarından gelenlerin kendi kadrolarına, kariyer mesleklerden gelmeyenlerin ise bazı koşulları taşımak kaydıyla geldiği kadrodan daha üst bir görev olan Devlet gelir uzmanı kadrolarına atanmaları mümkün olup bunu düzenleyen kuralın kazanılmış hakları veya genel olarak hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "*kamu yararı*" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin, anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı ve bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Kanun koyucu, kamu yararı ve hizmetin gereklerini dikkate alarak kamu görevlilerinin statüsünde, bunların unvanlarında, görev ve yetkilerinde değişiklik yapabileceği gibi bu statülere atanma koşullarını da yeniden düzenleyebilir. Dava konusu kuralın objektif metni dikkate alındığında, düzenlemeyle kariyer meslek kaynağından gelmeyen ve Devlet gelir uzmanlığına atanma imkânına sahip olmayanlardan hizmetine ihtiyaç duyulanların kuralda belirtilen üst düzey görevleri belli bir süre ifa etmeleri

şartıyla kariyer meslek olan Devlet gelir uzmanlığına atanabilmelerinin sağlanmak istendiği ve düzenlemenin bu amaçla çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu amacın kamu yararına yönelik olmadığı söylenemez. Dava konusu kuralla anılan kadrolardaki kişilerin Devlet gelir uzmanı olarak atanabilmesine imkân tanınmasıyla kamu yararının gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Dava konusu kuralda Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında grup başkanlığı, daire başkanlığı veya taşra teşkilatında vergi dairesi başkanlığı kadrolarında çalışanların tümünün değil kuralda belirtilen şartları taşıyanların Devlet gelir uzmanı olarak atanabilmesine imkân tanınmaktadır. İdare hukukunun genel ilkeleri uyarınca idarenin bu yetkisini kullanırken kuralda belirtilen şartları taşıyanlar yönünden de kamu hizmetinin daha iyi işlemesi veya kamu yararı esasına göre ayrım yaparak atama yapmak zorunda olduğu aşikârdır. Kamu hizmetinin daha iyi işlemesi veya kamu yararı amacıyla atama yapılabilmesi için ise söz konusu kadrolarda çalışanların başarısı, liyakati gibi çeşitli ayırt edici kriterlerin kullanılması gerekir. Bu kriterleri taşıyan kişilerle taşımayanların aynı hukuki durumda bulunmadığında kuşku olmadığına göre dava konusu kural uyarınca bunlar arasında ayrım yapılarak bazılarının farklı kurallara tabi kılınmasında eşitlik ilkesini ihlal eden bir yön yoktur.

Kuralda, Gelir İdaresi Başkanlığı merkez teşkilatında grup başkanlığı, daire başkanlığı veya taşra teşkilatında vergi dairesi başkanlığı kadrolarında çalışanların Devlet gelir uzmanı olarak atanmış sayılmasına değil bu kadrolarda çalışanlardan kuralda belirtilen koşulları taşıyanların idare tarafından atanabilmesine imkân tanınmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralın doğrudan uygulanma kabiliyeti bulunmamakta olup kuralın uygulanabilmesi için idarenin idari işlem tesis etmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca kural olarak tüm idari işlemlerde olduğu gibi anılan idari işlemler yönünden de kişilerin yargı mercilerine başvurması olanaklı olduğundan kuralın hak arama özgürlüğünü zedeleyen bir yönü bulunmamaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 4.12.2014 tarihli ve E.2013/114, K.2014/184 sayılı kararıyla 6495 sayılı Kanun'un 59. maddesiyle, 178

sayılı KHK'nin 43. maddesine eklenen ve dava konusu kuralla benzer hükümler içeren fıkra, Anayasa'ya aykırı bulunmamış ve fıkranın iptali istemi reddedilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 70. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

R- Kanun'un 121. Maddesiyle 5393 Sayılı Kanun'un 15. Maddesinin Beşinci Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan *"arsa"* İbaresinin *"taşınmaz"* Şeklinde Değiştirilmesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, belediyelere 5393 sayılı Kanunla verilen görevlerin yapılması amacıyla belediye kaynaklarıyla edinilen veya belediye kaynaklarıyla yaptırılan hastane, okul, kreş, öğrenci yurdu, huzurevi, otel, motel, sosyal tesis binaları, konut gibi herkese/halka ait her türlü taşınmazın, özel hukuk kişilerine bedelsiz veya düşük bir bedelle devredilmesine imkân tanıyan düzenlemenin kamu mallarının özgülendiği kamu hizmetinden koparılması sonucunu doğurduğu ve hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca bu durumun kamu yararıyla da örtüşmediği gibi mahalli müşterek hizmetlerin yürütülmesini sekteye uğratacak nitelikte olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinde, belediyenin yetkileri ve imtiyazları düzenlenmektedir. Maddenin beşinci fıkrasının dava konusu kuralı da içeren birinci cümlesinde, il sınırları içinde büyükşehir belediyeleri, belediye ve mücavir alan sınırları içinde il belediyeleri ile nüfusu 10.000'i geçen belediyelerin, meclis kararıyla, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla arsa tahsis edebileceği düzenlenmekte iken dava konusu kuralla, anılan birinci cümlede yer alan "*arsa*" ibaresi "*taşınmaz*" biçiminde değiştirilmek suretiyle belediyelerin tahsis yetkisi genişletilmiştir.

1319 sayılı Emlak Vergisi Kanunu'nun 12. maddesinde arsa, *"belediye sınırları içinde belediyece parsellenmiş arazi"* biçiminde tanımlanmıştır.

4721 sayılı Kanun'un 704. maddesine göre taşınmaz mülkiyetinin konusunu; arazi, tapu kütüğünde ayrı sayfaya kaydedilen bağımsız ve sürekli haklar ile kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümler oluşturmaktadır. 4721 sayılı Kanun'un 704. maddesinde geçen arazi kavramı *"belediye sınırları içinde parsellenmiş belediye ve mücavir alan sınırları içindeki uygulama imar planı bulunan alanları"* ifade eden arsa kavramından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bu bağlamda taşınmaz kavramının arsa vasfını haiz olmayan arazileri de içerdiği açıktır.

Dava konusu kuralla yapılan değişiklikten önce belediyeler, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında sadece arsa vasfı taşıyan taşınmazları, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere İçişleri Bakanlığının onayı ile ücretsiz veya düşük bir bedelle amacı dışında kullanılmamak kaydıyla tahsis edebilmekte iken değişiklikle tüm taşınmazların bu kapsamda tahsis edilebilmelerine imkân tanınmıştır. Dolayısıyla dava konusu kural uyarınca belediyelerin arsa niteliğindeki taşınmazların yanında, arazileri, arazilerin mütemmim cüzü sayılan yapıları (her türlü bina), kat mülkiyeti kütüğüne kayıtlı bağımsız bölümleri, taşınmaz niteliğindeki sınırlı ayni hakları 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesi kapsamında tahsis etmesi mümkün hâle gelmiştir.

Belediyelerin ücretsiz veya düşük bir bedelle taşınmaz tahsis yetkisi, sadece sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelerle sınırlı tutulmuştur. Ayrıca tahsisin yapılabilmesi için İçişleri Bakanlığının onayı şart koşulmuştur. 5393 sayılı Kanun, taşınmazın tahsis edileceği kişiler yönünden herhangi bir sınırlama öngörmediğinden sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmin geliştirilmesi amaçlı proje üreten herhangi bir özel hukuk tüzel kişisine taşınmaz tahsisi mümkündür.

Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi gereğince bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirme hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç unsuru bakımından

Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir.

Maddenin gerekçesinden kuralın amacının, 5393 sayılı Kanun'un 15. maddesinin beşinci fıkrasıyla belediyelere, arsa vasfı taşıyan taşınmazlarla sınırlı olarak tanınan tahsis yetkisinin kapsamı genişletilerek, belediyelerin, mülkiyetlerinde bulunan arsa, arazi, bina ve sair yapılar, kat mülkiyeti siciline kayıtlı bağımsız bölümler ile taşınmaz hükmündeki sınırlı ayni haklar dâhil her türlü taşınmazın, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere tahsis edilebilmelerine imkân sağlamak olduğu anlaşılmaktadır.

5393 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; turizm ve tanıtım, gençlik ve spor orta ve yüksek öğrenim öğrenci yurtları, sosyal hizmet ve yardım hizmetlerini yapacağı veya yaptıracağı; (b) bendinde ise sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabileceği ve işletebileceği düzenlenmektedir. Dolayısıyla belediyelerin sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizm ile ilgili kimi görevlerinin bulunduğu görülmektedir. Dava konusu kuralla ise belediyelere, özel sektörün bu alanlarda geliştireceği projeler için taşınmaz tahsis etme yetkisi tanınmaktadır. Sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmin geliştirilmesi amacıyla özel sektör tarafından geliştirilen projelerin desteklenmesinde kamu yararının bulunduğu açıktır. Bu itibarla, bu projelerin desteklenmesi amacıyla projeyi yürüten özel hukuk kişilerine belediyelerce taşınmaz tahsis edilmesine imkân tanınması kanun koyucunun takdirindedir. Anılan projelere, arsa vasfı taşıyan taşınmazların yanında belediyeye ait binalar ile diğer taşınmazların da tahsis edilebilmesine imkân tanınması kamu yararının varlığını etkilememektedir.

Sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirme amaçlı projelerin desteklenebilir mahiyette olması işin doğası gereğidir. Ancak bu projelerin kamu desteğini hak edecek ölçek ve nitelikte olup olmadığının bir yerindelik meselesi olduğu açıktır. Kaldı ki kanun koyucu bu projelerin desteklenebilir nitelikte olmalarını temin etmek maksadıyla taşınmaz tahsisini İçişleri Bakanlığının onayına bağlı kılmıştır.

Sonuç olarak, belediyelerin, mülkiyetlerinde bulunan her türlü taşınmazı, sağlık, eğitim, sosyal hizmet ve turizmi geliştirecek projelere tahsis edebilmelerine imkân sağlanmasında kamu yararı amacı dışında bir amaç güdüldüğü saptanamadığından kuralda, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık söz konusu değildir.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 127. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

S- Kanun'un 128. Maddesiyle 5747 Sayılı Kanun'un 1. Maddesine Ekli (16) Sayılı Listesinin Sekizinci Sırasında Yer Alan *"Barbaros"* İbaresinin *"Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı"* Şeklinde Değiştirilmesi ile 129. Maddesiyle 5747 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinin (3) Numaralı Fıkrasında Yer Alan *"Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin"* İbaresinden Sonra Gelmek Üzere Eklenen *"ve Barbaros Mahallesinin"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarla Ataşehir ilçesine bağlı Barbaros mahallesinin, Ataşehir ilçesinin sınırlarından çıkarılarak Ümraniye ilçesi sınırlarına dâhil edilmesinin asıl nedeninin, Barbaros mahallesine yapılması kararlaştırılan *"İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi"* yerleşkesinin mevcut siyasi iktidara ait belediyeye bağlanmak istenmesi olduğu, coğrafi ve ekonomik şartlar ile kamu hizmetlerinin gerekleri ortaya konulmadan ve İstanbul İl İdare Kurulunun görüşü alınmadan

Barbaros mahallesinin Ataşehir ilçesinden alınarak Ümraniye ilçesine bağlandığı, sırf "*İstanbul/Ataşehir Uluslararası Finans Merkezi*"nin siyasal iktidara ait bir belediyenin sınırları içine alınması amacıyla ilçe sınırlarının değiştirilmesinin kamu yararıyla örtüşmediği gibi adalet ve hakkaniyet ölçüleriyle de bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 126. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, İstanbul ili Ataşehir ilçesi sınırlarında bulunan Barbaros mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmının, Ümraniye ilçesi sınırlarına dâhil edilmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, Başlangıç'ta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Maddede belirtilen "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin, kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması gerekir. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "*kamu yararı*" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme de, kanunun kamu yararı dışında başka bir amaçla yapılıp yapılmadığını araştırmaktır. Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde yer alan kamu yararı kavramının Anayasa'da bir tanımı yapılmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarında da belirtildiği gibi kamu yararı, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yarardır. Bu saptamanın doğal sonucu olarak da, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, yalnız özel çıkarlar için veya yalnız belli kişilerin yararına olarak yasa kuralı konulamaz. Böyle bir durumun açık bir biçimde ve kesin olarak saptanması hâlinde, söz konusu yasa kuralı Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düşer ve iptali gerekir. Açıklanan ayrık hâl dışında, bir yasa kuralının ülke gereksinimlerine uygun olup olmadığı bir siyasi tercih sorunu olarak kanun koyucunun takdirine ait olduğundan, salt bu nedenle kamu yararı değerlendirmesi yapmak anayasa yargısıyla bağdaşmaz.

Anayasa'nın 126. maddesine göre, Türkiye, merkezî idare kuruluşu bakımından coğrafya durumuna, iktisadi şartlara ve kamu hizmetlerinin

gereklerine göre illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. İllerin idaresi yetki genişliği esasına dayanır.

Bu hükme göre, Türkiye'nin gerek illere ayrılmasında, gerekse illerin diğer kademeli bölümlere ve bu arada ilçelere ayrılmasında göz önünde tutulacak olan ölçütler, coğrafya durumu, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleridir. İdari kademelere bölünmede kullanılan bu ölçütler, bu kademelerin merkezlerinin belli edilmesinde de uygulanır. Kanun koyucu, Anayasa'da öngörülen koşullara uymak kaydıyla, gelişen sosyal, ekonomik, teknik ve benzeri nedenlerin belli bir bölgede ilçe kurulmasını gerektirdiğini takdir ederek yeni bir ilçe kurabilir, büyük yerleşim yerleri için öngörülen özel yönetim biçiminin gereği olarak, büyükşehir belediyelerinin sınırları içerisinde yer alan belediyelerin sınır, görev, yetki ve niteliklerinde değişiklikler yapabilir. Bunu kanunla yapabileceği gibi esas ve usullerini kanunda göstermek koşuluyla idari işlemle yapılmasına da olanak tanıyabilir.

Öte yandan, Anayasa'nın 126. maddesi uyarınca, ilçelerin kurulması ve sınırlarının belirlenmesinde "*coğrafya durum, iktisadi koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleri*" ölçütlerinin gözetilmesi gerekmekle birlikte, tamamen teknik konulara işaret eden bu unsurlarla ilgili olarak değerlendirme yapılması anayasallık denetiminin kapsamı dışında kalmaktadır.

Dava konusu kuralların gerekçesinde, İstanbul ilinde Ataşehir ve Ümraniye ilçelerinin sınırları belirlenirken O-4 ve E-80 Karayolu'nun sınır olarak belirlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Yasama belgelerinden, İstanbul ili Ataşehir ilçesi sınırlarında bulunan Barbaros mahallesinin O4 Karayolu'nun güneyinde kalan kısmının, Ümraniye ilçesi sınırlarına dâhil edilmesini öngören düzenlemede, kamu yararı amacı dışında kişisel veya siyasi saiklerle hareket edildiği yolunda herhangi bir bulguya rastlanmadığından kuralda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 126. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Ş- Kanun'un 142. Maddesiyle Değiştirilen 637 Sayılı KHK'nin 36. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinde Yer Alan *"Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında…"* ve *"…Bakanlıkça belirlenecek…"* İbarelerinin, Dördüncü Cümlesinin, Beşinci Cümlesinde Yer Alan *"…yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve…"* İbaresinin, Altıncı ve Yedinci Cümlelerinin İncelenmesi

1- Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun Statüsü ile İlgili Genel Açıklama

Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu (DEİK), Türk özel sektörünün dış ticaret, uluslararası yatırımlar, hizmetler, müteahhitlik ve lojistik başta olmak üzere, dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi, bu bağlamda yurt içi ve dışı yatırım imkânlarının araştırılması, Türkiye'nin ihracatının artırılmasına katkı sağlanması ve benzeri iş geliştirme çalışmalarının koordine edilmesi amacıyla, ilk kez 1986 yılında, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği (TOBB) Yönetim Kurulu kararına dayanılarak dernek statüsünde kurulmuştur.

5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun, *"Türk-yabancı veya yabancı-Türk odalar ile Dış Ekonomik İlişkiler Kurulu"* başlıklı 58. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarıyla, daha önce dernek statüsünde kurulan DEİK'e özel bir statü tanınmış, kuruluşu, organları, yönetimi, işleyişi ve gelirlerine ilişkin özel hükümler sevk edilmiştir. Buna göre, Birliğin (Birlik veya TOBB) gözetim ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tâbi ve tüzel kişiliğe sahip, kuruluş ve faaliyet amaçları aynı olan ve Birlikçe belirlenecek özel sektör kuruluşlarından, kısa adı DEİK olan Dış Ekonomik İlişkiler Kurulunun oluşması öngörülmektedir. Kurulun ikili ekonomik ilişkilerini, yönetim kurulunun kararları doğrultusunda iş konseyleri aracılığı ile yürüteceği kurala bağlanmaktadır. Kurul ile iş konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilâtlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin esasların Birlik tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği ifade edilmektedir. Kurulun bütçesinin, kurucu kuruluşların Kurul Yönetim Kurulu tarafından

belirlenen yıllık üyelik aidatlarından, iş konseyi üyelik aidatlarından, Birliğin ödeyeceği katkı payı ve diğer gelirlerden oluşacağı ve Kurul bütçesinin Birlik tarafından denetleneceği düzenlenmektedir.

Kanun'un 142. maddesiyle, 637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasında DEİK'in statüsü yeniden düzenlenmiş ve buna paralel olarak da 144. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle, 5174 sayılı Kanun'un 158. maddesinin DEİK'i düzenleyen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları yürürlükten kaldırılmıştır.

637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasında yer alan düzenlemenin, 5174 sayılı Kanun'un 158. maddesinin üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında yer alan düzenlemede kısmi değişiklikler yapılmak suretiyle yeniden kaleme alınmasından ibaret olduğu anlaşılmaktadır. Yapılan değişikliklerin, büyük ölçüde TOBB'a tanınan yetkilerin Ekonomi Bakanlığına tanınmasından ibaret olduğu görülmektedir.

Önceki düzenlemede, DEİK'in, TOBB'un gözetim ve denetimi altında kurulması ve DEİK'i oluşturan özel sektör kuruluşlarının da TOBB tarafından belirlenmesi öngörülmekte iken, 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasıyla bu yetkiler Ekonomi Bakanlığına verilmiştir. Ayrıca DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların düzenlendiği yönetmeliğin TOBB tarafından çıkarılması ve DEİK'in denetiminin de TOBB tarafından yapılacağı belirtilmiş iken 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasıyla yönetmelik çıkarılması ve bütçenin denetimiyle igili bu yetkiler de Bakanlığa devredilmiştir. 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasında, önceki düzenlemeden farklı olarak, bu fıkranın uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin uygulanmayacağı açıkça kurala bağlanmakta, ayrıca *"Ekonomi Bakanlığı bütçesinden yapılacak yardımlar"* da DEİK'in gelirleri arasında sayılmaktadır.

Gerek 5174 sayılı Kanun'un 58. maddesinin üçüncü fıkrasında gerekse 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasında DEİK'in özel hukuk hükümlerine tâbi ve tüzel kişiliğe sahip olduğu ifade edilmiş ise de niteliğiyle ilgili herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle Kanun'da DEİK'in, kanunlarda sayılan tipik özel hukuk tüzelkişilik türlerinden (dernek, vakıf, şirket, kooperatif v.s.) herhangi birine dahil olduğu yolunda açık bir hükme yer verilmemektedir. Dolayısıyla DEİK'in kendine özgü, atipik bir özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğu anlaşılmaktadır.

DEİK'in, kamu yararı amacına yönelik olarak faaliyet göstermesi ve kâr amacı gütmemesi, Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında kurulması, kendisini oluşturan özel sektör kuruluşlarının Bakanlık tarafından belirlenmesi, görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişi, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenmesi, gelirlerinin kanunda sayılması, bütçesinin Bakanlıkça denetlenmesi ve ayrıca Ekonomi Bakanlığının bütçesinden yardım alması gibi özellikleri dikkate alındığında, alelade özel hukuk tüzel kişilerinden farklı olarak kamu gücüyle donatılan özel hukuk tüzel kişisi niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır.

2- Fıkranın Birinci Cümlesinde Yer Alan "*Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında…*" ve "*…Bakanlıkça belirlenecek…*" İbareleri ile Altıncı Cümlesi

Dava dilekçesinde, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürütmek üzere, özel hukuk hükümlerine tabi ve tüzel kişiliğe sahip olarak kurulan DEİK'in hukuksal olarak dernek statüsünde olduğu, hukuken dernek statüsünde olan bir organizasyonun görevlerinin Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında yürütecek olmasının, hangi özel sektör kuruluşlarının DEİK'i oluşturacağının Bakanlıkça belirlenmesinin ve bütçesinin Bakanlık tarafından denetlenmesinin, dernek özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı, DEİK'in kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu benzeri bir organizasyon olduğunun kabulü durumunda ise üyelerinin belirli bir mesleğe mensup olanlar yerine Bakanlıkça belirlenmesinin, faaliyetlerini Bakanlığın gözetim ve denetimi altında yürütecek olmasının ve vesayet denetimini de açacak

şekilde bütçelerinin doğrudan Bakanlıkça denetlenecek olmasının meslek kuruluşlarının özerkliği ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca bu durumun Anayasa'nın demokratik devlet ilkesini de ihlal ettiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 13., 33., 123. ve 135. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallarla, DEİK'in, Bakanlığın gözetim ve denetimi altında kurulması, DEİK'i oluşturan özel sektör kuruluşlarının da Bakanlık tarafından belirlenmesi ve DEİK'in bütçesinin Bakanlıkça denetlenmesi öngörülmektedir. 5174 sayılı Kanun'un 158. maddesinin, Kanun'un 144. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle yürürlükten kaldırılan ve DEİK'i düzenleyen üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarında, DEİK'in, TOBB'un gözetim ve denetimi altında kurulması ve DEİK'i oluşturan özel sektör kuruluşlarının da TOBB tarafından belirlenmesi, bütçesinin denetiminin de TOBB tarafından yapılması düzenlenmekte iken dava konusu kurallarla bu yetkiler Bakanlığa verilmektedir.

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere DEİK, kimi kamusal hizmetler ifa eden ve belli ölçüde kamu gücü ayrıcalıklarıyla donatılan atipik bir özel hukuk tüzel kişisidir. Bu itibarla, DEİK dernek statüsünde bulunmadığı gibi meslek kuruluşu niteliğinde de değildir.

Hukuk devletinde, bir kısım kamu hizmetlerinin özel kanunlarla kurulan ve kamu gücüyle donatılan özel hukuk tüzelkişileri aracılığıyla yerine getirilmesinin öngörülmesi kanun koyucunun takdirindedir. Kamu hizmeti ifa eden ve ifa ettiği kamu hizmetiyle orantılı olarak da kamu gücüyle donatılan bu özel hukuk tüzel kişilerinin kamunun denetimi ve gözetimi altında faaliyet göstermesi Anayasa'ya aykırılık teşkil etmez. Bu itibarla Türk özel sektörünün dış ticaret, uluslararası yatırımlar, hizmetler, müteahhitlik ve lojistik başta olmak üzere, dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesi, bu bağlamda yurt içi ve dışı yatırım imkânlarının araştırılması, Türkiye'nin ihracatının artırılmasına katkı sağlanması ve benzeri iş geliştirme çalışmalarının koordine edilmesi amacıyla kurulan ve kendine özgü bir özel hukuk tüzel kişisi olan DEİK'in, Bakanlığın gözetim ve denetimi altında kurulmasını, üye olacak özel sektör kuruluşlarının Bakanlık tarafından

belirlenmesini ve bütçesinin de Bakanlıkça denetlenmesini öngören dava konusu kurallarda Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 5., 13., 33., 123. ve 135. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- Fıkranın Dördüncü Cümlesi ile Beşinci Cümlesinde Yer Alan *"…yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve…"* İbaresi

Dava dilekçesinde, dava konusu kurallarla, özel hukuka tabi olan DEİK'in, görev ve yetkileri, teşkilatlanmaları ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esaslarının Bakanlık tarafından hazırlanacak yönetmelikte düzenlenmesinin öngörüldüğü, özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesinin Bakanlığın görev alanıyla ilgisi bulunmadığından Bakanlığa bu konularda yönetmelik çıkarma yetkisi tanınamayacağı, bu durumun DEİK üyeleri ile yönetiminin hukuksal güvenliklerini de ortadan kaldırdığı, DEİK kurucu kuruluşlarından alınacak katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları ile İş Konseyi üyelik aidatlarının vergi benzeri mali yükümlülük olduğu ve yasayla düzenlenmesi gerektiği, ayrıca genel çerçeve ve temel ilkeler kanunla belirlenmeden Bakanlığa düzenleme yetkisi verildiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 8., 73. ve 124. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu dördüncü cümleyle, DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. 5174 sayılı Kanun'un 158. maddesinin Kanun'un 144. maddesinin birinci fıkrasının (h) bendiyle yürürlükten kaldırılan ve DEİK'i düzenleyen üçüncü, dördüncü ve beşinci

fıkralarında yönetmelik çıkarma yetkisi TOBB'a verilmiş iken, dava konusu kuralla bu yetki Bakanlığa verilmiştir.

Fıkranın beşinci cümlesinde, DEİK'in gelirleri düzenlenmekte, cümlenin dava konusu edilen bölümünde ise yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatları ile İş Konseyi üyelik aidatları DEİK'in gelirleri arasında sayılmaktadır.

Anayasa'nın 124. maddesinde, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerinin, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilecekleri belirtilmiştir.

637 sayılı KHK'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, DEİK'in, Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında özel sektörün dış ekonomik ilişkilerini yürüteceği ifade edilmek suretiyle Bakanlığa, gözetleme ve denetleme görevi verilmiştir. Öte yandan, 637 sayılı KHK'nin 2. maddesinde, Bakanlığa, dış ticaretin ülke ekonomisi yararına yapılması amacıyla ürün ve yurtdışı müteahhitlik dâhil uluslararası hizmet ticaretine ilişkin gerekli her türlü tedbiri almak gibi, özel sektörün dış ekonomik işlerini yürüten birtakım görevler yüklenmiştir. Dolayısıyla özel sektörün dış ekonomik ilişkilerinin yürütülmesinin Bakanlığın görev alanıyla bir ilgisinin bulunmadığı söylenemeyeceğinden Bakanlığa, kendi gözetim ve denetimi altında faaliyet gösteren DEİK ile İş Konseylerinin görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların belirlenmesi hususunda yönetmelik çıkarma yetkisi tanınmasının Anayasa'nın 124. maddesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez."* denilmektedir. Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün

Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Buna karşılık Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

DEİK'in kuruluş, görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle, anılan hususların idari düzenleyici işlemlerle belirlenmesinin öngörülmesi kanun koyucunun takdirindedir. Dava konusu kuralla, bu hususlarla ilgili düzenleme yetkisinin Ekonomi Bakanlığına bırakılması yasama yetkisinin devri olarak yorumlanamaz.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği de ifade etmektedir. Yasal dayanağının bulunması ve erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gibi gereklilikleri karşılaması koşuluyla, 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. Bu itibarla, DEİK'in kuruluş, görev ve yetkileri, teşkilatlanma ve işleyişleri, organları, bütçeleri, yönetim ve denetimleri ile üyeliğe ilişkin usul ve esasların idari düzenleyici işlemlerle tespit edilmesi belirsizliğe yol açmayacağından hukuk devleti ilkesine aykırılık söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 7. ve 124. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların, Anayasa'nın 8. ve 73. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

4- Yedinci Cümlesi

Dava dilekçesinde, düzenlemenin, DEİK ile kuruluşuna katılacakların 5253 sayılı Dernekler Kanunu ile 4721 sayılı Kanun hükümlerinden yararlanmalarını önlediği, hukuken dernek statüsünde olan DEİK hakkında 5253 sayılı Kanun ve hüküm bulunmayan hâllerde 4721 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasının önlenmesinde kamu yararı bulunmadığı gibi dernek kurma özgürlüğünü de ölçüsüz bir şekilde sınırladığı belirtilerek kuralın, Anayasanın 2., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, 637 sayılı KHK'nin (2) numaralı fıkrasının uygulanması sırasında, diğer kanunlarda yer alan benzer ya da aynı mahiyetteki hükümlerin uygulanmayacağı kurala bağlanmaktadır. Uygulanmayacak hükümlerin hangileri olduğu kanun metninde gösterilmediği gibi gerekçede de bu konuda herhangi bir açıklama yer almamaktadır. Ancak DEİK'in önceki statüsünün "*dernek*" niteliğinde olduğu gözetildiğinde, uygulanmayacağı belirtilen hükümlerin derneklerle ilgili düzenleme içeren kanun hükümleri olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu, dava konusu kuralla, DEİK'in dernek vasfını haiz olmadığını ve bu nedenle derneklerle ilgili hükümlerin uygulanmayacağını açıklığa kavuşturmak istemiştir. Kanun koyucunun, derneklerle ilgili kanunların DEİK'e doğrudan veya kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı yolundaki muhtemel tartışmaları önlemek amacıyla bu hükümlerin uygulanmayacağını açıkça düzenlemesinde kamu yararına aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 13. ve 33. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 1- 15. maddesiyle, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendine,

2- 21. maddesiyle, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na eklenen ek 1. maddeye,

3- 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkranın üçüncü cümlesine,

4- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinde yer alan *"…22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile…"* ibaresine,

yönelik yürürlüğün durdurulması istemlerinin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine yönelik iptal hükmünün yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

C- 1- 10. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerine,

2- 13. maddesiyle, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesine,

3- 20. maddesine,

4- 38. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve vekaletname ibrazı…"* ibaresine,

5- 54. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 103. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkralara,

6- 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez."* ibaresine,

7- 64. maddesiyle, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın ikinci cümlesine,

8- 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresine,

9- 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresine,

10- 88. maddesiyle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere…"* ve *"…veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır."* ibarelerine,

11- 94. maddesiyle, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkraya,

12- 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkraya,

13- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin, *"…22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile…"* ibaresi dışında kalan bölümüne,

14- 112. maddesiyle, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendine,

15- 117. maddesiyle, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümleye,

16- 119. maddesiyle, 5.5.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkraya,

17- 121. maddesiyle, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"arsa"* ibaresinin *"taşınmaz"* şeklinde değiştirilmesine,

18- 128. maddesiyle, 6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan *"Barbaros"* ibaresinin *"Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı"* şeklinde değiştirilmesine,

19- 129. maddesiyle 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"ve Barbaros Mahallesinin"* ibaresine,

20- 142. maddesiyle değiştirilen, 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinde yer alan *"Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında…"* ve *"…Bakanlıkça belirlenecek…"* ibarelerine,

b- Dördüncü cümlesine,

c- Beşinci cümlesinde yer alan *"…yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve…"* ibaresine,

d- Altıncı ve yedinci cümlelerine,

yönelik iptal istemleri, 14.5.2015 tarihli, E.2014/177, K.2015/49 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra, bent, cümle, bölüm, ibare ve değişikliklere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

14.5.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN 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.

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin 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 bu cümleye ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

A- 10. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

B- 13. maddesiyle, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 15. maddesiyle, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

Ç- 20. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 21. maddesiyle, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 38. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve vekaletname ibrazı…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 54. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 103. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

Ğ- 64. maddesiyle, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

İ- 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Muammer TOPAL, Kadir ÖZKAYA ile Rıdvan GÜLEÇ'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, iptal hükmünün, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrası ile 6216 sayılı Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince, KARARIN

RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 88. maddesiyle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere…"* ve *"…veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır."* ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

K- 94. maddesiyle, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

L- 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkranın üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

M- 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

N- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin;

1- *"…22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ,

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

O- 112. maddesiyle, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve 6216 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince OYÇOKLUĞUYLA,

Ö- 117. maddesiyle, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

P- 119. maddesiyle, 5.5.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

R- 121. maddesiyle, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"arsa"* ibaresinin *"taşınmaz"* şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

S- 128. maddesiyle, 6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan *"Barbaros"* ibaresinin *"Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı"* şeklinde değiştirilmesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Ş- 129. maddesiyle 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"ve Barbaros Mahallesinin"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

T- 142. maddesiyle değiştirilen, 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinde yer alan *"Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında…"* ve *"…Bakanlıkça belirlenecek…"* ibarelerinin,

2- Dördüncü cümlesinin,

3- Beşinci cümlesinde yer alan *"…yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve…"* ibaresinin,

4- Altıncı ve yedinci cümlelerinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

14.5.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye M. Emin KUZ	Üye Hasan Tahsin GÖKCAN	
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	

KARŞIOY YAZISI

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptali istemiyle açılan davada Mahkememiz çoğunluğu tarafından kimi kurallara ilişkin olarak verilen kararlara aşağıda ayrı başlıklar altında belirtilecek olan gerekçelerle katılmadık.

1- Kanun'un 10. Maddesiyle Değiştirilen 4734 Sayılı Kanun'un 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin Birinci ve İkinci Cümlelerinin İncelenmesi

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesi, ihalelere ilişkin olarak idarelerce uyulması gereken bazı kuralları düzenlemektedir. 6552 sayılı Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 10. maddesi, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin değiştirilmesini öngörmektedir.

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin önceki hali, *"İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, bu* ***Kanunda belirtilen hizmetler için*** *ihaleye çıkılabilir. Ancak danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz."* biçimindedir.

"Kanunda belirtilen hizmetler" ise 4734 sayılı Kanun'un *"Tanımlar"* başlıklı 4. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre hizmet kavramı, *"bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri"* kapsamaktadır. Bu düzenlemeler çerçevesinde, kuralın önceki haline göre, özel kişilere gördürülmesine olanak tanınan hizmetler sayılan hizmetlerden ibarettir.

Kanun'un dava konusu kuralları da içeren 10. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi bütünüyle değiştirilmiştir. Bendin dava konusu birinci cümlesinde, *"idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmüş, ikinci cümlesinde ise bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin, idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu belirtilmiştir.

Buna göre, önceki düzenlemede *"bu Kanunda belirtilen hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni hâlinde *"personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmıştır. Öte yandan, önceki düzenlemede hizmet türleri sayma yoluyla belirtilirken, yeni düzenlemede sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler

olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmıştır. İptali istenilen kurallarla hizmet alımı suretiyle özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamı genişletilmiş ve bunların belirlenmesinde Bakanlar Kuruluna geniş bir yetki verilmiştir.

Dava konusu düzenleme ile 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlı olmaksızın personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin tüm hizmetler bakımından idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde, bu hizmetlerin özel kişiler eliyle yerine getirilmesine imkân sağlanmıştır. Düzenlemede yer verilen*"Personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* ibaresi açık ve belirli olmadığı gibi, ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin belirlenmesi yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmesi belirsizliği daha da artırmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. 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.

Anayasa'nın 47. maddesinin son fıkrasında, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceğinin veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği görevlerden asli ve sürekli nitelik taşıyanların, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunludur.

Belirtilen Anayasa hükümleri çerçevesinde bakıldığında, iptali istenilen kural, anılan kamu hizmetlerinden bir kısmının ihaleye çıkılmak suretiyle özel kesime yaptırılmasına imkân sağlayan bir düzenleme içerdiğinden bunların hangi hizmetler olduğunun kanunla belirlenmesi anayasal bir zorunluluktur. Çoğunluk kararındaki, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetlerin neler olduğunun, idarelerin görev yetki ve sorumluluklarını düzenleyen kanunlar ile ilgili diğer mevzuattan tespitinin mümkün olması nedeniyle kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı görülemeyeceği şeklindeki yaklaşım Anayasa'nın anılan hükümlerindeki güvenceleri tamamen ortadan kaldıracak ve anlamsız hale getirebilecektir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 47. ve 128. maddelerine aykırıdır.

2- Kanun'un 100. Maddesinin Birinci Fıkrasının (B) Bendiyle 2942 Sayılı Kanun'un 23. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkrası ile Kanun'un 101. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 9. Maddenin Birinci Cümlesinin İncelenmesi

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde malikin geri alma hakkı düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22. maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa mal sahibi veya mirasçıların kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilecekleri belirtilmiştir.

Anılan maddenin ikinci fıkrasıyla, malikin geri alma hakkı, doğduğu tarihten itibaren bir yıl ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkının düşmesi öngörülmüştür.

Kanun'un iptali istenilen 100. maddesinin birinci fıkrasının (B) bendiyle 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkrayla,

birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamayacağı ve dava açılamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, iptali istenilen düzenleme uyarınca kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunması ve dava açmaları imkânı ortadan kaldırılmıştır.

Kanun'un iptali istenilen 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 9. maddesinin birinci cümlesi ile de, 2942 sayılı Kanun'un 22. ve 23. maddelerinde yapılan değişikliklerin, maddenin yürürlüğe girdiği 11.9.2014 tarihinden önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanması temin edilmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceği belirtilmiş, 46. maddesinde ise kamu yararının gerektirdiği hallerde gerçek karşılıklarını peşin olarak ödemek şartıyla özel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazların kamulaştırılması konusunda Devlet ve kamu tüzel kişilerine yetki verilmiştir.

Kanun koyucu, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle, kamulaştırılan taşınmazın, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması durumunda mal sahibi veya mirasçılarına, taşınmazı, kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödemek suretiyle geri alma hakkı tanınmış, ancak, iade hakkının kullanımı, geri alma hakkının doğduğu tarihten, yani kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beşinci yılın bitimini izleyen günden itibaren bir yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır.

Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan hak arama özgürlüğü, demokratik hukuk devletinin vazgeçilmez unsurlarından biri olup tüm bireyler açısından mümkün olan en geniş şekilde güvence

altına alınmalıdır. Ancak, kanun koyucunun kamu düzeninin korunması amacıyla haklı nedenlerin bulunması halinde dava açma ve hakkı talep sürelerini sınırlandırması mümkündür. Bu sınırlamaların ise Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ölçülü olması gerekmektedir. Belirlenen süre ve kısıtlamaların, ilgililerin dava açma haklarından yararlanmalarını imkânsız kılacak veya aşırı zorlaştıracak nitelikte olması durumunda sınırlamanın ölçülü olduğundan söz edilemez.

İtiraz konusu kuralda olduğu gibi, idarelerin süresiz bir biçimde iade ve dava tehdidi altında kalmalarını önlemek ve ayrıca hakkın kötüye kullanılması girişimlerinin önünü kapatmak amacıyla iade isteminin belli bir süreyle sınırlandırılması kanun koyucunun düzenleme ve takdir yetkisi kapsamında görülebilirse de, iptali istenen kural yalnızca iade istemini değil, eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunma ve dava açma haklarını tamamen ortadan kaldırmaktadır. Kuralın uygulanmasına konu olaylarda eski malikler veya mirasçılarının iade isteminden farklı olarak Devlet ve kamu tüzel kişilerinin süreç içerisindeki eylem ve işlemlerinden kaynaklanan dava ve talep haklarının da tamamen ortadan kaldırılması Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlene hak arama hürriyetini ortadan kaldıran bir müdahale niteliğindedir. Bu nedenle kural Anayasa'nın 13. ve 36. maddelerine aykırıdır.

3- Kanun'un 112. Maddesiyle 4342 Sayılı Kanun'un 14. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (ı) Bendinin İncelenmesi

4342 sayılı Kanun'un "*Tahsis Amacının Değiştirilmesi*" başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanun'da gösterilenden başka şekilde yararlanılamayacağı kurala bağlandıktan sonra, ikinci cümlesinde bentler hâlinde bu kuralın istisnalarına yer verilmiştir.

Kanun'un 112. maddesiyle eklenen (ı) bendiyle, "*Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen*" yerler de istisnalar arasına eklenmiştir. Buna göre, 5373 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi

uyarınca ilgili belediyenin talebi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen yerlerdeki meraların, ilgili müdürlüğün talebi, mera komisyonu ve defterdarlığın uygun görüşü alınmak suretiyle valilikçe tahsis amacının değiştirilerek mera vasfının ortadan kaldırılması ve Hazine adına tescili olanaklı hâle gelmiştir.

Tarım ve hayvancılığın ülke için önemini gözeten anayasa koyucu tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların ve mera, yaylak ve kışlakların daha etkin biçimde korunmasını sağlamak üzere düzenlemelere yer vermiştir. Anayasa'nın *"Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması"* başlıklı 45. maddesinde,*"Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek…için gereken tedbirleri alır."* hükmüne yer verilmiş; maddenin gerekçesinde, maddenin Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklediği, bu ifadeyle amaçlananın tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesi olduğu, Devletin, bu amaçla yasal düzenleme yapması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

4342 sayılı Kanun'un *"Tahsis Amacının Değiştirilmesi"* başlıklı 14. maddesinde ise; mera, yaylak ve kışlaklarda, Maden Kanunu ve Petrol Kanununa göre arama faaliyetleri sonunda rezervi belirlenen maden ve petrol faaliyetleri için zaruri olan; ülke güvenliği ve olağanüstü hal durumlarında ihtiyaç duyulan; doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için ihtiyaç duyulan ve Elektrik Piyasası Kanunu, Doğal Gaz Piyasası Kanunu ve Petrol Piyasası Kanunu hükümlerine göre petrol iletim faaliyetleri ile elektrik ve doğalgaz piyasası faaliyetleri için gerekli bulunan yerler dışında tahsis amacı değişikliği yapılması yasaklanmıştır.

Ayrıca, Mera Kanunu'nun *"İnşaat Yasağı"* başlıklı 20 nci maddesinde, *"Yaylak ve kışlaklarda, 442 sayılı Köy Kanununda öngörülen inşaatlar ile valiliklerden izin alınmak suretiyle imar mevzuatına göre yapılacak kullanma amacına uygun mandıra, suluk, sundurma ve süreklilik göstermeyen barınak ve ağıllar ile Turizm Bakanlığının talebi üzerine turizme açılması uygun görülen bölgelerde ahşap yapılar dışında, ev, ahır ve benzeri inşaatlar yapılamaz."*

denilerek yaylak ve kışlaklarda geleneksel kullanım amacıyla yapılacak inşaatlar sayma suretiyle sınırlanırken; meralar ise tamamen inşaat yasağı kapsamına alınmıştır.

Meralarla ilgili Anayasa ve Kanun hükümlerinin Devlete tarım arazilerinin ve çayırlarla meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevini yüklediği, tüm bu düzenlemelerle tarım arazilerinin endüstri ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesinin önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir.

4342 sayılı Kanun'un *"Tahsis Amacının Değiştirilmesi"* başlıklı 14. maddesinde de yer verilen istisnaların tamamının, Ülke için özel önem taşıyan konulara ve ihtiyaç, gereklilik ve zorunluluk bulunan hallere ilişkin olduğu görülmektedir. İptali istenilen kuralla Bakanlar Kuruluna verilen kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan etme yetkisi ise çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Buna göre, itiraz konusu kuralla birlikte Bakanlar Kurulu konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amaçlarıyla mera vasıflı taşınmazların bu vasıflarını değiştirebilecektir. Kuralın gerekçesinde düzenlemenin *"ilgili belediye sınırları içerisinde alternatif alan bulunmaması halinde tahsis amacının değiştirilebilmesini amaçladığı"* ifade edilmiş ise de, kuralda böyle bir sınırlamaya yer verilmiş değildir. Öte yandan, çoğunluk kararında 4342 sayılı Kanun kapsamındaki taşınmazlara ilişkin Anayasa'nın 45. maddesinde sağlanan özel koruma gözetildiğinde, Bakanlığın takdir yetkisini kullanırken öncelikle kamuya ait diğer taşınmazlarla ihtiyacın karşılanıp karşılanmayacağını değerlendirmesinin gerektiği ifade edilmiş ise de, yeni kuralda böyle bir koşula da yer verilmediğinden buna uygun davranılması ancak temenniden ibaret kalacaktır.

Bu nedenlerle, iptali istenilen kuralla Bakanlar Kuruluna verilen sınırsız yetki ile meraların kentsel dönüşüm ve gelişim alanı oluşturma gerekçesiyle yerleşime açılması meraların korunmasını güvence altına alan Anayasa'nın 45. maddesine aykırıdır.

Yukarıda ifade edilen gerekçelerle, ayrı başlıklar altında belirtilen kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptalleri gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmadık.

Başkanvekili	Üye
Alparslan ALTAN	Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY GEREKÇESİ

10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 112. maddesiyle, 25.02.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendine, *"Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,"* fıkrası eklenmiştir,

4342 sayılı Kanun'un *"Tahsis Amacının Değiştirilmesi"* başlıklı 14. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanun'da gösterilenden başka şekilde yararlanılamayacağı kurala bağlandıktan sonra, ikinci cümlesinde bentler halinde bu kuralın istisnalarına yer verilmiştir. Kanun'un 112. maddesiyle eklenen (ı) bendiyle, *"Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen"* yerler de istisnalar arasına eklenmiştir. Buna göre, 5373 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesi uyarınca ilgili belediyenin talebi ve Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen yerlerdeki meraların, ilgili müdürlüğün talebi, mera komisyonu ve defterdarlığın uygun görüşü alınmak suretiyle valilikçe tahsis amacının değiştirilerek mera vasfının ortadan kaldırılması ve Hazine adına tescili mümkün olmuştur.

Öte yandan, 4342 sayılı Kanun'un *"Tahsis Amacının Değiştirilmesi"* başlıklı 14. maddesinde ise; mera, yaylak ve kışlaklarda, Maden Kanunu ve Petrol Kanununa göre arama faaliyetleri sonunda rezervi belirlenen maden ve petrol faaliyetleri için zaruri olan; ülke güvenliği ve olağanüstü hal durumlarında ihtiyaç duyulan; doğal afet bölgelerinde yerleşim yeri için

ihtiyaç duyulan ve Elektrik Piyasası Kanunu, Doğal Gaz Piyasası Kanunu ve Petrol Piyasası Kanunu hükümlerine göre petrol iletim faaliyetleri ile elektrik ve doğalgaz piyasası faaliyetleri için gerekli bulunan yerler dışında tahsis amacı değişikliği yapılması yasaklanmıştır.

Ayrıca, Mera Kanunu'nun "İnşaat Yasağı" başlıklı 20 nci maddesinde, *"Yaylak ve kışlaklarda, 442 sayılı Köy Kanununda öngörülen inşaatlar ile valiliklerden izin alınmak suretiyle imar mevzuatına göre yapılacak kullanma amacına uygun mandıra, suluk, sundurma ve süreklilik göstermeyen barınak ve ağıllar ile Turizm Bakanlığının talebi üzerine turizme açılması uygun görülen bölgelerde ahşap yapılar dışında, ev, ahır ve benzeri inşaatlar yapılamaz."* denilerek yaylak ve kışlaklarda geleneksel kullanım amacıyla yapılacak inşaatlar sayma suretiyle sınırlanırken; meralar ise tamamen inşaat yasağı kapsamına almıştır.

Meralar, geleneksel olarak geçici veya sürekli yerleşme amacıyla değil, sürekli hayvan otlatılması amacıyla kullanılmakta; yaylak ve kışlak olarak nitelendirilen yerlerin geleneksel kullanım amacı ise, çiftçilerin havanlarını otlatmasına bağlı olan ve yılın belli aylarında kullanılan geçici yerleşme yerleri olmaları şeklindedir. Nitekim, 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 3 üncü maddesinde de bu özelliklerine göre tanımlanmışlardır.

Bu bağlamda, meraların geleneksel kullanım amacı, hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılmasıyla sınırlı olup, geçici de olsa yerleşim amaçlı kullanılması mümkün olmamış ve kadimden beri de yerleşim amaçlı kullanıldığı görülmemiştir. Çünkü, meraların kısmi ve geçici de olsa yerleşime açılmasının etkisi, yerleşime açılan alanla sınırlı kalmamakta, yerleşime açılan yerlerde yapılan konutların ve müştemilatının, hayvanların serbestçe otlanacağı alanlar ile suya ulaşım yollarının önünü kesmesi nedeniyle, etkisi çok daha büyük alanlara yayılarak meraların otlanma amaçlı kullanımını büyük ölçüde engellemektedir.

Yaylak ve kışlakların geleneksel kullanım amacıyla geçici yerleşim yeri olması ise, çiftçilerin hayvanlarını otlatmalarına ve otundan yararlanmalarına bağlı, ikincil, bağımlı, hayvancılıkla uğraşmalarının sonucuna dayalı geçici

yerleşme ve kadimden beri de bu amaçla kullanılmasıdır. Hayvanlarını barındırmak ve otundan yararlandırmak amacıyla hayvancılıkla uğraşan çiftçilerin yaz ve kış aylarında hayvanlarıyla birlikte geçici yerleşim yerleri olarak kullandıkları yaylak ve kışlakların, bu amaç - geleneksel kullanım amacı - dışında, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen yerlerin mera, yaylak ve kışlak vasfından çıkarılarak yapılaşmaya açılması, bir yandan hayvancılığı sadece otlatarak ve mandıracılık şeklinde yapabilecek kadar dahi ekonomik gücü olmayan toplumun korunmaya muhtaç çiftçi kesimlerine tahsis edilmiş mera, yaylak ve kışlakların azalmasına, diğer yandan şu anda bile yeterli olmayan hayvansal üretimin daha da düşmesine, bu alandaki dışa bağımlılığın artmasına yol açacaktır.

Anayasa'nın 45 inci maddesinde, "Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır." denilmiştir.

6552 sayılı Kanun'un 112. maddesi ile 4342 sayılı Mera Kanunu'nun birinci fıkrasına eklenen (ı) bendi, mera, yaylak ve kışlakları amaç dışı kullanılmak üzere yerleşme ve yapılaşmaya açarak tahrip etmeyi öngördüğü, tahsis amacının değiştirilmesine yönelik Bakanlar Kuruluna verilen yetkinin sadece kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen yerlerle sınırlı olduğu, bunun dışında başkaca sınırlama öngörülmediği, yapılan sınırlandırmanın idarenin sınırsız takdir yetkisine bırakıldığı, bunun da İstanbul gibi yapılaşmanın ve kentsel dönüşümün yoğun bir şekilde uygulandığı illerde, şehrin tamamına sirayet ederek, şehirdeki bütün mera, yaylak ve kışlakları kapsayabileceği, böylece Anayasa ile koruma altına alınmış, mera, yaylak ve kışlak alanlarının daraltılması ve hatta yok edilmesi yoluyla hayvansal üretimin düşmesi sonucunu doğuracağından, düzenleme Anayasa'nın 45. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. Bu nedenlerle çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye
Burhan ÜSTÜN	Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ ile DEĞİŞİK GEREKÇE

1) "İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun Tasarısı" Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce (TBMM) 10.9.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun olarak kabul edilmiş ve 11 Eylül 2014 tarih ve 29116 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanun'un kimi hükümlerinin iptali istemiyle Anamuhalefet Partisi'nce açılan iptal davasının yapılan incelemesinde, aşağıda belirtilen iptal istemine konu kuralların "Kanun Tasarısı"nda yer almadığı ve bunların bir kısmının Plân Bütçe Komisyonunda (bazıları alt komisyonda) bir kısmının ise Genel Kurul'da Tasarı metnine dahil edildiği anlaşılmaktadır:

- 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasına bent ekleyen **15 inci madde** (Alt Komisyonda eklenmiş),

- 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "yüzde üçünün" ibarelerinin "yüzde birinin"; 43. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "yüzde üçünden" ibaresini "yüzde birinden", dördüncü fıkrasında yer alan "yüzde üçünü" ibaresini "yüzde birini" şeklinde değiştiren **20 inci madde (**Verilen önergeyle Genel Kurul'da eklenmiş),

- 6356 sayılı Kanun'a Ek Madde 1'i ekleyen **21 inci madde** (Alt Komisyonda eklenmiş),

- Gümrük vergileri, idari para cezaları, faiz, gecikme faizi ve gecikme zammı alacaklarından kesinleşmiş olanların belli şartlarla tahsilinde kimi kolaylıklar öngören **80 inci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesini yeniden düzenleyen (değiştiren) **87 nci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a Ek Madde 6'yı ekleyen **88 inci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182 nci maddesine bir fıkra ekleyen **94 üncü madde** (Alt Komisyonda eklenmiş),

- 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4 ncü maddesine bir fıkra ekleyen **99 uncu madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 2942 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesine bir fıkra ekleyen **100 üncü madde** (Verilen önergeyle Genel Kurul'da eklenmiş),

- 2942 sayılı Kanun'a Geçici Madde 9'u ekleyen **101 inci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14 üncü maddesine (ı) bendini ekleyen **112 nci madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5 inci maddesinin ikinci fıkrasına cümle ekleyen **117 nci madde** (Alt Komisyonda eklenmiş),

- 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29 uncu maddesine bir fıkra ekleyen **119 uncu madde** (Plân Bütçe Komisyonunda eklenmiş),

- 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15 inci maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "arsa" ibaresini "taşınmaz" olarak değiştiren **121 inci madde** (Alt Komisyonda eklenmiş),

- 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1 inci maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan "Barbaros" ibaresini "Barbaros Mahallesinin 04 Karayolunun güneyinde kalan kısmı" şeklinde değiştiren **128 inci madde** (Verilen önergeyle Genel Kurul'da eklenmiş),

- 5747 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "Kadıköy İlçe Belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin" ibaresinden sonra gelmek üzere "ve Barbaros Mahallesini" ibaresini ekleyen **129 uncu madde** (Verilen önergeyle Genel Kurul'da eklenmiş),

- 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 36 ncı maddesini değiştiren **142 nci madde** (maddenin bir kısmı Alt Komisyonca eklenmiş; verilen önergeyle tamamı Genel Kurul'da yeniden düzenlenmiş).

Anayasa'nın 88. maddesinde **"Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.**

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının ihlâli sonucu bir yasalaştırma söz konusuysa, bu konudaki ihlâl Anayasa'nın 148. maddesi anlamında bir "şekil sakatlığı"na değil, doğrudan 88. maddesine aykırı düşer ve yapılacak anayasal denetimin, "şekil bakımından" değil, "esas bakımından" söz konusu olması gerekir. 88. maddenin ikinci fıkrasındaki "Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir" hükmünün de, bu açıklama çerçevesinde yorumlanması ve bu düzenlemenin aynı maddenin birinci fıkrasındaki anayasal hüküm doğrultusunda anlaşılması ve hüküm ifade etmesi gerekir. Yani, birinci fıkraya aykırı bir durum söz konusu ise artık ortada doğrudan bir Anayasa ihlâli söz konusu olacak ve Anayasa'nın bu hükmünün bir tekrarından ibaret olan TBMM İçzüğü'nün 35. maddesinin ihlâli nedeniyle, Anayasa'nın 148. maddesinde belirtilen (ve son oylamaya ilişkin olmadığından kanunun iptalini gerektirmeyen) bir şekil sakatlığından ve şekil denetiminden değil; 88. maddenin birinci fıkrasının ihlâli sonucu esası ilgilendiren bir sakatlıktan ve esas denetimden söz edilebilecektir.

Davanın somutu ile ilgili olarak düzenleme öngören TBMM İçtüzüğü'nün "Komisyonların yetkisi, toplantı yerine zamanı" başlıklı 35. maddesinin ilgili bölümleri şöyledir: "Komisyonlar, kendilerine havale

edilen kanun tasarı ve/veya tekliflerini aynen veya değiştirerek kabul veya reddedebilirler; birbirleriyle ilgili gördüklerini birleştirerek görüşebilirler ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca kendilerine ayrılan salonlarda toplanırlar.

Ancak, komisyonlar, 92 nci maddedeki özel durum dışında kanun teklif edemezler, kendilerine havale edilenler dışında kalan işlerle uğraşamazlar. Başkanlık Divanının kararı olmaksızın Genel Kurulun toplantı saatlerinde görüşme yapamazlar **ve kanun tasarı ve tekliflerini bölerek ayrı ayrı** metinler halinde Genel Kurula sunamazlar…"

İçtüzüğün 35. maddesinin yukarıdaki açık metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, komisyonların kendilerine havale edilen kanun tasarı ve tekliflerini görüşme yetkileri sınırlandırılmış olup, komisyonların İçtüzüğün 92 nci maddesindeki özel durum dışında (genel veya özel af ilanını içeren kanun tasarı ve teklifleri) kanun teklif etme yetkileri yoktur. Yukarıda tek tek belirtilen yasa değişiklikleri Bakanlar Kurulunca önerilen Tasarı metninde olmadığı halde Plân ve Bütçe Komisyonu tarafından (bazıları da önergeyle Genel Kurul tarafından) Tasarı metnine ilave edilerek kanunlaştırıldığından; bu durum Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasına (dolayısiyle de bu hükmün açıklaması mahiyetinde bulunan TBMM İçtüzüğü'nün 35 inci maddesine) açıkça aykırı düşmektedir.

Anayasa'nın 88. maddesinin birinci fıkrasının açık âmir hükmü karşısında, TBMM İçtüzüğü'nün 87 nci maddesi gerekçe gösterilerek, görüşülmekte olan bir tasarı veya teklifin konusu olmayan "başka" kanunlarda ek ve değişiklik getiren "yeni bir kanun teklifi mahiyetindeki" değişikliklerin "Genel Kurul" tarafından da yapılamayacağı açıktır.

Anayasa'nın 148. maddesindeki "Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, **son oylamanın,** öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı… hususları ile sınırlıdır…" hükmünün de bu belirlemeye etkisinin olamayacağı kuşkusuzdur. Gerçekten, 88 nci maddenin birinci fıkrasına açıkça aykırı bir yasama faaliyeti sözkonusu olduğundan, Genel Kurulca öngörülen çoğunlukla yapılacak bir "son oylama"nın belirtilen Anayasa'ya

aykırılığı düzelteceği kabul edilemez. Ancak 88 inci maddenin birinci fıkrasına uygun bir yasama faaliyeti içerisinde 148 inci maddedeki "şekil denetimi" kuralı işletilebilir. Davanın somutunda ise yukarıda açıklandığı üzere, aksi yönde bir yasama faaliyeti bulunduğu görüldüğünden; 148 inci maddenin bu davanın somutunda uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. (Bu konudaki bir inceleme için bkz.: Torba Yasalar ve Yasama sürecindeki İçtüzük Hükümlerinin Şekil Denetimi Sorunu, Hıfzı DEVECİ, TBB Dergisi, 2015 (117) s. 55-90)

Esasen Anayasa Mahkemesinin 25.12.2008 tarih ve E.2008/71, K.2008/183 sayılı kararına (RG 9.4.2009, Sayı:27195) konu iptal davası başvurusunun içeriğinden de, bu şekildeki bir uygulamanın TBMM İçtüzüğü'nün 35. maddesine aykırı düştüğünün TBMM Başkanlığınca saptandığı ve ilgili komisyona kabul edilen tasarı metninin iade edilmesine karşılık, ilgili komisyonca iade edilen tasarı metninin yeniden bir üst yazı ile Genel Kurulun onayına sunulmak üzere TBMM Başkanlığına geri gönderildiği ve akabinde yasalaştığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; 6552 sayılı Kanun'un iptali istenen kurallarından 20 nci, 80 inci, 88 inci, 94 üncü, 100 üncü, 101 inci ("22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile" ibaresi dışında kalan bölümü yönünden) 112 nci, 117 nci, 119 uncu, 121 nci, 128 inci, 129 uncu ve 142 nci maddelerinin Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmesi nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği kanaatine ulaştığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

2) 6552 sayılı Kanun'un 15., 21., 87., 99. ve 101 inci ("22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri ile..." ibaresi dışında kalan bölümü yönünden), maddelerinin İPTALİNE karar verilmişse de; anılan kuralların da asıl tasarı metninde yer almadıkları, Plân Bütçe Komisyonunca Genel Kurul'ca tasarı metnine ilave edildikleri görüldüğünden, bu kuralların Anayasa'nın 88. maddesine aykırı düşmeleri nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiğini değerlendirdiğimizden; iptal kararına bu değişik gerekçeyle katılıyoruz.

3) 6552 sayılı Kanunun "Tasarı" metninde yer alan 10 uncu maddesi ile değiştirilen 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin incelenmesinde; evvelce (kuralın eski halinde) 4734 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesinde belirtilen özel kişilere gördürülebilecek hizmetler (bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik mesleki eğitim, fotoğraf, film, fikri ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler) için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken; yeni kuralla sayılan bu konular dikkate alınmaksızın "**personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"** için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlandığı görülmektedir. Yine kuralla, söz konusu yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Özetlemek gerekirse; kuralın birinci cümlesiyle, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması halinde, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte; kuralın ikinci cümlesiyle ise bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin hangi usulle belirleneceği ve hangi kişi ve kurumların karar alma sürecine katılacağı açıkça düzenlenmekte, bu belirleme yapılırken de hangi esasların dikkate alınacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 128 inci maddesinin açık hükmü karşısında, kamu idarelerinin "genel idare esaslarına göre" yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle gördürülmesi esastır. Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik kararlarında, "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"in, genel idare esaslarına göre yürütülen hizmetler kapsamı dışında değerlendirilebilmesi mümkün olmakla beraber; dava konusu kuralda olduğu gibi tamamen soyut, çerçevesi çizilmemiş ve somutlaştırılmamış; bilakis belirsiz bırakılarak, anılan kamu alanının (personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler) ihale suretiyle kamu görevlileri dışında özel kişilere gördürülebilmesine imkân tanınmıştır. Bu yasama

tercihi Anayasa'nın 2. ve 128. maddeleri ile bağdaşmamaktadır. Oysa kuralın önceki halinde bu alan açık bir biçimde teker teker sayma yoluyla belirlenmiş ve somutlaştırılmış durumdaydı.

Açıklanan nedenlerle, kuralın iptali gerektiğini değerlendirdiğimizden; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı "İş Kanunu ile bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun"un iptali istenmiş olup, Anayasa Mahkemesince iptal edilenler dışında kalan aşağıdaki madde, fıkra, bent ve ibarelerinin Anayasa'ya aykırılıklarına ilişkin karşıoy gerekçelerimiz şunlardır:

1- Kanun'un 10. maddesiyle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinde değişiklik yapılarak, İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceği öngörülmüş ve bu hizmet türlerini belirlemeye yetkili makamlar düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde kamu hizmetlerinin görülmesinin esasları belirtilmiş olup Devletin genel idare esaslarına göre yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, bu konuların kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

İhale yöntemiyle hizmet alınarak özel kişilere gördürülebilecek hizmetlere her hangi bir ölçüt getirilmeden, genel ilke ve esaslar

belirlenmeden "yardımcı işler" şeklinde ifade edilerek tamamen İdarenin takdirine bırakılan düzenlemede, Anayasa'nın 128. maddesinin emrettiği anlamda kanunla düzenleme yapılmış olduğu söylenemez. Anayasa'nın 128. maddesinde kamu hizmetlerinin görülmesinden Devletin yükümlü olduğu belirtilmiş, bu amaçla yine Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yeterli düzey ve nitelikte personel temini İdareye görev olarak verilmiştir. İdareler bu doğrultuda gerekli personeli sınav ve mülakatla, yeterli sayı ve nitelikte temin etmek zorundadırlar. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen İdarelerin, personelin yeterli olmadığı gerekçesiyle, ucu açık ve keyfi bir düzenlemeyle, özel kişileri istihdam etmesine olanak veren kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

2- Kanun'un 13. maddesiyle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesinde, kamu işveren sendikası tarafından yürütülmeyen ve sonuçlandırılmayan toplu iş sözleşmeleri için fiyat farkı ödenmeyeceği, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrası esas alınarak asıl işveren sıfatından dolayı ücret farkına hükmedilemeyeceği ve asıl işveren sıfatıyla sorumluluk yüklenemeyeceği belirtilmiştir.

Düzenlemeye göre, toplu iş sözleşmesinin, işçi sendikası ile alt işverenin yetkilendirmesi üzerine kamu işveren sendikalarından biri arasında yapılması durumunda fiyat farkı verildiği halde, doğrudan alt işverenle işçi sendikası arasında imzalanması halinde fiyat farkı verilmeyecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, aynı işi yapan kişiler arasında ücret eşitliğini gerektirir. Alt işverenin kamu işveren sendikalarından birini yetkilendirmemesi halinde sorumluluğun asıl işveren sıfatıyla İdare tarafından üstlenilmesi gerekir. Devlet, kazanç amacıyla çalışan bir kurum olmadığından, bu konuda alelade bir işveren gibi kabul edilemez. Farklı statülerde bulunan kişilerin bu statülerini serbest iradeleriyle kabul etmediği, bu durumda farklı statülerden kaynaklanan olanakların farklı olmasına rağmen bir kesimin, Anayasa'nın 51. maddesinde tüm çalışanlar için öngörülen sendika hakkından yararlanamadığı, Anayasal bir hakkın bir kısım çalışanlar için işlevsiz hale geldiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle kuralın iptali gerekir.

3- Kanun'un 20. maddesiyle 6356 sayılı Kanun'un 41. maddesinin birinci ve beşinci fıkralarında yer alan "yüzde üçünün" ibareleri "yüzde birinin" olarak; **43. maddesinin** ikinci fıkrasında yer alan "yüzde üçünden" ibaresi "yüzde birinden", dördüncü fıkrasında yer alan "yüzde üçünü" ibaresi "yüzde birini" olarak değiştirilmiştir.

Yapılan değişiklikler Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının kullanımındaki engelleri azaltan, doğru yönde atılmış adımlar olmakla birlikte her türlü işkolu barajının sendika, toplu sözleşme ve grev hakkına engel teşkil ettiği, ILO'nun işkolu barajlarının tümüyle kaldırılması yolundaki kararlarıyla birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa'ya aykırılık bütünüyle ortadan kalkmadığından düzenlemenin iptali gerektiği düşünülmektedir.

4- Kanun'un 94. maddesiyle, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkrayla *"…yönetmelikle veya diğer bir düzenleyici işlemle avukatlık stajına kabulde, staj döneminde ve avukatlık mesleğine kabulde sınav veya benzeri bir rejim öngörülemez"* hükmü getirilmiştir.

Kuralla, sınav veya benzeri bir rejimin yönetmelik veya diğer bir düzenleyici işlemle getirilemeyeceği söylenmiş olmakla birlikte yasa koyucunun amacının, avukatlık sınavının her hangi bir şekilde uygulanmasını önlemek olduğu açıktır. Düzenleyici işlemle konulamayacak olan sınav ancak yasa ile konulabileceğine göre, yasa koyucunun bu yönde bir düzenleme yapmamak suretiyle, sınavın tamamen kaldırılmasını amaçlamış olduğunda tereddüt bulunmamaktadır.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesinin Esas: 2007/16, Karar: 2009/147 sayılı kararında avukatlık sınavı, Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş ve şu tespitte bulunulmuştur:

Güçlü ve bağımsız savunma mesleği, hukukun üstünlüğünün, hukuksal uzlaşmanın, adil yargılanma duygusunun ve toplumsal barışın güvencesi olup bu değerler, mesleğinde yetkin bağımsız savunucularla teminat altına alınmıştır".

Yargılamanın asli unsuru olan savunmanın, hakim ve savcılar gibi, mesleki bakımdan belli bir yetkinlik ve donanıma sahip olması amacına yönelik olan avukatlık sınavına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin yaptığı tespit, iptali istenen kuralla boşa çıkartılmış ve böylece, Anayasa'nın 153. maddesinde yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı ilkesi çiğnenmiştir.

Avukatlık, her ne kadar Anayasa'da özel olarak düzenlenmiş bir kurum değil ise de Anayasa'nın 90. maddesinin yollamasıyla gözetilmesi gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı kapsamında bir avukatın yardımından yararlanma hakkı açıkça belirtildiğinden, bu mesleğin ve mensuplarının Anayasal temelde değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de bu doğrultuda, yukarıda belirtilen kararı vermiştir. Avukatların daha yetkin ve donanımlı olmasına yönelik her hangi bir düzenleme yapılamaması sonucunu doğuran kuralda Anayasa'nın 36. maddesine uyarlık bulunduğu söylenemez.

Yasa koyucu, avukatlık sınavı konusunda düzenleme yapmamak ve Türkiye Barolar Birliğince de düzenleme yapılmasının yolunu yasa ile kapatmak suretiyle Anayasa'nın 36. ve 153. maddelerine aykırı bir tasarrufta bulunmuştur. Bu nedenle kuralın iptali gerekir.

5- Kanun'un 100. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine üçüncü fıkra olarak eklenen fıkrada *"Birinci ve ikinci fıkralarda belirtilen süreler geçtikten sonra, kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılamaz"* denilmiştir.

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde kamulaştırılan bir taşınmazın bedeli ödenerek geri alınması düzenlenmiş, birinci ve ikinci fıkralarda buna ilişkin beş ve bir yıllık hak düşürücü süreler belirtilmiştir. Ancak, maddede, geri alma dışında çeşitli nedenlerle vaki olabilecek bedel veya tazminat taleplerine ilişkin dava yolu kapatılmamıştır. Bu kere iptali istenen kuralla, beş ve bir yıllık süreler geçtikten sonra her türlü hak ve talepler için dava yolu kapatılmaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkının ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği belirtilmiş, 46. maddesinde de kamulaştırmanın gerçek karşılık esasına dayanacağı öngörülmüştür. Anayasa kurallarına göre, kamulaştırma konusu olan taşınmaz malın kendisi kamu yararı amacıyla malikinin iradesi dışında elinden alınabilecekse de, malın bedelinin dışında olabilecek hak taleplerinin de kendiliğinden ortadan kalkması söz konusu olamaz. İptali istenen kuraldaki düzenleme, kamu yararı için ihtiyaç duyulan taşınmazın bedelinden bağımsız olarak, malikin diğer haklarını talep etme yani hak arama özgürlüğüne yapılmış, zorunlu bir nedeni olmayan ve ölçüsüz bir müdahaledir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletine ve 36. maddesindeki hak arama hürriyetine aykırı olan kuralın iptali gerekir.

6- Kanun'un 101. maddesiyle, 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin iptal edilen kısmı dışında kalan bölümü, 100. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu yönündeki gerekçemiz ve geçici 9. maddenin iptal edilen ibarelerine ilişkin çoğunluk gerekçesindeki nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletine aykırı olup, iptali gerekir.

7- Kanun'un 112. maddesiyle 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendiyle, Bakanlar Kurulu tarafından kentsel dönüşüm ve proje alanı olarak ilan edilen yerlerin mera, yaylak veya kışlak olmaktan çıkarılması olanaklı hale getirilmiştir.

Anayasa'nın 45. maddesiyle devletin korumakla görevlendirildiği meraların, üstün bir kamu yararına dayanan herhangi bir zorunluluk olmaksızın, salt kentsel arazilerin genişletilmesini sağlamak amacıyla meraların bu vasfının kaybettirilebilmesinin Anayasa'ya uygun olmadığı açıktır. Kuralda kentsel dönüşüm ve proje alanı olarak ilan edilecek yerlerin meralara zarar vermeden belirlenmesinin mümkün olamayacağının anlaşılması ve bir zorunluluk bulunması gibi herhangi bir güvence bulunmamaktadır. Kaldı ki zorunluluklar nedeniyle her iki kamu yararı arasında makul bir denge kurulmasını gerektiren hallerde bunun gerçekleştirilebilmesine olanak veren istisna hükümleri yasada zaten yer

almaktadır. Bu nedenle kuralın, meraların korunmasına yönelik anayasal gereksinim ile zorunluluktan kaynaklanan ihtiyaçlar arasında adil bir denge sağlanması amacına hizmet etmediği, bu nedenle kamu yararına dayanmadığı anlaşılmaktadır. Kural bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan hukuk devletine aykırıdır.

Anayasa'nın 2. ve 45. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un;

1) 10. maddesiyle değiştirilen 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin incelenmesi:

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin temel unsurlarından biri "hukuki belirlilik"tir. Hukuki belirlilik ilkesine göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir.

Anayasa'nın 7. maddesinde ise yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir. Yürütmenin düzenleme yetkisi sınırlı tamamlayıcı ve bağımlı

bir yetki olduğundan Anayasa da öngörülen ayrık durumlar dışında yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması çerçevenin çizilmesi sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı düzenleme yetkisinin yürütmenin takdirine bırakılmaması gerekir.

Dava konusu düzenlemede hukuki belirsizlik bulunduğu bu belirsizlikleri ortadan kaldıracak ilke ve ölçütler getirilmeden bakanlar kuruluna verilmesi, Anayasa'nın 2., 7., 123. ve 128. maddelerine aykırıdır.

2) 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkranın incelenmesi:

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 yargılanmak hakkına sahiptir". Anayasa'nın 125. maddesinde ise "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır". denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 günlü, E. 2009/27, K. 2010/9 sayılı kararında belirtildiği üzere Anayasa'nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma da bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 no'lu protokolünün mülkiyet hakkını teminat altına alan birinci 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.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmiş kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği

öngörülmüştür. Ayrıca sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasa'nın 36. maddesinde güvenceye bağlanan hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır.

Dava konusu kural Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırıdır.

3) 101. maddesiyle, 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin incelenmesi:

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, yasa koyucunun üstünde anayasa ve hukukun üstün kurallarının olduğunun bilincinde olan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 tarihli ve E. 2009/27, K. 2010/9 sayılı kararında belirtildiği üzere Anayasa'nın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı, sadece yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma da bulunma hakkını değil yargılama sonunda hakkı olanı elde etmeyi de kapsar.

Adil yargılanmanın ön koşulu kişilerin yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir.

Dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle yukarıda her bölümde açıklanan gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğu belirtilen kuralların iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY YAZISI

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkrasının üçüncü cümlesi çoğunluk kararı ile Anayasa'nın 13. ve 65. maddelerine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde, arazi üzerindeki mülkiyetin, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını da kapsadığı ifade edilmekle birlikte, taşınmaz malikinin, taşınmazın üstündeki hava ve altındaki arz katmanları kullanma yetkisinin malike, uzayın derinliklerine kadar varacak düzeyde arazinin üstünü, Dünyanın merkezine varacak düzeyde de arazinin altını kullanma hakkını verdiği düşünülemez. Malikin bu hakkının kapsamının, arazi üzerindeki havanın ve altındaki yer katmanlarının belli bir seviyesiyle sınırlanması gerekmektedir. Kanun koyucu, 4721 sayılı Kanun'un 718. maddesinde bu sınırı ortaya koymuş ve *"kullanılmasında yarar olduğu ölçüde"* malikin, arazinin altını ve üstünü kullanabileceği ifade edilmiştir. Taşınmaz malikinin mülkiyet hakkı, kullanılmasında yarar bulunması ölçüsüne göre tespit edilecek seviyenin üzerindeki hava tabakası ile yine aynı şekilde belirlenecek seviyenin altındaki yer katmanlarını kapsamamaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, Devlete, bireylerin mülkiyet hakkına haksız müdahalede bulunmama ödevi olarak ifade edilen negatif bir yükümlülük yüklemektedir. İdarenin, herhangi bir şekilde taşınmazın, kullanılmasında yarar bulunması ölçüsüne göre tespit edilecek seviyenin üzerindeki hava tabakası ile yine aynı şekilde belirlenecek seviyenin altındaki yer katmanlarını kullanması ve dolayısıyla malikin, üzerindeki mülkiyet hakkının tanıdığı yetkileri buralarda kullanmasını engellemesi, Devlete yüklenen negatif yükümlülüğün ihlali anlamına gelir.

2942 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrası bir bütün olarak değerlendirildiğinde, teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerine ilişkin yatırımlar için idari irtifak kurulmaması, maliklerin mülkiyet hakkının kullanımının engellenmemesi koşuluna bağlandığı anlaşılmaktadır. Anılan fıkra uyarınca, mülkiyet hakkının kullanımının engellenmediğinden söz edilebilmesi için teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin, taşınmazın kullanılmasında yarar bulunmayacak derecede üstünde veya altında yapılmış olması gerekmektedir. Fıkrada sözü edilen yapıların, taşınmazın malikçe kullanılmasında yarar bulunan kısımlarında yapılması durumunda mülkiyet hakkının kullanımı da engellenmiş olacağından taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesisi zorunluluğu ortadan kalkmadığı gibi malikin tazminat isteme hakkı da baki kalmaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralın bu hâliyle mülkiyet hakkına müdahaleye imkân tanıdığı söylenemez.

Yapılan teleferik ve benzeri ulaşım hatları ile her türlü köprü, taşınmazların altında metro ve benzeri raylı taşıma sistemlerinin, kullanmasında yarar bulunan dereceyi aşıp aşmadığı, arazinin mahiyetine, malik tarafından kullanılış tarzına göre dürüstlük kuralı esas alınarak tayin edilecektir. Sistemin bu ölçüyü aşıp aşmadığı ve dolayısıyla mülkiyet hakkının kullanımının engellenip engellenmediğinin her somut olayın kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. İnşa edilen sistemin, kullanmasında yarar bulunan dereceyi aştığının tespiti durumunda, mülkiyet hakkının kullanımına müdahalede bulunmama koşulunun gerçekleşmediği ve dolayısıyla yapının, dava konusu kural kapsamında kalmadığı kabul edilerek taşınmaz maliki lehine uygun bir tazminata hükmedilmesi icap etmektedir. Ancak bu durum kuralın uygulanmasıyla ilgili olup anayasal bir sorun teşkil etmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olmadığı ve bu nedenle iptal isteminin reddi gerektiği görüşüyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

KARŞI GÖRÜŞ

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı, İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un bazı maddelerinin iptallerine karar verilmesi istenmiştir. Bu kapsamda aşağıdaki kuralların da iptali istenmiş, ancak Mahkememiz çoğunluğu tarafından kurallar Anayasa'ya aykırı bulunmayarak iptal talebi reddedilmiştir.

Aşağıda incelendiği şekilde, belirtilen kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır:

I- 4734 Sayılı Kanun'un 62. Maddesinin Birinci Fıkrasının (e) Bendinin (1) Numaralı Alt Bendinin Birinci ve İkinci Cümleleri

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının, Kanun'un 10. maddesiyle değiştirilen (e) bendi şu şekildedir:

"e) İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında aşağıda belirtilen hususlara uyması zorunludur:

1) ***İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilir. Bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.*** *3/7/2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 67 nci maddesi ile diğer kanunların hizmet alımına ilişkin özel hükümleri saklıdır.*

2) İdarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı ile 4857 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası esas alınmak suretiyle, idareye ait bir işyerinde yürütülen asıl işin bir bölümünde idarenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde hizmet alımı ihalesine çıkılabilir.

3) Danışmanlık hizmet alım ihalelerinde istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz."

1. Alt bentteki iptali istenen 1. ve 2. cümle, Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasa'ya aykırı görülmemiş ve iptal talebi reddedilmiştir.

İptali istenen cümleler, görüldüğü gibi, idarelerce istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması halinde, yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabileceğini ve ihaleye çıkılabilecek işlerin ne şekilde belirleneceğini düzenlemektedir.

Maddede yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekildedir:

"Madde ile, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi değiştirilerek, gerek yardımcı işlerde gerekse asıl işin bir bölümünde hizmet alım ihalelerine çıkılmasında 4857 sayılı İş Kanununun alt işverenlik ile ilgili düzenlemelerinin esas alınması düzenlenmekte, danışmanlık hizmet alımları dışında idarenin yeterli nitelik ve sayıda personelinin olmaması halinde ihaleye çıkılabilmesi şartı getirilmektedir.

Ayrıca, personel çalıştırılmasına dayalı ihalelerin yapılabileceği yardımcı işleri belirleme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kuruluna verilmiştir."

İptali istenen cümlelerin yer aldığı bent, 6552 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce şu şekildeydi: "İdarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması halinde, ***bu Kanunda belirtilen hizmetler için*** *ihaleye çıkılabilir. Ancak danışmanlık hizmet alım ihalelerinde, istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması şartı aranmaz."*

Görüldüğü gibi, değişiklikten önce hangi hizmetler için idarelerin ihaleye çıkabileceği açıkça belirtilmiş ve "*bu Kanunda belirtilen hizmetler için" d*enilerek kapsam açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu bağlamda 4734 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 4. maddesinde, hizmet kavramının hangi faaliyetleri kapsadığı da açıklanmıştır. Buna göre 4734 sayılı Kanun uyarınca hizmet kavramı, "*bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri*" kapsamaktadır.

6552 sayılı Kanun'un 10. maddesiyle, 4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi tümüyle değiştirilmiştir. Bendin dava konusu birinci cümlesinde, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik veya sayıda olmaması hâlinde personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte; ikinci cümlesinde ise bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerinin; idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yerleşik yargı içtihatları ile 22.5.2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 2. maddesinin yedinci fıkrası dikkate alınmak suretiyle idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu belirtilmektedir.

Bendin yeni halinde, önceki halinden farklı olarak, özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede "*bu Kanunda belirtilen hizmetler*" için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni halinde "*personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler*" için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmaktadır. Öte yandan, bendin ikinci cümlesiyle, birinci cümlede sözü edilen yardımcı hizmetlerin neler olduğunun belirlenmesi hususunda Bakanlar Kuruluna yetki tanınmaktadır. Buna göre, bu kapsamda ihaleye çıkılabilecek yardımcı işlere ilişkin hizmet türlerini, idareler itibarıyla ayrı ayrı veya birlikte belirlemeye; işçi,

işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü ve Maliye Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu yetkilidir.

Buna göre, kuralın yeni halinde özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamının önceki haline nazaran genişletildiği söylenebilir. Zira kuralın önceki halinde, 4734 sayılı Kanun'da sayılan hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni halinde, 4734 sayılı Kanun'da sayılanlarla sınırlı olmaksızın personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler, özel kişiler eliyle yerine getirilmesine imkân sağlanan hizmetler kapsamına alınmıştır. Bununla birlikte, az önce ifade edildiği üzere, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlerin tümü değil, Bakanlar Kurulunca belirlenecek olanlar için ihaleye çıkılması ve bunların özel kişilere gördürülmesi mümkün kılınmıştır. Ayrıca, 4857 sayılı Kanun'un 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf uyarınca bunların, yardımcı iş niteliğinde olması veya kamusal hizmetin niteliği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerden olması gerekmektedir.

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

Hukuk 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. maddesine göre de, yasama yetkisi, Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olup, devredilemez.

4734 sayılı Kanun'un 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin yeni halinde, önceki halinden farklı olarak, bent uyarınca özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerde farklılaşmaya gidilmekte; önceki düzenlemede *"bu Kanunda belirtilen hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesi öngörülmekte iken, yeni halinde *"personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* için ihaleye çıkılabilmesine imkân sağlanmaktadır.

İptali istenen cümleler bu açıdan değerlendirildiğinde, hangi hizmetler için ihaleye çıkılacağı konusunda getirilen asıl kriterin *"personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"* şeklinde belirlendiğini görüyoruz. Bu kritere ilişkin başkaca bir belirleme, açıklama da diğer hükümlerde yer almamaktadır. O nedenle, hangi hizmetler için ihaleye çıkılabileceğini, sonuçta Bakanlar Kurulu belirleyecektir. Bakanlar Kurulunun karar verirken, idarelerin teşkilat görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı, yargı kararlarını dikkate alacak olması ve hükümde belirtilen yerlerin görüşünün alınması ve Maliye Bakanlığının teklifte bulunması, bu konuda yeterli bir açılık getirmemekte, sonuçta hangi hizmetler için ihaleye çıkılabileceği konusunda, asıl belirleyici konumda olan Bakanlar Kurulu olmaktadır.

Yukarıda belirtildiği şekilde, hangi hizmetler için ihaleye çıkılabileceği konusunda yeterli açıklık sağlanmadan, Bakanlar Kuruluna yetki verildiğinden, kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır. O nedenle Mahkememiz çoğunluğunun kuralın Anayasa'ya uygun olduğu ve reddi gerektiği yönündeki görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

II- 2942 Sayılı Kanun'un 23. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın İncelenmesi

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine, 6552 sayılı Kanun'un 100 maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle eklenen üçüncü fıkranın iptali istenmiştir. İptali istenen fıkranın bulunduğu 23. maddenin ilgili birinci ve üçüncü fıkraları şu şekildedir:

"Mal sahibinin geri alma hakkı

Madde 23- Kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece veya 22 nci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca devir veya tahsis yapılan idarece; kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, mal sahibi veya mirasçıları kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malını geri alabilir.

Doğmasından itibaren bir yıl içinde kullanılmayan geri alma hakkı düşer.

Birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler geçtikten sonra kamulaştırılan taşınmaz malda hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılamaz*".*

Maddenin üçüncü fıkrasının iptali istenmiştir. Mahkememiz çoğunluğu tarafından, hüküm Anayasa'ya aykırı bulunmayarak iptal talebi reddedilmiştir.

Maddenin birinci fıkrası gereğince, kamulaştırılan bir taşınmazda, kamulaştırma ve devir amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaz veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz mal olduğu gibi bırakılırsa, *kamulaştırılan taşınmazın geri istenebileceği; ikinci fıkra gereğince geri istemenin, hakkın doğmasından itibaren bir yıl içinde yapılması gerektiği; iptali istenen üçüncü fıkra gereğince de bu süreler içinde hak sahibinin hakkını kullanmaması halinde, kamulaştırılan taşınmaza ilişkin olarak herhangi bir hak veya talepte bulunamayacağı, dava açamayacağı kabul edilmiştir.*

Hükmün gerekçesi şu şekildedir:

"4/11/1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 23 üncü maddesinde; kamulaştırma bedelinin kesinleşmesi tarihinden itibaren beş yıl içinde, kamulaştırmayı yapan idarece; kamulaştırma amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek taşınmaz malın olduğu gibi bırakılması halinde, mal sahibi veya mirasçılarının

kamulaştırma bedelini aldıkları günden itibaren işleyecek kanuni faiziyle birlikte ödeyerek, taşınmaz malı geri alabilecekleri yönünde düzenleme yapılmıştır.

Ancak, geri alma hakkının kullanılabilmesi için beş yılın sonunu takip eden bir yıl içinde bu hakkın kullanılmasının gerekmesine ve bu süre geçtikten sonra da eski maliklerin veya mirasçıların bu taşınmaz malın üzerinde ve taşınmaz maldan kaynaklanan herhangi bir hakları kalmamasına rağmen uygulamada eski malikler veya mirasçılar tarafından idarelere karşı çeşitli taleplerle haksız yere davalar açılmaktadır.

Önergeyle, madde hükmünde açıklık sağlanması suretiyle uygulamada ortaya çıkan ihtilafların önlenmesi için maddede; maddenin birinci ve ikinci fıkrada belirtilen süreler (yani 5+1= 6 yıl) geçtikten sonra, kamulaştırılan taşınmaz malın üzerinde ve taşınmaz maldan kaynaklanan hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple (kamulaştırılan taşınmaz malın; üzerinde kamulaştırmanın kesinleştiği tarihten sonra kamulaştırma amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması, kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması veya üçüncü kişilere devredilmesi gibi sebeplerle) hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaması ve dava açılamaması yönünde düzenleme yapılması amaçlanmıştır."

Buna göre, kamulaştırma bedelinin kesinleşmesinden itibaren beş yıl ve bu tarihten itibaren de bir yıl olmak üzere toplam altı yıl geçtikten sonra eski malikler veya mirasçılarının idareden herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunması ve dava açması mümkün değildir.

Maddenin gerekçesinde, geri alma hakkının kullanılabilmesi için beş yılın sonunu takip eden bir yıl içinde bu hakkın kullanılmasının gerekmesine ve bu süre geçtikten sonra da eski maliklerin veya mirasçıların, bu taşınmazı veya taşınmaz maldan kaynaklanan herhangi bir hakları kalmamasına rağmen, uygulamada idarelere karşı çeşitli taleplerle haksız yere dava açtıkları, kuralla, madde hükmünde açıklık sağlanması suretiyle uygulamada ortaya çıkan ihtilafların önlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Anayasa m. 35'de düzenlenen mülkiyet hakkına, kamu yararı amacıyla sınırlama getirilebilir. Söz konusu 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinde de, malikin mülkiyet hakkına kamu yararı amacıyla bir sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır. Ancak getirilecek bu sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesi gereğince ölçülü olması gerekir. Bu açıdan, iptali istenen üçüncü fıkra değerlendirildiğinde, eski maliklerin veya mirasçıların, idareden " *… herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz…"* denilerek, haklarına sınırlama getirildiği görülmektedir. Hükümde, sadece kamulaştırılan mal üzerinde ileri sürebilecek hakları değil, herhangi bir sebeple doğan başka hakların tümünü kapsayan ve o nedenle de, başka hakları da yasaklayan bir ifade kullanılmıştır. Gerçi maddenin gerekçesinde "*…taşınmaz maldan kaynaklanan hakları bulunduğu iddiasıyla eski malikleri veya mirasçıları tarafından idareden herhangi bir sebeple (kamulaştırılan taşınmaz malın; üzerinde kamulaştırmanın kesinleştiği tarihten sonra kamulaştırma amacına uygun hiç bir işlem veya tesisat yapılmaması veya kamu yararına yönelik bir ihtiyaca tahsis edilmeyerek olduğu gibi bırakılması, kamulaştırma amacına uygun olarak kullanılmaması veya üçüncü kişilere devredilmesi gibi sebeplerle) hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaması"* şeklinde bir açıklama yapılmıştır. Ancak bu durum, birinci fıkranın tekrarından ibaret olup, ayrı bir sınırlama getirecek nitelikte görünmemektedir. Bu açıdan, iptali istenen fıkrada, gerekçede de sayılan hallerin dışında diğer halleri de kapsayacak şekilde ve sınırlama olmaksızın "herhangi bir sebeple" doğan haklar da kapsama dahil edilmiş durumdadır. O nedenle, kamu yararı amacıyla getirilen sınırlamanın ötesinde, diğer haklara da teşmil edilebilecek, bir sınırlama getirilmiş olmaktadır. Hüküm o nedenle, Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırıdır.

Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne de kamu yararı amacıyla sınırlama getirilebilir. Bura da getirilen sınırlamanın da, kamu yararı amacıyla getirilmesi ve ölçülü olması gereklidir. İptali istenen hükmün son kısmında, ***"herhangi bir sebeple hak, bedel veya tazminat talebinde bulunulamaz ve dava açılamaz"*** denilerek, hak sahibinin dava açma hakkına da sınırlama getirilmiştir. Eski maliklerin veya mirasçıların, kamulaştırılan taşınmaz nedeniyle süre geçtikten sonra hak, bedel veya tazminat talebinde bulunamayacağı kabul edildikten sonra,

tekrar bir de dava açılamayacağına ilişkin yasak getirilmesi amaca uygun olmadığı gibi, ölçülü de değildir.

Hak sahibi olduğunu düşünen kimsenin, gerçekten hak sahibi olup olmadığı, açtığı dava üzerine yapılacak yargılama sonunda ortaya çıkabilecektir. Bu şekilde dava açılması üzerine, hükmün lafzı doğrultusunda, davaya bakan mahkemenin, uyuşmazlığın esasına girmeden o konuda dava açılamayacağı gerekçesiyle açılan davayı reddetmesi gerekecektir. Hak sahibi olduğunu düşünen bir kimse için, daha baştan dava açma yolunu kapatmak, hak arama özgürlüğünün özüne dokunan, ortadan kaldıran bir müdahaledir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmam mümkün olmamıştır.

III- 101. Maddesiyle 2942 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 9. Maddenin Birinci Cümlesi

2942 sayılı Kanun'un geçici 9. maddesinin birinci cümlesinin iptali istenmiştir. İptali istenen cümle ile birlikte hüküm şu şekildedir:

"Geçici Madde 9-

Bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen veya eklenen bu Kanunun 22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile 23 üncü maddesinin üçüncü fıkrası hükmü; bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri nedeniyle, kamulaştırılan taşınmaz malların eski malikleri veya mirasçıları tarafından bu taşınmaz malların geri alınması, bedel veya tazminat talebiyle açılan ve henüz kesinleşmeyen davalarda da uygulanır. Bu maddenin uygulanması nedeniyle reddedilen davaların yargılama giderleri davalı idare tarafından ödenir."

Hükümde geçen "*…22 nci maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri ile…*" ibareleri oybirliği ile iptal edilmiştir. Kanunun 23. maddesine yapılan atıf ve hükmün geri kalan kısmı ise Mahkememiz çoğunluğu tarafından Anayasa'ya aykırı bulunmamış ve iptal talebi reddedilmiştir.

2942 sayılı Kanun'un 23. maddesinin üçüncü fıkrasının yukarıda açıklandığı şekilde Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, Geçici 9. maddede de, 23. maddenin üçüncü fıkrasına atıf yapıldığından, üçüncü fıkraya ilişkin yukarıda belirtilen gerekçeler doğrultusunda, hükmün Anayasa'nın 13., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatindeyim. O nedenle Mahkememiz çoğunluğunun görüşüne katılmadım.

IV- 4342 Sayılı Kanun'un 14. Maddesinin Birinci Fıkrasına Eklenen (ı) Bendi

4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasına 6552 sayılı Kanun'un 112. maddesiyle (ı) bendi eklenmiştir. Yeni eklenen bendin iptali istenmiştir. İptali istenen bentle birlikte hükmün ilgili kısmı şu şekildedir:

"Tahsis Amacının Değiştirilmesi

Madde 14- Tahsis amacı değiştirilmedikçe mera, yaylak ve kışlaktan bu Kanunda gösterilenden başka şekilde yararlanılamaz. Ancak, bu Kanuna veya daha önceki kanunlara göre mera, yaylak ve kışlak olarak tahsis edilmiş olan veya kadimden beri bu amaçla kullanılan arazilerden;

…

ı) Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen, *Yerlerin, ilgili müdürlüğün talebi, komisyonun ve defterdarlığın uygun görüşü üzerine, valilikçe tahsis amacı değiştirilebilir ve söz konusu yerlerin tescilleri Hazine adına, vakıf meralarının tescilleri ise vakıf adına yaptırılır."*

İptali istenen bent, Mahkememiz çoğunluğu tarafından, Anayasa'ya aykırı görülmeyerek, iptal talebi reddedilmiştir.

Görüldüğü gibi, yeni eklenen (ı) bendi ile, meraların tahsis amacının değiştirilerek bu vasıflarının ortadan kaldırılmasına imkân tanıyan sebepler arasına bir yenisi daha eklenmiştir.

Yapılan değişikliğin gerekçesi şu şekilde açıklanmıştır:

"Mera, yaylak ve kışlak gibi yerlerin kentsel dönüşüm ve gelişim projesi kapsamında ilgili belediye sınırları içerisinde alternatif alan bulunamaması halinde tahsis amacının değiştirilebilmesini amaçlayan bir düzenleme Tasarıya yeni 115 inci madde olarak eklenmiştir."

Anayasa'nın 45. maddesinde, Devletin, çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek amacıyla gereken her türlü tedbirleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 45. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi bu kuralla Devlete, tarım arazilerinin sanayi ve şehirleşme sebebiyle yok edilmesini, tarım arazileri ile çayırlar ve meraların amaç dışı kullanılmasını önleme görevi yüklenmiştir.

Meraların amaç dışı kullanılamaması ve daraltılamaması mutlak sınırlama bir değildir; Devlet'in mera, yaylak ve kışlakları koruma ve tahribini önleme yükümlülüğü, bu alanların hiçbir şekilde başka amaçlarla kullanılamayacağı sonucunu doğurmaz. Kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda, mera, yaylak ve kışlakların daraltılması ve bu alanlara müdahale edilebilmesi mümkündür. Ancak bunun için, meralara müdahaleyi gerektiren kamu yararının, meraların korunmasından daha üstün bir nitelik taşıması ve gerçekleşebilmesi için meraya müdahale dışında başka bir alternatifin bulunmaması, meraya müdahalenin zorunluluk arzetmesi gereklidir. Nitekim, 4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasında, meraların tahsis amacının değiştirilerek farklı şekilde kullanmayı öngören pek çok durum kabul edilmiştir. İptali istenen bendin dışında, diğer hallere bakıldığında, nitelikleri gereği gerçekleştirilebilmeleri için meraya müdahalenin zorunlu olduğu anlaşılmaktadır. Kanun koyucu da bu

nedenle, tüm bentlerin sonuna "…zaruri olan", "…gerekli olan", "…ihtiyaç duyulan" gibi ibareler kullanarak bu durumu ifade etmiştir.

İptalli istenen kural, yukarıda belirtilen hususlar açısından incelendiğinde, lafzının *"Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen"* şeklinde olduğunu görüyoruz. Buna göre, bir meranın Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilebilmesi, Bakanlar Kurulunun yetkisindedir. 5373 sayılı Kanunu'nun 73. maddesi çerçevesinde, kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan arazilerin, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilebilmesi ve uygulama yapılabilmesi için ilgili belediyenin talebi, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca bu yönde karar alınması gereklidir. Bakanlar Kurulu bu yetkisini kullanırken, iptali istenen bendin lafzı doğrultusunda, kamu yararını kendisi takdir edip, bir meranın tahsis amacının değiştirilmesine, kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilmesine karar verebilecektir.

İptali istenen hükümde, Bakanlar Kurulunun bir meranın tahsis amacını değiştirebilmesi, kentsel dönüşüm ve proje alanı olarak ilan edebilmesi için bir zorunluluk hali aranmadığı gibi; bu durum kural olarak niteliği gereği, mutlaka meraya müdahaleyi gerektiren bir durum da sayılamaz. Her ne kadar, değişikliğin gerekçesinde, "*…ilgili belediye sınırları içerisinde alternatif alan bulunamaması halinde…"* denilmiş ise de, bu durum bağlayıcı değildir. Buna göre, Bakanlar Kurulu, uygun gördüğü bir meranın, herhangi bir zorunluluk hali sözkonusu olmaksızın, yerleşime açmak amacıyla tahsis amacını değiştirebilir. Bu durum, uygun konumdaki kamu arazilerinin konut ve alış veriş merkezleri şeklinde değerlendirilmesinin yoğun olduğu günümüzde daha da bir önem kazanmaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesi gereği Devletin, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını sağlamak için bir takım görevleri vardır. Devlet bu görevleri kapsamında, kentsel dönüşüm için yeni proje alanları bulmak ve uygulamaya koymak zorundadır. Ancak bu görev yerine getirilirken, Anayasanın diğer hükümlerine de riayet edilmelidir. Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen görevlerini yerine getirirken Devletin, herhangi

bir zorunluluk olmadığı halde, meralara müdahale ederek tahsis amacını değiştirip yerleşime açması, Anayasa'nın 45. maddesinin ihmal edilmesi anlamına gelir.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 4342 sayılı Kanun'un 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen, "***Bakanlar Kurulunca kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı olarak ilan edilen,"*** şeklindeki (ı) bendi, Anayasa'nın 45. maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir. O nedenle Mahkememiz çoğunluğunun, bendin Anayasa'ya uygun olduğu yönündeki görüşüne katılmadım.

Üye
Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

4734 sayılı Kamu İhale Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının, 6552 sayılı Kanunun 10. maddesiyle değiştirilen (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin iptali talebi reddedilmiştir.

6552 sayılı Kanunla (e) bendinin değiştirilmesinden önce, idarelerce kanun, tüzük ve yönetmeliklere göre istihdam edilen personelin yeterli nitelik ve sayıda olmaması hâlinde, 4734 sayılı Kanunda belirtilen hizmetler için ihaleye çıkılabileceği hükme bağlanmakta iken, yapılan değişiklikle "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler için" ihaleye çıkılabilmesi öngörülmüştür.

Böylece, değişiklikten önce 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde belirtilen "bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetleri, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanması ve benzeri diğer hizmetler" şeklinde

sayma yoluyla belirlenen hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülürken, kuralın yeni hâlinde "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin" hizmetler için ihaleye çıkılabilmesi öngörülerek hizmet alımı suretiyle özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamı genişletilmiştir.

Değiştirilen (e) bendinin birinci paragrafındaki "İdarelerin bu Kanunda tanımlanan hizmetlerden personel çalıştırılmasına dayalı hizmet alımlarında…" ibaresi sebebiyle, (e) bendinin yeni hâliyle de hizmet alımı suretiyle özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin 4734 sayılı Kanunun 4. maddesinde sayılanlarla sınırlı olması gerektiği düşünülebilirse de, bendin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesinde, (e) bendinin önceki haline göre yapılan tek değişikliğin "bu Kanunda belirtilen" ibaresinin yerine "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin" ibaresinin getirilmesi olduğu, ikinci cümlesinde, ihaleye çıkılabilecek hizmet türlerinin 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasının dikkate alınması suretiyle belirleneceğinin hükme bağlandığı ve madde gerekçesinde yer verilen "gerek yardımcı işlerde gerekse asıl işin bir bölümünde hizmet alım ihalelerine çıkılmasında 4857 sayılı İş Kanununun alt işverenlik ile ilgili düzenlemelerinin esas alınması"nın düzenlendiği yönündeki açıklama dikkate alındığında, dava konusu kuralla özel kişilere gördürülebilecek hizmetlerin kapsamının genişletildiği anlaşılmaktadır.

Kuşkusuz, Anayasal ilkelere uyulmak kaydıyla özel kişilere gördürülebilecek kamu hizmetlerinin kapsamının genişletilmesi yasama organının takdir yetkisi içindedir. Ancak yapılan değişiklikle (e) bendinin kapsamı genişletilirken, önceki düzenlemeye göre daha belirsiz hâle getirildiği de açıktır.

Kararın gerekçesinde de belirtildiği üzere, hukuk devletinin gereklerinden olan belirlilik ilkesi, yasal düzenlemelerin hem kişiler, hem de idare yönünden bir tereddüte ve şüpheye yer vermeyecek şekilde "açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir" olmasını ve "kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem"ler içermesini gerektirmektedir.

Değiştirilen (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci cümlesinde özel kişilere gördürülebilecek hizmetler belirlenirken hüküm önceki düzenlemeye göre daha açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir hâle gelmediği gibi ikinci cümlede, hizmet türlerinin belirlenmesinde "idarelerin teşkilat, görev ve yetkilerine ilişkin mevzuatı" ile "yerleşik yargı içtihatları"nın ve "4857 sayılı İş Kanununun 2 nci maddesinin yedinci fıkrası(nın) dikkate" alınacağının öngörülmesi de, "işçi, işveren ve kamu görevlileri konfederasyonları, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hazine Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü"nün aranması da bu belirsizliği giderecek ve keyfî uygulamaları önleyecek nitelikte değildir.

Bilindiği gibi, Anayasanın 128. maddesine göre, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi gerekmektedir.

Anayasanın 47. maddesinin son fıkrasında da, Devlet, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabileceğinin kanunla belirleneceği hükme bağlanmaktadır. Kararda da belirtildiği üzere dava konusu kural, anılan kamu hizmetlerinden bir kısmının ihaleye çıkılmak suretiyle özel kesime yaptırılmasına imkân sağlayan bir düzenleme içerdiğinden, "Anayasada kanunla düzenleneceği belirtilmeyen hususlardan farklı olarak", bunların hangi hizmetler olduğunun kanunla belirlenmesi gerekmektedir.

Dava konusu kuralın getirildiği değişiklikten önce mezkûr hizmetlerin açık bir şekilde sayılmak suretiyle kanunla belirlenmiş olmasına karşılık, değişiklik sonrasında birinci cümlede "personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlere ilişkin hizmetler"den söz edilerek; ikinci cümlede de bu hizmet türlerinin Bakanlar Kurulunca belirleneceği hükme bağlanarak, bu hususların kanunla belirlenmesi yerine idarî düzenlemeye bırakıldığı görülmektedir.

Diğer taraftan, kararın gerekçesinde, personel çalıştırılmasına dayalı yardımcı işlerin, kamu hizmetlerinin özünü oluşturan görevler kapsamında olmadığından, Anayasanın 128. maddesinde kamu görevlileri eliyle görülmesi zorunlu kılınan "genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken aslî ve sürekli görevler" kapsamında değerlendirilemeyeceği belirtilmekte ise de, 4857 sayılı Kanunun 2. maddesinin yedinci fıkrasına yapılan atıf sebebiyle idarelerin mevzuata göre istihdam ettikleri personelin nitelik ve sayı itibariyle yetersiz kalması durumunda, yardımcı işlerin yanında "asıl işin bir bölümünde… kamu hizmetinin gerekleri ve teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerini" de ihaleye çıkararak özel kesime gördürebilecekleri anlaşılmaktadır. Şüphesiz bu da, düzenlemenin belirsizliği yönündeki düşünceyi haklı çıkarmaktadır.

Bu sebeplerle, anılan kurallar herhangi bir tereddüte yol açmayacak şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir bir düzenleme getirmediği gibi, mezkûr düzenlemede dikkate alınacağı belirtilen hususlar da belirlilik ilkesine uygun bir düzenleme yapıldığının ve kanunla belirleme zorunluluğunun yerine getirildiğinin kabulü için yeterli görünmemektedir.

Bu itibarla, dava konusu kuralların Anayasanın 2., 47. ve 128. maddelerine aykırılığından dolayı iptali gerektiği düşüncesiyle, red kararı yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

KARŞI OY

Davada, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 6552 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile değiştirilen 47. maddesinin birinci fıkrasının 1. cümlesinin iptali istenilmektedir.

İptali istenilen kuralda, **memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki hakların, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra,**

koruma süresinin bitiminden önce, Bakanlar Kurulu kararı ile kamuya mal edilebileceği öngörülmektedir.

Eser sahipliğinden kaynaklanan hakların kamuya mal edilmesi müessesesi hukuk sistemimize, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Kanun'un 47. maddesi ile girmiştir. Maddenin değişiklikten önceki halinde;

"Bir kararname ile memleket kültürü için önemi haiz görülen bir eser üzerindeki mali haklardan faydalanma salahiyeti, hak sahiplerine münasip bir bedel ödenmesi suretiyle koruma süresinin bitiminden önce kamuya maledilebilir.

(Değişik: 21/2/2001 -4630/24 md.) *Bu hususta karar verilebilmesi için eserin Türkiye'de veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması ve aynı zamanda yayımlanmış eser nüshalarının iki yıldan beri tükenmiş bulunması ve hak sahibinin uygun bir süre içinde eserin yeni bir baskısını yapmayacağının tespit edilmesi gerekir.*

Bu kararnamede:

1. Eser ve sahibinin adı;

2. Müktesep hakları ihlal edilen kimselere ödenecek bedel;

3. Mali hakları kullanacak makam veya müessese;

4. Verilen bedelin itfasından sonra elde edilecek safi karın hangi kültürel gayelere tahsis edileceği; yazılır."

hükmü yer almakta iken, 6552 sayılı Kanun'un 87. maddesi ile yapılan değişiklikle;

"Bakanlar Kurulu kararı ile memleket kültürü için önemi haiz görülen eserler üzerindeki haklar, hak sahiplerinin münasip bir bedel talep etme hakları saklı kalmak kaydıyla, eser sahibinin ölümünden sonra, koruma süresinin bitiminden önce, kamuya mal edilebilir. Bu hususta karar verilebilmesi için eserin, Türkiye'de

veya Türkiye dışında Türk vatandaşları tarafından vücuda getirilmiş olması gerekir.

Bakanlar Kurulu kararında;

1. Eser ve sahibinin adı,

2. Hakları kullanacak makam veya müessese,

3. Hak sahiplerine, talep üzerine ödenecek bedelin nasıl belirleneceği ve bu bedelin hangi kurum tarafından ödeneceği,

4. Eserden gelir elde edilmesi hâlinde bu gelirin hangi gayelere tahsis edileceği,

yazılır.

Bakanlar Kurulu kararında belirtilen eserin, topluma ulaşması sağlanacak şekilde yayımlanması zorunludur."

hükmünü içerir hale gelmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında güvenceye bağlanan mülkiyet hakkı, maddi varlığı bulunan taşınır ve taşınmaz malvarlığını kapsadığı gibi maddi bir varlığı bulunmayan hak ve alacakları da içermektedir.

Çoğunluk kararında da ifade edildiği üzere, mirasçılar yönünden ekonomik değer ifade eden eser sahipliğine bağlı hakların mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Eser sahibinin mirasçılarının eser sahipliğinden doğan mali hakları ile manevi haklarının kullanım yetkilerinin kamuya maledilmesinin mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı hususunda kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca sınırlamanın, Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen ilkelere uygun olması gerekmektedir. Buna göre mülkiyet hakkına yönelik sınırlamalar, demokratik toplum gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Memleket kültürü bakımından önem taşıyan eserlerin, eser sahibinin ölümünden sonra idari otoritelerce kamuya sunulmasının sağlanmasında kamu yararına aykırı bir yön bulunmadığından dava konusu kuralla fikri mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin meşru bir amaca dayandığı sonucuna ulaşılmaktadır.

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

Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Dava konusu kuralla, *"mülkiyet hakkı"* kapsamında değerlendirilmesi gereken eser sahibinin mirasçılarının eser sahipliğinden doğan mali hakları ile bazı manevi haklarının kullanım yetkilerinin belli sınırlar içinde kamuya maledilmesiyle bir ölçüde mülkiyet hakkına sınırlama getirilmiş ise de anılan özgürlük tamamen ortadan kaldırılmadığı gibi bu özgürlükten yararlanmanın önemli ölçüde zorlaştırıldığından da söz edilemez. Zira

kural, fikir ve sanat eseri üretimini engellememekte, sadece memleket kültürü bakımından önem taşıyanlarının, sahibinin ölümünden sonra kamuya maledilmesine olanak sağlamaktadır. Bu nedenle, dava konusu kural yönünden asıl tartışılması gereken mesele, sınırlamanın ölçülü olup olmadığıdır.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Gerek Anayasa Mahkemesi gerekse AİHM kararlarında, mülkiyet hakkından mahrum bırakma sonucunu doğuran her türlü müdahalede kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki dengenin, kural olarak malikin ekonomik kayıpları telafi edilmek suretiyle sağlanabileceği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, kamulaştırma gibi malikin mülkiyet hakkını sonlandıran idari tasarruflarla gerçekleştirilen müdahalenin ölçülülüğünden söz edilebilmesi için malike ekonomik kayıpları karşılığında uygun bir tazminatın ödenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde malikin katlanmak zorunda olduğu külfet yönünden bir dengesizlik doğacak ve bu durum mülkiyet hakkına müdahaleyi ölçüsüz kılacaktır.

Dava konusu kural uyarınca kamuya maledilecek haklar, eser sahipliğinden doğan mali haklar ile manevi haklardan eser sahibinin ölümüyle 5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinde sayılan kişilere (eser sahibinin varsa ölümünden önce kullanım hakkını bıraktığı üçüncü kişiler; yoksa vasiyeti tenfiz memuru; bu tayin edilmemişse sırasıyla sağ kalan eş ile çocuklar ve mansup mirasçıları, ana - babası, kardeşleri) geçebilen, "*eser sahibinin eserini kamuya sunma, yayımlama zamanını ve tarzını tayin etme yetkisi*", "*eseri, eser sahibinin adı veya müstear adıyla veya adsız olarak umuma arz etme veya yayımlama yetkisi*" ve 14., 15. ve 16. maddelerin üçüncü fıkralarında düzenlenen koruyucu yetkilerden ibarettir. Kanun koyucu eser sahibinin mirasçılarının mali haklarını karşılamak üzere bunların münasip bir tazminat talep etme haklarını saklı tutmuştur. Dolayısıyla mirasçıların talep etmesi durumunda idarece kendilerine münasip bir bedel ödenmesi öngörüldüğünden kamuya maletme işlemi nedeniyle mirasçıların mali yönden bir kayba uğradıkları söylenemez.

Öte yandan, eseri kamuya sunmak ve eserde sahibinin adını belirtmek ile Kanun'da sayılan koruyucu davaları açmak gibi manevi haklardan doğan yetkiler de kamuya maledilmekte ise de kuralla manevi hakların bizzat kendisinin değil, kullanım yetkilerinin idareye devredilmesi öngörülmektedir. Manevi hakların kullanım yetkisinin kamuya maledilmesi, eser sahibinin kişilik haklarını zedelemediği gibi, mirasçıların mali yönden herhangi bir kayba uğramalarına da sebebiyet vermemektedir.

Kaldı ki, kullanım yetkisi kamuya maledilen manevi haklar bir kere kullanılmakla tükenen haklardan olup eser sahibinin, sağlığında eseri kamuya sunmuş bulunması veya eserin hangi adla yayımlanacağını belirlemiş olması durumunda bu iki yetkinin, ölümünden sonra kullanılması mümkün olmadığı gibi dava konusu kural uyarınca esere ilişkin hakları kendisine geçen kurumca kullanılması da olanaksızdır.

5846 sayılı Kanun'un 19. maddesinin ikinci fıkrasında işaret edilen yetkiler ise eser sahibinin eser üzerindeki haklarını koruyucu nitelikte yetkilerden ibaret olup Kanun koyucu, koruyucu yetkilerin kullanımını salt eser sahibinin takdirine bırakmamış, 19. maddenin son fıkrasıyla, eser sahibi tarafından kullanılmaması hâlinde birinci ve ikinci fıkralara göre salahiyetli olanlarca; bunların da bulunmaması veya kullanmak istememeleri hâlinde meşru bir menfaati bulunduğunu ispatlayan eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse tarafından; bunların da kullanmaması hâlinde ise Kültür ve Turizm Bakanlığınca kullanılması zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla, 5846 sayılı Kanun'un 14., 15. ve 16. maddelerinin üçüncü fıkralarında eser sahibine tanınan yetkilerin kamuya maledilmesi, eser sahibinin mirasçılarının ekonomik bir imkandan mahrum kalmaları sonucunu doğurmadığı gibi, bunları eser sahibi yararına kullanacak kuruma da herhangi bir getiri sağlamamakta, aksine külfet yüklemektedir.

Tüm bunlar gözönünde bulundurulduğunda, dava konusu kuralla mirasçılara öngörülemez ve aşırı bir yük yüklenmediği ve mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin açıkça orantısız olmadığı anlaşıldığından kuralda mülkiyet hakkını zedeleyen bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir*." denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Anayasa'da sadece düşünce ve kanaatler değil, ifadenin tarz, biçim ve araçları da güvence altına alınmıştır. Anayasa'nın 26. maddesinde düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanımında başvurulabilecek araçlar "*söz, yazı, resim veya başka yollar*" olarak ifade edilmiş ve "*başka yollar*" ifadesiyle her türlü ifade aracının anayasal koruma altında olduğu gösterilmiştir.

Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen sanat özgürlüğü de düşüncenin ifade biçimlerinden biridir. Anılan maddenin birinci fıkrasında, *"Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir."* denilmek suretiyle sanat özgürlüğü güvenceye bağlanmıştır. Sanat özgürlüğü ifade hürriyetinin bir parçası olup, sanat eserinin oluşumu, tanıtımı, yayılması ve kamusallaşmasına yönelik faaliyetlerin, devlet veya devlet dışındaki üçüncü kişilerin müdahalesi olmaksızın serbestçe yürütülebilmesini ifade etmektedir. Ayrıca bu özgürlük, sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, bu alanda araştırma yapma hakkını da içermektedir. Sanatsal işin kendisine ait olan her türlü eylemi gerçekleştiren kişilerin (sanatçıların) yanında, sanat eserini üçüncü şahıslara ulaştıran ve eserin kamusallaşmasını sağlayan kişiler de sanat özgürlüğünün süjesini oluşturmaktadır.

5846 sayılı Kanun'da sayılan ilim ve edebiyat eserleri, musiki eserleri, güzel sanat eserleri ve sinema eserleri ile işleme ve derleme eserlerin birer sanat eseri olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Dolayısıyla bunların meydana getirilmesi Anayasa'nın 27. maddesinde düzenlenen sanat özgürlüğünün kapsamına girmektedir.

Dava konusu kuralda, fikir ve sanat eserlerinin meydana getirilmesine yönelik herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Esasen, eser sahibi öldüğünden eserin oluşumuna müdahalede bulunulması fiilen mümkün de değildir. Kuralla fikir ve sanat eserine ulaşma hakkına müdahalede bulunulduğu da söylenemez. Zira kural, eserin kamuya sunumuna

yönelik herhangi bir engel öngörmemekte, aksine, kuralın içinde yer aldığı maddenin devamında eserin topluma ulaşacak şekilde yayımlanması zorunlu kılınmaktadır.

Öte yandan, çoğunluk kararında belirtildiğinin aksine, eserin kamuya sunuluş biçim ve araçlarıyla, ölçüsünün belirlenmesinin, mirasçıların ifade özgürlüğünün bir parçası olarak görülmesi de mümkün değildir. Eserin kamuya sunulma biçim ve araçlarının belirlenmesi, mirasçı yönünden ekonomik bir değer taşımaktan öte bir anlam taşımamaktadır. Eserin içeriğindeki görüşlerin yayılması ifade hürriyeti kapsamında kalmakta ise de, bunun mirasçıların ifade hürriyeti biçiminde anlaşılması olanaksızdır. Eserin kamuya sunuluş biçim ve araçlarının belirlenmesinin, mirasçıların ifade hürriyeti kapsamında görülmesi durumunda yetmiş yıllık koruma süresinin bitiminden sonra da bu hakkın münhasıran mirasçılara ait olduğunun kabulü gerekecektir. Zira ifade hürriyetinin yetmiş yıllık süreyle sınırlandırılması mümkün değildir.

Ayrıca, fikir ve sanat eserinin kamusallaşmasına aracılık eden kişilerin eser üzerinde doğrudan maddi ve manevi bir hakka sahip olmaları söz konusu olmayıp eser sahibinin veya mirasçıları ile diğer hak sahiplerinin izin verdiği ölçüde eserin üçüncü kişilere ulaşmasına aracılık etmektedirler. Dolayısıyla bunların sanat özgürlüğüne, daha geniş anlamda ifade özgürlüklerine müdahaleden söz edilebilmesi için hak sahibi ile aralarında kurulmuş bir hukuki ilişkiye müdahale edilmiş olması gerekmektedir. Dava konusu kuralla, hak sahibi ile aracı kişiler arasında kurulmuş olan hukuki ilişkilere müdahale söz konusu değildir. Dava konusu kuralla, eser sahibinin mirasçıları ile eserin kamuya ulaştırılması amacıyla hukuki ilişki kurma imkânının geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılmış olması, aracı kişilerin ifade ve sanat özgürlüklerine müdahalede bulunulduğu anlamına gelmez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı görüşüyle, kuralın iptali yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Muammer TOPAL	Kadir ÖZKAYA	Rıdvan GÜLEÇ

KARŞI OY GEREKÇESİ

10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 15. maddesiyle 6331 Sayılı Kanun'un 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendi ile "*denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer hâlleri*", 6331 sayılı Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmıştır.

30.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun amacı; iş yerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerinin düzenlenmesi olarak belirtilmiştir (m.1). Kapsam itibariyle ise hiçbir ayrım yapmaksızın kamu ve özel sektöre ait tüm işlere ve işyerlerine, faaliyet konularına ve işçi sayısına bakılmaksızın, bu işyerlerinin işveren, işveren vekili, çırak ve stajyerler de dâhil olmak üzere tüm çalışanlarına uygulanması öngörülmüştür (m.2). 6331 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile işveren ile çalışanların görev, yetki ve yükümlülükleri ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

İptali istenen kuralda, denizyolu taşımacılığı yapan araçların uluslararası seyrüsefer halleri 6331 sayılı Kanun'un kapsamı dışına çıkarılmaktadır. Buna göre, Türkiye Cumhuriyeti Kanun'larının yürürlükte olmadığı, diğer bir anlatımla Türk iç suları ve karasuları ile münhasır ekonomik bölge olarak ilan edilen alanlar dışında kalan açık denizlerdeki seyrüseferleri sırasında söz konusu araçlarda çalışan deniz adamlarının 6331 Kanun kapsamındaki iş sağlığı ve güvenliği rejiminden çıkarılması öngörülmektedir.

Bu kuralın ilk bakışta getirmiş olduğu muafiyet itibariyle, deniz adamlarını uluslararası taşımacılık kapsamında, açık denizlerde bulundukları sürece iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hak ve korumalardan yoksun bıraktığı sonucunu doğurduğu düşünülebilir. Ancak, 14.10.1970 tarihli ve 134 sayılı İş Kazalarının Önlenmesine (Gemi adamları) İlişkin ILO Sözleşmesi ile 8.6.1949 tarihli ve 92 sayılı Mürettebatın Gemide Barınmasına İlişkin ILO

Sözleşmesi'nde taraf devletlere, deniz adamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin çeşitli ödevler yüklenmiştir.

Uluslararası sözleşmelerle getirilen bu yükümlülükler, uluslararası sularda farklı çalışma rejimlerine tabi, değişik ülke vatandaşlarını ve farklı hükümranlık rejimleri ile uluslararası hukuk normlarını ilgilendiren karmaşık olguları kapsadığından 6331 sayılı Kanun'un bu alanlarda doğrudan uygulanması imkânı bulunmamaktadır. 6331 sayılı Kanun, işveren ve iş sağlığı ve güvenliğinden sorumlu olanlara yüklenen ödevlerin uluslararası seyrüsefer sırasında uygulanması, işin mahiyeti, yani deniz taşımacılığının kendine özgü koşullarından kaynaklanan bir takım imkânsızlıklar barındırmaktadır.

Deniz araçlarının uluslararası seyrüsefer hâllerinin 6331 sayılı Kanun'dan istisna edilmesi, uluslararası taşımacılık kapsamında açık denizlerde bulundukları sürece, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerin zorunlu kıldığı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin korumalardan mahrum olacakları anlamına gelmemektedir. Türkiye'nin de taraf olduğu 155 sayılı ILO Sözleşmesi ile deniz adamlarının uluslararası seyrüsefer hallerinde bulundukları süre içinde, Anayasa tarafından teminat altına alınan hak ve korumalardan yararlanmalarını sağlayacak düzenlemelerden yoksun olduklarını iddia etmek mümkün görülmemektedir.

Öte yandan, Uluslararası deniz taşımacılığında seyrüsefer halleri dışında kalan süreç, hükümranlık alanı ve işyeri koşullarında 6331 sayılı Kanun yürürlükte ve etkin şekilde deniz adamlarını kapsamış bulunmaktadır. Seyrüsefer hallerine ilişkin süreç ve koşullarda ise Türkiye'nin de taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla güvence altındadır. Kanun koyucunun sadece uluslararası seyrüsefer hallerine münhasır kıldığı muafiyet, Anayasal güvence ve 6331 sayılı Kanun'un genel amacına bir aykırılık teşkil etmekten çok, uygulanabilirliğinin bulunmaması, uluslararası rekabet ve Türk deniz taşımacılığının geliştirilmesi gayesinin bir sonucudur.

Gemi adamlarının iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin uluslararası hukukla getirilen güvenceler karşısında, 6331 sayılı Kanun'un uluslararası sularda

uygulanmasındaki bir takım zorlukları dikkate alan kanun koyucunun, Türk deniz taşımacılığının rekabet gücünün olumsuz etkilendiği gerçeğini de gözeterek, Türk deniz araçlarının uluslararası sulardaki seyrüsefer hallerini Kanun'un kapsamı dışına çıkarmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmadığını düşündüğümden çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Rıdvan GÜLEÇ

Esas Sayısı : 2015/33
Karar Sayısı : 2015/50
Karar Tarihi : 27.5.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 3. Fikri ve Sınaî Haklar Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinin Anayasa'nın 2., 5., 13., 35., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Türk Patent Enstitüsü aleyhine açılan Türk Patent Enstitüsü Yeniden İnceleme ve Değerlendirme Kurulu kararının iptaline ilişkin davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI VE GEREKÇESİ

I- Anayasa'ya aykırılığı itiraz yoluyla ileri sürülen hüküm

Somut olayda Mahkememiz önündeki uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan ve fakat Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilen hüküm 556 sayılı KHK'nin

7/1-i madde ve bendidir. 556 sayılı KHK'nin 7. maddesinde sayılan tescil engelleri kamu düzeni ile ilgilidir ve mutlak ret nedenleri olarak adlandırılırlar. Bu nedenle TPE tescil sürecinde mahkemeler ise yargılama sürecinde resen dikkate almalıdır (Yasaman, Marka Hukuku, 1. Bası İstanbul 2004, C. I, s. 224). Zira bu nedenler, herhangi bir ayırt edici gücü bulunmayan ya da ticaret alanında herkesin kullanımına açık tutulması gereken, yanıltıcı, kamu düzenine, toplumun dini ve ahlaki değerlerine aykırı olduğu kabul edilen işaretlerin tescil edilmemesi amacını taşırlar (Y. 11. HD, 26.11.1999 T. ve E. 99/5790; K. 9490).

Mutlak red nedenleri arasında öngörülen 556 sayılı KHK'nin 7/1-i bendi ise "Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markaların," tescil edilemeyeceği hükmünü amirdir. Bu düzenlemeden hareketle Türk marka hukukunda Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markaların TPE tarafından aynı veya benzer mallar için tescil edilmeyeceği, bir başka ifadeyle re'sen korunacağı kabul edilir (Yasaman, age, s. 245). Bu nedenle TPE başvuruyu mutlak red nedenleri yönünden incelerken, KHK'nin 7/1-i bendini de gözetir. Diğer taraftan bu mutlak red nedeninin varlığı TPE tarafından bir şekilde atlanmış ve başvuru tescil edilmiş ise, 556 s. KK'nin 42. maddesi uyarınca tanınmış marka sahibi hükümsüzlük davası açarak tescil edilen sonraki markayı terkin ettirebilir.

Bilindiği gibi, ülkemizin de taraf olduğu Paris Sözleşmesi'nin, 1 inci mükerrer 6 ncı maddesi, "Birlik ülkeleri, tescilin talep edildiği ülkenin yetkili makamları tarafından söz konusu ülkede bu anlaşmadan yararlanacağı kabul olunan bir şahsa ait olduğu aynı veya benzer ürünlerde kullanıldığı herkes tarafından iyi bilindiği mütalaa edilen bir markanın karışıklığa meydan verebilecek surette örneğini, taklidini veya tercümesini yapan bir fabrika veya ticaret markasının tescilini gerek mevzuatı izin verdiği taktirde doğrudan doğruya gerekse ilgilinin isteği üzerine ret veya hükümsüz kılmayı taahhüt eder" hükmünü taşımaktadır.

Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesinde düzenlenen "herkes tarafından bilindiği kabul edilen" marka, Birliğe üye bir ülkede maruf (tanınmış) hale gelmiş markayı ifade eder. Dolayısıyla dünya çapında tanınmışlık aranmaz. Sözleşmeye üye ülkelerden en az birinde veya bir kısmında tanınmış olma yeterlidir. Bu tür markaların Paris Sözleşmesinin 1. mükerrer 6. maddesinden

yararlanabilmesi için, koruma talep eden markanın Türkiye'de herkes tarafından bilindiğinin kabul edilmesi yeterli olup, markanın ülkemizde fiilen kullanılması, başka bir deyişle bu marka ile üretim ve pazarlama yapılması zorunlu değildir.

Yukarıda ifade edildiği üzere, bu tescil engeli 7. maddede düzenlendiğinden mutlak red nedenleri arasında yer alır ve re'sen gözetilir. Paris sözleşmesinin anılan hükmü ile getirilen korumanın kapsamı, tanınmışlığın kabul edildiği aynı veya benzer mallar ile sınırlıdır.

Bununla birlikte, ülkemizin 1995 yılından bu yana taraf olduğu, Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları (TRİP's) Anlaşması'nın 16/2, 1. cümle hükmü, Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesinin gerekli değişiklikler yapılmış olarak hizmetlere de uygulanacağını, 16/3 hükmü ise, korumanın uygun bulunduğu ölçüde, markanın tescil edildiği mal veya hizmetlere benzemeyen mal veya hizmetlere de uygulanacağını belirterek koruma kapsamını genişletmiştir.

Ancak tanınmış markalara farklı sınıflardaki mal / hizmetler yönünden tanınan bu genişletilmiş korumanın uygulanabilmesi, tanınmış markanın her şeyden önce Türkiye'de (TPE'de) tescil edilmiş olmasını gerektirir. İkinci olarak sonraki başvuru veya markanın bu mal veya hizmetlerle ilgili kullanımının, tescilli (tanınmış) markanın sahibi ile bir bağlantı olduğu ve kullanımın tanınmış marka sahibinin menfaatlerine zarar verme olasılığının bulunması aranır. Diğer taraftan, TRİP's madde 16/2, 2. cümle hükmü, "herkesçe biliniyor olma" değerlendirmesinde "halkın ilgili kesiminin" dikkate alınmasının gerekli ve yeterli olduğunu kabul etmiştir. Şu halde, 556 sayılı KHK'nin 7/1-i ve 8/4 madde hükümleri, Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6 ve bu sözleşmeyle getirilen korumanın sınırlarını genişleten TRİP's madde 16 hükümleri ile birlikte yorumlanmalıdır.

Gerçekten de KHK'nin 8/4 hükmü, bir markanın aynı veya benzerinin, farklı mal ve hizmetlerde kullanılabileceği ilkesini açıkça ifade eder. Ancak tanınmış markalar bu ilkenin istisnasını oluşturur. Buna göre, toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşmış olması koşuluyla, tescilli bir markanın, aynı veya benzerinin, farklı mal ve hizmetlerde kullanılması amacıyla yapılan marka başvurusu, tanınmışlığından haksız yarar sağlanabileceği, itibarına zarar verebileceği veya ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurabileceği durumlarda, itiraz üzerine ret edilir.

Şu halde, bir markanın toplumda tanınmışlık düzeyine ulaşması, tek başına KHK 8/4 hükmü anlamında bir başvurunun reddi için yeterli değildir. Ayrıca başvuruya konu işaret ile tanınmış markanın aynı veya benzer bulunması ve anılan maddede sayılan üç halden en az birinin gerçekleşmesi gerekir. Bu haller, 1- Markanın tanınmışlığından haksız yarar sağlanabilmesi, şöhretini sömürmesi, 2- İtibarına zarar verebilmesi, 3- Ayırt edici karakterini zedeleyici sonuçlar doğurması bir başka deyişle sulandırmasıdır.

Oysa, çağdaş marka hukuku ve 556 sayılı KHK'ya mehaz teşkil eden AB Marka Direktifi (Council Directive 89/104/EEC of 21 December 1988 to Approximate the Laws of the Member States Relating to Trade Marks) ve ilgili düzenleme itibariyle aynı içeriğe sahip olan anılan Direktifi değiştiren 2008/95/EC sayılı Direktif'te 556 s. KHK 7/1-i madde ve bendinin bir karşılığı yoktur. Zira marka başvuru ve tescili ile önceki marka ya da hak sahiplerinin bir başvuruya yönelik itiraz konuları, artık günümüzde tamamen liberal ve serbest piyasa koşullarının ihtiyacına göre, TC Anayasasının 48. maddesi kapsamında, çalışma ve sözleşme hürriyeti çerçevesinde düzenlenmektedir. Bu nedenle, tanınmış markalara ilişkin sadece 556 sayılı KHK'nin 8/4 hükmünün karşılığı, Direktifte, önceki haklara dayalı diğer red veya hükümsüzlük nedenleri başlığı altında 4. maddenin (3) bendinde ve nisbi red nedeni, bir başka ifadeyle önceki marka veya başvuru sahibinin itirazı halinde incelenebilecek bir itiraz gerekçesi olarak düzenlenmiştir.

Esasen bu düzenleme biçimi, devletin (TPE'nin) kime hangi markanın verileceğini ya da devredileceğini temel hak ve hürriyetlerin, serbest piyasa ekonomisi ilkelerinin önüne geçerek kamusal yönü bulunmayan nisbi red nedenlerine dayalı olarak belirleme, hiç bir görev ve yetkisi olmadığı halde tescil edilmiş (bir kısım) markaları koruma ya da korumama, dahası tüm bu uygulamaları 556 sayılı KHK ile yapılmış ve TBMM'nin onayından geçmeyen idari bir tasarruftan ibaret düzenlemeye dayalı olarak, 1995 yılından bu yana yaklaşık 20 yıldır devam ettirilmesi sonucunu doğurmuştur. Somut uyuşmazlıkta da TPE, başvuruyu önceki tanınmış markaya işaret olarak benzer olduğundan bahisle ve farklı sınıflarda da olsa, tescil istemini içeren başvuruya konu 43. sınıftaki restoran hizmetlerini 29, 30. Sınıflardaki mallarla benzer bularak reddetmiştir.

Mahkememiz 556 sayılı KHK'nin somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan 7/1-i hükmünün, birbiriyle bağlantılı temelde üç noktada Anayasa'ya

aykırı olduğu kanaatindedir. Bunlar, mülkiyet hakkı kapsamında bulunan ve bir sınai hak türü olan marka hakkına ilişkin düzenleme ve sınırlandırmaların, kanun yerine bir Kanun Hükmünde Kararname ile yapılmış olması; marka hakkının doğumu, sınırlandırılması ve korunması hususlarıyla ilişkili nisbi nedenlerin, mutlak red nedeni olarak düzenlenmesi suretiyle, hukuk devleti ilkesine aykırılık yapılması ile çalışma ve sözleşme hürriyeti ilkelerine aykırılıktır. Dolayısıyla 556 sayılı KHK'nin 7/1-b bendine ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı iki başlık altında açıklanacaktır.

II- Temel Hak ve Hürriyetlerden olan Marka Hakkına İlişkin Düzenlemenin KHK ile Düzenlenmesi

TC Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlığını taşıyan 2. maddesi "Türkiye Cumhuriyeti'nin, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti" olduğunu belirler. Dolayısıyla hukuk devleti olma vasfı Cumhuriyetin, insan haklarına saygılı, demokratik, laik ve sosyal bir devlet olmasının temeli ve teminatıdır. Zira bir devlet hukuk devleti olduğu takdirde, hangi yetkinin hangi otorite tarafından ve nasıl kullanılacağı, açık, denetlenebilir ve öngörülebilir, adalet ve eşitlik ilkelerine uygun şekilde hukuk kuralları ile belirlenir.

Dolayısıyla dayanağını Anayasa ve yasalardan almayan hiç bir yetki kullanılamaz. Yasama yetkisi de "Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kullanılır. Bu yetki devredilemez" (AY m. 7). Bununla birlikte AY m. 91 uyarınca, sınırlı ve belirli hallerde, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Kanun hükmünde kararname çıkartma yetkisi verilemeyecek konular ise maddede, "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 siyasî haklar ve ödevler" olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın ikinci kısmının birinci bölümünde düzenlenen temel haklardan mülkiyet hakkının (AY:m.35) bir türü olan marka ve markadan doğan hakların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi mümkün değildir. Salt bu nedenle somut uyuşmazlığa uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 7/1-i bendi Anayasanın 2., 35. ve 91. maddelerine aykırı olup iptalinin talep edilmesi gerekmiştir. Nitekim bu husus 556 sayılı KHK'nin 42/1-c hükmünün

iptaline ilişkin AYM'nin 9.4.2014 tarih ve 2013/147 esas, 2014/75 karar sayılı kararı ile de benimsenmiştir.

III- Hukuk Devleti İlkesine ve Mülkiyet Hakkına Aykırılık

Yukarıda belirtildiği üzere, hukuk devleti ilkesine TC Anayasası'nın Cumhuriyetin nitelikleri başlığını taşıyan 2. maddesinde yer verilmiştir. Bu ilke, Devletin her türlü eylem ve işlemlerinde uyması gereken hukuk kurallarının olduğu, böylece vatandaşlar yönünden tam bir hukuki belirliliğin ve güvencenin sağlandığı bir toplum düzenini ifade eder. Ancak hukuk devleti ilkesinin salt Anayasa'da yer alması yeterli olmayıp, ilkenin hayata aktarılması bazı somut koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır. Anayasa Mahkemesi 'Hukuk Devleti' ilkesi bir kararında tanımlamıştır. Buna göre, "Anayasa'nın 2. maddesine göre, Cumhuriyetin temel ilkeleri arasında sayılan hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Böyle bir düzenin kurulması, yasama, yürütme ve yargı alanına giren tüm işlem ve eylemlerin hukuk kuralları içinde kalması, temel hak ve özgürlüklerin, Anayasal güvenceye bağlanmasıyla olanaklıdır" (Anayasa Mahkemesinin, 1.7.1998 tarih ve Esas 1996/74; Karar 1998/45 sayılı kararı).

Şu halde hukuk devleti ilkesinin salt Anayasa'da yer alması yeterli olmayıp, devletin tüm organlarının yetkileri, yaptığı işlem ve aldıkları kararların, yasalarda objektif, açık ve herkese eşit uygulanabilir bir biçimde düzenlenmesi gerekir. Aksi halde vatandaşlar yönünden hukuki güvenliğin yeterince sağlandığını söylemek olanaklı değildir. Bunun yanında, öncelikle yasa koyucu, norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. Nitekim AY'nin. 5. maddesi, Devletin temel amaç ve görevleri arasında, "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" çalışmayı da saymıştır. 13 maddesinde ise, "Temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini; bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve

ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını" belirtmiştir. Temel hak ve hürriyetlerden birisi olan marka hakkına ilişkin düzenlemelerde bu hakkın elde edilmesine getirilen sınırlandırmalar, açık, net, denetlenebilir, herkese eşit uygulanabilir ve ölçülülük ilkesi ile bağdaşır bir düzenleme ile yapılmak gerekir.

Somut uyuşmazlıkta uygulanması söz konusu olan KHK'nin 7/1-i hükmü ile yapılan düzenleme anılan bu ilkelere tamamen aykırıdır. Zira madde ile nisbi red nedeni olarak, önceki marka veya tanınmış marka sahiplerince TPE veya mahkemeler önüne getirilmesi gereken bir hususun, mutlak red nedeni olarak öngörülmesi suretiyle, amaca uygun, bu amaçla sınırlı ve ölçülü, öngörülebilir ve tüm marka başvurusunda bulunan vatandaşlara eşitlik ve adaletli bir şekilde uygulanabilir bir düzenleme yapıldığını kabule imkan yoktur.

Oysa 556 sayılı KHK'nin 7/1-i bendi Tanınmış markalara, esas olarak aynı, aynı tür, benzer veya ilişkili mal ve hizmetler yönünden koruma sağlamaktadır. Bu tür bir düzenleme, kamusal hiç bir yönü olmayan, bu nedenle nisbi (önceki tanınmış marka sahiplerinin) itirazı üzerine verilmesi gereken bir korumanın, oldukça geniş ve amacı aşar şekilde sağlanması anlamını taşımaktadır.

Nitekim bu geniş koruma TPE'nin Marka Başvurularının İncelenmesine uygulanması beklenilen kılavuzda da kabul ve; "önceki markanın tanınmışlık düzeyi ve ayırt edicilik gücü dikkate alınarak karışıklığa neden olabilecek mal ve hizmetlerin kapsamı geniş tutulabilir" şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Anılan değerlendirme ise, somut olayın tüm koşulları, çekişmeli mal ve hizmetlerin niteliği ve ortalama tüketicilerinin algısına göre yapılması gereken ve daha önemlisi tarafların eşit koşullarda görüş ve delillerini sunabildiği bir itiraz incelemesi sonrası yapılabilecek bir değerlendirmedir.

Bu nedenledir ki, uygulamada bir başvurunun KHK 7/1-i bendindeki tescil engeline takılıp takılmayacağı tamamen incelemeyi yapan görevlinin sübjektif değerlendirme ve tutumuna bağlı olarak gerçekleşmektedir. Bu durum, başvuru sahipleri bakımından, nisbi red nedeni olarak ve itiraz halinde tartışılması gereken durumları, kamu otoritesinin re'sen ve ilgili tarafların görüş ve kanıtlarını dahi dikkate almadan, başvuruyu reddetmesi anlamına gelmekte, marka hakkının elde edilmesi sürecinde, hakkın özünü zedeleyen, ölçüyü aşan, kişi hak ve hürriyetlerine

demokratik bir ülkede beklenebilecek müdahaleyi aşan bir sınırlamaya zemin oluşturmaktadır. Oysa, somut olayın şartlarına ve takdire bağlı iltibas ve tanınmış markalara farklı sınıfları da kapsayacak daha geniş koruma sağlanması konuları, KHK 8/1-b ve 8/4 hükümlerinde düzenlenmiş olan bir nisbi red nedeni sorunudur. Anılan red nedeninin değerlendirilebilmesi için de önceki bir marka veya hak sahibinin itirazının bulunması gerekir. Esasen KHK m. 7/1-i bendinin benzer işaretlerle, benzer mal ve hizmetleri de içerecek şekilde nisbi red nedenleri alanına taşan genişletilmiş bir mutlak red gerekçesine yer vermesi ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü gibi, başvuru sahipleri bakımından da, belirsiz, öngörülemeyen, hukuki güvenlikten yoksun bir uygulama anlamını taşımaktadır.

Görüldüğü üzere, demokratik ve insan haklarına saygılı bir ülkede, kamu otoritesinin markaların verilmesi sürecine maksadını aşar şekilde müdahalesine gerekçe ve zemin oluşturan bu düzenlemenin esasen mehaz AB Marka Direktifinde öngörülmemesi yeni marka hukuku anlayışı ve sistematiği ile ilgili bir durumdur. Dolayısıyla 1995 tarihinde kabul edilen 556 sayılı KHK ile benimsenen yeni marka sitemiyle de çelişen bu düzenleme, Anayasa'nın 2, 5, 13 ve 35. maddelerine de aykırıdır ve iptali gerekir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, T.C. Anayasasının 152. maddesi uyarınca somut olayda uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 7/1-i hükmünün Anayasa'nın 2, 5, 13, 35, 48 ve 91. maddelerine aykırı olduğu kanaatine ulaşılmakla, anılan maddelerin itiraz yoluyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, yapılan başvuruya esas olmak üzere tüm belgelerin birer örneği ile yazılacak gerekçeli kararın Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, tahkikat duruşmasının 5 aylık süre dolduktan sonra devam edilmesine karar vermek gerekmiştir.

KARAR:

1- T.C. Anayasasının 152. maddesi uyarınca somut olayda uygulanması söz konusu olan 556 sayılı KHK'nin 7/1-i hükmünün Anayasa'nın 2, 5, 13, 35, 48 ve 91. maddelerine aykırı olduğu kanaatine ulaşılmakla, anılan maddelerin itiraz yoluyla iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2- 1 nolu bent uyarınca yapılan başvuruya esas olmak üzere tüm belgelerin birer örneği ile yazılacak gerekçeli kararın Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine,

3- 1 ve 2 nolu bent sonucuna göre tahkikat duruşmasının 5 aylık süre dolduktan sonra devam edilmesine,

Karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralı

556 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin itiraz konusu kuralı da içeren 7. maddesi şöyledir:

*"**Marka tescilinde red için mutlak nedenler***

***Madde 7-** Aşağıda yazılı işaretler marka olarak tescil edilemez:*

a) 5 inci madde kapsamına girmeyen işaretler,

b) (Değişik : 22/6/2004 - 5194/13 md.) Aynı veya aynı türdeki mal veya hizmetle ilgili olarak tescil edilmiş veya daha önce tescil için başvurusu yapılmış bir marka ile aynı veya ayırt edilemeyecek kadar benzer olan markalar,

c) Ticaret alanında cins, çeşit, vasıf, kalite, miktar, amaç, değer, coğrafi kaynak belirten veya malların üretildiği, hizmetlerin yapıldığı zamanı gösteren veya malların ve hizmetlerin diğer karakteristik özelliklerini belirten işaret ve adlandırmaları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar.

d) Ticaret alanında herkes tarafından kullanılan veya belirli bir meslek sanat veya ticaret grubuna mensup olanları ayırt etmeye yarayan işaret ve adları münhasıran veya esas unsur olarak içeren markalar,

e) Malın özgün doğal yapısından ortaya çıkan şeklini veya bir teknik sonucu elde etmek için zorunlu olan, kendine malın şeklini veya mala asli değerini veren şekli içeren işaretler,

f) Mal veya hizmetin niteliği, kalitesi veya üretim yeri, coğrafi kaynağı gibi konularda halkı yanıltacak markalar,

g) Yetkili mercilerden kullanmak için izin alınmamış ve dolayısıyla Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesine göre reddedilecek markalar,

h) Paris Sözleşmesinin 2 nci mükerrer 6 ncı maddesi kapsamı dışında kalan ancak kamuyu ilgilendiren, tarihi, kültürel değerler bakımından halka mal olmuş ve ilgili mercilerin tescil izni vermediği diğer armalar, amblemler veya nişanları içeren markalar,

ı) Sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesinin 1 inci mükerrer 6 ncı maddesine göre tanınmış markalar,

j) Dini değerleri ve sembolleri içeren markalar,

k) Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı markalar.

(Ek fıkra : 3/11/1995 - 4128/5 md.;Değişik:22/6/2004 – 5194/13 md.) Bir marka tescil tarihinden önce kullanılmış ve tescile konu mallar veya hizmetlerle ilgili olarak bu kullanım sonucu ayırt edici bir nitelik kazanmış ise (a), (c) ve (d) bentlerine göre tescili reddedilemez."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 13., 35., 48. ve 91. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Zühtü ARSLAN, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, M. Emin KUZ, Hasan Tahsin GÖKCAN ve Kadir ÖZKAYA'nın katılımlarıyla 1.4.2015 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Hakan ATASOY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kanun hükmünde kararname kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin kapsamına öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimi de girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi

öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnamelerin bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle, kanun hükmünde kararnameler ile dayandıkları yetki kanunu arasında çok sıkı bir bağ vardır. Kanun hükmünde kararnamenin yetki kanunu ile olan bağı, kanun hükmünde kararnameyi aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. Kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerin içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Kanun hükmünde kararnameler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Anayasa'da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*"in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi, "*Bakanlar Kurulu*"na ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163.

maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

B- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralının Anayasa'nın 91. Maddesi Yönünden İncelenmesi

Kanun Hükmünde Kararname'nin 6. maddesinde, bu Kanun Hükmünde Kararname ile sağlanan marka korumasının tescil yoluyla elde edileceği belirtilmiş; itiraz konusu kuralda ise sahibi tarafından izin verilmeyen Paris Sözleşmesi'nin 1. mükerrer 6. maddesine göre tanınmış markaların, marka olarak tescil edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*"in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın "*Mülkiyet hakkı*" başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu; ikinci fıkrasında bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği; üçüncü fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, Anayasa'nın ikinci kısmının "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" başlıklı ikinci bölümünde yer alan mülkiyet hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.

Mülkiyet hakkının konusunu, maddî ve gayrimaddî mallar oluşturmaktadır. Taşınır ve taşınmaz mallar maddî mallar kapsamında iken, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları gayrimaddî mallar kapsamında bulunmaktadır. Bir markanın sahibine sağladığı haklar ise "*marka hakkı*" olarak adlandırılmakta ve marka hakkı, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralda yer alan markanın tesciline ilişkin düzenleme, mülkiyet hakkının konusunu oluşturan marka hakkıyla ilgili olduğundan kural, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına aykırı görülerek iptal edildiğinden, ayrıca Anayasa'nın 2., 5., 13., 35. ve 48. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 27.5.2015 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	

Esas Sayısı : 2014/36
Karar Sayısı : 2015/51
Karar Tarihi : 27.5.2015

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Pasinler Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasa'nın 5., 10., 17., 20. ve 24. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıkları ve yaptırdıkları iddiasıyla sanıklar 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:

"Pasinler Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2014/47 esas sayılı iddianamesi ile müşteki sanık… hakkında 5237 sayılı TCK'nın 230/5. fıkrası uyarınca evlenme olmaksızın dinsel törenle evlenme suçunu işlediğinden bahisle sanık … hakkında, evlenme olmaksızın dinsel törenle evlenme ve kasten yaralamadan, sanık … hakkında da TCK 230/6. fıkrası uyarınca resmi evlenme işlemi olmadan evlenmek için dinsel tören yapmak suçundan bahisle haklarında kamu davası açıldığı anlaşılmıştır.

24/01/2014 Tarihli celsemizde; söz konusu 5237 sayılı TCK'nın 230/5. Fıkrası ve 230/6. Fıkrasının 1982 Anayasamıza aykırı olduğu kanaati ile bu kanun hükümlerinin iptali için dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderildiği anlaşılmıştır.

5237 sayılı TCK'nın 230. maddesinin 5. fıkrasının yapılan incelemesinde aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında 2 aydan 6 aya kadar hapis cezası verileceği ancak medeni nikahın sonradan yapıldığında kamu davasında hükmedilen bütün cezaların ortadan kalkacağı, yine 6. fıkrasında evlenme hakkının kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kişi hakkında 2 aydan 6 aya kadar hapis cezası verileceği öngörüldüğü anlaşılmıştır.

1982 Anayasamızın, 5. maddesinde devletin temel amaç ve görevleri ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Şöyle ki: Devlet Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü ülkenin bölünmezliğini Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayacak suret de sınırlayan siyasal ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya insanın maddi ve manevi gerekli şartları gelişmesi için hazırlamaya çalışmaktır. Ayrıca 1982 Anayasamızın 10. maddesinde herkes dil, din, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, mezhep ve benzeri sebepler ile ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu devletinde kadın ve erkeklerin eşitliğini yaşama geçmesinin sağlamak ile hükümlü olduğunun belirtildiği anlaşılmıştır. Ayrıca herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu da açıkça yazılmıştır.

1982 Anayasamızın, 17. maddesinde de herkesin yaşama maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu, tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılan haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı açıkça anlatılmıştır.

Yine 1982 Anayasamızın 20. maddesinde herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu; özel hayatına ve aile hayatının gizliliğinin dokunulamayacağı açıkça Anayasa ile bağlanmıştır.

Anayasamızın 24. maddesi herkesin vicdan, dini inanç ve kanaatine sahip olduğunu 14. madde hükümlerine aykırı olmamak şartı ile ibadet, dini ayin ve törenlerin serbest olduğu, kimsenin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı hükmünün yer aldığı anlaşılmıştır.

Yukarıda bahsettiğimiz anayasal hükümler ve 1982 Anayasamızın bir bütünü ile beraber 5237 sayılı TCK'nın 5 ve 6. fıkralarındaki hükümler birlikte değerlendirildiğinde resmi evlenme olmadan aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ve yapanlar hakkında ceza müeyyidesi uygulanması yine yukarıdaki anayasal hükümlere aykırı olduğu anlaşılmak ile birlikte bu kanun hükümlerinin mahkemelerce uygulanmasında aksaklıklar oluştuğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; sanıklar "biz hep beraber oturduk birlikteliğimiz için dua ettik" dedikleri taktirde delil yetersizliğinden beraat kararı vermek gerekirken sanıkların "evet dini nikahımız kıyıldı" dediklerinde cezai müeyyide uygulanması aynı suçu işleyen sanıklar arasında eşitsizliğe sebep olacağı gibi, bu suçun oluştuğunun ispatının zor olduğu aşikardır. Ayrıca, 1982 Anayasamızın kişilere tanımış olduğu özel hayatın gizliliği ve din ve vicdan hürriyeti hükümleri dikkate alındığında, bir bayan ve erkeğin birlikte gayrimeşru yaşamaları suç değilken dini nikah kıyarak birlikte yaşamalarının suç teşkil etmesi ayrıca kişilerin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz hükmünün de ihlal ettiği anlaşılmaktadır. Yine Türkiye Cumhuriyeti'nde zina suç olmaktan çıkmış iken resmi nikah olmadan şahısların dini nikah kıymalarının suç teşkil etmesi yine 1982 Anayasamızın ilgili kanun hükümlerine aykırı olduğu açıktır.

Yukarıda arz ve izah etmeye çalıştığımız hususlar ve resen nazara alınacak diğer hususlar ile birlikte 5237 sayılı TCK'nın 230. maddesinin 5 ve 6. fıkralarının iptaline karar verilmesine Anayasa Mahkemesi'nden arz ve talep ederiz."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren "*Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören* " başlıklı 230. maddesi şöyledir:

"(1) Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

(5) Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.

(6) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 5., 10., 17., 20. ve 24. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 13. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin

KUZ'un katılımlarıyla 18.2.2014 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Hamit YELKEN tarafından hazırlanan 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:

Başvuru kararında, itiraz konusu kurallarla evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma eylemlerinin suç olarak düzenlenip cezai müeyyideye bağlandığı, oysa evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın özel hayat ile din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin hususlar olduğu, dolayısıyla resmî bir evlilik akdi olmaksızın birlikte yaşamanın dahi suç olmadığı bir hukuki düzende evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmesinin, Anayasa'nın 5., 10., 17., 20. ve 24. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, itiraz konusu kurallar, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kurallarda, aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimsenin iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı; ancak, resmi nikâh yapılması halinde dinsel törenle evlilik yaptıranlar aleyhine açılan kamu davasının ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılacağı düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini

isteme hakkı; 24. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında ise "*Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. 14 üncü madde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî âyin ve törenler serbesttir. Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz.*" hükümlerine yer verilerek din ve vicdan hürriyeti güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın 20. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı, bir yönüyle özel hayatın ve aile hayatının gizliliğinin korunmasını, başkalarının gözleri önüne serilmemesini, bir başka ifadeyle kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisi veya kendisinin bilmesini istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkını korurken, diğer yönüyle, resmî makamların özel hayata müdahale edememesi yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi hakkını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla, Anayasa'nın 20. maddesindeki düzenlemeyle özel hayat ve aile hayatı, Anayasa'da belirtilen istisnalar haricinde Devlete, topluma ve diğer kişilere karşı koruma altına alınmıştır.

Anayasa'nın 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü ise herkesin vicdan, dinî inanç ve kanaat özgürlüğünü güvenceye kavuştururken, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "*dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü*"nü de içine almaktadır. Bu özgürlüğün kapsamı Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 22 No'lu Genel Görüşünde şu şekilde açıklanmıştır:

"Dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü, 'gerek alenen gerekse özel alanda bireysel olarak veya topluluk halinde' kullanılabilir. Dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulama ve öğretme gibi çok geniş bir davranış yelpazesini kapsar. İbadet kavramı, bir inancın doğrudan ifade edilmesini sağlayan törensel ve ayinsel eylemleri kapsadığı gibi, bu uygulamalara özgü olan ibadet yerlerinin inşası, ayinsel ifade/duaların ve nesnelerin kullanılması, sembollerin sergilenmesi ve bayram ya da dinlenme günlerine uyulmasını da kapsar…"

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da "*Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*" denilerek özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı; 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise "*Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına ve topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.*" denilmek suretiyle din ve vicdan özgürlüğü güvence altına alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkını önemle ele almakta ve özel hayat kavramının, bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak kadar geniş bir kavram olduğunu, kişinin ismi ve kimliği, bireysel gelişimi, aile yaşamı yanında, dış dünya ile bağlantısını, başkaları ile ilişkisini, ticari ve mesleki faaliyetlerini de kapsadığını belirtmektedir (Bkz. *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992, § 29-33). AİHM, aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında, "*aile hayatı*" kavramını da geniş bir şekilde yorumlamakta, bu yönüyle sadece resmî evliliklerin değil, gayriresmî evliliklerin de bu hakkın korumasından yararlanacağını belirtmektedir (Bkz. *Marckx/Belçika*, B. No: 6833/74, 13/6/1979, § 31; *Keegan/İrlanda*, B. No: 16969/90, 26/5/1994, § 44; *Kroon ve diğerleri/Hollanda*, B. No: 18535/91, 27/10/1994, § 30).

AİHM, din ve vicdan özgürlüğünün önemini ise şöyle vurgulamaktadır:

"*Sözleşme'nin 9. maddesinde korunan düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla 'demokratik toplumun' temel taşlarından birisidir. Bu özgürlük dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam biçimlerini oluşturmalarını sağlayan en önemli unsurlardan biri olmanın yanı sıra aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve din karşısında kayıtsız kalanlar için de çok kıymetli bir değerdir. Yüzyıllar süren bir mücadele sonunda, büyük bedellerle kazanılan ve demokratik toplumun ayrılmaz bir unsuru olan çoğulculuk da bu özgürlüğe dayanmaktadır. Din özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir mesele olsa da, o aynı zamanda diğer şeylerin yanı sıra, kişinin 'dinini açıklama' (açığa vurma) özgürlüğünü de ifade etmektedir.*" (*Kokkinakis/Yunanistan*, B. No:14307/88, 25/5/1993, § 31)

Buna göre, din ve vicdan özgürlüğü "*demokratik toplumun temel taşlarından biri*" ve "*insanların kimliklerini ve yaşam biçimlerini oluşturmalarını sağlayan*" bir temel hak olarak, tıpkı özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı gibi kural olarak devletin ve diğer kişilerin müdahale edemeyeceği bir alan oluşturmaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 20. maddesinin ikinci fıkrasında, çeşitli nedenlerle özel hayatın korunması hakkına sınırlamalar getirilebileceği belirtilerek bu hakkın mutlak olmadığı kabul edilmiştir. Aynı şekilde, her ne kadar Anayasa'nın 24. maddesinde din ve vicdan özgürlüğü yönünden hiçbir sınırlama nedenine yer verilmemişse de bu durum söz konusu özgürlüğün dışsal alanının, yani kişinin dinini ve inancını dışa vurma özgürlüğünün mutlak olduğunu göstermemektedir. Zira Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da belirtildiği gibi temel hak ve özgürlüklerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar da temel hak ve özgürlüklerin sınırını oluşturur. Bir başka deyişle, temel hak ve özgürlüklerin kapsamının ve objektif uygulama alanının Anayasa'nın bütünü dikkate alınarak belirlenmesi gerekir.

İtiraz konusu kurallarda, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılması öngörülerek, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. Zira kişiler arasında evlilik bağının nasıl kurulacağına ilişkin tercihte bulunulmasının ve bu bağın dinsel ritüel ve uygulamalara göre yapılabilmesinin kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "*dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü*"; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretme gibi çok çeşitli davranışları kapsamaktadır. Dolayısıyla, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

İtiraz konusu kurallara ilişkin suçlarla korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında, anılan sınırlamanın amacının, evlilikle kurulan aile düzenini korumak olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de söz konusu suçlarla, resmî niteliği bulunmayan dolayısıyla da hukuki himaye sağlamayan evlenmenin dinsel törenini yapmak ve yaptırmak yasaklanarak, evlilik kurumunun bahşettiği haklardan eşlerin mahrum kalmamalarının sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.

Aile düzeninin korunması ve evlilik kurumunun sağladığı haklardan kişilerin yararlanabilmesi, aile bireylerinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve geliştirilmesine, dolayısıyla kamu yararının gerçekleşmesine hizmet edeceğinden, anılan amaçla özel hayatın korunması hakkı ile ve din ve vicdan özgürlüğüne sınırlamalar getirilmesi mümkündür. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı üzere kanun koyucunun benimsediği ceza siyasetine göre hangi fiillerin suç olarak nitelendirileceğine karar verilmesi hususunda takdir yetkisi bulunduğundan, bu sınırlamayı suç ve ceza ihdas etmek suretiyle gerçekleştirmesi de mümkün bulunmaktadır. Ancak getirilen sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere bağlı kalınarak yapılması gerekmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğü yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Ölçülülük, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Ölçülülük ilkesi uyarınca, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne müdahale edilebilmesi için

demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluğun bulunması, itiraz konusu sınırlama bakımından, aile kurumunun sağladığı hukuki himayenin, bir başka ifadeyle kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarının, bu sınırlama olmaksızın korunamaması gerekir. Oysa hukuk düzeninde, kişilerin evlilik bağının kurulmasından kaynaklanan haklarını koruyacak hukuki müesseselere yer verilmiş bulunmaktadır. Gerçekten de Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca, eşlerin evlilik bağından kaynaklanan haklarını ileri sürebilmeleri için kanunda belirtilen memur önünde resmi nikâh yaptırmaları zorunlu olup, aksi takdirde evlilik bağından kaynaklanan birçok hakka sahip olmaları mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, kişilerin resmî evlilik yaptırmamaları hâlinde maruz kalabilecekleri hukuki yaptırımlar mevcut olup bunlar, kişilerin resmî evlilik yaptırmalarını sağlayabilecek elverişliliktedir. Dolayısıyla kişilerin dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerini cezalandırmayı gerektirecek bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Sadece evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmemesi, bu birlikteliği hukuk düzenince geçerli olarak kabul edilen bir niteliğe kavuşturmamakta ve evlenmenin dinsel töreninin yapılması evlilik birliğinin kurulmasını ve birlikten kaynaklanan hakların kullanılmasını sağlamamaktadır.

Demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluk bulunmadığı hâlde, bir başka ifadeyle, itiraz konusu kurallarla getirilen sınırlamanın amacı olan aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, itiraz konusu kurallarla kişilerin özel hayatları ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlükleri kapsamında kalan evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlenip bunlara cezai yaptırım bağlanması, anılan haklara orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir.

Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama aracının seçilmesi mümkün değildir. Yani itiraz konusu kurallar bağlamında özel

hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan "*aile düzenini korumak*" mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, "*hukuki müeyyide aracı*" kullanılarak itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken "*hukuki müeyyide*" aracından daha ağır bir müeyyide öngören "*suç ve ceza aracı*"na başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.

Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır.

Diğer yandan, evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimseler de sonuç itibariyle özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptıranlara yardım etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu kişilerin fiillerinin cezalandırılmasını öngören kural da yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 13., 20. ve 24. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Bu görüşe Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Recep KÖMÜRCÜ katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Kurallar Anayasa'nın 13., 20. ve 24. maddelerine aykırı bulunarak iptal edildiklerinden Anayasa'nın 5. ve 17. maddeleri yönünden incelenmelerine gerek görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Recep KÖMÜRCÜ'nün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.5.2015 tarihinde karar verildi.

Başkan Zühtü ARSLAN	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Başkanvekili Burhan ÜSTÜN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye M. Emin KUZ	
Üye Kadir ÖZKAYA	Üye Rıdvan GÜLEÇ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören" başlıklı 230. maddesinin itiraz istemine konu (5) ve (6) numaralı fıkraları şu şekildedir:

"(5) Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.

(6) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir."

Hemen işaret etmek gerekir ki anılan düzenlemenin benzeri 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (11.6.1936 tarih ve 3038 sayılı Kanunla eklenmiş) 237. madde ile düzenlenmiş olup, metin olarak düzenleme şu şekildeydi:

"…(3. fıkra) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren kağıdı görmeden bir evlenme için dini merasim yapanlar hakkında da bundan evvelki fıkrada yazılı ceza verilir. (Bir aydan üç aya kadar hapis)

(4. fıkra) Aralarında evlenme akti olmaksızın evlenmenin dini merasimini yaptıran erkek ve kadınlar iki aydan altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır…"

Mülga 765 sayılı Kanun'un 237. maddesinin itiraz istemine konu kurallar ile paralellik gösteren dördüncü fıkrasının iptali istemiyle yapılan başvuruyu, Anayasa Mahkemesi aşağıdaki gerekçeyle OYBİRLİĞİYLE reddetmiştir:

"…Kanunkoyucu kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak şartıyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı veya sayılmayacağı ve suç sayılan eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Medeni Kanun, Türkiye Cumhuriyeti'nin modern, çağdaş ve laik hukuk sistemine geçişinin temel yapı taşlarından birini oluşturmaktadır. **Medeni Kanun'un özellikle resmi nikâh akdine ilişkin hükümlerinin**

gerektiği şekilde uygulanmasının Türk toplum ve aile hayatı açısından taşıdığı önem ve bu hükümlere uyulmadan dini nikâha dayalı olarak oluşturulan birlikteliklerin özellikle kadın ve çocuklar yönünden doğuracağı olumsuzluklar dikkate alınarak Anayasa'nın 174. maddesiyle resmi nikâh kurumu özel olarak korumaya alınmıştır.

Anayasa'nın 41. maddesinde de, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını… sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı belirtilerek ailenin ve özellikle ananın ve çocukların korunması devlete bir görev olarak verilmiştir. Devletin, bu görevi de gözetildiğinde dini nikâha dayalı fiili birleşmelerin aile, toplum ve kamu düzenini bozucu sonuçlarını ortadan kaldırabilmek için resmi nikâhtan önce dini nikâh kıydırılmasının suç sayılıp cezalandırılmasında, hukuk devleti ilkesine ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

Anayasa'nın Başlangıç'ında 'Laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı', 14. maddesinde 'Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirinin dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak amacıyla kullanılamayacağı', 24. maddesinde de 'Kimsenin dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamayacağı ve suçlanamayacağı' belirtilmiştir. Anayasa'nın 24. maddesinin son fıkrasında ise 'Kimse, devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz' **denilerek bir bakıma laiklik ilkesi açıklanarak bu ilkenin din ve Devlet işlerinin birbirinden ayrı tutulması biçimindeki klâsik tanımı vurgulamıştır.**

Anayasa'nın bu kurallarında belirtilen **laiklik**, inanç özgürlüğüne saygıdan kaynaklanan ve dini bu özgürlüğün enginliğine bırakan bir kavram olduğundan, **din düşmanlığı, dinsizlik ya da din karşıtlığı olarak algılanamaz.** Devletin farklı inançlardaki kişilere aynı yakınlıkta ya da uzaklıkta olması, bunlar arasında hiçbir ayırım yapmaması laiklik

ilkesinin gereğidir. **Dini nikâhın Medeni Kanun'da öngörülen evlenme akdinden önce yapılmasının yasaklanması, bu akidden sonra yapılmasını engellemediğinden laiklik ilkesine aykırı değildir.**

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 10., 12., 13. ve 24. maddelerine aykırı değildir. İstemin reddi gerekir…" (Any.Mah.nin 24.11.1999 tarih ve E.1997/27, K.1999/42 sayılı kararı; RG.2.5.2002, Sayı: 24743)

İptali istenen kuralların gerekçesi ise şu şekildedir:

"…Maddenin beşinci fıkrasında, resmi nikâh bulunmadan evlenmenin dinsel töreninin yaptırılmasının cezalandırılacağı hususundaki hükme yer verilmiştir. **Böylece Anayasa'nın 174. maddesinin (4) numaralı bendi vurgulanmış olmaktadır.** Ancak, medeni nikâhın yapılması durumunda kamu davası ve hükmedilen cezanın bütün sonuçlarıyla ortadan kaldırılacağı hükme bağlanarak, resmi nikâhın yapılmasını teşvik edici bir hüküm getirilmiştir. Hâlen insanların fiilen ve uzun süreler, nikâhsız olarak yaşadıkları ve bunun suç oluşturmadığı düşünülecek olursa, böyle bir hükmün yerinde olduğu kabul edilmelidir. **Son fıkrada ise** evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimsenin cezalandırılması öngörülmüştür."

Görüldüğü üzere, yasakoyucu, itiraz istemine konu kuralların gerekçesinde, bu düzenlemenin Anayasa'nın 174. maddesinin (4) numaralı bendi gereğince yapıldığına açıkça işaret etmiştir.

Anayasa'nın "İnkılâp Kanunlarının Korunması" başlıklı 174. maddesinde, sekiz bent halinde sayılan "İnkılâp Kanunlarının" Anayasa'ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılmayacağı ve yorumlanamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Bu kanunlardan dava konusu bakımından önemi olan (4) nolu bentte "17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, **evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile** aynı Kanun'un 110. maddesi hükmü"nün bu kapsamda olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'nın 174. maddesiyle ilgili bir Anayasa Mahkemesi kararında, madde ile korunan değer konusunun açıklığa kavuşturulduğu görülmektedir:

"... İnkılâp kanunlarının korunması başlığını taşıyan Anayasa'nın 174. maddesi kimi sözcük değişiklikleriyle 1961 Anayasası'nın 153. maddesinin yinelenmesi biçimindedir. Maddede, sıralanan sekiz yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu biçimde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı öngörülürken, bu Yasaların Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacını güden devrim yasaları olduğu belirtilmiştir… 174. maddede belirtilen devrim yasaları birbirleriyle sıkı ilişki içindedir. Hepsi laiklik konusunda ayrı bir alanı düzenleyerek ülkenin çağdaş yapısını kurmuşlardır… **174. maddenin bağımsız olarak, ayrıca Başlangıç bölümü, 2. ve 24. maddelerle birlikte değerlendirilmesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik anlayışını açık biçimde ortaya koyar..."** (Any. Mah.nin 7.3.1989 tarih ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı kararı; RG. 5.7.1989, Sayı:20216)

Anayasa'nın "Başlangıç" bölümünde, "...**bu Anayasa,** Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman **Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve onun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda;...** Hiç bir faaliyetin... **Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya karıştırılmayacağı;...** FİKİR, İNANÇ ve KARARIYLA **anlaşılmak, sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak** üzere, TÜRK MİLLETİ TARAFINDAN, demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet sevgisine emanet ve tevdi olunur." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da işaret edildiği üzere: "... Anayasa'nın 176 ncı maddesinde, Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmının, Anayasa metnine dahil olduğu açıklanmış, anılan maddenin gerekçesinde de Başlangıç kısmının, Anayasa'nın diğer hükümleriyle eşdeğer olduğu vurgulanmıştır. Cumhuriyet'in niteliklerini belirleyen 2. maddesinde ise 'Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, **Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı,** demokratik,

laik ve sosyal hukuk devletidir" kuralı ile **Başlangıçta belirtilen temel ilkeler Cumhuriyetin nitelikleriyle özdeşleştirilmiştir..."** (Any. Mah.nin 13.6.1985 tarih ve E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararı; RG. 24.8.1985 Sayı:18852)

Benzer bir değerlendirme, 1961 Anayasası'nın Başlangıç ve 2. maddesiyle ilgili olarak Anayasa Mahkemesince şu şekilde yapılmıştır:

"... Gerçekte Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri, 1961 Anayasası'nın Başlangıç bölümü ile 2. maddesinde belirgin bir biçimde saptanmıştır. **Cumhuriyetimiz,** milli şuur ve bütünlük içinde, barışa ve insanlık hak ve özgürlüğüne dayalı memleket kalkınmasını sosyal adalet ve **Atatürk Devrimleri** ilkeleri doğrultusunda amaçlayan siyasal bir varlıktır. Burada özellikle **Atatürk Devrimleri** deyimi üzerinde durmak gerekir. Devrim kavramı, sözcüğün açık anlamından da belirleneceği üzere, durgunluğun, alışkanlığın, hareketsizliğin tercihidir. Devrimcilikte hiç bir zaman duraklama yoktur. Bilim ve tekniğin gelişmesiyle modern toplum yaşamının koşulları da sürekli olarak değişikliğe uğrar. Kendisini bu değişmeye uyduramayan, yani devrim yapamayan sosyal topluluklar çağın gerisinde kalmaya ve ileri toplumların sömürgesi olmaya mahkûmdurlar. **İşte Atatürk devrimlerinde temel amaç, çağdaş uygarlık düzeyine ulaşmaktır. Belirli bir süre geçtikten sonra Atatürk Devrimlerinin amaçlarına ulaştığını ve artık yeni bir atılıma gereksinme duyulmayacağını kabul etmeye olanak yoktur. Çünkü Atatürk Devrimleri çağdaş uygarlık düzeyi doğrultusunda sürekli hareket halindedirler ve birbirini ara vermeden izlerler..."** (Any. Mah. nin 25.2.1975 tarih ve E.1973/37, K.1975/22 sayılı kararı; RG. 3.12.1975, Sayı:15431)

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması" başlıklı 14. maddesinde:

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

Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasa da belirtilenlerden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir." denilmektedir.

Anayasa'nın 174. maddesinin gerekçesinde de **"Atatürk inkılâplarının Atatürk'ün amaç olarak gösterdiği Batı uygarlık düzeyine varıştaki önemleri tartışılmayacak kadar açıktır.** Türk Milleti bu inkılâpların bilincine varmış ve onlarla ilgili değerlendirmelerini etrafında toplandığı fikirler nüvesine katmıştır. **Ancak zaman zaman Atatürk inkılâplarının anlamını kavrayamayanların belirdikleri görüldüğünden, inkılâpları Anayasanın himayesine alan 1961 Anayasasındaki hükmün yeni Anayasada korunması yerinde görülmüştür..."** şeklinde bir belirlemede bulunduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 41. maddesi ise aileyi Türk toplumunun temeli kabul etmiş; Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alması gerektiğine işaret etmiştir.

Anayasa'nın "Din ve Vicdan Hürriyeti" başlıklı 24. maddesinin son fıkrası şu düzenlemeyi öngörmektedir:

"Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasi veya hukuki temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasi veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz."

765 sayılı Mülga Türk Ceza Kanunu'nun, laikliğe aykırı olarak devletin içtimai veya iktisadi veya siyasi veya hukuki temel nizamlarını kısmen de olsa dini esas ve inançlarına uydurmak amacıyla propaganda yapmak veya telkinde bulunmak suçunu düzenleyen 163. maddesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusunda Anayasa Mahkemesi iptal istemini reddederken şu gerekçeye dayanmıştır: "... Laiklik ilkesini benimseyen

Cumhuriyet, hukukun laikliğini sağlamış, böylece Devlet bağımsız ve yansız bir hukuk kurumu olarak çağdaş ve uygar yapısını bulmuştur. Böylece laikliğin Anayasa'nın 2. maddesiyle, temel kural durumunda siyasal ve hukuksal yaşamda geçerli bulunması, **laikliği koruyan Türk Ceza Yasasının 163. maddesini Anayasamızın 2. maddesinin doğal ve zorunlu bir sonucu durumuna getirmektedir...** Laiklik ilkesini koruyan Türk Ceza Yasasının 163. maddesinin 4. fıkrasının, Anayasanın anılan ilkeye saygınlık sağlayan 12. maddesine aykırı bir yönü yoktur... Türk Ceza Kanununun 163. maddesinin 4. fıkrasında tanımlanan suçun maddi ve manevi öğeleri Anayasanın 19. maddesinin 5. fıkrasındakilerin koşutu olup, Anayasanın 19. maddesinde de geçen 'istismar, kötüye kullanma, yasak dışına çıkma ve kışkırtma' sözcükleri, Türk ceza Kanunun 163. maddesinin 4. fıkrasındaki 'propaganda ve telkini' kapsamaktadır. Anılan Anayasa hükmünde yasaklanan eylemlerin yaptırımının yasada gösterileceği de açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan itiraz konusu kural Anayasanın 19. ve ayrıca 12., 20. ve 33. maddelerine aykırı değildir..." (Any. Mah.nin 3.7.1980 tarih ve E.1980/19, K.1980/48 sayılı kararı; AMKD, Sayı:18)

İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 174. maddesinde sayılan sekiz inkılâp kanunundan birinin (medeni nikâh esasının) ceza hukuku alanında korunmasına yönelik olması karşısında; "Atatürk inkılâpları – laiklik - Anayasal Koruma" konusundaki bir başka Anayasa Mahkemesi kararındaki gerekçeye yer vermek yerinde olacaktır:

"... Atatürk devrimlerinin hareket noktasında laiklik ilkesi yatar ve devrimlerin temel taşını bu ilke oluşturur. Başka bir anlatımla, **laiklik ilkesi açısından verilecek en küçük bir ödün Atatürk devrimlerini yörüngesinden saptırarak yok olması sonucunu doğurabilir.** Bu nedenledir ki Anayasamız 'Hiçbir düşünce ve mülahazanın... Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılâpları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve laiklik ilkesinin gereği kutsal din duygularının devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı' yolunda kesin bir buyruğa 'Başlangıç'ta yer vermek zorunluluğunu duymuş bulunmaktadır... Türk devrimi, Atatürk'ün önderliğinde gerçekleştirilen ulusal bağımsızlığın ve çağdaşlaşma hareketinin adıdır ve bu düşünce sistemi 1982 Anayasası'nın temel dayanağını ve felsefesinin oluşturmuştur... **Bu nedenledir ki Anayasamızın 24. maddesinin**

4. fıkrası hükmüne başka manalar izafe etmek, Atatürkçü düşünceye ve Türk devrimine ters düştüğü kadar, bizatihi hükmün açık olan ve yoruma elverişli bulunmayan beyanına ... aykırı olur..." (Any. Mah.nin 25.10.1983 tarih ve E.1983/2 (SPK), K.1983/2 sayılı kararı; AMKD, Sayı:20)

Benzer değerlendirmelerin yapıldığı diğer bir Anayasa Mahkemesi Kararının gerekçesine göz atmak yararlı olacaktır:

"... İnkılâp kanunlarının korunması başlığını taşıyan Anayasanın 174. maddesi, kimi sözcük ve değişiklikleriyle 1961 Anayasasının 153. maddesinin yinelenmesi biçimindedir. Maddede sıralanan sekiz Yasa'nın Anayasaya aykırı olduğu biçimde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı öngörülürken, bu yasaların Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacını güden devrim yasaları olduğu belirtilmiştir... 174. maddenin içeriğinde sıralanan yasaların adları, Türkiye Cumhuriyeti için önemlerini açıklamaktadır. Çağdaş uygarlık düzeyini aşmak ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laik niteliğini korumak amacını taşıdıkları Anayasa'da kabul edilip '**inkilâp kanunları' olarak anılmaları, Türk Devrimi ve Atatürk ilkelerinin gerçekleşme amacı olduklarını göstermektedir...** 174. madenin bağımsız olarak ayrıca Başlangıç bölümü, 2. ve 24. maddelerle birlikte değerlendirilmesi Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik anlayışını açık biçimde ortaya koyar... 174. maddede belirtilen Devrim Yasaları birbiriyle sıkı ilişki içindedir. Hepsi laiklik konusunda ayrı bir alanı düzenleyerek ülkenin çağdaş yapısını kurmuşlardır. **Her biri başlı başına büyük önem taşıyan ve birer devrim anıtı olan bu Yasalar, Türkiye Cumhuriyeti'ni sonsuza dek yaşatacak değerdedir..."** (Any. Mah. nin 7.3.1989 tarih ve E.1999/1, K.1989/12 sayılı kararı; AMKD, Sayı:25)

Yukarıda kapsamlı olarak metinlerine yer verilen Anayasa hükümleri ile Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararları birlikte değerlendirildiğinde; Anayasanın 174. maddesinin 4. fıkrası ile koruma altına alınan inkılâp kanunlarından "17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı Kanunun 110. maddesi hükmü" (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükten kaldırılmakla beraber, Anayasanın 174/4. maddesinde sözü

edilen düzenlemeler 4721 sayılı Kanunun 141., 142. ve 143. maddelerinde aynı muhafaza edilmiştir.) Ceza hukuku alanında 1936 yalından bu yana koruma altına alınmış (765 sayılı TCK.nun 237/3-4 Md; 5237 sayılı TCK. nun 230/5-6 Md) olup; Anayasanın 174/4. md.nin "Başlangıç"taki değinilen ilkeler, 2., 14., 24/son ve 41. maddeleriyle birlikte yorumlanması gerekliliği karşısında, "din ve vicdan hürriyeti"nin bu inkılâp kanununun önüne geçirilebilmesine imkân bulunmadığı, Türk kadınının çağdaş uygarlık düzeyine ulaştırılması, kadının ve ailenin korunması amacına yönelik olan "medeni nikâh" esasını benimsemesi ve ülkenin laik düzeninin korumayı hedefleyen bu inkılâp kanununun aksine tutum ve davranışları engellemeye matuf dava konusu kuralların gerçekte bu Anayasal ilkenin korunmasına yönelik bir ceza yaptırımından ibaret olduğu, esasen yasa koyucunun dahi bu kurallara ilişkin gerekçede, düzenlemeyle Anayasa'nın 174. maddesinin (4) numaralı bendinin vurgulanmakta olduğunu ifade ettiği, keza önceki (mülga) Türk Ceza Kanunu'ndaki aynı düzenlemenin Anayasa Mahkemesince Anayasa'ya aykırı görülmeyerek iptal isteminin reddedildiği, anılan İnkilâp Kanununu dolaylı yoldan zayıflatabilecek bir yorum biçimiyle düzenlemenin vicdan ve din hürriyeti ile bağdaşmadığının öne sürülmesinin, yorumda Anayasa'nın işaret edilen diğer hükümlerinin birlikte ele alınması gerekliliği karşısında kabul edilemeyeceği, ayrıca işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararlarının da bunu desteklemediği, bilakis aksini ortaya koyduğu, kaldı ki, iptali istenen kuralın (5) numaralı fıkrasının 2. cümlesinde yer alan, "Ancak, medeni nikâh yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar" hükmü de dikkate alındığında aile hukukunu, özel hayatı, din ve vicdan hürriyetini ve medeni nikâh esasını koruyan bu kuralın ölçülü olmadığının da söylenemeyeceği, dolayısiyle kuralların Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı düşmediği ve bu nedenle iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun kuralın iptali yolundaki kararına katılamadık.

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ	Recep KÖMÜRCÜ

KARŞIOY YAZISI

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenen, evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptırmak ve (6) numaralı fıkrasında yer alan söz konusu töreni yapmak suçlarının Anayasa'ya aykırılığı konusundaki çoğunluk kararına aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım:

Ulusal kurtuluş savaşı ile elde edilen bağımsızlık ve milli hakimiyet temelinde ve devrimle kurulan Türkiye cumhuriyeti'nin medeni milletler camiasına kendini kabul ettirmesinin başlıca dayanaklarından biri de kadın-erkek eşitliğini esas alan Türk Kanunu Medenisi olmuştur. Medeni Kanun'la çok eşliliğe son verilerek resmi nikah esasının kabul edilmesinden sonra da yeni hukuki kurumların ayakta tutulabilmesi için, bazı önlemler öngörülmüştür. Medeni nikah yapılmadan dini nikah yapılmasının bazı yaptırımlara tabi tutulması da bu kapsamdadır. Konuya salt hukuki ve Anayasal açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun bu iptal davasındaki kurallarla aynı düzenlemeyi içeren 237. maddesinin dördüncü fıkrasının iptali istemini reddeden, 2.5.2002 tarihli ve 24743 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, Esas.1999/27, Karar:1999/42 sayılı ve OYBİRLİĞİYLE alınmış kararındaki gerekçeler, bu iptal istemi yönünden de aynen geçerli olup, iptal isteminin reddi gerekmektedir. Ancak bu kere konuya insan hakları ekseninde bir gerekçeyle yaklaşılarak farklı bir sonuca varıldığından, iptal istemine konu olan kuralların koruduğu hukuksal değerler ile ihlal edildiği sonucuna varılan Anayasa hükümlerinin yeniden karşılaştırılması yararlı olacaktır.

Modern laik yaşamın ve buna bağlı toplum düzeninin gereklerini yüce dinimizin emirleri ile en güzel şekilde bağdaştırmasını bilen halkımızın büyük bir çoğunluğu, evlilik akdini icra ederken hem hukuki hem de dini ve sosyal vecibeleri vecibeleri yerine getirmeyi usul edinmiş, buna göre öncelikle remi nikahın yapılması, sonra da dini tören ve düğün yapılması şeklindeki uygulama bir örf ve adet haline gelmiştir.

Kanun'un 230. maddesinin (5) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, aralarında evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıranların iki aydan altı aya kadar hapis cezasına çarptırılması öngörülmekle birlikte, ikinci cümlede *"Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar"* denilmiştir. Bu düzenlemenin, ceza mevzuatında yer alan diğer suçlara ilişkin etkin pişmanlık ve hafifletici sebeplerden farklı, suçu adeta "tazyik hapsi" niteliğinde bir yaptırıma bağlayan bir kural olduğu görülmektedir. Bundan da amacın, kimseyi dini tören yaptığı için cezalandırmak olmayıp, sadece dini törenin nikah akdinden sonra yapılmasını sağlamak, böylece resmi evlenme akdinin ertelenerek, dini esasa göre kurulan aile birlikteliğinin hukuk düzeni dışında kalmasından dolayı kadın ve doğacak çocuklar yönünden muhtemel hak kayıplarını önlemek olduğu anlaşılmaktadır.

Konuya sosyolojik açıdan bakıldığında, toplumuzda hem resmi hem de dini nikah ile evlenen çiftlerin oranının Türkiye İstatistik Kurumu'nun verilerine göre 2011 yılında ilk evliliğinde hem resmi hem de dini nikahla evlenenlerin oranı %93,7 iken sadece resmi nikahla evlenenlerin oranı %3,3 ve sadece dini nikahla evlenenlerin oranı %3'tür. Bölgelere göre nikah türleri incelendiğinde, resmi evliliği olmayıp sadece dini nikah yaptıranların oranının en yüksek olduğu bölgenin Güneydoğu Anadolu bölgesi olduğu (%8,3), en düşük orana sahip bölgenin ise Batı Marmara bölgesi olduğu (%0,9) görülmektedir (Türkiye İstatistik Kurumu Bülteni, Sayı:13662, 13 mayıs 2013).

Yine Civelek ve Koç tarafından 2005 yılında yapılmış aile araştırmasında da sadece dini nikahı olanların oranının 1968'de %15 iken 1978'de %12, 1988'de %8, 1998'de %7 ve 2003'te de %5,8 olduğu görülmektedir. Bu verilere göre 1968'den 2003'e kadar sadece imam nikahlı birlikteliklerde % 61 azalma meydana gelmiştir. Yine aynı araştırmanın bulgularından, Türkiye genelinde "imam nikahı"nın bölgesel ve sosyo-kültürel faktörlere göre değişiklik arzettiği, bu bağlamda coğrafi olarak Batı'dan Doğu'ya arttığı, eğitim seviyesi yükseldikçe azaldığı, kırsal bölgelerde kentlere daha fazla olduğu, hane refah seviyesiyle de ilgili olduğu, refah seviyesi çok kötü olan ailelerde %15, orta olan hanelerde %4, iyi olan hanelerde ise

%1 oranında olduğu görülmüştür. Bu tablodan çıkan sonuç, toplumsal düzenin temel esaslarından biri olarak kabul edilen kadın-erkek eşitliğine dayalı evlilik kurumunun, yani Medeni Kanun'a göre yapılan evlenme akdinin Devletçe bazı yaptırımlarla desteklenmesine ihtiyacın, kalkınmışlık düzeyi arttıkça ters orantılı olarak azaldığı, ancak toplumun bazı kesimleri ve bazı bölgeler itibariyle halen bazı yaptırımlara ihtiyaç bulunduğu ve iptali istenen kuralın bu yönde önemli bir kamu yararına hizmet ettiğidir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri sayılmış, 10. maddesinde eşitlik ilkesi, 17. maddesinde kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 41. maddesinde ailenin korunması ve çocuk hakları düzenlenmiştir. Eşitliği güvence altına alan 10. maddeye 2004 yılında eklenen fıkrada *"Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür"* denilmiş; fıkraya 2010 yılında eklenen cümlede de *"Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz"* hükmü getirilmiştir. İptali istenen kuralla herkesten önce kadınları korumakta olduğundan, anayasal denetimde işin bu yönünün gözden kaçırılması hatalı sonuçlara götürecektir.

Sosyolojik araştırmalara göre aralarında herhangi bir şekilde evlenme akdi olmadan aile hayatı yaşayan çiftlerin oranı, sadece dini törenle evlenenlerin oranından daha düşüktür. Öte yandan, bu kategorideki kişilerle dini törenle evlenmiş olduğunu düşünen kişiler arasında eşitlik karşılaştırması yapılması da mümkün değildir. Çünkü eğitim ve ekonomik gücü yüksek olan kişilerin kurduğu birlikteliğin her iki taraftan herhangi birinin isteği ile sona erdirilmesi genelde toplumsal barışı bozucu bir etki yatamazken, inançları gereği kendisini dini nikahla bağlı sayan taraflar arasında birlikteliğin bozulması çok ciddi sorunlara ve geniş aileleri de karıştıran, toplumsal barışı bozucu ciddi suçlara yol açabilmektedir. Durum ve konumları itibariyle farklı olanlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamayacağı açıktır.

Kuralların öngördüğü cezanın Anayasa'nın 20. ve 24. maddelerindeki temel haklara ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğinden de söz edilemez. Çünkü buradaki müdahale, sadece belli bir dini törenin zamanlamasına yönelik, haklı nedenlere dayanan bir müdahaledir. Medeni nikahın yapılmasıyla suç ve cezanın ortadan kalkacak olması, müdahaleyi daha da hafiflettiğinden, ölçüsüz sayılamaz. Çoğunluk gerekçesinde de belirtildiği gibi, 20. ve 24. maddelerdeki özgürlüklerin, bunların doğasından kaynaklanan bazı sınırları vardır. Dinsel bir törenin yapılmasından önce kişinin bazı koşulları yerine getirmesinde haklı bir neden ve üstün bir kamu yararı varsa, ölçülü olmak şartıyla Devletçe bazı kurallar konabilir. Nitekim 80 yıldır halkımızın büyük çoğunluğu dini vecibelerini de ihmal etmeden bu kurallara uymuş ve bu kuralların kaldırılması yönünde yasa koyucu üzerinde önemli bir toplumsal talep yaşanmamıştır. Kurallarla sıkıntısı olan kişilerin çoğunlukla, evlilik kurumunun kanuni yükümlülüklerinden kurtulmak ve partnerini, özellikle inançlı bir kişi ise, hukuken evli olmaksızın birlikte yaşamaya ikna etmek için dinin manevi gücünden yararlanmak isteyenler olduğu anlaşılmaktadır. Bunların da özgürlükler kapsamında himaye edilecek meşru bir hukuki yararlarının olmadığı açıktır.

Dini töreni yapan kişiler yönünden de kurallara ilişkin iptal isteminin aynı gerekçelerle reddi gerekir. Kaldı ki, başkalarını evlendirmek gibi dini bir zorunluluk da bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 10., 20. ve 24. maddelerine aykırı olmayan yasa kurallarının iptali isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

I- ALFABETİK İNDEKS

1- İptal ve İtiraz Davaları

Ç

1. 9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı **Çevre Kanunu**'nun, 26.4.2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin *"...yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası..."* bölümünün, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2015/40, E: 2015/35)…… 2923**

İ

2. 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı **İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun**'un; 1- 10. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin, 2- 13. maddesiyle, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesinin, 3- 15. maddesiyle, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendinin, 4- 20. maddesinin, 5- 21. maddesiyle, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin, 6- 38. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve vekaletname ibrazı…"* ibaresinin, 7- 54. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 103. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkraların, 8- 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez."* ibaresinin, 9- 64. maddesiyle, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın ikinci cümlesinin, 10- 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "…*dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır.*"

ibaresinin, 11- 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresinin, 12- 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin, 13- 88. maddesiyle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere…"* ve *"…veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır."* ibarelerinin, 14- 94. maddesiyle, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkranın, 15- 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkranın üçüncü cümlesinin, 16- 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkranın, 17- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin, 18- 112. maddesiyle, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendinin, 19- 117. maddesiyle, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlenin, 20- 119. maddesiyle, 5.5.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın, 21- 121. maddesiyle, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"arsa"* ibaresinin *"taşınmaz"* şeklinde değiştirilmesinin, 22- 128. maddesiyle, 6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan *"Barbaros"* ibaresinin *"Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı"* şeklinde değiştirilmesinin, 23- 129. maddesiyle 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"ve Barbaros Mahallesinin"* ibaresinin, 24- 142. maddesiyle değiştirilen, 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının; a- Birinci cümlesinde yer alan *"Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında…"* ve *"…Bakanlıkça belirlenecek…"* ibarelerinin, b- Dördüncü cümlesinin, c- Beşinci cümlesinde yer alan "*…yönetmelikte belirtilen*

kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve…" ibaresinin, d- Altıncı ve yedinci cümlelerinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 17., 26., 33., 35., 36., 38., 45., 46., 48., 49., 50., 51., 53., 56., 70., 73., 90., 123., 124., 125., 126., 127., 128., 135., 141. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2015/49, E: 2014/177)**……..... **3043**

M

3. 24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı **Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 16. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 13., 35., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2015/46, E: 2015/49)**…….…..…… **2973**

4. 24.6.1995 tarihli ve 556 sayılı **Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinin Anayasa'nın 2., 5., 13., 35., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2015/50, E: 2015/33) ... 3433**

P

5. 14.1.2015 tarihli ve 6585 sayılı **Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun**'un; 1- 5. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, 2- 13. maddesinin; a- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…vali…"* ibaresinin, b- (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2015/48, E: 2015/34)**…… **3013**

S

6. 21.2.2013 tarihli ve 6428 sayılı **Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**'un; A- Tümü ve ayrı ayrı tüm maddelerinin, B- 1- 1. maddesinin; a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…özel hukuk hükümlerine göre…"* ve *"…ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin…"* ibarelerinin, b- (2) numaralı

fıkrasının; aa- (c) bendinde yer alan *"…tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında…"* ibaresinin, ab- (ö) bendinde yer alan *"…veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi…"* ve *"…özel hukuk hükümlerine göre…"* ibarelerinin, 2- 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması…"* ibaresinin, 3- 3. maddesinin; a- (3) numaralı fıkrasının, b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"…idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile…"* ibaresinin, c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin, 4- 4. maddesinin; a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…özel hukuk hükümlerine tabi olup…"* ibaresinin, b- (4) numaralı fıkrasının, 5- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin, 6- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…döner sermaye ek ödemesi dâhil…"* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 17., 56., 153., 155., 161., 163. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2015/38, E: 2013/50)**…… **2793**

7. 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı **Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu**'nun, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 38. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 9., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2015/42, E: 2015/28)**……...…… **2951**

T

8. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 67. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2015/47, E: 2014/162)**……...…. **2989**

9. 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 230. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasa'nın 5., 10., 17., 20. ve 24. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2015/51, E: 2014/36)……...…… 3447**

V

10. 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı **Vergi Usul Kanunu**'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan *"…bir yıl…"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2015/41, E: 2014/171)……. 2941**

II.YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
213	Vergi Usul Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde yer alan "*…bir yıl…*" ibaresinin Anayasa'nın 2., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2015/41	2014/171	İTZ	2941
556	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 16. maddesinin beşinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 13., 35., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2015/46	2015/49	İTZ	2973
556	Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin birinci fıkrasının (ı) bendinin Anayasa'nın 2., 5., 13., 35., 48. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2015/50	2015/33	İTZ	3433
2872	Çevre Kanunu'nun, 26.4.2006 tarihli ve 5491 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 20. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin *"...yönetmeliklerle belirlenen standartlara aykırı emisyona sebep olan motorlu taşıt sahiplerine 1.000 Türk Lirası..."* bölümünün, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2015/40	2015/35	İTZ	2923
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 144. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinin Anayasa'nın 2., 13., 35., 38. ve 67. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2015/47	2014/162	İTZ	2989
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasa'nın 5., 10., 17., 20. ve 24. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2015/51	2014/36	İTZ	3447

5502	Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun, 10.9.2014 tarihli ve 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un 38. maddesiyle değiştirilen 36. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 9., 10., 35., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2015/42	2015/28	İTZ	2951
6428	Sağlık Bakanlığınca Kamu Özel İş Birliği Modeli ile Tesis Yaptırılması, Yenilenmesi ve Hizmet Alınması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un; A- Tümü ve ayrı ayrı tüm maddelerinin, B- 1- 1. maddesinin; a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…özel hukuk hükümlerine göre…"* ve *"…ile ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin…"* ibarelerinin, b- (2) numaralı fıkrasının; aa- (c) bendinde yer alan *"…tesisteki belli hizmetlerin sunulması karşılığında…"* ibaresinin, ab- (ö) bendinde yer alan *"…veya ileri teknoloji ya da yüksek mali kaynak gerektiren bazı hizmetlerin gördürülmesi…"* ve *"…özel hukuk hükümlerine göre…"* ibarelerinin, 2- 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…tesislerdeki belli hizmetlerin sunulması…"* ibaresinin, 3- 3. maddesinin; a- (3) numaralı fıkrasının, b- (6) numaralı fıkrasında yer alan *"…idarece tespit edilen mali ve teknik yeterlik kriterleri ile…"* ibaresinin, c- (8) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin, 4- 4. maddesinin; a- (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…özel hukuk hükümlerine tabi olup…"* ibaresinin, b- (4) numaralı fıkrasının, 5- 13. maddesiyle, 28.3.2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'a eklenen 8/A maddesinin birinci ve altıncı cümlelerinin, 6- 25. maddesiyle değiştirilen, 11.10.2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 51. maddesinin	2015/38	2013/50	İPT	2793

	(2) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…döner sermaye ek ödemesi dâhil…"* ibaresinin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11., 17., 56., 153., 155., 161., 163. ve 167. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6552	İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun'un; 1- 10. maddesiyle değiştirilen, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin (1) numaralı alt bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin, 2- 13. maddesiyle, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 8. maddesine eklenen üçüncü fıkranın üçüncü cümlesinin, 3- 15. maddesiyle, 20.6.2012 tarihli ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 2. maddesinin (2) numaralı fıkrasına eklenen (e) bendinin, 4- 20. maddesinin, 5- 21. maddesiyle, 18.10.2012 tarihli ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'na eklenen ek 1. maddenin, 6- 38. maddesiyle, 16.5.2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun başlığı ile birlikte değiştirilen 36. maddesinin üçüncü fıkrasının dördüncü cümlesinde yer alan *"…ve vekaletname ibrazı…"* ibaresinin, 7- 54. maddesiyle, 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 103. maddesine eklenen üçüncü ve dördüncü fıkraların, 8- 61. maddesiyle 5510 sayılı Kanun'a eklenen geçici 57. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…ancak tahsil edilmiş tutarlar red ve iade veya mahsup edilmez."* ibaresinin, 9- 64. maddesiyle, 30.1.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dördüncü fıkranın ikinci cümlesinin, 10- 73. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve*	2015/49	2014/177	İPT	3043

	kanun yollarına başvurmamaları şarttır." ibaresinin, 11- 80. maddesinin (4) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…dava açmamaları, açılmış davalardan vazgeçmeleri ve kanun yollarına başvurmamaları şarttır."* ibaresinin, 12- 87. maddesiyle değiştirilen, 5.12.1951 tarihli ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin, 13- 88. maddesiyle, 18.12.1953 tarihli ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 6. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…denetim masrafları ilgililerine ait olmak üzere…"* ve *"…veya DSİ tarafından yetkilendirilen Türk Ticaret Kanununa göre kurulmuş şirketlerden DSİ'ce müşavirlik hizmeti satın alınarak yaptırılır."* ibarelerinin, 14- 94. maddesiyle, 19.3.1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 182. maddesine eklenen ikinci fıkranın, 15- 99. maddesiyle, 4.11.1983 tarihli ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 4. maddesine eklenen ikinci fıkranın üçüncü cümlesinin, 16- 100. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendiyle, 2942 sayılı Kanun'un 23. maddesine eklenen üçüncü fıkranın, 17- 101. maddesiyle 2942 sayılı Kanun'a eklenen geçici 9. maddenin birinci cümlesinin, 18- 112. maddesiyle, 25.2.1998 tarihli ve 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (ı) bendinin, 19- 117. maddesiyle, 24.11.2004 tarihli ve 5258 sayılı Aile Hekimliği Kanunu'nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlenin, 20- 119. maddesiyle, 5.5.2005 tarihli ve 5345 sayılı Gelir İdaresi Başkanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine eklenen fıkranın, 21- 121. maddesiyle, 3.7.2005 tarihli ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"arsa"* ibaresinin *"taşınmaz"* şeklinde değiştirilmesinin, 22- 128. maddesiyle, 6.3.2008 tarihli ve 5747 sayılı				

	Büyükşehir Belediyesi Sınırları İçerisinde İlçe Kurulması ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 1. maddesine ekli (16) sayılı listesinin sekizinci sırasında yer alan *"Barbaros"* ibaresinin *"Barbaros Mahallesinin O4 Karayolunun güneyinde kalan kısmı"* şeklinde değiştirilmesinin, 23- 129. maddesiyle 5747 sayılı Kanun'un 2. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"Kadıköy ilçe belediyesine bağlı Atatürk Mahallesinin"* ibaresinden sonra gelmek üzere eklenen *"ve Barbaros Mahallesinin"* ibaresinin, 24- 142. maddesiyle değiştirilen, 3.6.2011 tarihli ve 637 sayılı Ekonomi Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 36. maddesinin (2) numaralı fıkrasının; a- Birinci cümlesinde yer alan *"Bakanlığın gözetimi ve denetimi altında…"* ve *"…Bakanlıkça belirlenecek…"* ibarelerinin, b- Dördüncü cümlesinin, c- Beşinci cümlesinde yer alan *"…yönetmelikte belirtilen kurucu kuruluşların katkı payları ve/veya yıllık üyelik aidatlarından, İş Konseyi üyelik aidatları ve…"* ibaresinin, d- Altıncı ve yedinci cümlelerinin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 7., 8., 10., 12., 13., 14., 17., 26., 33., 35., 36., 38., 45., 46., 48., 49., 50., 51., 53., 56., 70., 73., 90., 123., 124., 125., 126., 127., 128., 135., 141. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6585	Perakende Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un; 1- 5. maddesinin (7) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, 2- 13. maddesinin; a- (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"…vali…"* ibaresinin, b- (2) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2015/48	2015/34	İPT	3013

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2015/38	2013/50	İİD……..	2793
2015/40	2015/35	İİD……..	2923
2015/41	2014/171	İİD……..	2941
2015/42	2015/28	İİD……..	2951
2015/46	2015/49	İİD……..	2973
2015/47	2014/162	İİD……..	2989
2015/48	2015/34	İİD……..	3013
2015/49	2014/177	İİD……..	3043
2015/50	2015/33	İİD……..	3433
2015/51	2014/36	İİD……..	3447

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2013/50	2015/38	İİD……..	2793
2014/36	2015/51	İİD……..	3447
2014/162	2015/47	İİD……..	2989
2014/171	2015/41	İİD……..	2941
2014/177	2015/49	İİD……..	3043
2015/28	2015/42	İİD……..	2951
2015/33	2015/50	İİD……..	3433
2015/34	2015/48	İİD……..	3013
2015/35	2015/40	İİD……..	2923
2015/49	2015/46	İİD……..	2973

***İİD:** İptal ve İtiraz Davası

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
15.04.2015	29327	2013/50	2015/38	İİD…….	2793
15.05.2015	29356	2015/49	2015/46	İİD…….	2973
21.05.2015	29362	2014/171	2015/41	İİD…….	2941
21.05.2015	29362	2015/28	2015/42	İİD…….	2951
23.05.2015	29364	2015/35	2015/40	İİD…….	2923
23.05.2015	29364	2015/34	2015/48	İİD…….	3013
02.06.2015	29374	2014/162	2015/47	İİD…….	2989
02.06.2015	29374	2015/33	2015/50	İİD…….	3433
10.06.2015	29382	2014/36	2015/51	İİD…….	3447
11.06.2015	29383	2014/177	2015/49	İİD…….	3043

4-Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
01.04.2015	2013/50	2015/38	İİD……...	2793
22.04.2015	2015/35	2015/40	İİD……...	2923
22.04.2015	2014/171	2015/41	İİD……...	2941
22.04.2015	2015/28	2015/42	İİD……...	2951
13.05.2015	2015/49	2015/46	İİD……...	2973
13.05.2015	2014/162	2015/47	İİD……...	2989
13.05.2015	2015/34	2015/48	İİD……...	3013
14.05.2015	2014/177	2015/49	İİD……...	3043
27.05.2015	2015/33	2015/50	İİD……...	3433
27.05.2015	2014/36	2015/51	İİD……...	3447

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 3460, 3462, 3463, 3466, 3467

m. 2: 2880, 2883, 2887, 2890, 2891, 2892, 2894, 2895, 2896, 2897, 2898, 2899, 2900, 2901, 2902, 2903, 2906, 2908, 2911, 2912, 2913, 2919, 2929, 2931, 2935, 2940, 2946, 2949, 2958, 2963, 2966, 2971, 2987, 2996, 2997, 2998, 3001, 3006, 3009, 3011, 3012, 3032, 3035, 3036, 3040, 3256, 3258, 3260, 3264, 3267, 3268, 3269, 3273, 3277, 3282, 3283, 3286, 3287, 3288, 3289, 3290, 3294, 3295, 3297, 3299, 3300, 3301, 3305, 3309, 3311, 3322, 3324, 3326, 3327, 3329, 3332, 3336, 3340, 3342, 3346, 3347, 3349, 3350, 3351, 3352, 3353, 3354, 3356, 3357, 3359, 3360, 3361, 3365, 3366, 3368, 3369, 3381, 3382, 3396, 3397, 3400, 3401, 3402, 3403, 3409, 3410, 3421, 3446, 3461, 3462, 3463, 3465, 3466, 3467, 3470

m. 5: 3268, 3273, 3277, 3282, 3299, 3308, 3365, 3366, 3446, 3451, 3458, 3470

m. 7: 2887, 2888, 2890, 2891, 2892, 2894, 2895, 2896, 2901, 2902, 2903, 2906, 2907, 2908, 3258, 3260, 3346, 3351, 3366, 3367, 3368, 3401, 3402, 3409, 3410

m. 8: 2901, 2903, 2906, 2908, 3366

m. 9: 2958, 2963,

m. 10: 2912, 2913, 2958, 2963, 2971, 3004, 3264, 3266, 3267, 3277, 3282, 8283, 3286, 3287, 3289, 3299, 3300, 3324, 3326, 3352, 3356, 3451, 3457, 3461, 3470, 3471

m. 11: 2899, 2901, 2903, 2906, 2908, 2911, 2919, 2985, 3444

m. 12: 3277, 3282, 3461, 3465

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 13: 2946, 2947, 2949, 2958, 2961, 2963, 2987, 2996, 3000, 3001, 3035, 3037, 3039, 3040, 3277, 3279, 3282, 3290, 3292, 3294, 3305, 3308, 3309, 3311, 3315, 3317, 3318, 3320, 3321, 3328, 3329, 3331, 3332, 3334, 3336, 3365, 3366, 3369, 3384, 3403, 3404, 3405, 3413, 3414, 3415, 3424, 3425, 3446, 3451, 3455, 3457, 3458, 3461

m. 14: 3290, 3294, 3460, 3463, 3467

m. 17: 2887, 2890, 2891, 2892, 3268, 3269, 3270, 3273, 3346, 3347, 3349, 3350, 3351, 3451, 3458, 3470

m. 19: 3465

m. 20: 3451, 3452, 3454, 3457, 3458, 3465, 3471

m. 24: 3451, 3452, 3454, 3457, 3458, 3460, 3461, 3462, 3464, 3465, 3466, 3467, 3471

m. 26: 3318, 3319, 3321,3427

m. 27: 3318, 3319, 3321, 3427

m. 33: 3365, 3366, 3369, 3465

m. 35: 2946, 2947, 2948, 2949, 2958, 2959, 2963, 2969, 2970, 2971, 2986, 2987, 2996, 2999, 3001, 3290, 3292, 3294, 3315, 3316, 3318, 3329, 3330, 3332, 3333, 3336, 3383, 3400, 3402, 3403, 3404, 3405, 3413, 3414, 3415, 3423, 3424, 3445, 3446

m. 36: 2946, 2949, 2958, 2959, 2963, 2970, 2971, 3264, 3267, 3301, 3305, 3307, 3309, 3311, 3327, 3329, 3332, 3336, 3340, 3342, 3352, 3356, 3383, 3384, 3398, 3399, 3400, 3402, 3403, 3413, 3414, 3415

m. 38: 2929, 2930, 2931, 2936, 2996, 2998, 3001, 3005, 3009, 3010, 3011, 3012, 3295, 3297

m. 41: 3460, 3464, 3467, 3470

m. 45: 3342, 3343, 3345, 3385, 3386, 3389, 3400, 3401, 3416, 3418

m. 46: 3329, 3332, 3333, 3400

m. 47: 2880, 2881, 2882, 2883, 2885, 2886, 2888, 2889, 2890, 3259, 3381, 3382, 3420, 3421

m. 48: 2987, 3035, 3036, 3037, 3038, 3040, 3328, 3329, 3446

m. 49: 3268, 3270, 3272, 3273, 3277, 3282, 3346, 3351

m. 50: 3346, 3349, 3351

m. 51: 3264, 3265, 3267, 3277, 3278, 3279, 3280, 3282, 3283, 3284, 3286, 3397, 3398

m. 53: 3277, 3278, 3279, 3282

m. 56: 2887, 2890, 2892, 2930, 2931, 2936, 2939, 2940, 3268, 3269, 3270, 3272, 3273, 3342, 3344, 3345, 3346, 3347, 3348, 3349, 3350, 3351, 3417

m. 65: 3404

m. 67: 2996, 3001

m. 70: 3352, 3356

m. 73: 3324, 3325, 3326, 3366

m. 87: 2909

m. 88: 2909, 3392, 3393, 3394

m. 89: 2909

m. 90: 3268, 3273, 3277, 3282, 3301, 3305, 3321, 3332, 3336, 3346, 3351

m. 91: 2984, 2985, 2986, 2987, 3443, 3444, 3445, 3446

m. 123: 3258, 3261, 3365, 3366, 3402

m. 124: 3366, 3367, 3368

m. 125: 3305, 3309, 3311, 3355, 3402

m. 126: 3360, 3361

m. 127: 3032, 3033, 3034, 3035, 3040, 3356, 3359

m. 128: 2880, 2881, 2883, 2899, 2900, 2901, 3256, 3257, 3258, 3322, 3323, 3324, 3346, 3350, 3351,3381, 3382, 3395, 3396, 3397, 3402, 3420, 3421

m. 135: 3365, 3366

m. 138: 2958, 2960, 2971

m. 141: 3301, 3305

m. 142: 2958, 3301, 3305

m. 148: 2984, 2985, 3392, 3393, 3443

m. 152: 2927

m. 153: 2908, 2911, 3327, 3329,3373, 3375, 3399, 3462, 3466

m. 155: 2884, 2885, 2886

m. 161: 2880, 2883, 2909

m. 162: 2880, 2883, 2909

m. 163: 2880, 2883, 2908, 2909, 2910, 2911, 2986, 3444

m. 167 2892, 2893, 2894

m. 174 3460, 3461, 3462, 3464, 3465, 3466, 3467

m. 176 3462

www.anayasa.gov.tr

9 789757 427988

İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon: (312) 463 73 00 Faks : (312) 463 74 00
e-posta: bilgi@anayasa.gov.tr