ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 46
2. Cilt

2009

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-47-6

2009 yılında Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararlarının özgün şekliyle yer aldığı bu dergide, sınıflandırma "karar numarasına" göre yapılmıştır.

Yayın Kurulu
Mehmet ERTEN (Üye)
Serdar ÖZGÜLDÜR (Üye)
Recep KÖMÜRCÜ (Üye)

Kitabı Yayıma Hazırlayan
Nuray ÖZCAN Yayın İşleri Müdür Vekili

İletişim ve İstem Adresi
Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Ahlatlıbel Mahallesi
İncek Yolu Serpmeleri No: 4
06890 Çankaya/Ankara
Telefon : (312) 463 74 67-68
Faks : (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

Baskı ve Cilt
SFN Televizyon Tanıtım
Tasarım Yayıncılık Ltd. Şti.
Telefon : (312) 472 37 73-74
Faks : (312) 472 37 75
http://www.sfn.com.tr

Baskı Tarihi
Temmuz 2010

Dizinler

I- Alfabetik İndeks 1123
II- Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 1133
III- Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 1141
IV- Anayasa Maddeleri Dizini 1149

Esas Sayısı : 2004/70

Karar Sayısı : 2009/2 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 15.1.2009

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali TOPUZ, K. Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ ile birlikte 117 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU: 26.5.2004 günlü, 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci ve sekizinci fıkralarının, 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkrasının, 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinin, 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkrasının, 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasının, 28. maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının ve Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 17., 38., 43., 45., 56., 63., 90., 123., 128. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

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

26.5.2004 günlü, 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

A- 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin sekizinci fıkrası, 15.1.2009 günlü, E. 2004/70, K. 2009/7 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkranın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının

sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

B- 1- 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrasına,

2- 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkraya,

ilişkin iptal hükümlerinin süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu fıkraların YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

C- 1- 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesine,

2- 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkraya,

3- 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasına,

4- Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesine,

yönelik iptal istemleri, 15.1.2009 günlü, E. 2004/70, K. 2009/7 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve tümcelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

D- 28. maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkrası hakkında, 15.1.2009 günlü, E. 2004/70, K. 2009/7 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu fıkraya ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

15.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2004/70

Karar Sayısı : 2009/7

Karar Günü : 15.1.2009

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ali TOPUZ, K. Kemal ANADOL ve Haluk KOÇ ile birlikte 117 Milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.5.2004 günlü, 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

1- 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci ve sekizinci fıkralarının,

2- 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkranın,

3- 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinin,

4- 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkranın,

5- 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasının,

6- 28. maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkranın,

7- Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 17., 38., 43., 45., 56., 63., 90., 123., 128., 168. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

23.7.2004 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1. 26.05.2004 tarih ve 5177 Sayılı Kanunun 3 üncü maddesi ile değiştirilen 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 7 nci maddesinin

birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 11 inci 43 üncü, 45 inci, 56 ncı, 63 üncü, 90'ıncı ve 168 inci maddeleri ile milletlerarası sözleşmelere dolayısıyla Anayasanın 90'ıncı maddesine Aykırılığı

Madencilik sektörünün önemli bir özelliği de ne kadar bilimsel yöntemler kullanılırsa kullanılsın; rezervlerin miktarında ve kalitesinde daima bir yanılmanın söz konusu olabilmesidir. Üretimde mevcut olan bu risk, ürünlerin uluslararası pazarlanması yönünden de mevcuttur. Bu sektörde faaliyet gösteren bazı firmalar dünya çapında monopol durumuna gelmiş olup, stratejik önemdeki madenlerin arama ve işletme ruhsatlarını ele geçirdikleri gibi, dünya pazarlarında da üretim ve fiyat politikalarını diledikleri gibi düzenleyebilmektedirler. Bu dev monopollerin, özellikle azgelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin madencilik sektörü üzerinde doğrudan veya dolaylı, açık veya gizli, baskı ve kontrolları vardır. Bu durum bütün ülkelerde kamuoyunun madencilik sektörü ile ilgili hukuki ve kurumsal düzenlemeler karşısında çok duyarlı olmasına neden olmuştur. Bu duyarlık Anayasamıza da yansımış, "Tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi" ile ilgili 168 inci maddesinde,

"Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabii servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir"

hükmüne yer verilmiştir.

Geçmiş birikimin, geleceğin yaratılmasında en önemli kaynak olarak değerlendirilmesi yaşamsal bir zorunluluktur. Kişilikli bir toplum olarak gelişebilmek için ulusların kültürel kimliklerini yeni yaşam çevreleriyle entegre etmeleri önem kazanmaktadır. Mimarlıkta ve şehircilikte ulusal ve tarihsel değerleri dikkate almadan gerçekleştirilen modern oluşumlar toplumda yabancılaşmayı süratlendirmektedir. Farklı kültürlerin kültürel mirasını, aynı dikkat ve saygınlık içinde korumak, globalleşen dünyada barış ve kardeşlik duygularının kökleşmesini sağlayacak, hem de farklı kültürlerin birbirlerine olan etkileşimi ile zengin ve çok renkli bir kültür mozağinin gelişmesinde itici bir güç oluşturacaktır. Ülkemizde bu güne kadar 2425 adet arkeolojik sit, 269 adet doğal sit, 146 adet kentsel sit, 17 adet tarihi sit olmak üzere 2857 adet sit alanı ile 44406 adet korunması gerekli

taşınmaz kültür varlığı tescil edilmiştir. 1970'li yıllardan beri uluslararası platformlarda yoğunlaşarak sürdürülen çabalarda ülkemiz de yerini almıştır. Yukarıda (I) numaralı başlık altında değinilen UNESCO'ya üye ülkelerle birlikte ülkemizin de 1983 yılında benimsediği "Dünya Kültürel ve Doğal Mirasının Korunması Sözleşmesi" hükümlerine göre taraf devletler toprakları dahilindeki kültür ve doğa varlıklarının korunmasını taahhüt etmiştir. Ülkemizden de Pamukkale, Göreme, Kapadokya, İstanbul, Boğazköy Nemrut Dağı, Xanthos – Letoon, Patara ve Divriği Ulu Camii ve Darüşşifası kültürel miras olarak Dünya Kültürel Miras Listesine alınmıştır. Avrupa Konseyi üyesi devletler ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti tarafından 1985 yılında imzalanan "Avrupa Mimari Mirasının Korunması Sözleşmesi", 13.04.1989 Gün ve 3534 Sayılı Kanun ile yürürlüğe girmiştir. Akdeniz'in Kirletilmesine Karşı Korunması (Barselona) Sözleşmesi gereğince Akdeniz'de ortak öneme sahip 100 tarihi sitin içinde ülkemizden de 17 adet sit korumaya alınmıştır.

Türkiye'de günümüze kadar sürdürülen tarihsel ve kültürel çevre koruma politikalarının başarılı olduğunu söylemek olası değildir. Özellikle 1950 sonrası yaşanan kırsal alandan kentlere yaşanan göç ve hızlı kentleşme, 1980 sonrası ikinci konut ve turizm amaçlı kıyı yağması ile, 1990 sonrası Doğu ve Güney – Doğu Anadolu Bölgesinden güvenlik ve ekonomik nedenlerle göç olgusu kentlerin yüzlerce yılda oluşmuş dengelerini alt üst etmiştir. Kentlerin önce varoşlarında başlayan yasal olmayan yapılaşma (gecekondu), giderek imar aflarıyla kentleri bir kanser gibi sarmış ve günümüzdeki başlıca kentsel sorunlardan biri haline gelmiştir. (Dr.Mehmet TUNCER, Kent ve Çevre Bilim Doktoru, Türkiye'de Tarihsel ve Kültürel Çevreleri Koruma Olgusu).

Hal böyle iken şimdi ve 5177 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi ile değiştirilen 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasında yapılan düzenleme ile; yukarıda belirtilen milletlerarası sözleşmelerle üstlenilen yükümlülüklerin çiğnenip yok sayılması pahasına orman, muhafaza ormanı, ağaçlandırma alanları, özel koruma bölgeleri, milli parklar, tabiat parkları, sit alanları, tarım alanları, su havzaları ve benzeri doğal ve kültürel zenginlikleri olan ve bu sebeple koruma altına alınmış alanlar madencilik faaliyetine açılmaktadır.

Ülkemizde; 686.631 hektar alanlı 33 Milli Park, 69.605 hektar alanlı 17 Tabiat Parkı, 86.024 hektar alanlı 35 Tabiatı Koruma Alanı ve 464 hektar alanlı 89 Tabiat Anıtı olmak üzere toplam 839.624 hektar alan koruma altındadır. Dünya Doğayı Koruma Birliği (IUCN) verilerine göre, dünya yüzeyinin % 5'inden fazlası korunan alan olarak ayrılmış; koruma

konusunda duyarlı olan ülkelerde bu oran %10'lara kadar çıkmaktadır. Bizde ise bu oran, ülkenin yaklaşık 95'te 1'idir. Şimdi Maden Kanununun değişik 7 nci maddesinin iptali istenilen birinci fıkrası ile bütün bu alanlar da rant için madencilik faaliyetlerine açılmaktadır.

Diğer taraftan iptali istenilen fıkrada, bu gibi alanlarda madencilik faaliyetinin tabi olacağı Çevresel Etki Değerlendirme (ÇED) ve Gayri Sıhhi Müessese (GSM) değerlendirmesinin çıkarılacak yönetmelikle yapılacağını belirmiş olması da; korunması gereken doğal ve kültürel zenginliklerimiz üzerinde mevcut ÇED ve GSM Yönetmeliklerinden farklı bir yönetmelikle madencilik faaliyetinin sürdürüleceğini anlamını taşımaktadır. Oyca mevcut ÇED Yönetmeliğinde (R.G.16.12.2003, sa.25318) madencilik faaliyetine açılan doğal ve kültürel varlıklarımız, "Ülkemiz mevzuatı ve taraf olduğumuz uluslararası sözleşmeler uyarıca korunması gerekli görülen DUYARLI YÖRELER" olarak tanımlanmıştır. Mevcut mevzuat ve ülkemizin taraf olduğu uluslar arası sözleşmeler gereğince korunması zorunlu olan doğal ve kültürel zenginliklerin bulunduğu alanlarda madencilik faaliyetine izin verilmesi açıklanan uluslararası sözleşmelere aykırıdır.

Anayasanın 90'ıncı maddesinde, "... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" denildikten sonra, bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği bildirilmiştir.

Anayasadaki bu düzenleme, kurallar hiyerarşisinde andlaşmaların ulusal yasalardan daha üstün olduğu görüşüne dayanak oluşturmuştur.

Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği için, uluslararası andlaşmalar ulusal yasaların üstünde ve Anayasal normlara yakın konumda görülmüştür. Bu düşünce, uluslararası andlaşmalardan doğan yükümlülüklere de Anayasal bir üstünlük tanındığının öne sürülmesine yol açmış ve bu üstünlük, "ahde vefa" ilkesinin bir gereği olarak tanımlanmıştır. Diğer yandan Anayasanın 90'ıncı maddesinde yapılan son değişiklik te, insan haklarına ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda yaptığı düzenlemelerde çatışma olması halinde andlaşma hükümlerinin uygulanacağı yolundadır.

Ancak 5177 sayılı Kanunun yaptığı düzenlemede bu hususlar gözetilmemiş; uluslararası andlaşmalara uyulmamıştır.

Milletlerarası andlaşmalara dolayısıyla Anayasanın 90'ıncı maddesine aykırı olan söz konusu birinci fıkra hükmü;

Anayasanın 43 üncü maddesi gereğince kıyılardan yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceği hususuna,

Anayasanın 45 inci maddesi gereğince Devletin tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanımının önlenmesine ilişkin ödevlerine,

Anayasanın 56 ncı maddesi gereğince sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama hakkına ve devletin çevreyi geliştirme ve çevre sağlığını koruma ödevine,

Anayasanın 63 üncü maddesi gereğince Devletin, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlama ödevine,

Anayasanın 168 inci maddesi gereğince, tabii servetler ve kaynakların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu ve araştırma ve işletmecilikte Devlete öncelik tanındığı kuralına,

Anayasanın 169 uncu maddesi gereğince ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemez amir hükmüne de,

aykırı düşmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 17.12.2002 tarih ve E.2000/75, K.2002/200 sayılı Kararındaki "…kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabilir" şeklindeki tümcesi ile kastedilen koşul, orman ekosisteminde gerçekleştirilmek istenilen etkinliğin daha büyük kamu yararı yarattığının ortaya konulmasıdır.

Esasen 5177 sayılı Kanun ile, doğal ve kültürel zenginliklerin korunmasındaki kamu yararı genel amacı madencilik faaliyeti yürütecek belli bir grupların özel çıkarı için ihlal edilmektedir.

Diğer taraftan İptali istenilen bu fıkrada; madencilik faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirmesi, gayri sıhhî müesseseler ile ilgili hususlar dahil madencilik faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğinin, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılacak bir yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür. Yukarıda; bu sektörde faaliyet gösteren bazı firmaların dünya çapında monopol durumuna geldikleri, stratejik önemdeki madenlerin arama ve işletme ruhsatlarını ele geçirdikleri, dünya pazarlarında üretim ve fiyat politikalarını diledikleri gibi düzenleyebildikleri, bu dev monopollerin, özellikle azgelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin madencilik sektörü üzerinde doğrudan veya dolaylı, açık veya gizli, baskı ve kontrolları bulunduğu açıklanmış ve böyle bir durumun bütün ülkelerde kamuoyunun madencilik sektörü ile ilgili hukuki ve kurumsal düzenlemeler karşısında çok duyarlı olmasına neden olduğu açıklanmış ve bu duyarlığın Anayasanın 168 inci maddesi ile yapılan düzenlemede de görüldüğü, nitekim bu maddede gerçek ve tüzelkişilerin

uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir" hükmüne yer verildiğine işaret edilmiştir. Durum bu iken ve Anayasa buyruğu, tabii servet ve kaynakların aranması ve işletilmesi konusunun kanunla düzenlemesine amir iken, madencilik faaliyetlerinin düzenlenmesinin Bakanlar Kurulunun çıkaracağı bir yönetmeliğe bırakılması Anayasanın 168 inci maddesine; kanunla yapılması gereken böyle bir düzenleme yönetmeliğe bırakıldığı için, Anayasanın yasama yetkisinin devredilemeyeceğine dair olan 7 nci maddesine de aykırıdır. Böyle bir yetki, Anayasadan kökenlenmediği için Anayasanın 6 nci maddesi ile de çelişir.

Anayasaya aykırı bir hükmün hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısıyla Anayasanın 2 ve 11 inci maddeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi ile değiştirilen 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 7 nci maddesinin açıklanan nedenlerle, Milletlerarası Sözleşmeler ile Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 11 inci, 43 üncü, 45 inci, 56 ncı, 63 üncü, 90'ıncı ve 168 inci maddelerine aykırı olan birinci fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

2. 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi ile değiştirilen 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 7 nci maddesinin sekizinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine Aykırılığı

İptali istenilen sekizinci fıkrada; kamu yatırımları ile madencilik projeleri çatıştığında, anlaşmazlığı çözmek üzere Başbakanlık Müsteşarı başkanlığında oluşturulacak Kurulun teşkili, çalışma usulü, karar alma şekli ve diğer hususlar Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakılmaktadır.

Anayasanın 128 inci maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği ilkesi yer almaktadır.

Anayasanın 123 üncü maddesinde ise, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Durum bu iken, söz konusu Kurulun teşkili dahil tüm diğer hususlara ilişkin ilkelerin Kanunda düzenlenmeyerek, Anayasanın 123 ve 128 inci maddelerine aykırı biçimde yönetmeliğe bırakıldığı görülmektedir. Kanunla bu alanda herhangi bir düzenleme yapılmadığı için, Enerji ve Tabii

Kaynaklar Bakanlığına verilen yetki; asli bir düzenleme yetkisidir. Halbuki Anayasanın 8 inci maddesine göre yürütmenin Anayasada gösterilen ayrık haller dışında kural olarak asli düzenleme yetkisi olmayıp yürütme, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılan ve yerine getirilen bir yetki ve görevdir. Asli düzenleme yetkisi, Anayasanın 7 nci maddesine göre TBMM'nindir ve devredilemez. Devredildiği taktirde bu yetki, kökenini Anayasadan almayan bir yetki görünümüne girer.

Bu nedenle, Bakanlığa verilen söz konusu yetki, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğu gibi; Anayasadan kökenlenmediği için, Anayasanın 6 nci maddesi ile de çelişmektedir. Anayasaya aykırı bir hükmün hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısıyla Anayasanın 2 ve 11 inci maddeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle 5177 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi ile değiştirilen 3213 sayılı Maden Kanunun 7 nci maddesinin sekizinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci,11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

3. 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile 04.06.1985 tarih ve 3213 Sayılı Maden Kanunun 10 uncu maddesine eklenen altıncı fıkranın Anayasanın 2 nci, 11 inci maddelerine ve 38 inci maddesinde yer alan "kanunilik ilkesine" Aykırılığı

İptali istenilen altıncı fıkrada, uyarma ve hak mahrumiyeti cezalarının verilmesi öngörülen "Gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar"ın yönetmelikte tarif edilmesi yani suç teşkil eden bu fiillerin neler olduğunun belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır.

Anayasanın "Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı 38 inci maddesinin konuyla ilgili fıkrası *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır ceza verilemez"* hükmünü taşımaktadır. Bu maddenin gerekçesinde de, "Birinci fıkra herkesçe bilinen "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesini koymuştur demektedir.

Anayasamızın 38 inci maddesinde yer alan "Kanunilik" ilkesi Türk Ceza Kanununun 1 inci maddesinde tekrarlanmaktadır. İlkenin amacı, Devletin ve yargıcın keyfiliğini önlemektir.

Suçlar ve cezalar kanunla açıkça ve belirli olarak gösterilmelidir.

Maden Kanunun 10 uncu maddesine 5177 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile eklenen altıncı fıkrası, düzenlemeyi yönetmeliğe bıraktığı ve

suçlarla ilgili belirsizliğe yol açtığı için Anayasanın 38 inci maddesinde yer alan "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine açıkça aykırıdır.

Anayasaya aykırı bir hükmün hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısıyla Anayasanın 2 ve 11 inci maddeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle Maden Kanunun 10 uncu maddesine 5177 sayılı Kanunun 5 inci maddesi ile eklenen altıncı fıkra Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 38 inci maddelerine aykırı olduğu için iptali gerekmektedir.

4. 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi ile değiştirilen 3213 sayılı Maden Kanunun 16 nci maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasanın 2 inci ve 11 inci maddelerine Aykırılığı

5177 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi ile değiştirilen Maden Kanununun 16 ncı maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesine göre, "Kazanılmış haklar korunmak kaydı ile ayrı grup ruhsatların birbiri üzerine verilebilmesi mümkün kılınmakta, buna ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği öngörülmektedir.

Arzın içinde bulunan madenin çıkarılması iki evrede gerçekleşmektedir. 3213 sayılı Maden Kanununa göre bu evreler; a) Arama, b) İşletme evreleridir. Arama evresi dahi önemli bir işlemdir; burada madenin durumunu ve hacmini, teknik şartlarını, işletme imkanlarını araştırmak için arz üzerinde devamlı bir takım işlemler yapılması ve hatta bunun için tesisler inşa edilmesi gerekir. Bu esnada bir kısım madenler de çıkarılabilir. Maden Kanununun 5177 sayılı Kanunun 11 inci maddesi ile değişik 17 nci maddesinde, arama döneminde görünür rezervin % 10'una kadar maden üretim ve satış izni verilebileceği belirtilmektedir. Bu işlemler arza, arz malikine ve madene ve hatta civar madenlere bir takım zararlar verebilir.Aynı zamanda bir takım masrafları ve külfetleri gerektiren belirli bir safhada "tekel" i de kapsayan yani o evrede yalnız bir gerçek veya tüzelkişi arama yapabilecek ve bu arama sonucunda bir takım hukuki hükümler de doğacaktır(Ord.Prof.Dr. Sıddık Sami ONAR, İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. C, 3. Bası, Shf. 1379).

Gerçekten bir çok madenin alan açısından çok büyük yer kaplaması ve bazı madenlerin işlenmesinin "yarma" gerektirmesi nedeniyle belli bir alanda arama ve işletme ruhsatı sahibi için ruhsat süresi içinde "tekel" durumunun korunması yasal bir zorunluluktur. Aynı alanda ayrı grup ruhsatların bir biri üzerine verilmesi halinde hiçbir surette önceki ruhsat sahibinin kazanılmış hakkının korunması mümkün olamayacaktır. Halbuki

kazanılmış hakların korunması, hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin temel unsurlarından birisidir. Kazanılmış hakları güvence altına almayan bir düzenleme Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilmiş olan hukuk devleti ilkesi ile çelişir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesindeki "Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı" ilkesi ile bağdaşması da mümkün değildir.

26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi ile değiştirilen 3213 sayılı Maden Kanunun 16 nci maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesi, hukuk devletinin en önemli ögesi olan "kazanılmış hakları" zedeleyeceğinden Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

5. 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 20 nci maddesi ile 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 46 nci maddesine eklenen onuncu fıkranın Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine Aykırılığı

İptali istenilen onuncu fıkra hükmü ile; devletin özel mülkiyetindeki veya hüküm ve tasarrufu altındaki arazilerin, madencilik faaliyetinde bulunacaklara, "bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra kira, ecrimisil alınmaz" denilerek bedelsiz tahsisi öngörülmektedir. Alanında dünyanın en liberal ve en eski yasası olan ABD Madencilik Yasasında (1872) bile, kamu arazilerinde madencilik yapılabilmesi için dönüm başına 2,5 USD ücret alınması gerekli görülürken ve bu ücretin azlığı son yıllarda alabildiğine eleştirilirken, ülkemizde bunun bedelsiz olması yolunda bir düzenleme yapılmaktadır.

Bir taraftan, tanınacak teşvikler yanında, ürettiği madeni yurt içinde ve kendi tesisinde işleyenlerden, bu tesislerde üretimde değerlendirilen maden miktarı için Devlet hakkının % 50'sinin alınmayacağı belirtilirken; diğer yandan madencilik faaliyetinde bulunulacak arazinin, (ki bu arazi Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki orman, ağaçlandırma alanları, özel koruma bölgeleri, kıyı alanları ve sahil şeritleri, kültür ve turizm koruma ve geliştirme bölgeleri ve dahi sit alanları olabilir) bu araziye verilebilecek zararlar da dikkate alınmayıp bedelsiz verilmesinde "kamu yararı" bulunduğunu söylemek mümkün değildir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez ögeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle bir ülkenin en

önemli doğal yaşam alanı olan ormanların korunması için yasakoyucunun bu esası gözardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtması zorunludur. Günümüzde "kamu yararı" kavramı yanında; "toplum yararı" "ortak çıkar", "genel yarar" gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen; tümünün "bireysel çıkar" dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararın amaçlanmasıdır (Anym., T. 21.10.1992, E.92/13, K.92/50).

Yasama erkinin kamu yararı amacına yönelik olarak kullanılmaması halinde yasama yetkisinin saptırılması olayı ortaya çıkar.

Yasaların kamu yararına dayanmadığı bir yönetim ve bu alanda yetki saptırılması durumu hukuk devleti adı verilen yönetimle ve hukuk devletini cumhuriyetin nitelikleri arasında sayan Anayasanın 2 nci maddesi ile bağdaşmaz.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 11 inci maddesinde ifade edilen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de çelişir.

5177 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin 3213 sayılı Maden Kanununun 46 ncı maddesine eklediği 10 uncu fıkranın, yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğu için iptal edilmesi gerekmektedir.

6. 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi ile değiştirilen 04.06.1985 Tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun Ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine Aykırılığı

Zonguldak havzasında bulunan taşkömürü yataklarının işletilmesi hakkı, 3213 sayılı Maden Kanununa değil; 3867 sayılı Kanun ile özel bir düzenlemeye tabi kılınmıştır. Havzai Fahmiye olarak isimlendirilen yaklaşık 13 000 km²'lik alanda taşkömürü işletme hakkı, sadece Türkiye Taşkömürü Kurumu'na aittir. Kurum bu yetki çerçevesinde ana kömür yataklarını kendisi işletmektedir.

3213 sayılı Maden Kanunu'na Ek madde 1 hükmü, 30.07.1999 gün ve 4424 sayılı kanunun 1 inci maddesi ile eklenmiştir ve sadece Ereğli Kömür Havzasının küçültülmesi sonucunda "serbest kalan bölgenin" aramalara açılmasını düzenlemektedir. Şimdi 5177 sayılı Kanunun 23 üncü maddesi ile değiştirilen 3213 sayılı Maden Kanununun Ek 1 inci maddesinin birinci fıkrası ile; bu havzanın tamamının kendine özgü yapısı gözetilmeden Maden Kanunu kapsamına alınmasında kamu yararı bulunmamaktadır.

Havzadaki taşkömürü dışındaki diğer madenlerin aranması, işletilmesi ve ülke ekonomisine kazandırılması amacıyla 14550 km² olan havza sınırları 14.04.2000 tarihinde 6885 km²'ye düşürülmüştür. Türkiye Taşkömürü Kurumunun terk ettiği bu alan günümüze kadar herhangi bir maden arama ve işletmeye açılmamıştır. Maden Tetkik Arama Enstitüsü raporlarına göre de havzada ekonomik değeri olan ve ülke ekonomisine katkıda bulunacak taşkömürü dışında önemli bir maden yoktur.

Türkiye Taşkömürü Kurumu için özel çıkarılan 3867 sayılı Kanunun amacı; en önemli enerji kaynağı olan taşkömürünün bu konumundan dolayı, hukuksal ve bürokratik engeller olmaksızın ülke ekonomisine kazandırılmasıdır. Oysa, Kurum Maden Kanunu kapsamına alınmakla birçok hukuksal ve bürokratik kısıtlamalarla karşı karşıya bırakılmış; hayati önemi bulunan kaynağı ekonomiye kazandırmada büyük güçlüklerin içine itilmiştir.

1970'li yıllardan itibaren Zonguldak'ta "Kaçak" kömür çıkarma işlemleri yapılmaktadır.

Kaçak kömür çıkarma işlemi, TTK'nun bıraktığı az miktarda ve ekonomik olmayan, mostraya (yeryüzüne) yakın damarların basit işlemlerle alınması şeklidir.

Alınan tedbirlerle kaçak kömür çıkarma işlemi zaman zaman azalarak devam etmiş; sorun çözümsüz bir noktaya geldikten sonra, yapılan teknik incelemelerde bu sahalara yasal bir yapı kazandırmak istenmiştir.

Kurum yetkilileri, 1988 yılından başlayarak TTK'ya ait bu sahaları rödevans (ihale ile kiraya verme) sistemi ile üçüncü şahıslara vermeye başlamıştır. Bu uygulamadaki amaç; kömür kaçakçılığının önlenmesi ve TTK tarafından işletilmesinin ekonomik olmadığı rezervlerin değerlendirilmesiydi.

Danıştay Birinci Dairesi 01.05.2002 tarih ve 2002/37 – 62 sayılı kararıyla; TTK'nın havzadaki taşkömürünün çıkarılması ve işletilmesi yönünden Maden Kanunu'na değil kendi özel mevzuatına tabi olduğundan "rödovans uygulamasının" iptal edilmesi gerektiği görüşünü bildirmesi nedeniyle söz konusu uygulamaya yasal dayanak oluşturmak için bu düzenlemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak, havzanın kendine özgü yapısını gözetilmeden, sorunun kaynağına inilip, nedenlerini araştırılmadan yapılan hukuksal düzenlemeler yeni sorunlara yol açacaktır.

KİT'lerin küçültülmesi, yeterli (gerekli) yatırımların yapılmaması ve işçilik maliyetleri gerekçesi ile rödevans sisteminin, ilk amacı aşılarak,

Türkiye Taşkömürü Kurumunun yatırım ve alt yapı için trilyonlar harcanmış sahaları rödevans sözleşmesi ile üçüncü şahıslara verilmeye başlanmıştır. Rödevans uygulamasına, ilk amacı doğrultusunda toplumun yararına bir işlem niteliğinin kazandırılabilmesi için, havzanın kendine özgü yapısı da dikkate alınarak, kendi özel mevzuatı içinde düzenleme yapılması bir zorunluluktur.

5177 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile TTK'nın verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda faaliyette bulunması için gerekli hiçbir düzenleme getirilmemiştir. Bu da düzenlemede kamu yararı gözetilmediğinin bir kanıtıdır.

Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı üzere, hukuk devletinin vazgeçilmez ögeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bütün kamusal girişimlerin temelinde bulunması doğal olan kamu yararı düşüncesinin yasalara egemen olması ve özellikle bir ülkenin en önemli tabii servet ve kaynaklarının aranması ve işletilmesi için yasakoyucunun bu esası gözardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtması zorunludur. Günümüzde "kamu yararı kavram yanında; "toplum yararı" "ortak çıkar", "genel yarar" gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen; tümünün "bireysel çıkar" dan farklı onun, üstünde ya da dışında ortak bir yararın amaçlanmasıdır(Anym., T. 21.10.1992, E.92/13, K.92/50).

Söz konusu 10 uncu fıkrada yer alan düzenlemede kamu yararının amaçlanmamış olması, bu düzenlemeyi Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı bir görünüme sokmaktadır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 11 inci maddesinde ifade edilmiş olan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

5177 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin 3213 sayılı Maden Kanununun 46 ncı maddesine eklediği onuncu fıkranın, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğu için iptali gerekmektedir.

7. 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 28 inci maddesi ile 09.08.1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanunun 10 uncu maddesine 3 üncü fıkra olarak eklenen fıkranın Anayasanın 2 nci, 11 inci, 17 nci ve 56 nci maddeleri ile milletlerarası sözleşmelere dolayısıyla Anayasanın 90'ıncı maddesine Aykırılığı

5177 sayılı Kanunun 28 inci maddesi ile 2872 sayılı Çevre Kanunun 10 uncu maddesine eklenen üçüncü fıkrada; Petrol, jeotermal kaynak ve maden

arama faaliyetlerinin, çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) kapsamı dışında olduğu hükme bağlanmıştır.

Görüldüğü gibi maden arama faaliyetlerinde artık ÇED aranmayacaktır.Oysa günümüzde dünyada hem de artık Dünya Bankası'nın da desteği ile yapılan aramalar bir yana prospeksiyonda bile sadece ÇED değil, aynı zamanda TÇED (toplumsal ve çevresel etki değerlendirme) istenmeye ve ayrıca bilgi verme zorunluluğu getirilmeye başlanmıştır. Bütün bunlarla da yetinilmemekte, çevresel etki değerlendirmesi(ÇED) sürecine halkın katılması için yollar oluşturulmaya başlanmıştır (Ankara Barosu tarafından düzenlenen panel, Tahir ÖNGÖR, Jeoloji Yüksek Mühendisi, Maden Yasa Tasarısı'nın Getirdikleri, 10 Temmuz 2003).

Çevre ile ilgili hukuk belgeleri çağdaş halk sağlığı anlayışını işleyen maddeler içermektedir. Özellikle yaşam hakkı, sağlıklı çevrede yaşama hakkı, risk kavramı, koruyucu önlemler gibi kavramlar halk sağlığının geliştirilmesinde, çevre sağlığı sorunlarının çözümünde bu alanda çalışan sağlıkçılara da ışık tutmaktadır.

Bir insan hakkı olan 'çevre hakkı' ilk kez 1972'de Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda yayımlanan Stockholm Bildirgesinde ifade edilmiştir.

28 Ekim 1982 Dünya Doğa Şartı ve 1990 Paris Sözleşmesinde çevre hakkı ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

Dünya Çevre ve Gelişme Komisyonu'nun 1987'de hazırlamış olduğu "Ortak Geleceğimiz" adlı Raporda; nüfus, beşeri kaynaklar, beslenme güçlükleri, canlı türleri, ekosistem, enerji, sanayileşme, barış, güvenlik, gelişme ve çevre politikaları konusunda yapılan öneriler yer almaktadır. Raporda, çevre için temel bir "insan hakkı" dır denmekte, ayrıca gelecek kuşakların da bu konudaki hakları savunulmaktadır. Çevre – Kalkınma ilişkisini bazı sözcükler çerçevesinde ortaya koyma çabasının en son ürünü "sürdürülebilir kalkınma" kelimesi olarak görülmektedir. Sürdürülebilir kalkınmayı dünya ölçeğinde popüler kılan ve soyut da olsa bir tanıma yer veren yine bu Rapordur. Raporda sürdürülebilir kalkınma "bugünün gereksinimlerini gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılama olanaklarını tehlikeye atmaksızın kalkınma" şeklinde tanımlanmıştır. Sürdürülebilir kalkınmanın ana temasının çevrenin korunması ile kalkınma kavramlarının birbirleriyle çatışmadıkları aksine birbirlerini tamamladıkları ve birbirlerine gereksinim duydukları olduğudur. Kısaca söylenirse, sürdürülebilir kalkınma bir denge arayışını, bir uzlaşmayı yansıtmaktadır. Bu bağlamda bazı radikal çevrecilerin savundukları sıfır büyüme savı ile

bazı gelişmekte olan ülkelerin öncelik tanımakta ısrar ettikleri kalkınmacı(geleneksel) yaklaşım iki aşırı uç olarak sürdürülebilir kalkınmanın kapsamı dışında bırakılmaktadır. Sürdürülebilir kalkınmanın bu boyutunun, bu kavrama dayanılarak küreselleşme ideolojisi çerçevesinde getirilecek dayatmalar açısından özenle değerlendirilmesi gerekir (Prof Dr. Nükhet TURGUT, Çevre Hukuku, Ankara Kasım 2001, shf.171 vd.).

Bu anlamda, sürdürülebilir kalkınma ile amaçlanan ekonomide kaynakların orta ve uzun vadeli bir perspektifte etkin kullanılmasıdır. Bugünden yakın geleceğin kaynaklarının bilinçsiz bir şekilde tüketilmemesidir. Toplumsal ve ekonomik sorumluluk bunu gerektirmektedir.

Bu nedenle kalkınma amaçlı yapılacak düzenlemelerde hiçbir şekilde çevrenin korunması ihmal edilmemeli, gerekli dengenin kurulmasına özen gösterilmelidir. 5177 sayılı Kanunun 28 inci maddesi ile 2872 sayılı Çevre Kanunun 10 uncu maddesine eklenen söz konusu fıkrada, petrol, jeotermal kaynak ve maden arama faaliyetlerinde bu dengenin kurulamadığı ve çevrenin korunmasından tümüyle vazgeçildiği görülmektedir.

1990 Bergen – BM Avrupa Ekonomik Komisyonu Çevre ve Kalkınma Konferansı sonuç bildirgesi çevre hakkı kavramında önemli bir gelişmeyi beraberinde getirmiştir. Artık bu gibi konularda yöre halkına danışma gereği ve eğer yöre halkı istemiyorsa işletmelerin açılmaması konusu gündeme gelmiştir. Ayrıca gelecekte oluşabilecek 'risk' kavramı üzerinde durularak olası risklerin bile bir işletmenin açılmaması için yeterli neden sayılabileceği ilk defa ifade edilmiştir.

1992 Rio Toplantısında Çevre Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşmede, insanların sürekli ve dengeli kalkınmanın merkezinde olduğu ve doğa ile uyum içinde sağlıklı ve verimli bir hayata hakları olduğu belirtilmiştir(Jeoloji Mühendisleri Odası, Maden Yasasının Eleştirisi, 26 Haziran 2003).

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17 nci maddesi "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" derken, 56 ncı maddesinde de "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir" demekte ve çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin hem Devletin hem de vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır.

Dünyadaki gelişmelerin tersine petrol, jeotermal kaynak ve maden arama faaliyetlerini (kaldı ki, 5177 sayılı Kanun ile değiştirilen Maden

Kanununun 17 nci maddesine göre, arama döneminde dahi görünür rezervin % 10'una kadar maden üretim ve satış izni verilebilecektir) çevresel etki değerlendirmesi dışında bırakan düzenleme, Anayasanın 17 nci ve 56 nci maddelerine aykırılık teşkil etmektir. Yine bu düzenleme, Birleşmiş Milletler'in ilan ettiği Dünya Doğa Şartı'na ve 1972'de Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda yayımlanan Stockholm Bildirgesi'ndeki "çevre hakkı" na da aykırıdır.Anayasanın 90'ıncı maddesinde insan haklarına ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler taşımaları halinde andlaşmaya uyulacağının ifade edildiği göz önünde tutulduğunda, uluslararası andlaşmaya aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 90'ıncı maddesi ile çeliştiğini de söylemek gerekmektedir.

Anayasaya aykırı bir hükmün hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısıyla Anayasanın 2 ve 11 inci maddeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 28 inci maddesi ile 09.08.1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanunun 10 uncu maddesine 3 üncü fıkra olarak eklenen fıkranın, açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 11 inci, 17 nci ve 56 nci maddeleri ile milletlerarası sözleşmelere dolayısıyla Anayasanın 90'ıncı maddesine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

8. 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanun Geçici 1 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci ve 11 inci Maddelerine Aykırılığı

İptali istenilen 5177 sayılı Kanun Geçici 1 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesinde; "Bor tuzu ruhsat sahalarının rezervi (görünür+muhtemel) bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren beş yıl içerisinde ilgili kamu kuruluşu tarafından belirlenir ve bu alanlar üzerine aynı grup ruhsat verilmez." denilmek suretiyle Eti Holding A.Ş'ne Bor tuzu rezervlerinin belirlenmesi için 5 yıl süre verilmektedir. Bir kamu kuruluşu olan Eti Holding A.Ş.'ne verilen böyle bir süre verilmesi, fiilen ve hukuken mümkün değildir. Zira;

a) Eti Holding A.Ş.'nin uhdesindeki 17.000 km²'lik alanın 13.000 km²'sinde henüz rezerv tespiti yapılmamıştır.

b) 4865 sayılı Kanun ile kurulan idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olan Ulusal Bor Enstitüsü'nün görevlerine dolaylı olarak da olsa müdahale edilmiş olunacaktır.

14.10.1978 tarih ve 16434 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2172 sayılı "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun" un birinci maddesinde;

belirli bölgelerde belirli cins madenlerin Devletçe aranmasına ve işletilmesine, bu madenlerle ilgili olarak daha önce gerçek kişilere özel hukuk tüzelkişilerine verilmiş arama ruhsatnameleri ve işletme hakkının geri alınmasına karar vermeye Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu kaydedilmiştir.

31.10.1978 tarih ve 7/16681 sayılı Bakanlar Kurulu Kararında; bor tuzlarının Devletçe aranması ve işletilmesi, bu madenle ilgili daha önce gerçek kişilere özel hukuk tüzel kişilerine verilmiş arama ruhsatnameleri ve işletme haklarının geri alınması anılan madenin Etibank eliyle aranması ve işletilmesi hüküm altına alınmıştır.

Daha sonra bor madenlerinin aranması ve işletilmesi ile ilgili olarak, 10.06.1983 tarihinde, 2172 sayılı "Devletçe İşletilecek Madenler Hakkında Kanun" la kamu kuruluşlarına devredilen maden haklarını yeniden düzenleyen, 10.06.1983 tarih ve 2840 sayılı "Bor Tuzları, Trona ve Asfaltit Madenleri ile Nükleer Enerji Hammaddelerinin İşletilmesi, Linyit ve Demir Sahalarının Bazılarının İadesini Düzenleyen Kanun" kabul edilmiştir. Söz konusu kanunla bor tuzları ile ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır. 2840 sayılı Kanun'un 2 nci maddesinde, "Bor tuzları, uranyum ve toryum madenlerinin aranması ve işletilmesi Devlet eliyle yapılır. Bu madenler için 6309 sayılı Maden Kanunu gereğince gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerine verilmiş olan ruhsatlar iptal edilmiştir." hükmü yer almıştır.

04.06.1985 tarihinde kabul edilen 3213 sayılı "Maden Kanunu" nun 49 uncu maddesinde, "2840 sayılı Kanun hükümleri saklıdır. Ancak, bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra bulunacak bor, trona ve asfaltit madenlerinin aranması ve işletilmesi bu Kanun hükümlerine tabidir. Bunların ihracına ait usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca tesbit edilir." hükmü yer almıştır. 3213 sayılı Kanun, 49 uncu madde ile 04.06.1985 tarihinden sonra bulunacak bor madenlerini, yeniden özel mülkiyet konusu yapmış, fakat bor ürünlerinin ihracatı konusunda sınırlama getirerek, ihracatın usul ve esasları konusundaki yetkiyi Bakanlar Kuruluna vermiştir. Ancak, söz konusu düzenleme, Eti Holding A.Ş.'nin halihazırda elinde bulundurduğu ve işlettiği bor yatakları ile ilgili yapıyı değiştirmemiştir.Buna göre, 2840 sayılı Kanun'un verdiği ve 3213 sayılı "Maden Kanunu" nun da koruduğu tekel hakkı, bor madeni için devam etmektedir.

Görüldüğü üzere bor madeninin Eti Holding A,Ş, tarafından aranması ve işletilmesinin başlangıcı 1978'li yıllara kadar uzanmaktadır. Hal böyle iken Eti Holding A.Ş.'nin uhdesindeki 17.000 km²'lik alanın 13.000 km²'sinde

henüz rezerv tespiti yapılmamıştır. Sonuç olarak, Eti Holding A.Ş'ne rezerv tespiti için tanınan 5 yıl sürenin yetersiz olduğu, bu süre içinde bor tuzu rezervlerinin belirlenmesinin fiilen imkansız olduğu çok açıktır. Getirilen düzenleme ölçülülük ilkesine, dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen "hukuk devleti" anlayışına aykırı düşmektedir.

Öte yandan, 04.06.2003 tarih ve 4865 sayılı "Ulusal Bor Enstitüsü Kurulması Hakkında 4865 sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile, kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip ve bu Kanun ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek üzere Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü (BOREN)kurulmuştur (R.G. 18.06.2003, sa. 25142). Bu Kanunun Enstitü'nün görevlerini belirleyen 3 üncü maddesinin (e) ve (f) fıkralarında;

(e) Türkiye'nin taraf olacağı bor ve ürünleri ile ilgili Ar – Ge işbirliği anlaşmalarının hazırlanması ve müzakeresinde Eti Holding A.Ş. ile birlikte Hükümete yardımcı olmak ve bu anlaşmaların izlenmesinde ve uygulanmasında 31.05.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanun ile 05.05.1969 tarihli ve 1173 sayılı Kanun çerçevesinde görev almak.

(f) Eti Holding A.Ş.'nin talep edeceği Ar – Ge projelerini öncelikle ve ücretsiz olarak gerçekleştirmek.

BOREN'in görevleri arasında sayılmıştır.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Eti Holding A.Ş.'nin talep edeceği bor ürünleri ile ilgili Ar – Ge projelerini idari ve mali özerkliğe sahip Ulusal Bor Araştırma Enstitüsü ücretsiz olarak gerçekleştirmek durumundadır. Bor rezervlerinin tespiti için süre tanınması dolaylı yoldan da olsa BOREN'in özerkliğini zedeleyen bir hükümdür.

Diğer taraftan,Türkiye'nin bilinen bor rezervi 644.000 (bin ton), rezerv ömrü 240 yıl dır. ABD.'de 105.000 -bin ton-, rezerv ömrü 33 yıl; Rusya'da 140.000 -bin ton-, rezerv ömrü 16 yıl dır (Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Madencilik Özel İhtisas Komisyonu Raporu).

Görüldüğü gibi, Türkiye'de bilinen bor rezervleri dünya talebini yüzyıllarca karşılamaya yetecek miktardadır. Bu gerçeğe rağmen yeni bor rezervleri bulmak için yapılan çalışmalar kaynak ısrafından başka birşey değildir. Bu nedenle de, rezerv tespiti için süre verilmesi, hukuk devletinin vazgeçilmez ögeleri içinde yer alan yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle de bağdaşmaz. Kamu yararına yönelik olmayan yasama eylemleri hukuk devleti anlayışı, dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesi ile çelişir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesinde ifade edilen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine de aykırı düşeceği açıktır.

5177 sayılı Kanun Geçici 1 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesindeki "Bor tuzu ruhsat sahalarının rezervi (görünür+muhtemel) bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren beş yıl içerisinde ilgili kamu kuruluşu tarafından belirlenir" hükmü yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırıdır ve iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı "Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" un iptali istenilen hükümleri; madencilik kesiminin sorunlarına çözüm getirmek bir yana doğal ve kültürel zenginlikler ve çevre değerlerine karşı ağır bir saldırı niteliği taşıdığından; gelişmiş ya da gelişmekte olan ülkelerin hemen hepsinde, madencilik giderek artan kısıtlamalarla, toplumsal, doğal ve kültürel çevreyi giderek daha sıkı korumaya yönelik önlemlerle yapılmakta iken dünyadaki bu gelişmelere bütünü ile ters düzenlemeler içerdiğinden; uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacaktır. Bu tür durum ve zararların önlenebilmesi için, söz konusu hükümlerin yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle;

1- 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin değiştirdiği 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 11 inci 43 üncü, 45 inci, 56 ncı, 63 üncü, 90'ıncı ve 168 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

2- 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin değiştirdiği 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 7 nci maddesinin sekizinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci,11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

3- 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 5 inci maddesinin 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 10 uncu maddesine eklediği altıncı fıkranın Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 38 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

4- 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin değiştirdiği 3213 sayılı Maden Kanunun 16 nci maddesinin son fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

5- 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun 46 nci maddesine eklediği onuncu fıkranın Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

6- 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin değiştirdiği 04.06.1985 tarih ve 3213 sayılı Maden Kanunun Ek 1 inci maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline,

7- 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanunun 28 nci maddesinin 09.08.1983 tarih ve 2872 sayılı Çevre Kanunun 10 uncu maddesine 3 üncü fıkra olarak eklediği fıkranın Anayasanın 2 nci, 11 inci, 17 nci ve 56 nci maddeleri ile milletlerarası sözleşmelere ve dolayısıyla Anayasanın 90'ıncı maddesine aykırı olduğu için iptaline,

8- 26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Kanun Geçici 1 inci maddesinin altıncı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline ve uygulanmaları halinde giderilmesi olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesini saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

26.5.2004 günlü 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un iptali istenen kuralları da içeren 3., 5., 10., 20., 23., 28. ve Geçici 1. maddeleri şöyledir:

1- "MADDE 3.- Maden Kanununun 7 nci maddesi başlığıyla birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madencilik faaliyetlerinde izinler

Madde 7.- Orman, muhafaza ormanı, ağaçlandırma alanları, kara avcılığı alanları, özel koruma bölgeleri, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtı, tabiatı koruma alanı, tarım, mera, sit alanları, su havzaları, kıyı alanları ve sahil şeritleri, karasuları, turizm bölgeleri, alanları ve merkezleri ile kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri, askerî yasak bölgeler ve imar alanları ile mücavir alanlarda madencilik faaliyetlerinin

çevresel etki değerlendirmesi, gayri sıhhî müesseseler ile ilgili hususlar dahil hangi esaslara göre yürütüleceği ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

İlgili bakanlıkların mevzuatı gereği yapacakları inceleme ve denetimlerde; ruhsat alanlarında bu yönetmelik esaslarına uygun çalışılmadığının tespiti halinde, mevzuat çerçevesinde yapılacak işlemler Genel Müdürlüğe bildirilir. Çevre ve insan sağlığına zarar verdiği tespit edilen madencilik faaliyetleri gerekli önlemler alınıncaya kadar durdurulur.

Çevresel etki değerlendirmesi işlemleri Çevre ve Orman Bakanlığı tarafından, diğer izinlere ilişkin işlemler de ilgili bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca çevresel etki değerlendirmesi sürecinde en geç üç ay içinde bitirilir. Bakanlık ve diğer bakanlıkların mevzuatının gerektirdiği maddî yükümlülükler ruhsat sahibi tarafından karşılanır.

İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır. Ruhsat alındıktan sonra imar alanları içine alınan maden sahalarına bu hüküm uygulanmaz.

Kamu hizmeti veya umumun yararına ayrılmış yerlere ve bu tür tesislere 60 metre mesafe dahilinde madencilik faaliyetleri Bakanlığın, binalara 60 metre, özel mülkiyete konu araziye 20 metre mesafe dahilinde ise mülk sahibinin iznine bağlıdır. Bu mesafeler, ihtiyaç halinde madencilik faaliyetlerinin boyutu, emniyet tedbirleri ve arazinin yapısı dikkate alınarak Bakanlıkça artırılabilir. Mesafeler yatay olarak hesaplanır.

Maden arama faaliyetleri, bu Kanunda sayılanlar dışında herhangi bir izne tâbi değildir. İşletme faaliyetleri ise, bu Kanuna göre Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliğe göre yürütülür.

Maden işletme faaliyeti ile Devlet ve il yolları, havaalanı, liman ve baraj gibi kamu yatırımlarının birbirlerini engellemesi, kamu kurum ve kuruluşlarının uygulamalarından dolayı maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, kamu ve özel yatırım için başka alternatif alanların bulunamaması durumunda, madencilik faaliyeti ve yatırımla ilgili karar, Başbakanlık Müsteşarı başkanlığında oluşturulacak bir kurul tarafından verilir.

Kurulun teşkili, çalışma usulü, karar alma şekli ve diğer hususlar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Kamu yatırımları nedeniyle kurul kararı ile faaliyeti kısıtlanan maden işletmecisinin yatırım giderleri lehine karar verilen tarafça tazmin edilir.

Madencilik faaliyetleri ve/veya bu faaliyetlere bağlı tesisler için verilmiş izinler, ruhsat hukuku devam ettiği sürece geçerlidir.

Bu madde hükümlerine aykırı faaliyette bulunulduğunun tespiti halinde, ruhsat teminatı irad kaydedilerek bu alandaki faaliyet durdurulur. Beş yıl içinde üç kez bu maddenin ihlâli halinde teminatın tamamı irad kaydedilerek ruhsat iptal edilir."

2- "**MADDE 5.-** Maden Kanununun 10 uncu maddesinin üçüncü ve dörd üncü fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye dörd üncü fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

Beyanlardaki hata ve noksanlıklar, idarenin tespiti ve sorumluların uyarılmasından itibaren iki ay içerisinde düzeltilir. Bu sürede gerekli düzeltmenin yapılmaması halinde teminat irad kaydedilir.

Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanda bulunmak suretiyle bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını engelleyen ve haksız surette hak iktisabına sebep olan teknik elemanlar uyarılarak Maden Kanunu gereğince yapacakları beyanlar bir yıl süreyle geçersiz sayılır. Fiilin her tekrarında hak mahrumiyeti uygulamasına devam edilir. Uygulanan uyarı ve hak mahrumiyeti, teknik elemanın bağlı bulunduğu meslek teşekkülüne bildirilir.

Gerçek dışı veya yanıltıcı beyanda bulunmak suretiyle Kanun hükümlerinin uygulanmasını engelleyen ve haksız surette hak iktisap eden ruhsat sahiplerinin teminatları irad kaydedilerek iki katına çıkarılır. Bu fıkranın ikinci kez ihlâli halinde bir önceki ceza katlanarak uygulanır. Beş yıl içinde madde hükümlerinin üç kez ihlâl edilmesi halinde teminat irad kaydedilerek ruhsat iptal edilir.

Gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar yönetmelikte tarif edilir. Tarif edilen bu fiiller dışındaki hallerde bu madde hükümleri uygulanmaz.

Bu maddede belirtilen şekilde iktisap edilen haklar geri alınır."

3- "**MADDE 10.-** Maden Kanununun 16 ncı maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

İlk müracaat ve ruhsatlandırma

Madde 16.- II. Grup, III. Grup ve IV. Grup madenler arama ruhsatı, V.Grup madenler arama sertifikası ile aranır. I. Grup madenler için doğrudan işletme ruhsatı verilir. Müracaatların talep harcı ile yapılması zorunludur. Müracaatlarda öncelik hakkı esastır.

I. Grup (a) bendi madenler için alanlar il özel idarelerince ihale edilerek işletme ruhsatı verilir. İhale edilecek alanlar Genel Müdürlüğün uygun görüşü alınarak belirlenir. Bu madenlerin ihale bedeli il özel idarelerinin hesabına yatırılır. Özel mülkiyete tâbi alanlar ihale edilemez. Mülkiyet sahibinin kendi mülkiyeti üzerinde ruhsat talep etmesi halinde bir bedel alınmaz. I. Grup (a) bendi maden ruhsatlarının alanları 10 hektarı geçemez.

Denizlerdeki kum ve çakıl, SiO_2 oranına bakılmaksızın I. Grup (a) bendi maden sayılır.

I. Grup (a) bendi madenlerin ihale edilmesi, ruhsatlandırılması, işletilmesi, işletmelerin denetlenmesi ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenir.

Genel Müdürlüğe, I. Grup (b) bendi madenler için 50 hektarı geçmeyecek şekilde doğrudan işletme ruhsatı, II. Grup madenler için 100, III. Grup madenler için 500, IV. Grup madenler için 2000 hektarı geçmeyecek şekilde arama ruhsatı, V. Grup madenler için 1000 hektarı geçmeyecek şekilde arama sertifikası müracaatı yapılır.

Ruhsatlar hak sahiplerinin talep harcı ile müracaatta bulunmaları halinde birleştirilebilir. Birleştirme sonucunda ortaya çıkan alan, bu maddede belirtilen alan sınırlamasını geçemez. Ancak işletme ruhsatı safhasında görünür maden rezervinin mücavir ruhsat alanlarında bir bütünlük teşkil etmesi halinde bu alan kısıtlaması aranmaz. Birleştirme işleminde teminat güncel hale getirilir. Ruhsat küçültme işlemlerinde harç ve teminat alınmaz.

Müracaatlar, 1/25.000 ölçekli topografik harita koordinatları esas alınarak tespit edilen noktalarla sınırlandırılmış alanlar için I. Grup (a) bendi madenler için il özel idarelerine, diğer grup madenler için Genel Müdürlüğe doğrudan veya elektronik posta yolu ile yapılır. Talep edilen alanın müsait olan kısmı müracaat tarihinde müracaat edene bildirilir ve onbeş gün içinde harç ve teminatın yatırılması halinde ruhsat verilir. Yatırılmadığı takdirde bu alanlar başka bir işleme gerek kalmaksızın müracaatlara açık hale gelir.

Müracaatların değerlendirilmesi sonucunda hak sağlanan alanların ayrı alanlar şeklinde oluşması durumunda, bu alanlardan her birine müracaat sahibinin talebi halinde ayrı ayrı da ruhsat verilir. Ruhsatı alınmayan alanlar başka bir işleme gerek kalmaksızın müracaatlara açık hale gelir.

Ruhsatlar, sicile kaydedildiği tarihte yürürlüğe girer.

Bir grup için verilen ruhsat, diğer gruptaki madenler için hak sağlamaz. Ancak ruhsata konu madenin üretilmesi için, işletme faaliyetinin zarurî neticesi olarak çıkarılan diğer grup madenler Genel Müdürlükten izin almak sureti ile değerlendirilebilir. İşletme projesinde belirtilen termin plânına göre belirtilen süre içinde ruhsata konu madenin ekonomik olarak işletilmemesi halinde, üretilmiş olan diğer grup madenlerin satış bedelinin iki katı tutarında idarî para cezası alınarak bu madenlerin üretimi için verilmiş izin iptal edilir.

Aynı grup ruhsatlar birbiri üzerine verilemez. **Kazanılmış haklar korunmak kaydı ile ayrı grup ruhsatların birbiri üzerine verilebilmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."**

4- "**MADDE 20.-** Maden Kanununun 46 ncı maddesinin üçüncü fıkrasında geçen "ön işletme ve/veya" ibaresi ile "ön işletme ve" ibaresi metinden çıkarılmış ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

İşletme ruhsatı safhasında işletme faaliyetleri için gerekli olan özel mülkiyete konu taşınmaz, taraflarca anlaşma sağlanamaması ve işletme ruhsatı sahibinin talebi üzerine Bakanlıkça kamu yararı bulunduğuna karar verilmesi halinde kamulaştırılır.

Kamulaştırma işlemleri 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre yapılır. Bu husustaki masraflar ve kamulaştırma bedeli işletme ruhsatı sahibi tarafından ödenir.

Kamulaştırılan taşınmaz, tapuya Hazine adına tescil edilip ruhsat hukuku devam ettiği sürece madencilik faaliyetlerinde kullanılmak üzere ruhsat sahibi adına tahsis edilir.

Kamulaştırılan taşınmazın, maden işletme faaliyetleri için lüzum kalmadığının Bakanlıkça tespiti halinde, Kamulaştırma Kanununda öngörülen usul ve esaslara göre belirlenecek rayiç bedeli ödenmek kaydıyla kamulaştırılan yerin eski sahibine iade edileceği hususu, ruhsat sahibi ve taşınmazın eski sahibine tebliğ edilir. Eski sahibinin taşınmazı altı ay içerisinde almak istememesi durumunda taşınmaz Hazineye kalır.

Tapu siciline konulan şerhler Bakanlığın müracaatı üzerine ayrıca mahkeme kararına gerek kalmadan silinir.

Hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufundaki yerlerde yapılan madencilik faaliyetleri için bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra kira, ecrimisil alınmaz.

I. Grup madenler ve mıcır ile kaba inşaat, baraj, gölet, liman, yol gibi yapılarda kullanılan her türlü yapı hammaddesi için kamulaştırma hükümleri uygulanmaz."

5- "MADDE 23.- Maden Kanununun ek 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ek Madde 1.- 3867 sayılı Ereğli Kömür Havzasındaki Ocakların Devletçe İşlettirilmesi Hakkında Kanun ile Devletçe işlettirilmesi kararlaştırılan Ereğli Kömür Havzasındaki madencilik faaliyetleri bu Kanun hükümlerine tâbidir.

Ruhsat süresi bu Kanunla getirilen süre sınırlamasına tâbi değildir.

Sınırları Bakanlar Kurulu kararı ile belirlenen Ereğli Kömür Havzasındaki taşkömürlerini işletmeye ve hukuku uhdesinde kalmak şartıyla işlettirmeye Türkiye Taşkömürü Kurumu yetkilidir.

Ereğli Kömür Havzasındaki taşkömürü için kamu tarafından yürütülecek faaliyetler bu Kanunun 7 nci maddesinde belirtilen hükümler ile bu Kanunun hak düşürücü ve malî hükümlerine tâbi değildir. Teminat ve Devlet hakkından muaftır. Ancak taşkömüründen özel idare payı, diğer madenler için yürütülen faaliyetlerden de Devlet hakkı ve özel idare payı alınır.

3303 sayılı Taşkömürü Havzasındaki Taşınmaz Malların İktisabına Dair Kanun ile maden işletmeciliğine tanınan haklar, Ereğli Kömür Havzası içerisindeki taşkömürü madenciliği için geçerlidir.

Ereğli Kömür Havzasının imtiyaz alanının Bakanlar Kurulu kararıyla küçültülmesi sonucu serbest kalan alanlar, koordinatları Genel Müdürlükçe belirlenerek bu Kanunun 30 uncu maddesine göre ihale edilir."

6- "MADDE 28.- 9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanununun 10 uncu maddesine aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

Petrol, jeotermal kaynak ve maden arama faaliyetleri, çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) kapsamı dışındadır.

Madenlerin işletilmesi ile ilgili hususlar Maden Kanununun 7 nci maddesine göre yürütülür."

7- "GEÇİCİ MADDE 1.- Bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren üç ay süre ile I.Grup (a) bendi madenler için işletme ruhsatı müracaatı ile dokuz ay süre ile I.Grup (b) bendi madenler için işletme ruhsatı, II.Grup, III.Grup ve IV.Grup madenler için arama ruhsatı, V.Grup madenler için sertifika

müracaatları kabul edilmez. Maden Kanununun bu Kanun ile değişik 14 üncü maddesinin dokuz uncu fıkrasında belirtilen, kamu kurum ve kuruluşlarınca yol, köprü, baraj, gölet, liman gibi yapıların inşasında kullanılacak hammadde izinlerinin alınması bu kısıtlamaya tâbi değildir. Bu süre sonunda ilk hafta yapılan müracaatlar aynı anda yapılmış kabul edilir ve öncelik sıralaması kur'a ile belirlenir. İlk hafta içerisinde yapılan müracaatlardan işletme ruhsat harcı kadar müracaat harcı alınır.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce verilmiş;

a) Mermer arama ruhsatları bir yıl uzatılır. Maden arama ruhsatlarında ise talep halinde süre beş yıla tamamlanır.

b) Ön işletme ruhsatları süresi sonuna kadar devam eder. Bu süre içinde arama ruhsatı hukuku hükümleri uygulanır.

c) Arama ruhsat süresi bitmiş olup ön işletme ruhsat talebinde bulunulan sahaların harç ve teminatlarının üç ay içinde yatırılması halinde mermer ruhsatları için bir yıl, maden ruhsatları için iki yıl süreli arama ruhsatı verilir. Süresi içinde harç ve teminatları tam olarak yatırılıp müracaatta bulunulmayan haklar iptal edilir.

d) İşletme ruhsat talepli sahaların işlemleri, talep tarihindeki kanun hükümlerine göre yürütülür.

e) Dolomit işletme izin alanları Maden İşleri Genel Müdürlüğünce incelenerek belirlenecek görünür ve muhtemel rezerv alanlarına II. Grup ruhsat verilir.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar ihale edilmek üzere ilân edilen sahaların ihale işlemleri, ilân tarihindeki yönetmelik hükümlerine göre yapılır. Bu ihalelerden alınan ruhsatlar Maden Kanununun bu Kanunla değişik 16 ncı maddesinde belirtilen alan sınırlamasına tâbi değildir.

Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce verilmiş ruhsatlar, Maden Kanununun bu Kanunla değişik 16 ncı maddesinde belirtilen alan sınırlamasına tâbi değildir.

Bu Kanun uyarınca çıkarılacak Maden Kanununun uygulanmasına dair yönetmeliğin yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde ruhsat sahibinin talebi ile bir defaya mahsus olmak üzere işletme ruhsat alanı rezerv kaybına neden olmayacak şekilde, ekonomik olarak ayrı işletilmesinin imkân dahilinde olması ve Maden İşleri Genel Müdürlüğü tarafından da uygun bulunması halinde, en fazla dört ayrı ruhsata bağlanabilir.

Bor tuzu ruhsat sahalarının rezervi (görünür+muhtemel) bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren beş yıl içerisinde ilgili kamu kuruluşu tarafından belirlenir ve bu alanlar üzerine aynı grup ruhsat verilmez. Bu ruhsatlar Maden Kanununun bu Kanunla değişik 16 ncı maddesinde belirtilen alan sınırlamasına tâbi değildir.

Bor tuzu ruhsatlarını işletmekle görevli kamu kuruluşunca, sahalarında yapılacak arama çalışmalarından sonra terk edilen veya taksir edilen alanlar, sicil kayıtlarına işlenerek Maden Kanununun ilgili maddelerine göre 2000 hektarı geçmeyecek alanlar şeklinde ihale edilir. Daha sonra bu alanlarda bulunacak bor tuzu rezervleri ile ilgili hakların kullanımı ilgili kamu kuruluşuna aittir.

Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce verilmiş işletme ruhsat sahalarında, yürürlük tarihinden itibaren, mermer ruhsat sahalarında üç yıl, maden ruhsat sahalarında ise beş yıl içerisinde ruhsat sahipleri sahalarındaki rezerv alanlarını (görünür+muhtemel) belirleyerek Maden İşleri Genel Müdürlüğüne bildirmek zorundadır. Bu süreler sonunda görünür ve muhtemel rezerv alanı olarak belirlenmeyen alanlar taksir edilir.

Bu Kanunun yürürlük tarihinden önce verilmiş işletme ruhsatları, bu Kanunla kapsama alınan madenler için hak sağlamaz. Mevcut ruhsatın talep edilen ruhsat grubu alanına taksir edilmesi, talep edilen alanda aynı gruba ait başka bir ruhsat bulunmaması ve aynı alan içinde öncelik hakkı olan diğer grup ruhsat alanlarındaki faaliyetlere engel olmaması şartı ile, bu Kanunla kapsama alınan madenler için arama ve ön işletme ruhsatları hak sağlar. Bu şekilde hak sağlayan I. Grup (a) bendi madenlerin ruhsatları da Genel Müdürlük tarafından verilir.

Ruhsatlı ve ruhsat talepli sahaların bu Kanun ile ilgili işlemlerinin yürütülmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 17., 38., 43., 45., 56., 63., 90., 123., 128., 168. ve 169. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 8.9.2004 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik

bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklama

26.5.2004 günlü, 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun 5.6.2004 günlü, 25483 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve aynı gün yürürlüğe girmiştir.

5177 sayılı Yasa'nın iptali istenen hükümlerinin çoğu 3213 sayılı Maden Kanunu'na eklenen veya değişiklik yapan hükümlerdir.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 1. maddesine göre, maden yasası; madenlerin aranması, işletilmesi, üzerinde hak sahibi olunması ve terk edilmesi ile ilgili esas ve usulleri düzenleyen bir yasadır.

Anayasa'nın 168. maddesinde, *"Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir."*; Maden Kanunu'nun 4. maddesinde de, *"Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi değildir."* denilmektedir.

Bu hükümler gereğince, madenlerin işletilme hakkı tamamen Devletin hüküm ve tasarrufundadır. Ancak, özel şahıslar da madenleri işletebilirler.

Maden Kanunu'nun 5. maddesine göre, madenler üzerinde tesis olunan ilk müracaat, arama ruhsatnamesi, buluculuk ve işletme ruhsatı haklarının hiçbirisi hisselere bölünemez ve bunların her biri bir bütün halinde muameleye tabi tutulur. Maden ruhsatları ve buluculuk hakkı, devredilebilir.

Yasa'nın 6. maddesi uyarınca, maden hakları, medeni hakları kullanmaya ehil T.C. vatandaşlarına, madencilik yapabileceği statüsünde yazılı Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiliği haiz şirketlere, bu hususta yetkisi bulunan kamu iktisadi teşebbüsleri ile müesseseleri, bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile diğer kamu kurum, kuruluş ve idareleri olmak üzere gerçek veya tüzel tek kişi adına verilir.

Madenler Devletin hüküm ve tasarrufunda bulunduğundan, buna ilişkin hakların kullanımı Maden Kanunu hükümlerine dayanarak verilecek ruhsatla mümkün olmaktadır. Madenler, Maden Kanunu'nun 2. maddesine göre beş grupta sınıflandırılmakta, maden arama ve işletme ruhsatları da belirtilen bu gruplara göre verilmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Yasa'nın 3. Maddesiyle Değiştirilen 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yapılan düzenleme ile koruma altına alınmış alanların madencilik faaliyetine açıldığı, mevcut mevzuat ve ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gereğince korunması zorunlu olan bu alanlarda madencilik faaliyetine izin verilmesinin uluslararası sözleşmeleri ihlal ettiği, madencilik faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirmesi, gayri sıhhî müesseseler ile ilgili hususlar dahil nasıl yürütüleceğinin, ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'nın 2., 6., 7., 11. 43., 45., 56., 63., 90., 168. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında, orman, muhafaza ormanı, ağaçlandırma alanları, kara avcılığı alanları, özel koruma bölgeleri, milli parklar, tabiat parkları, tabiat anıtı, tabiatı koruma alanı, tarım, mera, sit alanları, su havzaları, kıyı alanları ve sahil şeritleri, karasuları, turizm bölgeleri, alanları ve merkezleri ile kültür ve turizm koruma ve gelişim bölgeleri, askerî yasak bölgeler ve imar alanları ile mücavir alanlarda madencilik yapılmasına izin verilerek, bu yerlerde yapılacak madencilik faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirmesi ve gayri sıhhi müesseseler ile ilgili hususlar dahil olmak üzere hangi esaslara göre yürütüleceğinin ilgili bakanlıkların görüşü alınarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 168. maddesinde; *"Tabiî servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir. Hangi tabiî servet ve kaynağın arama ve işletmesinin, Devletin gerçek ve tüzelkişilerle ortak olarak veya doğrudan gerçek ve tüzelkişiler eliyle yapılması, kanunun açık iznine bağlıdır. Bu durumda gerçek ve tüzelkişilerin uyması gereken şartlar ve Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ve müeyyideler kanunda gösterilir."* denilmektedir. Buna göre, tabiî servetler ve kaynaklar kapsamında bulunan madenlerin aranması ve işletilmesi ile ilgili olarak gerçek ve tüzelkişilerin

uyacakları koşulların, Devletçe yapılacak gözetim, denetim usul ve esasları ile yaptırımların yasada düzenlenmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 43. maddesinin birinci fıkrasında, kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu, üçüncü fıkrasında ise, kıyılarla sahil şeritlerinin, kullanış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevi Devlete verilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği esası getirilmiştir.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasında yer alan iptali istenilen düzenleme ile belirtilen yerlerde yapılacak madencilik faaliyetlerinin, çevresel etki değerlendirmesi ve gayri sıhhî müesseseler ile ilgili hususlar dahil olmak üzere hangi esaslara göre yürütüleceği Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmaktadır.

Anayasa'nın 168. maddesi uyarınca, tabiî servet ve kaynaklarla ilgili gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken usul ve esasların yasayla düzenlenmesi zorunludur. Bununla birlikte, kıyılarla sahil şeritlerinden yararlanma imkân ve şartları ile tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerlerinden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamaların da Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla yasayla düzenlenmesi Anayasa'nın 43. ve 63. maddelerinin gereğidir.

Buna göre, belirtilen yerlerdeki madencilik faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin esasların yasada düzenlenmesi gerekirken, iptali istenen kural ile bu hususlara ilişkin düzenlemenin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın 43., 63. ve 168. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Anayasa'nın 43., 63., ve 168. maddelerine aykırılık oluşturan kural, kuşkusuz, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan *"Hukuk Devleti"* ilkesine de aykırılık oluşturur.

İptal konusu kural, Anayasa'nın 2., 43., 63. ve 168. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, ayrıca 6., 7., 11., 45., 56., 90. ve 169. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- Yasa'nın 3. Maddesiyle Değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 7. Maddesinin Sekizinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kamu yatırımları ile madencilik projeleri çatıştığında, anlaşmazlığı çözmek üzere Başbakanlık Müsteşarlığı başkanlığında kurulacak Kurulun teşkili, çalışma usulü, karar alma şekli ve diğer hususların yasayla düzenlenmeyerek Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3213 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin 7. fıkrasında, maden işletme faaliyeti ile Devlet ve il yolları, havaalanı, liman ve baraj gibi kamu yatırımlarının birbirlerini engellemesi, kamu kurum ve kuruluşlarının uygulamalarından dolayı maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, kamu ve özel yatırım için başka alternatif alanların bulunamaması durumunda, bu yerlerde hangi faaliyetin yürütüleceğine ilişkin kararın Başbakanlık Müsteşarı başkanlığında oluşturulacak bir Kurul tarafından verileceği belirtilmekte, iptali istenen 8. fıkrada ise, Kurul'un teşkili, çalışma usulü, karar alma şekli ve diğer hususların Enerji ve Tabiî Kaynaklar Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, tüm işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürmeyi amaçlayan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 128. maddesinde ise, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği belirtilmiştir.

İptali istenen fıkrada yer alan Kurul'u oluşturacak kişilerin yapacakları görevlerin Devletin, genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle ancak, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceği ve Kurul'u oluşturacak görevlilerin de Anayasa'nın 128.

maddesinin birinci fıkrasında ifade edilen memurlar ve diğer kamu görevlileri kapsamında olduğu açıktır.

Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında olan Kurul'u oluşturacak kişilerin, nitelikleri, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin yasa ile düzenlenmesi gerekirken, buna ilişkin düzenlemenin Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı görülerek iptal edilen kuralın, ayrıca 6., 7., 8., 11. ve 123. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

3- Yasa'nın 5. Maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. Maddesine Eklenen Altıncı Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile uyarma ve hak mahrumiyeti cezalarının verilmesi öngörülen *"gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar"*ın neler olduğunun kanunla düzenlenmesi gerekirken yönetmeliğe bırakılmasının suçların ve cezaların yasallığı prensibine, bu nedenle Anayasa'nın 2., 11. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kural Anayasa'nın 7. maddesi yönünden de incelenmiştir.

3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde, beyan usulü düzenlenmiş ve madencilik faaliyetlerinin devamı süresince teknik ve mali konularda yapılan yazılı beyanlar ile yetkili kişiler tarafından düzenlenen raporların doğru kabul edileceği öngörülerek, gerçek dışı ve yanıltıcı beyanda bulunmak suretiyle bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını engelleyen ve haksız surette hak iktisabına sebep olan ya da haksız surette hak iktisap eden teknik elemanlar ve ruhsat sahipleri hakkında uygulanacak yaptırımlar belirlenmiştir.

İptali istenen altıncı fıkrada ise, gerçek dışı ve yanıltıcı beyanların neler olduğunun yönetmelikte belirtileceği ve gerçek dışı ve yanıltıcı beyanlar dışındaki hallerde 10. madde hükümlerinin uygulanmayacağı öngörülmüştür.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"*, denilerek *"suçun yasallığı"*, üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek *"cezanın yasallığı"* ilkesi vurgulanmıştır.

"Suç ve cezanın yasallığı" ilkesi; Anayasa'nın yasaklayıcı ve buyurucu kuralları ile gerek toplum yaşamı, gerek kişi hak ve özgürlükleri yönlerinden getirdiği güvencelere aykırı olmamak koşuluyla bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma yetkisinin yalnız yasa koyucuya ilişkin olmasını zorunlu kılar. Bu ilkenin esası, kişilerin yasak eylemleri ve bunlar karşılığında verilecek cezaları önceden bilmelerini sağlamak düşüncesine dayanmaktadır. Suç ve cezaların yalnızca yasayla konulup kaldırılması da yeterli olmayıp, kuralların kuşkuya yer vermeyecek biçimde açık ve sınırlarının da belli olması gerekir.

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, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İptali istenen fıkrada gerçek dışı ve yanıltıcı beyanların neler olduğunun belirlenmesi yönetmeliğe dolayısıyla idarenin takdirine bırakılmakta, böylece yaptırım uygulanmasını sağlayacak eylemler belirsiz kılınmakta ve yönetmelikle suç oluşturulmaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, yasa'da açıkça düzenleme yoluna gidilmeden, gerçek dışı ve yanıltıcı beyanların neler olduğunu belirleme yetkisinin idareye bırakılması aynı zamanda yasama yetkisinin devri niteliğini de taşımaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 7., 11. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

4- Yasa'nın 10. Maddesiyle Değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. Maddesinin Son Fıkrasının İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, madencilik faaliyetlerinde arama ve işletme ruhsatı sahibi için ruhsat süresi içinde tekel durumunun korunmasının yasal bir zorunluluk olduğu, iptali istenen hüküm uyarınca aynı alanda ayrı grup ruhsatların birbiri üzerine verilmesi halinde hiçbir surette önceki ruhsat sahibinin kazanılmış haklarının korunmasının mümkün olmayacağı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca madenler beş gruba ayrılmakta, 16. maddesinin onuncu fıkrasına göre de bir grup için verilen ruhsat diğer gruptaki madenlerin çıkarılması için hak sağlamamakta, ancak ruhsata konu madenin üretilmesi için, işletme faaliyetinin zorunlu sonucu olarak çıkarılan diğer grup madenler Genel Müdürlükten izin alınmak suretiyle değerlendirilebilmektedir. Bu durumda her bir grup madenin çıkarılması için ayrı ayrı ruhsatların alınması gerekmektedir. Maddenin son fıkrasının birinci tümcesinde de, aynı alanda aynı grup ruhsatların birbiri üzerine verilemeyeceği öngörülmektedir.

İptali istenilen kuralda ise, aynı alanda ayrı grup ruhsatların birbiri üzerine verilebileceği, ancak, kazanılmış haklar saklı kalmak kaydı ile buna ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesinin gereği olan kazanılmış haklara saygı, aynı zamanda hukukun genel ilkelerinden birisini oluşturmaktadır. Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunmasıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır. Bir statüye bağlı olarak ileriye dönük, beklenen haklar, kazanılmış hak niteliğinde değildir.

İptali istenen kuralla, aynı ruhsat alanı içinde ayrı grup ruhsatların birbiri üzerine verilebilmesine izin verilmek suretiyle daha çok madencilik faaliyetine olanak tanınarak üretimin artmasının, madencilikte istihdamın arttırılmasının ve böylece madenciliğe ivme kazandırılarak kalkınmanın sağlanmasının dolayısıyla, kamu yararının amaçlandığı ve kazanılmış hakların ihlal edilmediği açıktır.

Öte yandan, iptali istenen kuralla kazanılmış haklar korunmak kaydıyla, ayrı grup ruhsatların birbiri üzerine verilebilmesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenlenmesinin öngörülmesi, yasa koyucunun 3213 sayılı Maden Kanunu'ndaki diğer hükümler ile asli düzenlemeleri yaparak çerçeveyi belirlemiş olması nedeniyle, yasama yetkisinin devri niteliğinde de değildir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olmadığından iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

5- Yasa'nın 20. Maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. Maddesine Eklenen Onuncu Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile devletin özel mülkiyetindeki veya hüküm ve tasarrufu altındaki arazilerin, madencilik faaliyetinde bulunacaklara bedelsiz tahsisinin öngörüldüğü, bir taraftan, tanınacak teşvikler yanında, ürettiği madeni yurt içinde ve kendi tesisinde işleyenlerden, bu tesislerde üretimde değerlendirilen maden miktarı için devlet hakkının %50'sinin alınmayacağı belirtilirken, diğer yandan madencilik faaliyetinde bulunulacak arazinin, bu araziye verilebilecek zararlar dikkate alınmadan bedelsiz verilmesinde *"kamu yararı"*nın bulunmadığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkrada, Hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerlerde yapılan madencilik faaliyetleri için bu Kanunun yürürlük tarihi olan 5.6.2004 tarihinden sonra kira ve ecrimisil alınmayacağı kurala bağlanmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlar. Bu bağlamda yasa koyucu sosyal yaşamı düzenlemek için kamu yararı amacı ile kimi kurallar koyabilir. Zaman içinde değişen toplumsal

gereksinmeleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemleri güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi, yasa koyucunun görevidir.

Anayasa, yasa koyucuya, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda madencilik alanında düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Ancak, yasa koyucu bu yetkiyi kullanırken, kamu yararı amacını gütmek ve Anayasa'nın ilgili diğer kurallarına da uymak zorundadır.

İptali istenen kuralın gerekçesinde, Anayasanın 168. maddesine göre Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan madenleri işleten ruhsat sahiplerinin diğer sektörlerden farklı ve daha fazla olarak Devlet Hakkı ödediği, bu nedenle yine Devletin hüküm ve tasarrufu altında olan araziler üzerinde yapılacak madencilik faaliyetleri için kira ve ecrimisil adları altında arazi yüzey kirasının alınmasının madenciliğe ağır yükler getirdiği, yapılan düzenleme ile bu gibi arazilerden herhangi bir bedel alınmamasının öngörüldüğü belirtilmektedir.

3213 sayılı Yasa'nın 14. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü tümcesinde, *"Hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak madencilik faaliyetlerinden Devlet hakkı %30 fazlasıyla alınır."* denilmektedir. Dolayısıyla, Hazinenin özel mülkiyetinde veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerdeki madenleri işletenlerden bedel alınmaması söz konusu değildir.

Öte yandan, iptali istenen kuralın madencilik faaliyetlerini geliştirmek, özendirmek, teşvik etmek, alacağın tahsilini kolaylaştırmak gibi kamu yararı amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

6- Yasa'nın 23. Maddesiyle Değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Zonguldak havzasında bulunan taşkömürü yataklarının işletilme hakkının 3867 sayılı Yasa ile özel bir düzenlemeye tabi iken, iptali istenen kuralda bu havzanın kendisine özgü yapısı gözetilmeden Maden Kanunu kapsamına alınmasında kamu yararı bulunmadığı, yapılan

değişiklik ile Türkiye Taşkömürü Kurumu'nun verimlilik ve karlılık ilkeleri doğrultusunda faaliyette bulunması için gerekli hiçbir düzenleme getirilmediği, bu hususun da düzenlemede kamu yararı gözetilmediğinin bir kanıtı olduğu, bu nedenle kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek. 1. maddesinin birinci fıkrasında, 3867 sayılı Yasa ile Devletçe işlettirilmesi kararlaştırılan Ereğli Kömür Havzasındaki madencilik faaliyetlerinin 3213 sayılı Maden Kanunu hükümlerine tâbi olduğu belirtilmektedir. Kuralla Ereğli Kömür Havzası, Maden Kanunu kapsamına alınmak suretiyle bu alanlarda Devlet dışında özel kişilerin de madencilik faaliyetinde bulunması olanağı sağlanmakta ve Türkiye Taşkömürü Kurumu, Maden Kanunu hükümlerine göre kontrol ve denetim kapsamına alınmaktadır.

Anayasa'nın 168. maddesi gereğince, tabii servet ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzelkişilere devredebilir.

Anayasa'nın 168. maddesinin gerekçesinde de, *"Tabiî servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır ilkesi ana kuraldır. Araştırma ve işletmecilikte Devlete öncelik tanınmıştır. Fakat Devletin arama ve işletmeyi süresinde gerçekleştirememesi sonucu özel teşebbüs de devreye girmektedir. Amaç milli servetin işletilmesini ve milli gelirin artırılmasını bir an önce sağlamaktır."* denilmektedir.

İptali istenen kural uyarınca 3867 sayılı Yasa kapsamında olan Ereğli Kömür Havzasındaki madencilik faaliyetlerinin 3213 sayılı Maden Kanunu hükümlerine tâbi olmasının, Türkiye Taşkömürü Kurumu tarafından işletilmeyen rezervlerin milli ekonomiye kazandırılması, milli servetin işletilmesi, milli gelirin arttırılması, madenlerin verimli bir şekilde kullanılmasına olanak sağlanması ve kamu yararı amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğu kuşkusuzdur. Ayrıca, atıl rezervlerin milli ekonomiye kazandırılması amacıyla özel kişilerin madencilik faaliyetinde bulunmasına imkân sağlayan hüküm Anayasa'nın 168. maddesinin de bir gereğidir.

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

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

7- Yasa'nın 28. Maddesiyle 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 11., 17., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5177 sayılı Yasa'nın 28. maddesiyle, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, 13.5.2006 günlü, 26167 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 26.4.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi ile değiştirilmiştir. Bu nedenle, konusu kalmayan istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

8- Yasa'nın Geçici 1. Maddesinin Altıncı Fıkrasının Birinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kuralla bor rezervlerinin tespit edilmesi için Eti Holding A.Ş.'ne beş yıl süre verildiği, Eti Holding A.Ş.'nin uhdesinde bulunan 17.000 km²'lik alanın 13.000 km²'sinde henüz rezerv tespitinin yapılmadığı, verilen yetersiz süre içinde bor tuzu rezervlerinin belirlenmesinin fiilen olanaksız olup, getirilen düzenlemenin ölçüsüz olduğu ve yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca iptal konusu kuralın dolaylı olarak 4865 sayılı Yasa ile kurulan idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olan Ulusal Bor Enstitüsü (BOREN)'nün görevlerine de müdahale niteliği taşıdığı, bu nedenle kuralın, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5177 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinde, bor tuzu ruhsat sahalarının görünür ve muhtemel rezervinin bu Kanunun yürürlük tarihi olan 5.6.2004'den itibaren beş yıllık süre içerisinde ilgili kamu kuruluşu olan ETİ Maden İşletmeleri tarafından belirleneceği ve bu alanlar üzerine aynı grup ruhsat verilmeyeceği öngörülmektedir.

Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen 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.

5177 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesinin yedinci fıkrasında, Eti Maden İşletmeleri tarafından sahalarında yapılacak arama çalışmalarından sonra

terk veya taksir edilen alanların, sicil kayıtlarına işlenerek Maden Kanunu'nun ilgili maddelerine göre 2000 hektarı geçmeyecek alanlar şeklinde ihale edilerek buralarda maden araması yapılabileceği, daha sonra bu alanlarda bor tuzu bulunması halinde, bor tuzu rezervleri ile ilgili hakların kullanımının Eti Maden İşletmelerine ait olacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla, Eti Maden İşletmeleri tarafından beş yıl içerisinde görünür ve muhtemel bor tuzu ruhsat sahalarının rezervi belirlenmemiş ve bu yerler maden işletmesine açılmış olsa dahi, bor tuzu bulunması halinde, bununla ilgili hakların kullanımı Eti Maden İşletmelerine ait olacağından herhangi bir hak kaybı söz konusu olmamaktadır.

İptali istenen hükmün *"Bor tuzu ruhsat sahalarının rezervi (görünür+muhtemel) bu Kanunun yürürlük tarihinden itibaren beş yıl içerisinde ilgili kamu kuruluşu tarafından belirlenir"* bölümünün, madencilik faaliyetlerini geliştirmeye yönelik olarak bor tuzu ruhsat sahalarının rezervinin bir an önce belirlenerek, terkin veya taksir edilen alanlarda diğer madenlerin aranması ve işletilmesinin sağlanması ve atıl kalmalarının önüne geçilmesi için, *"bu alanlar üzerine aynı grup ruhsat verilmez"* bölümünün ise, maden haklarının bölünmesini engellemek, Maden Kanunu hükümlerinin uygulanabilirliğini sağlamak ve kazanılmış hakları korumak için kamu yararı amacıyla öngörüldüğü anlaşılmış olup, bu düzenlemelerin anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğu açıktır.

Öte yandan, iptali istenen kural, Türkiye'de ve dünyada bor, ürün ve teknolojilerinin geniş bir şekilde kullanımını, yeni bor ürünlerinin üretimini ve geliştirilmesini teminen değişik alanlarda kullanıcıların araştırmaları için gerekli bilimsel ortamı sağlamak, bor ve ürünlerini kullanan ve/veya bu alanda araştırma yapan kamu ve özel hukuk tüzel kişileri ile işbirliği yaparak bilimsel araştırmaları yapmak, yaptırmak, koordine etmek ve bu araştırmalara katkı sağlamak amacıyla 4865 sayılı Yasa ile kurulan idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olan BOREN'in, görev ve yetkilerine müdahale oluşturmadığı gibi, onun özerkliğini zedeleyici bir içerik de taşımamaktadır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dörd üncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

5177 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrası ile 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkranın iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, gerekli düzenlemelerin yapılabilmesi amacıyla iptal kararının, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI KARARI

26.5.2004 günlü, 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

A- 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin sekizinci fıkrası, 15.1.2009 günlü, E. 2004/70, K. 2009/7 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkranın, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

B- 1- 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrasına,

2- 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkraya,

ilişkin iptal hükümlerinin süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu fıkraların YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

C- 1- 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesine,

2- 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkraya,

3- 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasına,

4- Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesine,

yönelik iptal istemleri, 15.1.2009 günlü, E. 2004/70, K. 2009/7 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ve tümcelere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

D- 28. maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkrası hakkında, 15.1.2009 günlü, E. 2004/70, K. 2009/7 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu fıkraya ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

15.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

26.5.2004 günlü, 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

A- 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci ve sekizinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkranın Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

C- 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

D- 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

E- 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

F- 28. maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkrası, 26.4.2006 günlü, 5491 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirildiğinden, bu fıkraya ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

G- Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

H- 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrası ile 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkranın iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dörd üncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu fıkralara ilişkin İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

15.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2006/99

Karar Sayısı : 2009/9

Karar Günü : 15.1.2009

İPTAL DAVASINI AÇANLAR:

1) TBMM Üyesi Ali TOPUZ ve Kemal ANADOL ile birlikte 128 Milletvekili (E.2006/99)

2) TBMM Üyesi Haluk KOÇ ve Mehmet BOZTAŞ ile birlikte 118 Milletvekili (E.2006/110)

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.4.2006 günlü, 5491 sayılı "Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1) 1. maddesiyle değiştirilen 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinin *"sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda"* bölümünün,

2) 3. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (c) ve (d) bentleri ile (j) bendinin son tümcesinin,

3) 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasının,

4) 9. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan *"veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara"* ibaresinin,

5) 12. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasının,

6) Geçici 2. maddesinin,

7) Geçici 3. maddesinin birinci fıkrasının,

8) Geçici 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 63., 90. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇELERİ

A- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 15.6.2006 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 26.04.2006 Tarih ve 5491 Sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile Değiştirilen 09.08.1983 Tarihli ve 2872 Sayılı Kanunun 2872 Sayılı Kanunun 3 üncü Maddesinin (j) Bendinin Son Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen cümlenin, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu kapsamındaki konuları Çevre ve Orman Bakanlığı'nın yetki ve sorumluluğu dışına çıkartması, bu alanda yapılacak faaliyetlerin yaratacağı kirlenmelerin önlenmesi konusunda zafiyet yaratacaktır.

2690 Sayılı Yasa'da "…Nükleer güç ve araştırma reaktörleri ve yakıt çevrimi tesislerinin yer seçimi, inşaat, işletme ve çevre güvenliğiyle ilgili her türlü onay, izin ve lisansı vermek; gerekli inceleme ve denetimi yapmak, (…) Nükleer tesislerden ve radyoizotop laboratuarlarından çıkan radyoaktif artıkların güvenli şekilde işlenmesi, taşınması, geçici veya sürekli depolanması için gereken önlemlerin alınması veya aldırılması…" faaliyetleri sayılmaktadır. Yani Nükleer Enerji Santralarının kurulması, işletilmesi, denetlenmesi 2690 Sayılı Yasaya göre yapılacaktır.

Diğer yandan 4856 Sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2 nci maddesine göre; "…Çevrenin korunması, kirliliğinin önlenmesi ve iyileştirilmesi için prensip ve politikalar tespit etmek, programlar hazırlamak; bu çerçevede, araştırmalar ve projeler yapmak, yaptırmak, bunların uygulama esaslarını tespit etmek, uygulanmasını sağlayacak tedbirleri almak, (…) Çevrenin korunması ve kirliliğinin önlenmesi amacıyla ülke şartlarına uygun olan teknolojiyi belirlemek, bu maksatla kurulacak tesislerin vasıflarını tespit etmek, (…) Atık ve yakıtlar ile ekolojik dengeyi bozan, havada, suda ve toprakta kalıcı özellik gösteren kirleticilerin çevreye zarar vermeyecek şekilde bertaraf edilmesi için denetimler yapmak; ülke genelinde tüm uygulayıcı kurum ve kuruluşların bu konudaki taleplerini değerlendirerek sonuçlandırmak; ülkenin atık yönetimi politikasını belirlemek ve bu konuda gerekli tedbirleri almak…" görevleri Çevre ve Orman Bakanlığı'na yüklenmiştir.

Türkiye'nin "Enerji" alanında bazı ilerlemeler kaydettiğini bildiren Avrupa Birliği, Enerji başlığı altındaki Birlik mevzuatına uyumda gelinen

noktayla ilgili tespitleri yaparken nükleer enerji konusuna da değinerek Türkiye'nin bu alandaki mevcut durumunu şöyle özetliyor:

"Halen hiçbir nükleer santral işletmeyen Türkiye, artan iç talebi karşılamak amacıyla, 2020 itibarıyla 5 bin Mega vatlık üretimi hedefleyen geçmiş planlarını yeniden devreye sokmuştur.

Nükleer santraller inşa edildiği takdirde, Türkiye Atom Enerjisi Kurumu'nun idari kapasitesi ve kaynakları, lisans verme süreci öncesinde güçlendirilmelidir.

Türkiye'nin Euratom Antlaşması'nın şartlarına ve usullerine uyum sağlaması gerekecektedir.

Türkiye, sınıraşan konularda çevresel etki değerlendirmeleri hakkındaki direktife uymak zorundadır. Türkiye'nin, Uluslararası Nükleer Güvenlik Sözleşmesi uyarınca, önerilen nükleer tesisler hakkında komşu ülkelerle istişarelerde bulunma ve bu ülkelere bilgi verme yükümlülüğü bulunmaktadır." (AB ÖZEL, Enerji Gürbüz EVREN – Kanal B Dış Haberler Editörü2 – 2005)

Diğer taraftan 17.10.2005 tarihli 2005/9486 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı Eki yürürlüğe konulan 2006 Yılı Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar'ın "VII. Enerji" başlıklı bölümünde, "Çevrenin korunması amacı da dikkate alınarak, iklim değişikliğiyle ilgili uluslararası eğilimler paralelinde sera gazı emisyonunu azaltıcı çevresel tedbirlere ağırlık verilmeye devam edilecek, yeni ve yenilenebilir enerji kaynaklarının geliştirilmesi amacıyla yapılan çalışmalar desteklenecektir." denilmiştir (R.G. 02.11.2005, Sayı: 25984 Mükerrer).

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, Çevre sağlığı ve çevrenin kirlenmesi ile yakından ilgili olan Nükleer Enerji Santrallarının kurulması, işletilmesi, atıklarının bertaraf edilmesi konularının, tümüyle Çevre ve Orman Bakanlığı'nın görev ve sorumluluğu dışında tutulması, bu alanda yapılacak faaliyetlerin yaratacağı kirlenmelerin önlenmesi konusunda çok büyük zafiyetler yaratacaktır. On yıl önce gerçekleşen ve halen canlı yaşamı üzerinde yarattığı olumsuzlukları süren Çernobil Nükleer Santralı faciası unutulmamalıdır.

Belirtilen nedenlerle, iptali istenen cümlenin, kamu yararı amacına yönelik olmadığı açıktır. "Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir.

Kuşkusuz kamu yararının nerede olduğu yasama organının takdir alanı içinde bir husustur. Anayasa Mahkemesinin de, yerindelik denetimi yapma yetkisi olmamasına karşın, bir kanunun kamu yararı amacına yönelik olup olmadığını denetleme yetkisi vardır. Söz konusu düzenleme, kamu yararı amacına yönelik olmadığı için Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır ve bu nedenle Anayasa Mahkemesinin denetimine sunulmuştur.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Sonuç olarak, 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile Değiştirilen 09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Kanunun 2872 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (j) bendinin son cümlesi Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 26.04.2006 Tarih ve 5491 Sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci Maddesi ile Değiştirilen 09.08.1983 Tarihli ve 2872 Sayılı Kanunun 2872 Sayılı Kanunun 10 uncu Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

26.05.2004 tarih ve 5177 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik yapılması hakkında Kanunun 28 nci maddesi ile 09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanununun 10 uncu maddesine şu fıkra eklenmiştir:

"Petrol, jeotermal kaynak ve maden arama faaliyetleri, çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) kapsamı dışındadır."

Bu defa, 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci maddesi ile değiştirilen 09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Kanunun 2872 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası aynen şöyledir:

"Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır."

Görüldüğü üzere her iki hüküm de, tümüyle aynı mahiyettedir.

5177 sayılı Kanunun 28 inci maddesi ile 2872 sayılı Çevre Kanunun 10 uncu maddesine eklenen ve yukarıda açıklanan söz konusu fıkra hükmünün iptali için, 23.07.2004 tarihinde iptal davası açılmıştır.

Bu düzenleme, petrol ve jeotermal kaynaklar ile maden arama faaliyetlerinde çevrenin kirlenmesi, ekolojik dengenin bozulmasına davetiye çıkarmak anlamına gelmektedir.

ÇED Yönetmeliği madde 4'de belirtildiği gibi; Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED): "Gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ya da olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları" ifade eder.

3 Şubat 2005 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren "Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği" nin 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında; II. Grup, III. Grup ve IV. Grup madenler için arama ruhsatı ile yapılabilecek faaliyetler gösterilmiştir. Bu faaliyetler arasından "(c) numune alımı", "e) sondaj, yarma, galeri ve kuyu açma" sayılmaktadır

Maden Yasası'nın 7 nci maddesi ile su havzaları, imar alanları, sitler, milli parklar, ormanlar gibi hassas bölgeler madencilik faaliyetlerine açılmıştır. Ayrıca, III. Grup madenler, su havzaları, göller ve su kaynaklarından elde edilecektir.

Herhangi bir ÇED çalışmasına tabi olmadan yapılacak maden arama faaliyetleri kapsamında sondaj yapılması, yarma, galeri ve kuyu açılması, ruhsat sahasında geri dönüşü olmayan çevre tahribatına, dolayısıyla insan sağlığı ve canlı yaşamı için büyük risk oluşturacaktır.

3213 Sayılı Maden Yasasının 17/5 inci Maddesine göre; "…Arama döneminde teknolojik araştırma, geliştirme, pilot çalışmalar ve pazar araştırmaları yapmak üzere arama faaliyet raporu ile birlikte müracaat eden ruhsat sahibine, Genel Müdürlükçe görünür rezervin % 10'una kadar maden üretim ve satış izni verilebilir…"

Görüldüğü gibi bu yasal düzenleme karşısında, hiçbir ÇED çalışması yapılmadan, işletmecinin kendi beyanına göre tespit edilmiş toplam rezervin % 10'u işletilebilecektir. Üstelik buradaki faaliyet, yukarıda da belirtildiği gibi, su havzaları, imar alanları, meralar ve benzeri korunması gereken hassas bölgelerde de yapılabilecektir.

Oysa günümüzde dünyada hem de artık Dünya Bankası'nın da desteği ile yapılan aramalar bir yana prospeksiyonda bile sadece ÇED değil, aynı zamanda TÇED (toplumsal ve çevresel etki değerlendirme) istenmeye ve ayrıca bilgi verme zorunluluğu getirilmeye başlanmıştır. Bütün bunlarla da

yetinilmemekte, çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) sürecine halkın katılması için yollar oluşturulmaya başlanmıştır (Ankara Barosu tarafından düzenlenen panel, Tahir ÖNGÖR, Jeoloji Yüksek Mühendisi, Maden Yasa Tasarısı'nın Getirdikleri, 10 Temmuz 2003).

Çevre ile ilgili hukuk belgeleri (Anayasanın 56 nci maddesi, Rio Sözleşmesi ve ÇED kavramını içeren tüm doğa koruma sözleşmeleri) çağdaş halk sağlığı anlayışını işleyen maddeler içermektedir. 1992 Rio Toplantısında Çevre Sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşmede, insanların sürekli ve dengeli kalkınmanın merkezinde olduğu ve doğa ile uyum içinde sağlıklı ve verimli bir hayata hakları olduğu belirtilmiştir (Jeoloji Mühendisleri Odası, Maden Yasasının Eleştirisi, 26 Haziran 2003)

Özellikle yaşam hakkı, sağlıklı çevrede yaşama hakkı, risk kavramı, koruyucu önlemler gibi kavramlar halk sağlığının geliştirilmesinde, çevre sağlığı sorunlarının çözümünde bu alanda çalışan sağlıkçılara da ışık tutmaktadır.

Bir insan hakkı olan "çevre hakkı" ilk kez 1972'de Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda yayımlanan Stockholm Bildirgesinde ifade edilmiştir.

28 Ekim 1982 Dünya Doğa Şartı ve 1990 Paris Sözleşmesinde çevre hakkı ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

1990 Bergen – BM Avrupa Ekonomik Komisyonu Çevre ve Kalkınma Konferansı sonuç bildirgesi çevre hakkı kavramında önemli bir gelişmeyi beraberinde getirmiştir. Artık bu gibi konularda yöre halkına danışma gereği ve eğer yöre halkı istemiyorsa işletmelerin açılmaması konusu gündeme gelmiştir. Ayrıca gelecekte oluşabilecek "risk" kavramı üzerinde durularak olası risklerin bile bir işletmenin açılmaması için yeterli neden sayılabileceği ilk defa ifade edilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17 nci maddesi "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" derken, 56 ncı maddesinde de "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir" demekte ve çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin hem Devletin hem de vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır.

Dünyadaki gelişmelerin tersine petrol, jeotermal kaynak ve maden arama faaliyetlerini (kaldı ki, 5177 sayılı Kanun ile değiştirilen Maden Kanununun 17 nci maddesine göre, arama döneminde dahi görünür rezervin % 10'una kadar maden üretim ve satış izni verilebilecektir) çevresel

etki değerlendirmesi dışında bırakan düzenleme, Anayasanın 17 nci ve 56 nci maddelerine aykırılık teşkil etmektir. Yine bu düzenleme, Birleşmiş Milletler'in ilan ettiği Dünya Doğa Şartı'na ve 1972'de Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda yayımlanan Stockholm Bildirgesi'ndeki "çevre hakkı" na da aykırıdır. Anayasanın 90'ıncı maddesinde insan haklarına ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler taşımaları halinde andlaşmaya uyulacağının ifade edildiği göz önünde tutulduğunda, uluslararası andlaşmaya aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 90'ıncı maddesi ile çelişeceğini de söylemek gerekmektedir.

Dünya Çevre ve Gelişme Komisyonu'nun 1987'de hazırlamış olduğu "Ortak Geleceğimiz" adlı Raporda; nüfus, beşeri kaynaklar, beslenme güçlükleri, canlı türleri, ekosistem, enerji, sanayileşme, barış, güvenlik, gelişme ve çevre politikaları konusunda yapılan öneriler yer almaktadır. Raporda, çevre için temel bir "insan hakkı" dır denmekte, ayrıca gelecek kuşakların da bu konudaki hakları savunulmaktadır. Çevre – Kalkınma ilişkisini bazı sözcükler çerçevesinde ortaya koyma çabasının en son ürünü "sürdürülebilir kalkınma" kelimesi olarak görülmektedir. Sürdürülebilir kalkınmayı dünya ölçeğinde popüler kılan ve soyut da olsa bir tanıma yer veren yine bu Rapordur. Raporda sürdürülebilir kalkınma "bugünün gereksinimlerini gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılama olanaklarını tehlikeye atmaksızın kalkınma" şeklinde tanımlanmıştır. Sürdürülebilir kalkınmanın ana temasının çevrenin korunması ile kalkınma kavramlarının birbirleriyle çatışmadıkları aksine birbirlerini tamamladıkları ve birbirlerine gereksinim duydukları olduğudur. Kısaca söylenirse, sürdürülebilir kalkınma bir denge arayışını, bir uzlaşmayı yansıtmaktadır. Bu bağlamda bazı radikal çevrecilerin savundukları sıfır büyüme savı ile bazı gelişmekte olan ülkelerin öncelik tanımakta ısrar ettikleri kalkınmacı (geleneksel) yaklaşım iki aşırı uç olarak sürdürülebilir kalkınmanın kapsamı dışında bırakılmaktadır. Sürdürülebilir kalkınmanın bu boyutunun, bu kavrama dayanılarak küreselleşme ideolojisi çerçevesinde getirilecek dayatmalar açısından özenle değerlendirilmesi gerekir (Prof Dr. Nükhet TURGUT, Çevre Hukuku, Ankara Kasım 2001, shf. 171 vd.).

Bu anlamda, sürdürülebilir kalkınma ile amaçlanan ekonomide kaynakların orta ve uzun vadeli bir perspektifte etkin kullanılmasıdır. Bugünden yakın geleceğin kaynaklarının bilinçsiz bir şekilde tüketilmemesidir. Toplumsal ve ekonomik sorumluluk bunu gerektirmektedir.

Bu nedenle kalkınma amaçlı yapılacak düzenlemelerde hiçbir şekilde çevrenin korunması ihmal edilmemeli, gerekli dengenin kurulmasına özen

gösterilmelidir. Bu nedenle; 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde, "çevrenin sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunması" öngörülmüş ve 3 üncü maddesinde de "sürdürülebilir kalkınma: Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi" ifade edeceği belirtilmiştir. Hal böyle iken, 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci maddesi ile değiştirilen 09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Kanunun 2872 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin iptali istenen üçüncü fıkrasında, petrol, jeotermal kaynak ve maden arama faaliyetlerinde bu dengenin kurulamadığı ve çevrenin korunmasından tümüyle vazgeçildiği görülmektedir. Bu bakımdan söz konusu hüküm anılan Yasanın değinilen hükümleriyle de çelişmektedir. Böylesi bir çelişkinin hukuk düzeninde belirsizlik anlamına geleceği açıktır. Bir hukuk devletinde ise hukuk düzeninden beklenen hukuki belirliliktir. Bu nedenle iptali istenen hükmün Anayasanın 2 nci maddesindeki "hukuk devleti" ilkesiyle bağdaşmadığını ve Anayasanın 56 nci ve 168 inci maddelerine de aykırı düştüğünü ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7 nci maddesi ile değiştirilen 09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Kanunun 2872 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin üçüncü fıkrası Anayasanın 2 nci, 11 inci, 17 nci, 56 nci ve 168 inci maddeleri ile milletlerarası sözleşmelere dolayısıyla Anayasanın 90'ıncı maddesine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

3) 26.04.2006 Tarih ve 5491 Sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 12 nci Maddesi ile Değiştirilen 09.08.1983 Tarihli ve 2872 Sayılı Kanunun 15 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Bu kural ile, Çevre Kanunu ve bu Kanun uyarınca yayımlanan yönetmeliklere aykırı davrananlara söz konusu aykırı faaliyeti düzeltmek üzere bir defaya mahsus olmak üzere esasları yönetmelikle belirlenen ve bir yılı aşmamak üzere süre verilebileceği öngörülmüştür. Böyle bir düzenleme; çevreyi kirleten, canlı yaşamı için risk oluşturan işletmelere bir yıla kadar, riskli faaliyetlerini sürdürme olanağı sağlanmaktadır. Bu düzenleme, şu

anda faal durumda olan işletmelerin, çevreyi kirletmelerine ve ekolojik dengeyi bozmalarına bir yıla kadar göz yummak anlamına gelmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 56 nci maddesinde "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir" demekte ve çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin hem Devletin hem de vatandaşların ödevi olduğu vurgulanmaktadır. Bu düzenleme Avrupa Birliği'nin Beşinci Çevre Eylem Programı'nda getirilen "ortak sorumluluk" yaklaşımıyla uyumludur.

İnsanların ve diğer canlıların sağlıklı yaşamasını sağlayan hava, su, toprak ve kültürel değerler çevreyi oluşturmaktadır. Şu anda faal durumda olan ve çevreyi kirletme, canlı yaşamı için risk oluşturan işletmelere bir yıla kadar, riskli faaliyetlerini sürdürme olanağı sağlanmasının; Anayasanın 56 nci maddesi ile çevrenin kirlenmesinin önlenmesi konusunda Devlete verilen ödevin yerine getirilmemesi ve savsaklanması anlamına geldiği açıktır. Bu nedenle, iptali istenen 2872 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin birinci fıkrası, Anayasanın 56 nci maddesine aykırı bir nitelik taşımaktadır.

Diğer taraftan iptali istenen hüküm, kişilerin Anayasanın 56 ncı maddesinde ifade edilen çevre hakkını, Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen ilkelere aykırı bir biçimde sınırlandırmaktadır. Anayasanın 13 üncü maddesi, temel hak ve özgürlüklerin özünün zedelenmesine veya ölçülülük ilkesine aykırı biçimde sınırlandırmasına olanak tanımamaktadır. İptali istenen hükümle, şu anda faal durumda olan ve çevreyi kirletme ve canlı yaşam bakımından risk oluşturan işletmelere bir yıla kadar riskli faaliyetlerini sürdürme olanağı sağlanması, kişilerin çevre hakkının özünden ve ölçüsüzce sınırlandırılması anlamına gelmekte ve Anayasanın 13 üncü maddesine açık bir aykırılık oluşturmaktadır.

Çevrenin korunması ve çevre kirliliği problemi, kirliliğin kaynağı olan ülke ile sınırlı kalmamakta dünya üzerinde varolan diğer devletleri ve insanları da etkilemekte ve ilgilendirmektedir. Bunun tabi sonucu olarak, çevre ile ilgili birtakım Devletler arası düzenlemelerin yapılması da zorunluluk olduğundan dolayı çevrenin korunması ve çevre kirliliğinin önlenmesi için birtakım devletlerarası çalışmalar ve toplantılar tertip edilmiş, bildirgeler yayımlanmış, Türkiye'nin de katıldığı uluslararası sözleşmeler düzenlenmiştir.

Bir insan hakkı olan "çevre hakkı" ilk kez 1972'de Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda yayımlanan Stockholm Deklarasyonunda yer almıştır.

Stockholm Deklarasyonu çevre ile ilgili ilk önemli belge olarak kabul edilmektedir. 1 inci maddesinde "insanın; hürriyet, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları sağlayan onurlu ve refah içinde bir çevrede yaşamak temel hakkıdır" sözleriyle başlayan deklarasyon doğal hayatın korunması; yenilenebilen kaynakların korunması; yenilenemeyen kaynakların tükenme tehlikesine karşı önlemler alma; toksit ve diğer maddelerin deşarjı, ısının doğaya onu zararsız kılabilecek kapasiteyi aşacak şekilde bırakılmasının engellenmesi; kalkınmanın gerekleri ile çevrenin korunması arasındaki çelişkilerin giderilmesi; nükleer silahlara karşı çevrenin korunması gibi konuları ele almaktadır.

28 Ekim 1982 Dünya Doğa Şartı ve 1990 Paris Sözleşmesinde çevre hakkı ile ilgili somut maddeler yer almıştır.

Daha sonra 1984 yılında Tokyo Konferansı tertip edilmiş ve bu konferansın sonucunda yayınlanan bildiride ise "Gelişme kavramı yeniden gözden geçirilmeli ve her ülkenin ekonomik gelişmesi, kaynakların korunması ve arttırılması dikkate alınarak gerçekleştirilmelidir. İktisadi büyümede, sadece iktisadi geliştirme göstergeleri değil, aynı zamanda tabii kaynakların korunması, hastalıklarla mücadele edilmesi, kültür miraslarının korunması gibi konularla da ilgilenilmelidir. Temiz hava, su, orman, toprak gibi çevre kaynakları korunmalı, dengeli bir nüfus artışı sağlanmalıdır. Bütün ülkelerde teknolojik gelişmeler, çevre faktörlerine önem verecek şekilde yönlendirilmelidir." denilmiştir.

Biyolojik çeşitliliğin korunmasının insanlığın ortak sorunu olduğunu vurgulayan BM üyesi akit taraflar 1992'de Rio'da Biyolojik Çeşitlilik Sözleşmesi'ni kabul etmişlerdir. Türkiye, 29.08.1996 tarih ve 4177 sayılı kanunla sözleşmeyi onaylamıştır. Sözleşme ile "biyolojik çeşitliliğin korunması", "biyolojik kaynakların muhafazası", "biyoteknolojinin özgün, verimli ve çevreye uygun kullanımı", "ekosistemin korunması", "biyolojik çeşitlilik oluşturan canlıların ex – situ korunması", "canlıların yaşam ortamlarının korunması", "canlıların in – situ koşullarının korunması" ve "biyolojik çeşitlilik oluşturan canlıların sürdürülebilir kullanımı" konuları ele alınmıştır.

Bu sözleşmede, insanların sürekli ve dengeli kalkınmanın merkezinde olduğu ve doğa ile uyum içinde sağlıklı ve verimli bir hayata hakları olduğu belirtilmiştir.

Ülkemizin de taraf olduğu Akdeniz'in Kirlenmeye Karşı Korunması (Barselona) Sözleşmesi'nin ve Sözleşme'ye ait protokollerin gözden geçirilerek güncelleştirilmesi sonucunda 1995 yılında yeniden imzaya açılan

"Akdeniz'in Deniz Ortamı ve Kıyı Bölgesinin Korunması Sözleşmesi" ne, "Akdeniz'de Gemilerden ve Uçaklardan Boşaltma veya Denizde Yakmadan Kaynaklanan Kirliliğinin Önlenmesi ve Ortadan Kaldırılması Protokolü" ne, "Akdeniz'in Kara Kökenli Kaynaklardan ve Faaliyetlerden Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü"ne, "Akdeniz'de Özel Koruma Alanları ve Biyolojik Çeşitliliğe İlişkin Protokol" e katılmamız; 31.05.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 3 üncü ve 5 inci maddelerine göre, Bakanlar Kurulu'nun 22.07.2002 tarih ve 2002/4545 sayılı kararı ile kabul edilmiştir (R.G. 22.08.2002, sa. 24854).

"Akdeniz'in Kara Kökenli Kaynaklardan ve Faaliyetlerden Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü" nün Genel Hükümler bölümündeki 1 inci maddesinde aynen şöyle denilmektedir:

"Bu Protokol'ün bundan böyle "Taraflar" olarak anılacak olan Akit Tarafları, zehirli kalıcı ve biyoakümülasyona eğilimli maddelerin girdilerini aşamalı olarak ortadan kaldırmaya öncelik vererek, Akdeniz Alanı'nın ırmaklarından, kıyı tesislerinden veya kanallarından gelen ve ülkeleri içindeki tüm diğer kara kökenli kaynaklardan veya etkinliklerden dolayı ortaya çıkan atıkların yol açtığı kirliliği mümkün olan en yüksek düzeyde önlemek, azaltmak, bu kirlilikle mücadele etmek ve bu kirliliği ortadan kaldırmak için uygun olan tüm önlemleri alacaklardır."

09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin birinci fıkrası, yukarıda açıklanan Birleşmiş Milletler'in ilan ettiği Dünya Doğa Şartı'na ve 1972'de Birleşmiş Milletler Çevre Konferansı sonucunda yayımlanan Stockholm Deklarasyonundaki "çevre hakkı" na ve 1992 Rio Toplantısında imzalanan Çevre Sözleşmesi'ne ve "Akdeniz'in Kara Kökenli Kaynaklardan ve Faaliyetlerden Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü'ne de aykırıdır. Anayasanın 90'ıncı maddesinde insan haklarına ilişkin andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler taşımaları halinde andlaşmaya uyulacağının ifade edildiği göz önünde tutulduğunda, uluslararası andlaşmaya aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 90'ıncı maddesi ile çeliştiğini de söylemek gerekmektedir.

Anayasaya aykırı bir hükmün hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 12 nci maddesi ile değiştirilen 09.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin birinci fıkrası

Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 56 ncı ve 90'ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 26.04.2006 Tarih ve 5491 Sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici Madde 2'sinin Anayasaya Aykırılığı

26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun iptali istenen Geçici Madde 2'sinde; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte faal durumda olan işletmelere bu Kanun ve yönetmeliklerle getirilen ek yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi için, yönetmeliklerin yayımlanmasından sonra, Bakanlıkça bir yıla kadar süre verilebileceği öngörülmekte ve maddenin ikinci fıkrasında da, 2872 sayılı Çevre Kanununun 9 uncu maddesinin (h) bendine aykırı tesislerin, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde kapatılacağı belirtilmektedir.

İptali istenen Geçici 2 nci maddenin birinci fıkrası ile, çevreyi kirletme, canlı yaşamı için risk oluşturan işletmelere bir yıla kadar, riskli faaliyetlerini sürdürme olanağı sağlanmakta, diğer bir anlatımla şu anda faal durumda olan bu işletmelerin, çevreyi kirletmelerine ve ekolojik dengeyi bozmalarına bir yıla kadar göz yumulmakta, diğer yandan İkinci fıkra ile de, denizlerde kirlenmeye yol açtığı için "hassas alan niteliğindeki kapalı koylarda, körfezlerde ve arkeolojik sit alanlarında" kurulması yasaklanmasına karşın, var olan balık çiftliklerinin bir yıl süre ile kirlenmeye yol açan faaliyetlerine olanak sağlanmaktadır.

Böyle bir düzenleme, yukarıda "Gerekçe" Bölümünde (3) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 56 ncı ve 90'ıncı maddelerine aykırıdır.

Öte yandan, iptali istenen Geçici Madde 2'nin ikinci fıkrası aynı zamanda; 2872 sayılı Çevre Kanununun 9 uncu maddesinin (h) bendi ile "hassas alan niteliğindeki kapalı koylarda, körfezlerde ve arkeolojik sit alanlarında" kurulması yasaklanmasına karşın, var olan balık çiftliklerinin bir yıl süre ile kirlenmeye yol açan faaliyetlerine olanak sağladığı için de, Tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin Anayasanın 63 üncü ve 2 nci maddelerine de aykırı düşmektedir. 2863 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinde "kültür varlıkları" tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzelsanatlarla ilgili bulunan yer üstünde yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklar olarak tanımlanmıştır. Bu durumda arkeolojik sit alanlarının kültür varlığı olduğu kuşkusuzdur. "hassas alan niteliğindeki kapalı koylarda, körfezlerde balık çiftliklerinin kurulması büyük ölçekte deniz kirliliğine neden olduğundan buralarda balık çiftliği kurulmasında ve bunların bir yıl gibi uzun süre muhafazasında

kamu yararına değil, balık çiftliklerini korumaya yönelik bir amaç olduğu kuşkusuzdur. "Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir. Kamu yararı amacına yönelik olmayan söz konu düzenleme Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Böylesi bir düzenlemenin Anayasanın 56 ncı ve 63 üncü maddelerinde belirtilen hak ve özgürlükleri Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen "özüne dokunmama" ve "ölçülülük" ilkelerine aykırı biçimde sınırlandırmak anlamına geleceği ve Anayasanın 13 üncü maddesine de aykırı düşeceği ortadadır.

Açıklanan nedenlerle 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun iptali istenen Geçici Madde 2'si, Anayasanın 2 nci, 11nci, 13 üncü, 56 ncı, 63 üncü ve 90'ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 26.04.2006 Tarih ve 5491 Sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici Madde 3'ün Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen Geçici Madde 3'ün birinci fıkrasında "Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerine tâbi olduğu halde, yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerden, halihazırda yer seçimi uygun olanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, ilgili yönetmelikler çerçevesinde gerekli yükümlülüklerini yerine getirdiklerini gösterir çevresel durum değerlendirme raporunu hazırlayarak Bakanlığa sunar. İlgili yönetmeliklerde belirlenen şartları sağlayanlar başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde karara bağlanır." denilmiştir.

Bu düzenleme ile, yasaya ve ÇED Yönetmeliği'ne aykırı faaliyetlere bir tür af getirilmektedir. Üstelik, bir yıla kadar bu faaliyetler denetim dışı bırakılmaktadır.

ÇED (Çevresel Etki Değerlendirmesi) 11 Ağustos 1983 tarih ve 18132 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren Çevre Kanunu" nun 10 uncu maddesi gereğince; gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ya da olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin

belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları kapsar.

2872 Sayılı Çevre Yasası gereğince, 07.02.1993 tarihinde yayınlanan ve daha sonra birkaç kez değişikliğe uğrayan "Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği", ÇED sürecini tanımlayan önemli bir belgedir. Gerçekleştirmeyi planladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler ÇED Yönetmeliği'nde belirtildiği üzere bir Proje Tanıtım Dosyası (PTD) veya Çed Raporu hazırlarlar. Çed raporunda çevreye yapılabilecek tüm etkiler göz önünde bulundurularak, çevre kirlenmesine neden olabilecek atık ve artıkların ne şekilde zararsız hale getirilebileceği ve bu hususta alınacak önlemler belirtilir.

ÇED Yönetmeliğinin belirlediği ilkeler kapsamında; Çevre Bakanlığı, diğer yatırımcı ve planlayıcı bakanlık ve kurumlar, özel sektör, üniversiteler ve meslek odaları, mühendislik ve müşavirlik büroları, çevre mühendisliği alanında hizmet veren özel firma/kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları ve toplumun değişik kesimleri ÇED Süreci'nin tarafları ve bileşenleridir. Bu anlamı ile, ÇED Süreci demokratik katılımın öne çıktığı bir ortamdır

Sonuç olarak; 1969 yılında ABD'de yürürlüğe giren Ulusal Çevre Politikası Kanunu (National Environmental Policy Act) kapsamında dünya ile tanışan ve gerek ABD, gerek AB ülkeleri, gerekse diğer dünya ülkelerinde halen en etkin çevre yönetim aracı olarak yerini alan ve gün geçtikçe de bu yeri sağlamlaştıran ÇED, ülkemizde 7 Şubat 1993 tarihinden bu yana uygulanmaktadır. Türkiye'de sağlam bir çevre yönetimi oluşturmanın esas temelini ÇED sürecinin yasal, kurumsal ve teknik altyapı açısından güçlendirilmesi teşkil etmektedir.

Rio Sözleşmesi ve ÇED kavramını içeren tüm doğa koruma sözleşmelerine göre, evrende çevreye zararlı olabilecek faaliyetlerin hiç birisi çevresel etki değerlendirme incelemesinden muaf tutulamaz. Önemli olan kamu yararıdır. Bu günkü ve gelecek nesillerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamalarıdır.

ÇED Yönetmeliği'ne aykırı faaliyetlere bir tür af getiren, üstelik, bir yıla kadar bu faaliyetler denetim dışı bırakan iptali istenen 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici Madde 3'ün birinci fıkrası; çevreyi kirletme, canlı yaşamı için risk oluşturan işletmelere bir yıla kadar, riskli faaliyetlerini sürdürme olanağı sağladığından yukarıda "Gerekçe" Bölümünde (3) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 56 ncı ve 90'ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 26.04.2006 Tarih ve 5491 Sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici Madde 4'ün Birinci ve İkinci Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen söz konusu fıkralarda," Atıksu arıtma ve evsel nitelikli katı atık bertaraf tesisini kurmamış belediyeler ile, halihazırda faaliyette olup, atıksu arıtma tesisini kurmamış organize sanayi bölgeleri, diğer sanayi kuruluşları ile yerleşim birimleri, bu tesislerin kurulmasına ilişkin iş termin plânlarını bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Bakanlığa sunmak ve aşağıda belirtilen sürelerde işletmeye almak zorundadır.

İşletmeye alma süreleri, iş termin plânının Bakanlığa sunulmasından itibaren; belediyelerde nüfusu, 100.000'den fazla olanlarda 3 yıl, 100.000 ilâ 50.000 arasında olanlarda 5 yıl, 50.000 ilâ 10.000 arasında olanlarda 7 yıl, 10.000 ilâ 2.000 arasında olanlarda 10 yıl, organize sanayi bölgeleriyle bunların dışında kalan endüstri tesislerinde ve atıksu üreten her türlü tesiste 2 yıldır." denilmiştir.

Bu düzenlemeler ile atıkların, çevre sağlığı ve canlı yaşamı için tehlike yaratmayacak şekilde bertaraf edilmesinden (iş termin plânının Bakanlığa sunulma süresi de dikkate alındığında) en az 4 yıla, en fazla 11 yıla kadar vazgeçilmesi söz konusudur. Böyle bir düzenlemenin anlamının ise, açıkça çevre kirlenmesinin önünü açmak olduğu kuşkusuzdur.

Bu durum aynı zamanda böyle bir düzenlemenin; 12 Ekim 2006 tarihinde yürürlüğe girecek olan TCK.'nın 181 inci ve 182 nci maddelerindeki "çevreye karşı suç" olarak tanımlanan eylemlerin teşvik edilmesi sonucunu doğuracak olması nedeniyle kamu yararı amacına değil kurum ve işletmeleri koruma amacına yönelmiş bulunduğunu, dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesiyle bağdaşmadığı göstermektedir. Çünkü bir hukuk devletinde tüm yasama işlemlerinin nihai amacının, kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olması gerekir.

Diğer yandan iptali istenen düzenlemenin Anayasanın 56 nci maddesinde ifade edilmiş bulunan çevre hakkını ölçüsüzce ve özünden zedeleyeceği de ortadadır.

Açıklanan ve yukarıda "Gerekçe" Bölümünde (3) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle, 26.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici Madde 4'ün birinci ve ikinci fıkraları Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 56 ncı ve 90'ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptali istenen kuralların yürürlüklerini sürdürmesi halinde, çevre hakkı güvencesiz kalacak ve çevre hakkına yönelik ihlaller adeta özendirilmiş olacaktır. Böyle bir durumun ise bu ihlalleri artıracağı ve "çevre" yi korumasız bırakacağı açıktır.

Diğer taraftan bu kuralların bir kısmı aynı zamanda çevre sorunlarına çözüm getirmek bir yana yukarıda "Gerekçe" Bölümünde açıklandığı üzere doğal ve kültürel zenginlikler ve çevre değerlerine karşı gizli bir saldırı niteliği taşıdıklarından uygulanmaları halinde, giderilmesi olanaksız durum zararların doğabileceği kuşkusuzdur.

Öte yandan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu hüküm hakkında yürürlüğünün durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır."

B- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 11.7.2006 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1- 6.04.2006 Tarih ve 5491 Sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesi İle Değiştirilen 9.8.1983 Tarihli ve 2872 Sayılı Çevre Kanununun 1 inci Maddesindeki "sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda" ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 56 ncı maddesinde, çevre hakkı bir sosyal ve ekonomik hak ve ödev olarak düzenlenmiş ve 56 ncı maddede herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu; çevreyi geliştirmenin, çevre sağlığını korumanın ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşın ödevi olduğu ifade edilmiştir.

Anayasanın 56 ncı maddesinde çevre hakkının gerçekleştirilmesi konusunda devlete ve vatandaşlara düşen görevler konusunda "sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda" şeklinde herhangi bir sınırlamaya veya yönlendirmeye yer verilmemiştir.

Yani söz konusu ilkeler çevre hakkının norm alanının belirlenmesinde esas alınmamıştır.

Bunun anlamı, Anayasanın çevrenin korunması konusunda kişilere ve devlete, "sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri" ile çizilen alanla sınırlı olarak değil, fakat bu alanın dışında da bir takım haklar, yükümlülükler ve ödevler getirdiğidir.

Elbette ki sürdürülebilir kalkınma ve sürdürülebilir çevre ilkeleri, günümüzde çevrenin korunması ve çevre hakkının somutlaştırılması konusunda uyulacak ilkeler arasında yer almakta ve çevre hakkının koruduğu alanın bir kısmını çizmektedir. Ancak, çevre hakkının sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkelerinin çizdiği alan dışında kalan bir takım hak ve ödevleri de kapsadığında ve bunların gerçekleştirilmesinde konusuna göre değişebilen bir takım başka ilkelere de dayanacağında kuşku yoktur.

5491 Sayılı Kanunun 1 inci maddesi ile 2872 Sayılı Kanunun 1 inci maddesi değiştirilerek, kanunun amacı belirtilirken ise, iptali istenen ibare ile, çevrenin korunması doğrultusundaki hak ve ödevler Anayasanın öngördüğünden daha daraltılarak ve sadece "sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri"nin gösterdiği alanla sınırlı tutularak düzenlenmiştir. Bu durumu, çevre hakkının Anayasadaki norm alanının yasada daraltılmış olması şeklinde de ifade edebiliriz.

Böyle bir tutumun ise 2872 sayılı Kanunun 5491 sayılı Kanunla değiştirilen 1 inci maddesini, amaç bakımından, Anayasanın 56 nci maddesine aykırı bir görünüme sokacağı açıktır.

Kuşkusuz her hak ve özgürlük sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırmada hangi ilkelere uyulacağını Anayasanın 13 üncü maddesi göstermektedir.

Anayasada belirtilen çevre hakkı yasa düzeyinde düzenlenirken bu hakkın norm alanını daraltan bir ifadenin ise sınırlandırma olarak tanımlanması olanaksızdır. Sınırlandırma hakkın norm alanı içinde yapılan daraltmalar için geçerli bir kavram olarak görülmelidir.

Sürdürülebilir kalkınma ve sürdürülebilir çevre ilkeleri ise ancak çevre hakkının norm alanını belirleyen değil, bu hakkın norm alanı içinde yapılacak sınırlamalar için ölçü olabilir. Bu nedenle, söz konusu ibare çevre hakkının Anayasanın 56 ncı maddesindeki norm alanını daralttığı için Anayasaya aykırıdır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir hükmün hukuk devleti, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısı ile Anayasanın 2 ve 11 inci maddeleri ile de bağdaşamayacağı açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2, 11, ve 56 nci maddelerine aykırı olan söz konusu ibarenin iptali gerekmektedir.

2- 26.04.2006 Tarihli ve 5491 Sayılı Çevre kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesinin Değiştirdiği 9.08.1983 Tarihli ve 2872 Sayılı Çevre Kanununun 3 üncü Maddesinin 1 inci Fıkrasının (c) ve (d) Bendlerinin Anayasaya Aykırılığı

Söz konusu (c) bendinde arazi ve kaynak kullanım kararları veren ve proje değerlendirmesi yapan yetkili kuruluşların karar alma süreçlerinde sürdürülebilir kalkınma ilkesini gözetecekleri bildirilmiştir.

Böylesi bir ifadeden, (c) bendinde belirtilen işlemlerde çevre hakkının ve en azından sürdürülebilir çevre ilkesinin gözardı edilebileceği ve yalnız sürdürülebilir kalkınma ilkesine uyulmasının yeterli olacağı anlamı çıkmaktadır.

Halbuki çevre hakkı, Anayasanın 56 ncı maddesinde tanımlanarak güvence altına alınmış, vazgeçilemez nitelikte bir haktır. Sürdürülebilir kalkınma ilkesini gözetirken çevre hakkını ihmal eden bir düzenleme, Anayasanın 56 ncı maddesinde ifade edilen çevre hakkının özünden ve ölçüsüzce zedelenmesine yol açar.

Böyle bir sorunun doğmasını önleyebilmenin yolu, sürdürülebilir kalkınma ilkesinin yanısıra çevre hakkının veya en azından sürdürülebilir çevre ilkesine de söz konusu (c) bendinde, uyulacak ilkeler arasında yer vermektir.

Ancak (c) bendinde böyle bir çözüme gidilmemiş ve dolayısı ile çevre hakkı, sürdürülebilir kalkınma ilkesi karşısında güvencesiz bırakılmış; ölçüsüzce ve özünden zedelenmiştir.

Bu nedenle (c) bendi Anayasanın 13 ve 56 ncı maddelerine aykırı düşmektedir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin hukuk devleti, anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile ve dolayısı ile Anayasanın 2 ve 11 inci maddeleriyle de bağdaşmayacağı açıktır.

Söz konusu 3 üncü maddenin (d) bendinde ise, yapılacak ekonomik faaliyetlerin faydası ile doğal kaynaklar üzerindeki etkisinin sürdürülebilir

kalkınma ilkesi çerçevesinde uzun dönemli olarak değerlendirileceği bildirilmiş; böylece çevre hakkı ve en azından sürdürülebilir çevre ilkesi bu değerlendirmede uyulacak bir ölçüt olmaktan çıkarılarak, gözardı edilmiştir.

Böylesi bir düzenlemenin de yukarıda 3 üncü maddenin (c) bendinin Anayasaya aykırılık gerekçesinde belirtilen nedenlerle Anayasanın 2, 11, 13 ve 56 nci maddelerine aykırı düşeceği açıktır.

Söz konusu (c) ve (d) bendlerinin, yukarıda açıklanan nedenlerle iptal edilmesi gerekmektedir.

3 - 6.04.2006 Tarih ve 5491 Sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9 uncu Maddesi ile değiştirilen 9.8.1983 Tarihli ve 2872 Sayılı Çevre Kanununun 12 inci Maddesinin Birinci Fıkrasındaki "veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

5491 sayılı Kanunun 9 uncu maddesi ile değiştirilen 2872 Sayılı Çevre Kanununun 12 inci maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi, Çevre ve Orman Bakanlığına bırakılmıştır.

İptali istenen düzenlemede ise, söz konusu yetkinin Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara devredilebileceği öngörülmüştür.

Söz konusu düzenleme idarenin kanuniliği ilkesine aykırı düşmektedir; çünkü Bakanlığın denetleme yetkisini devredeceği kurum ve kuruluşların hangileri olduğu hususuna ilişkin nesnel bir belirleme yapılmamış, "Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara" denilerek bu husus idarenin takdirine bırakılmış ve keyfi uygulamalara zemin hazırlanmıştır. Bu konuda yürütmenin – idarenin yapacağı düzenlemelerin ise, asli düzenleme niteliği taşıyacağı kuşkusuzdur.

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

Anayasa'nın çeşitli maddelerinde yer alan "kanunla düzenlenir" değiminden neyin anlaşılması gerektiği hususuna Anayasa Mahkemesi, kararlarıyla açıklık getirmiştir. Örneğin, 18.6.1985 günlü, E.185/3, K.1985/8 sayılı kararında, konuyu şöyle belirginleştirmiştir:

"Yasa koyucu, belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek, eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare, ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak yasanın uygulanmasını sağlayacaktır".

Esasen Anayasa'nın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir, hükmünün anlamı da budur. (Anayasa Mahkemesinin 22.6.1988 tarih E.1987/18,K.1986/23, sayılı kararı, R.G. 26.11.1988, sa.2001)

Öte yandan, kaynağını Anayasa'dan almayan bir yetki, Anayasa'nın 6 nci maddesine de aykırı düşer.

Söz konusu ibare keyfi uygulamalara yol açacak bir belirsizlik yaparak Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine de aykırı düşmüştür. Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Bu durumda, dava konusu kural belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2 nci maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti, onun kendiliğinden Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesini ifade eden 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 6.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9 uncu maddesi ile değiştirilen 9.8.1983 tarihli ve 2872 Sayılı Çevre Kanununun 12 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara" ibaresi, Anayasa'nın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6.04.2006 tarih ve 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile değiştirilen 9.8.1983 tarihli ve 2872 sayılı

Çevre kanununun 1 inci maddesindeki "sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma" ibaresi, 3 üncü maddesinin değiştirdiği 9.08.1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanununun 3 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (c) ve (d) bendleri ve 9 uncu maddesi ile değiştirilen 9.8.1983 tarihli ve 2872 Sayılı Çevre Kanununun 12 inci maddesinin birinci fıkrasındaki "veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara" ibaresi, Anayasanın yukarıdaki gerekçede belirtilen hükümlerine açıkça aykırı olup, bu hükümlerin uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

Diğer taraftan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereğidir. Anayasaya aykırılığın sürdürülmesinin, bir hukuk devletinde subjektif yararların üstünde, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyeceği kuşkusuzdur. Hukukun üstünlüğü ilkesinin sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesinin hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu hükümler hakkında yürürlüklerinin durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

5491 sayılı Yasa'nın iptali istenilen fıkra, bent, tümce, bölüm ve ibareleri içeren 1., 3., 7., 9., 12., geçici 2., geçici 3. ve geçici 4. maddeleri şöyledir:

1- "MADDE 1– 9/8/1983 tarihli ve 2872 sayılı Çevre Kanununun 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 1- Bu Kanunun amacı, bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, **sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda** korunmasını sağlamaktır."

2- "MADDE 3- 2872 sayılı Kanunun 3 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 3- Çevrenin korunmasına, iyileştirilmesine ve kirliliğinin önlenmesine ilişkin genel ilkeler şunlardır:

a) Başta idare, meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları olmak üzere herkes, çevrenin korunması ve kirliliğin önlenmesi ile görevli olup bu konuda alınacak tedbirlere ve belirlenen esaslara uymakla yükümlüdürler.

b) Çevrenin korunması, çevrenin bozulmasının önlenmesi ve kirliliğin giderilmesi alanlarındaki her türlü faaliyette; Bakanlık ve yerel yönetimler, gerekli hallerde meslek odaları, birlikler ve sivil toplum kuruluşları ile işbirliği yaparlar.

c) Arazi ve kaynak kullanım kararlarını veren ve proje değerlendirmesi yapan yetkili kuruluşlar, karar alma süreçlerinde sürdürülebilir kalkınma ilkesini gözetirler.

d) Yapılacak ekonomik faaliyetlerin faydası ile doğal kaynaklar üzerindeki etkisi sürdürülebilir kalkınma ilkesi çerçevesinde uzun dönemli olarak değerlendirilir.

e) Çevre politikalarının oluşmasında katılım hakkı esastır. Bakanlık ve yerel yönetimler; meslek odaları, birlikler, sivil toplum kuruluşları ve vatandaşların çevre hakkını kullanacakları katılım ortamını yaratmakla yükümlüdür.

f) Her türlü faaliyet sırasında doğal kaynakların ve enerjinin verimli bir şekilde kullanılması amacıyla atık oluşumunu kaynağında azaltan ve atıkların geri kazanılmasını sağlayan çevre ile uyumlu teknolojilerin kullanılması esastır.

g) Kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar kirleten veya bozulmaya neden olan tarafından karşılanır. Kirletenin kirlenmeyi veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir.

h) Çevrenin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve giderilmesi için uyulması zorunlu standartlar ile vergi, harç, katılma payı, yenilenebilir enerji kaynaklarının ve temiz teknolojilerin teşviki, emisyon ücreti ve kirletme bedeli alınması, karbon ticareti gibi piyasaya dayalı mekanizmalar ile ekonomik araçlar ve teşvikler kullanılır.

ı) Bölgesel ve küresel çevre sorunlarının çözümüne yönelik olarak taraf olduğumuz uluslararası anlaşmalar sonucu ortaya çıkan ulusal hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi için gerekli teknik, idarî, malî ve hukukî düzenlemeler Bakanlığın koordinasyonunda yapılır.

Gerçek ve tüzel kişiler, bu düzenlemeler sonucu ortaya çıkabilecek maliyetleri karşılamakla yükümlüdür.

j) Çevrenin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevre sorunlarının çözümüne yönelik gerekli teknik, idarî, malî ve hukukî düzenlemeler Bakanlığın koordinasyonunda yapılır. **2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu kapsamındaki konular Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından yürütülür.**"

3- "MADDE 7- 2872 sayılı Kanunun 10 uncu maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 10- Gerçekleştirmeyi plânladıkları faaliyetleri sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek kurum, kuruluş ve işletmeler, Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu veya proje tanıtım dosyası hazırlamakla yükümlüdürler.

Çevresel Etki Değerlendirmesi Olumlu Kararı veya Çevresel Etki Değerlendirmesi Gerekli Değildir Kararı alınmadıkça bu projelerle ilgili onay, izin, teşvik, yapı ve kullanım ruhsatı verilemez; proje için yatırıma başlanamaz ve ihale edilemez.

Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır.

Çevresel Etki Değerlendirmesine tâbi projeler ve Stratejik Çevresel Değerlendirmeye tâbi plân ve programlar ve konuya ilişkin usûl ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmeliklerle belirlenir."

4- "MADDE 9- 2872 sayılı Kanunun 12 nci maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"Denetim, bilgi verme ve bildirim yükümlülüğü

MADDE 12- Bu Kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Bakanlığa aittir. Gerektiğinde bu yetki, Bakanlıkça; il özel idarelerine, çevre denetim birimlerini kuran belediye başkanlıklarına, Denizcilik Müsteşarlığına, Sahil Güvenlik Komutanlığına, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre belirlenen denetleme görevlilerine **veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara** devredilir. Denetimler, Bakanlığın belirlediği denetim usûl ve esasları çerçevesinde yapılır.

Askerî işyerleri, askerî bölgeler ve tatbikatların bu Kanun çerçevesindeki denetimi ve neticelerine ait işlemler; Genelkurmay Başkanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Bakanlık tarafından müştereken hazırlanacak yönetmeliğe göre yürütülür.

İlgililer, Bakanlığın veya denetimle yetkili diğer mercilerin isteyecekleri bilgi ve belgeleri vermek, yetkililerin yaptıracakları analiz ve ölçümlerin giderlerini karşılamak, denetim esnasında her türlü kolaylığı göstermek zorundadırlar.

İlgililer, çevre kirliliğine neden olabilecek faaliyetleri ile ilgili olarak, kullandıkları hammadde, yakıt, çıkardıkları ürün ve atıklar ile üretim şemalarını, acil durum plânlarını, izleme sistemleri ve kirlilik raporları ile diğer bilgi ve belgeleri talep edilmesi halinde Bakanlığa veya yetkili denetim birimine vermek zorundadırlar.

Denetim, bilgi verme ve bildirim yükümlülüğüne ilişkin usûl ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

5- "MADDE 12- 2872 sayılı Kanunun 15 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 15- **Bu Kanun ve bu Kanun uyarınca yayımlanan yönetmeliklere aykırı davrananlara söz konusu aykırı faaliyeti düzeltmek üzere Bakanlıkça ya da 12 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği kurum ve merciler tarafından bir defaya mahsus olmak üzere esasları yönetmelikle belirlenen ve bir yılı aşmamak üzere süre verilebilir.**

Faaliyet; süre verilmemesi halinde derhal, süre verilmesi durumunda, bu süre sonunda aykırılık düzeltilmez ise Bakanlıkça ya da 12 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği kurum ve merciler tarafından kısmen veya tamamen, süreli veya süresiz olarak durdurulur. Çevre ve insan sağlığı yönünden tehlike yaratan faaliyetler süre verilmeksizin durdurulur.

Çevresel Etki Değerlendirmesi incelemesi yapılmaksızın başlanan faaliyetler Bakanlıkça, proje tanıtım dosyası hazırlanmaksızın başlanan faaliyetler ise mahallin en büyük mülkî amiri tarafından süre verilmeksizin durdurulur.

Süre verilmesi ve faaliyetin durdurulması, bu Kanunda öngörülen cezaların uygulanmasına engel teşkil etmez."

6- "GEÇİCİ MADDE 2- Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte faal durumda olan işletmelere bu Kanun ve yönetmeliklerle getirilen ek yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi için, yönetmeliklerin yayımlanmasından sonra, Bakanlıkça bir yıla kadar süre verilebilir.

2872 sayılı Çevre Kanununun 9 uncu maddesinin (h) bendine aykırı tesisler, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde kapatılır."

7- "GEÇİCİ MADDE 3- Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerine tâbi olduğu halde, yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerden, halihazırda yer seçimi uygun olanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, ilgili yönetmelikler çerçevesinde gerekli yükümlülüklerini yerine getirdiklerini gösterir çevresel durum değerlendirme raporunu hazırlayarak Bakanlığa sunar. İlgili yönetmeliklerde belirlenen şartları sağlayanlar başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde karara bağlanır.

Çevresel durum değerlendirme raporunu altı ay içinde Bakanlığa sunmayan ya da raporun Bakanlığa sunulmasından itibaren altı ay içerisinde gerekli çevre koruma önlemlerini almayan faaliyetler Bakanlıkça süre verilmeksizin durdurulur.

Yürürlükteki mevzuat uyarınca yer seçimi uygun olmayan faaliyetler için ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanması esastır."

8- "GEÇİCİ MADDE 4.- Atıksu arıtma ve evsel nitelikli katı atık bertaraf tesisini kurmamış belediyeler ile, halihazırda faaliyette olup, atıksu arıtma tesisini kurmamış organize sanayi bölgeleri, diğer sanayi kuruluşları ile yerleşim birimleri, bu tesislerin kurulmasına ilişkin iş termin plânlarını bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Bakanlığa sunmak ve aşağıda belirtilen sürelerde işletmeye almak zorundadır.

İşletmeye alma süreleri, iş termin plânının Bakanlığa sunulmasından itibaren; belediyelerde nüfusu, 100.000'den fazla olanlarda 3 yıl, 100.000 ilâ 50.000 arasında olanlarda 5 yıl, 50.000 ilâ 10.000 arasında olanlarda 7 yıl, 10.000 ilâ 2.000 arasında olanlarda 10 yıl, organize sanayi bölgeleriyle bunların dışında kalan endüstri tesislerinde ve atıksu üreten her türlü tesiste 2 yıldır.

Halen inşaatı devam eden atıksu arıtma ve katı atık bertaraf tesisleri için iş termin plânı hazırlanması şartı aranmaz. Tesisin işletmeye alınma süresi bu maddede belirlenen işletmeye alınma sürelerini geçemez.

Belediyeler, organize sanayi bölgeleri, diğer sanayi kuruluşları ile yerleşim yerleri bu hükümden yararlanmak için bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde Bakanlığa başvurmak zorundadır.

Bu Kanunun 8 inci maddesi ile atıksu altyapı sistemlerinin ve katı atık bertaraf tesisleri kurma yükümlülüğü verilen kurum ve kuruluşların, bu yükümlülüklerini, bu maddede belirtilen süre içinde yerine getirmemeleri halinde; belediyelerde nüfusu 100.000'den fazla olanlara 50.000 Türk Lirası,

100.000 ilâ 50.000 arasında olanlara 30.000 Türk Lirası, 50.000 ilâ 10.000 arasında olanlara 20.000 Türk Lirası, 10.000 ilâ 2.000 arasında olanlara 10.000 Türk Lirası, organize sanayi bölgelerinde 100.000 Türk Lirası, bunların dışında kalan endüstri tesislerine ve atıksu üreten her türlü tesise 60.000 Türk Lirası idarî para cezası verilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 63., 90. ve 168. maddelerine dayanılmış, 123. maddesi ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 29.6.2006 ve 20.7.2006 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİ

A- 2006/99 esas sayılı davanın ilk inceleme toplantısında, 26.4.2006 günlü, 5491 sayılı "Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1- 3. maddesiyle değiştirilen 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3. maddesinin (j) bendinin son tümcesinin,

2- 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasının,

3- 12. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasının,

4- Geçici 2. maddesinin,

5- Geçici 3. maddesinin birinci fıkrasının,

6- Geçici 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının,

yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 29.6.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- 2006/110 esas sayılı davanın Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK'ın

katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında, 26.4.2006 günlü, 5491 sayılı "Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1) a- 1. maddesiyle değiştirilen 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinin " ... sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda ..." bölümünün,

b- 3. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (c) ve (d) bentlerinin,

yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2) 9. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan " ... veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara ..." ibaresinin, yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM ile Fettah OTO'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

20.7.2006 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Birleştirme Kararı

26.4.2006 günlü, 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle değiştirilen 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinin *" … sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda …"* bölümünün,

2- 3. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (c) ve (d) bentlerinin,

3- 9. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan *"… veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara …"* ibaresinin,

iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle açılan 2006/110 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle

2006/99 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2006/99 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 15.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1) Yasa'nın 1. Maddesiyle Değiştirilen 2872 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesindeki *"sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda"* Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 1. maddesinde Çevre Kanunu'nun amacının, çevrenin *"sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri"* ile sınırlı olarak korunmasının öngörüldüğü, çevre hakkının gerçekleştirilmesinin anılan ilkelerle sınırlı tutulmasının Anayasa'nın 56. maddesindeki çevre hakkının norm alanını daralttığı, bu nedenlerle iptali istenilen bölümün Anayasa'nın 2., 11., 13. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 1. maddesinde, Çevre Kanunu'nun amacının bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamak olduğu ifade edilmiştir.

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 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir."* hükmü yer almaktadır.

2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 2. maddesinde, sürdürülebilir çevre *"Gelecek kuşakların ihtiyaç duyacağı kaynakların varlığını ve kalitesini tehlikeye atmadan, hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda (sosyal, ekonomik, fizikî vb.) ıslahı, korunması ve geliştirilmesi sürecini ifade eder"*; sürdürülebilir kalkınma ise *"Bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eder"* şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir

kalkınma ilkelerinin içeriği itibarıyla hem bugünün hem de gelecek kuşakların çevresini oluşturan tüm çevresel değerlerin her alanda ıslahı, korunması ve geliştirilmesi ile sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına aldığı açıktır.

Öte yandan, Yasa'nın gerekçesinde de belirtildiği gibi sürdürülebilir kalkınma ilkesinin 1987 Birleşmiş Milletler Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu'nun Ortak Geleceğimiz Raporu, 1992 Rio Çevre Dünya Zirvesi, 2002 Johannesburg Dünya Sürdürülebilir Kalkınma Zirvesi gibi uluslararası çalışmalara paralel olarak çevre hakkını daha kapsamlı ve etkin şekilde korumayı amaçladığı gözetildiğinde, çevre hakkının norm alanını daraltmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu nedenlerle iptali istenilen bölüm, Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen bölümün, Anayasa'nın 11. ve 13. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2) Yasa'nın 3. Maddesiyle Değiştirilen 2872 Sayılı Yasa'nın 3. Maddesinin (c) ve (d) Bentleri ile (j) Bendinin Son Tümcesinin İncelenmesi

a- (c) ve (d) Bentlerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 3. maddesinin (c) ve (d) bentlerinde, arazi ve doğal kaynaklarla ilgili değerlendirme ve karar alma süreçlerinde yalnızca sürdürülebilir kalkınma ilkesinin gözetildiği, sürdürülebilir çevre ilkesine yer verilmeyerek çevre hakkının ihmal edildiği, bu hakkın özünün zedelenmesine yol açıldığı, bu nedenlerle anılan bentlerin Anayasa'nın 2., 11., 13. ve 56. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın çevrenin korunmasına, iyileştirilmesine ve kirliliğinin önlenmesine ilişkin genel ilkelerin belirlendiği değiştirilen 3. maddesinin (c) bendinde, *"Arazi ve kaynak kullanım kararlarını veren ve proje değerlendirmesi yapan yetkili kuruluşlar, karar alma süreçlerinde sürdürülebilir kalkınma ilkesini gözetirler."*; (d) bendinde ise *"Yapılacak ekonomik faaliyetlerin faydası ile doğal kaynaklar üzerindeki etkisi sürdürülebilir kalkınma ilkesi çerçevesinde uzun dönemli olarak değerlendirilir."* denilmiştir.

Yasa'nın değiştirilen 2. maddesine göre sürdürülebilir kalkınma, bugünkü ve gelecek kuşakların, sağlıklı bir çevrede yaşamasını güvence altına alan çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulması esasına dayalı kalkınma ve gelişmeyi ifade eder.

İptali istenilen (c) bendiyle, sağlıklı çevrede yaşamayı güvence altına alan bir çevre yaklaşımı benimsenerek, çevresel, ekonomik ve sosyal hedefler arasında denge kurulmasının ilke edinildiği, bunun da çevrenin korunmasına yönelik olduğu açıktır. İptali istenilen (d) bendinde ise yapılacak ekonomik faaliyetlerin faydası ile doğal kaynaklar üzerindeki etkisinin, sağlıklı çevrede yaşanmasını güvence altına alan bir dengeyi gözeten sürdürülebilir kalkınma ilkesi çerçevesinde uzun dönemli olarak değerlendirilmesi öngörülmekte, yalnızca günlük, kısa veya orta vadeli dönemler için anılan değerlendirmenin yapılması yeterli sayılmamaktadır.

Yasa'nın değiştirilen 1. maddesindeki amaç hükmünün, Yasa'nın tümüne ilişkin olduğu ve amaçta belirtilen *"sürdürülebilir çevre ilkesi"*nin, iptali istenilen (c) ve (d) bentleri için de geçerli olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle iptali istenilen bentler, Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 11. ve 13. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b- (j) Bendinin Son Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 4856 sayılı Çevre ve Orman Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle çevrenin korunmasına ilişkin görevlerin Çevre ve Orman Bakanlığı'na verildiği halde iptali istenen tümceyle 2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu kapsamındaki konuların Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından yürütülmesinin öngörülmesinde kamu yararı bulunmadığı gibi, bu faaliyetlerden kaynaklanan kirlenmelerin önlenmesi konusunda da zafiyete neden olunacağı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın değiştirilen 3. maddesinin (j) bendinin birinci tümcesinde *"Çevrenin korunması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevre sorunlarının çözümüne yönelik gerekli teknik, idarî, malî ve hukukî düzenlemeler Bakanlığın koordinasyonunda yapılır."* hükmünden sonra iptali istenilen son tümcesinde *"2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu kapsamındaki konular Türkiye Atom Enerjisi Kurumu tarafından yürütülür"* denilmiştir.

2690 sayılı Türkiye Atom Enerjisi Kurumu Kanunu'nun 1. maddesinde, Yasa'nın amacının barışçıl amaçlarla Türkiye'de atom enerjisinin kalkınma planlarına uygun olarak ülke yararına kullanılmasını sağlamak, temel ilke ve politikaları belirleyip önermek, bilimsel, teknik ve idari çalışmaları

yapmak, düzenlemek, desteklemek, koordine etmek ve denetlemek üzere Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun kuruluşu, işleyişi, görev, yetki ve sorumluluklarını saptamak olduğu, 3. maddesinde aynı Yasa'da belirtilen görevleri yerine getirmek üzere kısa adı TAEK olan, Başbakana bağlı, kamu tüzel kişiliğini haiz Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun kurulduğu, 4. maddesinde, ülkenin bilimsel, teknik ve ekonomik kalkınmasında atom enerjisinden yararlanılmasını mümkün kılacak her türlü araştırma, geliştirme, inceleme ve çalışmayı yapma ve yaptırmanın TAEK'nin görev ve yetkileri arasında bulunduğu, 10. maddesinde ise 4. maddedeki görevlerin yerine getirilmesi sırasında insan sağlığının ve çevrenin radyasyondan korunması için alınması gereken önlemlerin TAEK tarafından hazırlanacak bir tüzükle belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Atom enerjisinden yararlanılmasında her türlü araştırma, geliştirme, inceleme ve çalışmayı yapmak ve yaptırmakla yükümlü TAEK'nin, bu faaliyetlerin yürütülmesinde hangi tür çevre kirliliği ve çevre sorunlarının oluşabileceğini ve hangi tür düzenlemelerle çözüme ulaşılabileceğini belirlemede en etkin sonuca varabilecek uzman kurum olduğu gözetildiğinde yasakoyucunun takdir yetkisini bu yönde kullanmasında Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

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

Kuralın, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

3) Yasa'nın 7. Maddesiyle Değiştirilen 2872 Sayılı Yasa'nın 10. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, petrol, jeotermal kaynak ve maden arama faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirmesi (ÇED) kapsamı dışında tutulmasının çevrenin kirlenmesine ve ekolojik dengenin bozulmasına neden olacağı, maden arama faaliyetlerinde sondaj yapılmasının, yarma, galeri ve kuyu açılmasının, ruhsat sahasında geri dönüşü olmayan çevre tahribatına, dolayısıyla insan sağlığına ve canlı yaşamına büyük risk oluşturacağı, bu durumun Birleşmiş Milletler Dünya Doğa Şartı ve 1972 Çevre Konferansı sonucu yayımlanan Stockholm Bildirgesindeki çevre hakkıyla bağdaşmadığı gibi, arama faaliyetlerinin ÇED kapsamı dışında tutulmasının 2872 sayılı Yasa'nın amaçlarından olan sürdürülebilir kalkınma ilkesini de gözetmediği, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 17., 56., 90. ve 168. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 10. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır."* hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir."* hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesinin gerekçesinde, vatandaşın korunmuş çevre şartlarında, beden ve ruh sağlığı içinde yaşamını sürdürmesini sağlamanın Devletin ödevi olduğu, Devletin hem kirlenmenin önlemesi hem de tabiî çevrenin korunması ve geliştirilmesi için gereken tedbirleri alması gerektiği belirtilmiştir.

Yasa'nın değiştirilen 10. maddesinde belirtilen çevresel etki değerlendirmesi, aynı Yasa'nın değiştirilen 2. maddesine göre gerçekleştirilmesi plânlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerinin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin, seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesinde ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları ifade eder.

Günümüzde çevrenin kirlendikten veya bozulduktan sonra eski hale getirilmesinin çok külfetli olması, hatta kimi durumlarda olanaksız bulunması nedeniyle, kirlenen çevreyi temizleme veya bozulan çevreyi onarma yerine, olumsuz etkileri baştan önlemenin yöntemleri aranmaktadır. ÇED, kalkınma ve ekonomik gelişme için yapılacak yatırım ve faaliyetlerin, doğayı tahrip etmeden ve çevreyi kirletmeden gerçekleştirilmesinde kullanılan yöntemlerden birisidir. ÇED ile korunmaya çalışılan temel unsur, çevre ve bu çevre içerisindeki varlıklardır.

ÇED kapsamı dışında tutulan arama faaliyetlerinin, biyolojik çeşitlilik üzerinde ya da doğada değişiklikler meydana getirebileceği, bu değişikliklerin uzun dönemli etkilerinin olabileceği, bu nedenle çevre için riskler taşıdığı açıktır. Bu açıdan kural kapsamındaki arama faaliyetinde, mevcut risklerin ortadan kaldırılabilmesi ve önlenebilmesi için ÇED'in öngörülmesi, Anayasa'nın 56. maddesinde Devlete verilen çevrenin korunması yükümlülüğünün bir gereğidir.

Kuralla, petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetlerinin çevresel etki değerlendirilmesi kapsamı dışında tutulması Anayasa'nın 56. maddesine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 56. maddesine dayanılarak iptaline karar verildiğinden 168. maddesi yönünden incelenmesine gerek duyulmamış, 2., 11., 17. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

4) Yasa'nın 9. Maddesiyle Değiştirilen 2872 Sayılı Yasa'nın 12. Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Tümcesindeki *"veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde iptali istenilen ibarenin, idarenin kanuniliği ilkesine aykırı olduğu, Bakanlığın denetleme yetkisini devredeceği kurum ve kuruluşların hangileri olduğu hususuna ilişkin nesnel bir belirleme yapılmadığı, bu hususun idarenin takdirine bırakıldığı ve keyfi uygulamalara zemin hazırlandığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verilebilir. İptali istenen kural, konuyla ilgili görülen Anayasa'nın 123. maddesi yönünden de incelenmiştir.

2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 12. maddesinin iptali istenilen *"veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara"* ibaresinin de yer aldığı birinci fıkrasında *"Bu Kanun hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Bakanlığa aittir. Gerektiğinde bu yetki, Bakanlıkça; il özel idarelerine,çevre denetim birimlerini kuran belediye başkanlıklarına, Denizcilik Müsteşarlığına, Sahil Güvenlik Komutanlığına, 13/10/1983 tarihli ve 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa göre belirlenen denetleme görevlilerine veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara devredilir. Denetimler, Bakanlığın belirlediği denetim usûl ve esasları çerçevesinde yapılır."* hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 7. maddesinde *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez"*; 123. maddesinde, *"İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve*

görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur" denilmektedir.

İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar.

12. maddede, 2872 sayılı Yasa hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi Çevre ve Orman Bakanlığına verilmiş, Bakanlığın gerektiğinde bu yetkiyi devredebileceği kamu kurum ve kuruluşları tek tek sayıldıktan sonra, iptali istenilen ibareyle, Yasa'da belirtilen kurum ve kuruşlar dışında Bakanlığın uygun göreceği diğer kurum ve kuruluşlara da anılan denetleme yetkisinin devredilebilmesi öngörülmüştür. Denetleme yetkisinin hangi kurum ve kuruluşa devredileceğinin Yasa'da açıkça belirtilmeksizin Bakanlığın takdirine bırakılması, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırıdır. İbarenin iptali gerekir.

Haşim KILIÇ bu görüşe katılmamıştır.

İbare, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine dayanılarak iptal edildiğinden, ayrıca 2., 6., 8. ve 11. maddeleri yönünden incelemeye gerek duyulmamıştır.

5) Yasa'nın 12. Maddesiyle Değiştirilen 2872 Sayılı Yasa'nın 15. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde kuralın, çevreyi kirleten, canlı yaşamı için risk oluşturan işletmelere bir yıla kadar riskli faaliyetlerini sürdürme olanağı sağladığı, bunun çevrenin kirlenmesinin önlenmesi konusunda Devlete verilen ödevin yerine getirilmemesi anlamına geldiği, çevre hakkını ölçüsüzce sınırlandırdığı, Birleşmiş Milletler Dünya Doğa Şartı, 1972 Stockholm Deklarasyonu, 1992 Rio Çevre Sözleşmesi ve Akdenizin Kara Kökenli Kaynaklardan ve Faaliyetlerden Dolayı Kirlenmeye Karşı Korunması Protokolü ile bağdaşmadığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 11., 13., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 15. maddesinin birinci fıkrasında *"Bu Kanun ve bu Kanun uyarınca yayımlanan yönetmeliklere aykırı davrananlara söz konusuaykırı faaliyeti düzeltmek üzere Bakanlıkça ya da 12 nci maddenin birinci fıkrası uyarınca denetim yetkisinin devredildiği kurum ve merciler tarafından bir defaya mahsus olmak üzere esasları yönetmelikle belirlenen ve bir yılı aşmamak üzere süre verilebilir."* denilmiştir.

Kuralda, 2872 sayılı Yasa ve bu Yasa gereğince yayımlanan yönetmeliklere aykırı davranan kurum, kuruluş ve işletmelere aykırı faaliyeti düzeltmek için bir defaya mahsus olmak üzere süre verilmesi idarenin takdirine bırakılmış, 15. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında, çevre ve insan sağlığı yönünden tehlike oluşturan ya da ÇED incelemesi yapılmaksızın ve proje tanıtım dosyası hazırlanmaksızın başlanan faaliyetlerin süre verilmeksizin derhal durdurulacağı belirtilerek, bu konular kapsam dışında tutulmuştur. Dörd üncü fıkrada ise süre verilmesi ve faaliyetin durdurulmasının, 2872 sayılı Yasa'da öngörülen cezaların uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir. Buna göre iptali istenilen kural maddenin diğer fıkralarıyla birlikte değerlendirildiğinde, kuralın kapsama girenaykırı faaliyetlerin düzeltilmesini ve ilgilileri Yasa ve yönetmeliklere uygun davranmaya zorlamak suretiyle çevre hakkını ve çevrenin korunmasını sağlamayı amaçladığı anlaşıldığından, Anayasa'nın 56. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 13. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

6) 5491 Sayılı Yasa'nın Geçici 2. Maddesinin İncelenmesi

a) Birinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde kuralın, faal durumda olan çevre ve canlı yaşamı için risk oluşturan işletmelere bir yıla kadar faaliyetlerini sürdürmelerine yol açması sebebiyle 2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 15. maddesinin iptali istenilen birinci fıkrası için belirtilen gerekçelerle Anayasa'nın 2., 11., 13., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5491 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesinin birinci fıkrasında, *"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte faal durumda olan işletmelere bu Kanun ve yönetmeliklerle getirilen ek yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi için, yönetmeliklerin yayımlanmasından sonra, Bakanlıkça bir yıla kadar süre verilebilir."* denilmiştir.

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. Yasaların belirgin ve öngörülebilir olması da hukuk devletinin gereğidir.

5491 sayılı Yasa, yürürlüğe girdiği tarihte faal olan işletmelere çevre hakkı ve çevrenin korunmasına ilişkin çeşitli yükümlülükler öngörmektedir.

Çevrenin korunması için getirilen ek yükümlülüklerin gerçekleştirilmesi konusunda verilebilecek bir yıllık sürenin başlangıcını, ne zaman yayımlanacağı belli olmayan yönetmeliğin yayımı tarihine bağlayan düzenleme, çevre hakkının korunmasında belirsizliğe yol açtığından Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 11., 13. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

b) İkinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, hassas alan niteliğindeki kapalı koylarda, körfezlerde ve arkeolojik sit alanlarında kurulması yasaklanan mevcut balık çiftliklerinin bir yıl süre ile faaliyetlerini sürdürmelerine neden olunduğu, belirtilen alanlarda balık çiftliklerinin kurulmasının büyük ölçekte deniz kirliliğine yol açtığı, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 13., 56., 63. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5491 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesinin ikinci fıkrasında, *"2872 sayılı Çevre Kanununun 9 uncu maddesinin (h) bendine aykırı tesisler, bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren bir yıl içerisinde kapatılır."* denilmiştir.

Anayasa'nın *63. maddesinde "Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir."* hükmüne yer verilmiştir.

2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 9. maddesinin (h) bendinin ikinci paragrafındaki *"Denizlerde yapılacak balık çiftlikleri, hassas alan niteliğindeki kapalı koy ve körfezler ile doğal ve arkeolojik sit alanlarında kurulamaz"* denilmiştir.

2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 3. maddesinde, sit, *"tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlardır."* şeklinde tanımlanmıştır.

Kuralın yeni bir düzenleme olması nedeniyle, 5491 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği 13.5.2006 tarihinden itibaren, denizlerde mevcut balık çiftliklerinin yasak kapsamındaki hassas alan niteliğindeki kapalı koy ve

körfezler ile doğal ve arkeolojik sit alanlarına girip girmediğinin tespitinin yapılabilmesi için süreye ihtiyaç duyulacağı açıktır.

Kuralla, 5491 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıllık kesin süre getirilerek, idarenin takdirine bağlı olmayan uygulama ile kapsam içerisine giren balık çiftliklerinin kapatılmasının öngörülmesiyle, yasak kapsamına giren kapalı koy ve körfezler ile doğal ve arkeolojik sit alanlarının korunduğu anlaşıldığından Anayasa'nın 56. ve 63. maddesine aykırılıktan söz edilemez. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 13. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

7) 5491 Sayılı Yasa'nın Geçici 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde kuralın, ÇED hükümlerine tâbi olduğu halde yükümlülüklerini yerine getirmeyerek çevreyi kirleten ve canlı yaşamı için risk oluşturan işletmelere bir yıla kadar bu faaliyetlerini sürdürme olanağı sağladığı, 2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 15. maddesinin iptali istenilen birinci fıkrası için belirtilen gerekçelerle de Anayasa'nın 2., 11., 13., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Geçici 3. maddenin birinci fıkrasında, *"Bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Çevresel Etki Değerlendirmesi Yönetmeliği hükümlerine tâbi olduğu halde, yükümlülüklerini yerine getirmeyenlerden, halihazırda yer seçimi uygun olanlar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, ilgili yönetmelikler çerçevesinde gerekli yükümlülüklerini yerine getirdiklerini gösterir çevresel durum değerlendirme raporunu hazırlayarak Bakanlığa sunar. İlgili yönetmeliklerde belirlenen şartları sağlayanlar başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde karara bağlanır."* hükmüne yer verilmiştir.

2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 15. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin gerekçelerle 5491 sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesinin birinci fıkrası da Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 13. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

8) 5491 Sayılı Yasa'nın Geçici 4. Maddesinin Birinci ve İkinci Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde kuralın, Yasa'da belirtilen atıkların, çevre sağlığı ve canlı yaşamı için tehlike oluşturmayacak şekilde bertaraf edilmesinden 4 ilâ 11 yıl süreyle vazgeçildiği, bunun çevrenin kirlenmesine yol açacağı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 181. ve 182. maddelerindeki çevreye karşı suç

düzenlemelerini uygulanamaz hale getireceği, kamu yararı amacını değil kurum ve işletmeleri koruma amacını gözettiği, ayrıca 2872 sayılı Yasa'nın değiştirilen 15. maddesinin iptali istenilen birinci fıkrası için belirtilen gerekçelerle de, Anayasa'nın 2., 11., 13., 56. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Geçici 4. maddenin birinci fıkrasında *"Atıksu arıtma ve evsel nitelikli katı atık bertaraf tesisini kurmamış belediyeler ile, halihazırda faaliyette olup, atıksu arıtma tesisini kurmamış organize sanayi bölgeleri, diğer sanayi kuruluşları ile yerleşim birimleri, bu tesislerin kurulmasına ilişkin iş termin plânlarını bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Bakanlığa sunmak ve aşağıda belirtilen sürelerde işletmeye almak zorundadır"*, ikinci fıkrasında *"İşletmeye alma süreleri, iş termin plânının Bakanlığa sunulmasından itibaren; belediyelerde nüfusu, 100.000'den fazla olanlarda 3 yıl, 100.000 ilâ 50.000 arasında olanlarda 5 yıl, 50.000 ilâ 10.000 arasında olanlarda 7 yıl, 10.000 ilâ 2.000 arasında olanlarda 10 yıl, organize sanayi bölgeleriyle bunların dışında kalan endüstri tesislerinde ve atıksu üreten her türlü tesiste 2 yıldır."* denilmiştir.

Belediyeler ile faaliyette olup da atıksu arıtma tesisini kurmamış organize sanayi bölgeleri, diğer sanayi kuruluşları ile yerleşim birimlerinin, çevre hakkının korunmasını amaçlayan atıksu arıtma ve evsel nitelikli katı atık bertaraf tesislerini kurmalarının belli bir süreyi gerektireceği açıktır. İşin niteliğinden kaynaklanan belirli sürelerin verilmesinin çevreye karşı suç olarak tanımlanan eylemleri teşvik ettiğinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 56. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 13. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez"* denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dörd üncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal

boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

5491 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrası ile geçici 2. maddesinin birinci fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükümlerinin, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

26.4.2006 günlü, 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle değiştirilen 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinin " … sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin, (c) ve (d) bentleri ile (j) bendinin son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 9. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan " … veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

E- 12. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- Geçici 2. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- Geçici 3. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- Geçici 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrası ile geçici 2. maddesinin birinci fıkrasının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu fıkralara ilişkin İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

15.1.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasına ilişkin Üye Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoy gerekçesine katılıyorum.

2- Yasa'nın 9. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesindeki "Veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara" ibaresi,

2872 sayılı Kanun'un 12. maddesinde, Çevre Kanunu'ndaki hükümlere uyulup uyulmadığını denetleme yetkisinin Bakanlığa ait olduğu belirtildikten sonra Bakanlığın bu yetkisini gerektiğinde il özel idarelerine, çevre denetim birimlerini kuran belediye başkanlıklarına, Denizcilik

Müsteşarlığına, Sahil Güvenlik Komutanlığına, Karayolları Trafik Kanunu'na göre belirlenen denetleme görevlilerine devredilebileceği öngörülmüştür. Kuralın genel yapısına bakıldığında Çevre Bakanlığı kendisine verilen bu yetkiyi, belirlenen kuruluşlara öncelikle devredebilecektir. Eğer bu kuruluşlardan hiçbiri yoksa o takdirde çoğunlukça iptal edilen "Veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara" ibaresi gereğince başka kurumlara denetim yetkisini devredebilecektir. Madde'de sayılan kurumların olmaması halinde çevre ile ilgili denetimi yapabilecek donanım ve tekniğe sahip diğer kamu kurumlarına söz konusu yetkinin devredilmesini "yasama yetkisinin" devri niteliğinde görmek mümkün değildir. Denetim konusunda teknik donanıma sahip olmayan bir kamu kurumuna böyle bir yetkinin devredilmesi düşünülemez.

Yasakoyucunun, Çevre Bakanlığı'nın denetim yetkisini devredebileceği kurumları saydıktan sonra bu kurumların o bölgede bulunmama ihtimali karşısında boşluk doğmaması ve denetimsiz kalmaması düşüncesiyle uygun görülen kamu kurum ve kuruluşlarına bu yetkiyi devredebilecekleri kuralını getirdiği anlaşılmaktadır. Madde de tek tek sayılan kurumlar çerçeveyi belirleyen kurumlardır. Aslolan bu kurumların öncelikle denetim yetkisinin devredileceği kurumlar olması ve bununda açıkça belirlenmiş olmalarıdır.

Bu nedenle ibarenin belirli olmadığı ve yasama yetkisinin devredildiği görüşü isabetli görülmediğinden çoğunluk görüşüne katılmadım.

Başkan
Haşim KILIÇ

KARŞIOY GEREKÇESİ

26.4.2006 günlü, 5491 sayılı Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasının iptaline ilişkin Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyuna katılıyorum.

Üye
Sacit ADALI

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- "Devletin temel amaç ve görevleri" başlıklı Anayasa'nın 5. maddesinde; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

"Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı Anayasa'nın 56. maddesinde de; herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemenin Devletin ve vatandaşların ödevi olduğu ifade edilmektedir. Anılan maddenin gerekçesinde de "…Çevre korunmasının bu önemi ve son yıllarda kazandığı boyutlar, ferde Devlete karşı dengeli ve sağlıklı çevrede yaşama yolunda bir sosyal hak tanınmasını zorunlu kılmaktadır…" denilmektedir.

"Sosyal ve ekonomik hakların sınırı" başlıklı Anayasa'nın 65. maddesi ise "Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini, ekonomik istikrarın korunmasını gözeterek, mali kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir." hükmünü öngörmektedir. Bu maddenin gerekçesinde de **"…Madde hiç kimseye Devletten sosyal ve ekonomik hakları gerçekleştirmesini isteme hakkı vermediğini, bu hakların devlete yüklenen ödevlerden ibaret olduğunu belirlemektedir…"** denilmektedir.

Belirtilen bu Anayasal normlardan, "çevre hakkı"nın bir "sosyal hak" olarak Anayasa koyucu tarafından benimsendiği, ancak bu hakkın Devletin mali kaynaklarının yeterliliği ile sınırlı ve isteme hakkı teşkil etmeyen, bu çerçevede Devlete yüklenen bir ödev teşkil eden bir mahiyet taşıdığı açıkça anlaşılmaktadır.

Yine Anayasa'nın "Tabii Servetler ve Kaynakların aranması ve işletilmesi" başlıklı 168. maddesi "Tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bir süre için, gerçek ve tüzel kişilere devredebilir…" hükmünü öngörmektedir.

2- Devletin kendisine Anayasa ile verilen, insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmek için gerekli şartları hazırlamaya çalışması; ancak ekonomisinin güçlü olması, gelir kaynaklarının artması, refahın artması ve gayrisafi milli hasılasının yükselmesi gibi etkenlerle doğrudan ilişkilidir. Ülke toprağında bulunan tabii servetler ve kaynaklarda bu amaca hizmet yolunda bir gelir kalemi durumundadır. Dolayısıyla bu kalemin de Devlete yüklenen Anayasal görevler bakımından çok iyi ve verimli bir biçimde değerlendirilmesi gerekir. Ne var ki, salt gelir sağlama amacıyla, çevre ve insan faktörlerini ikinci plâna iten bir yasal düzenlemenin de işaret edilen

Anayasal ilkelerle bağdaşmayacağı açıktır. Şu halde, çevren-insan-insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme-ekonomik güç kriterleri birlikte dikkate alınmalı ve bu harmanlama ve yorum ışığında bir yasal düzenlemeye gidilmelidir.

3- Davanın somutunda, 26.4.2006 günlü, 5491 sayılı Kanunla değiştirilen 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesinin "Petrol, jeotermal kaynaklar ve maden arama faaliyetleri, Çevresel Etki Değerlendirmesi kapsamı dışındadır." şeklindeki üçüncü fıkrasının bu çerçevede değerlendirilmesinde; Yasakoyucunun maden çıkarma faaliyetleri bakımından Çevresel Etki Değerlendirmesi(ÇED) yapılmasını öngördüğü, bu tür faaliyetin yaratacağı ekonomik değer ne ölçüde büyük olursa olsun çevre-insan dengesinde çevreye öncelik tanıdığı, bunda da bu faaliyetin toprak, bitki, ağaç ve çevre sağlığı gibi faktörler üzerindeki olumsuz etkisinin dikkate alındığı, ancak sadece sondaja ve delmeye yönelik olan ve bu niteliği itibariyle çevre üzerinde en az olumsuz etki yaratıcı jeotermal ve petrol çıkarma gibi doğal kaynaklar yönünden ve maden çıkarmayı kapsamayan; salt etüt, analiz ve toprak üzerinde basit işlemleri kapsayan "maden arama faaliyetleri" bakımından ÇED incelemesi öngörmemesinde, yukarıda açıklanan Anayasal ilkeleri dikkate alarak ve sahip olduğu takdir hakkını yine insan-çevre dengesini gözeterek kullandığı, ülkenin doğal kaynaklarının salt çevre değerleri gözetilerek hiç değerlendirilmemesi gibi bir önceliğin Anayasa'da yer almadığı, aksine iptali istenen kuralda çevrenin korunmasına azami dikkat ve özenin gösterildiği, dolayısıyla kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, kuralın iptali yönündeki çoğunluk kararına katılamıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY

5491 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile 2872 sayılı Çevre Orman Kanunu'nun değiştirilen 10. maddesinin iptali istenilen üçüncü fıkrasında "petrol jeotermal kaynak ve maden arama faaliyetlerinin" çevresel etki değerlendirmesi kapsamı dışında tutulması öngörülmüştür.

Yasa'nın 10. maddesinin birinci fıkrasında ise gerçekleştirilmesi planlanan faaliyetler sonucu çevre sorununa yol açacak kurum, kuruluş ve işletmenin çevresel etki raporu almaları gerektiği belirtilmektedir.

Çevresel etki değerlendirilmesinin tanımında, gerçekleştirilmesi planlanan projelerin çevreye olabilecek olumlu ve olumsuz etkilerin belirlenmesinde, olumsuz yöndeki etkilerin önlenmesi ya da çevreye zarar vermeyecek ölçüde en aza indirilmesi için alınacak önlemlerin seçilen yer ile teknoloji alternatiflerinin belirlenerek değerlendirilmesi ve projelerin uygulanmasının izlenmesi ve kontrolünde sürdürülecek çalışmaları ifade ettiği anlaşılmaktadır.

Yasa'nın 10. maddesinin genel gerekçesinde, benzer bir açıklama ile çevreyi olumlu ya da olumsuz yönde etkileyen bir faaliyetin etkilerinin faaliyet ile ilgili yatırıma başlanmadan önce, henüz karar aşamasında iken irdelenmesi, olumsuz etkilerinin önlenmesi ve alternatif çözümler belirlenmesi nedenlerine dayalı olduğu ifade edilmektedir.

Madencilik faaliyetleri arama ile başlamakta bu kapsamda ruhsata tabii olarak projeksiyon, jeolojik harita yapma, numune alma, jeolojik araştırma, sondaj küçük çaplı yarma gibi üretime yönelik olmayan kalıcı kirlilik, atık, artık bırakmayan faaliyetlerden oluşmaktadır.

Bu anlatılanlar kapsamındaki işler, iptali istenen kural ile üretim öncesi "ÇED" kapsamı dışında tutulan ARAMA SÜRECİ'ni ifade etmekte, yasa gerekçesinde de bahsedildiği gibi faaliyet ile ilgili yatırım kararı vermezden önceki araştırma, bilgilenme, etüd aşamasını göstermektedir ve bir nevi yatırıma veri hazırlama süreci olup, bir başka ifade ile de maden üretim faaliyeti için gerekli tesis, makine, ekipman, işletme personeli istihdam edilmeden önceki dönemi ifade etmektedir.

Arama sürecinde yapılan işlere ilişkin olarak arama faaliyeti aşamasında ihtiyaç duyulmayacağı söylenen çevresel etki değerlendirme ise; etüd, sondaj, arama ile ortaya çıkan değerlerin, çevresel, bilimsel ve teknik kapsamda ele alınması ve elde edilen verilere göre faaliyetin içinde bulunacağı karşılıklı etkileşim alanlarının biyolojik, fiziksel, sosyolojik,

ekonomik ve kültürel ortamlar yönünden değerlendirilmesi ve tahlilin yapılmasıdır.

Bu makro düzey değerlendirmesini, bu değerlendirmeye esas olacak verileri dahi elde etmeden bir ÇED raporu ile istemek ve varlığını zorunlu koşmak devletin sosyal ve ekonomik alanda gelişimi için mali kaynak yaratmak zorunluluğu ödevi karşısında çelişki yaratmaktadır.

Ülkede yatırımcıyı ve ulusal boyutta ülke ekonomisine olası katkıları belirleyecek "arama süreç netice bilgileri"ni elde etmeden bu aşamadaki faaliyetler için çevre değerleri yönünden marjinal sorunlara çözüm üreten ÇED raporunu arama faaliyetine koşut koymak KALKINMA-mı?/ ÇEVRE-mi- dengesinde çevre lehine genişleyen bir koruma alanı yaratırken, kamusal ve bireysel zorunlu kalkınma hamlelerine sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmayan bir kayıtlama getirmek demektir.

Ne tür bir yeraltı zenginliğinin varlığına sahip olunduğu, olası yatırımın fizıbıl olup olmadığı buna bağlı pazar ve arz garantileri bulunup bulunmadığı değerlendirmelerine geçmeden, varsayım ve salt öngörüye dayalı maden arama faaliyetlerinin kural gibi Ç.E.Değerlendirilmesi dışında tutulması, bireyin ve devletin kendini geliştirme, refah ve ekonomik kalkınmanın yükseltilmesi, bu manada devletin kaynak arama, yaratma yükümlülüğünü yerine getirmede kamusal yarar öncelikli, ölçülü bir yaklaşımıdır.

ÇED sektörel yatırımda güvenli bir emniyet sübabı görevi gören en etkili unsur ise de, sondaj, kuyu açma, harita, numune alma vb. sathi hazırlık aşamaları içeren arama faaliyetleri ÇED gibi marjinal yarar doğrularını gösterecek uygulama alanı dışı faaliyetlerdendir.

Çevre/kalkınma dengesinde aktif bir rol ve ödev üstlenen Devletin, madencilik faaliyetleri için global ölçümleme ve değerlendirme yapan ÇED raporunun, maden arama faaliyetleri sürecinde de ihtiyacı olmadığını kurallaştıran iptali istenen 10. maddenin üçüncü fıkrası, İnsan/Çevre – Çevre/Kalkınma, Kalkınma/Sosyal Devlet, Sosyal Devlet/Birey'in hak ve özgürlüklerinin anayasal ilkeleri ışığında değerlendirildiğinde kuralın Anayasa'ya aykırı bir yönünün bulunmadığı düşünüldüğünden, aksi kanaati oluşturan çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2005/36

Karar Sayısı : 2009/12

Karar Günü : 29.1.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Nevşehir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 63. maddesinin 3396 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...ilk..." sözcüğünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Öldürülen Bağ-Kur sigortalısı için Kurum tarafından yapılan yardımların davalılardan tahsiline karar verilmesi istemiyle Bağ-Kur tarafından açılan rücu davasında, itiraz konusu sözcüğün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anılan Kanun'un 63. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında "Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanun'da sayılan yardımların yapılmasının gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar.

(Değişik:20/6/1987 – 3396/11 md.) Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere ve diğer sorumlulara rücu eder. Bu kimselerin hak sahiplerine yaptıkları ödemeler dolayısıyla Kurumun zarara uğraması halinde, hak sahiplerine rücu hakkı saklıdır." denilmektedir. 2. fıkrada geçen "…ilk…" kelimesi nedeni ile Bağ-Kur sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı yardımların ilk peşin değerini isteyebilmekte; ileriki yıllarda aylıklarda yapılan artışların peşin değerini isteyememektedir. Bu durum Yargıtay içtihatlarında da istikrar kazanmıştır.

(10 HD 15.01.2001, E:2000/6871, K.2001/3; 19.02.2001, E:2001/196,K: 2001/1101; HGK 18.03.1998, E:1998/10-183, K:1998/233)

Oysaki belirtilen hususa paralel düzenleme getiren 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26/1 maddesine göre tavan hesabı yapılması gerekmektedir. Olayımızda öldürülen SSK'lı olsaydı Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3. kişilere BK hükümlerine göre rücu edilecektir. Esasen yapılan yardımların ilk peşin değerlerinin istenebileceği, dolayısı ile artışların istenemeyeceği ilkesi, 3396 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle getirilmiştir. Bunun hemen öncesinde kabul edilen 3395 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte ise (506 sayılı Kanun 26. madde) sosyal sigortalar alanında böyle bir engellemeye gidilmemiş, rücu davalarında tavan sınırı getirilmiştir.

Bazen aynı olayda hem SSK'lı hem de Bağ-Kurlu'nun zarar görmesi durumunda, kusur nispeti ve zarar miktarı aynı olsa da, SSK'nın rücu edebileceği tazminatla, Bağ-Kur'un rücu edebileceği tazminat miktarı farklı olacaktır.

Bu durum açıkça Anayasa'nın eşitlik ilkesine lafzına ve ruhuna aykırıdır.

SONUÇ VE TALEP: Açıklanan nedenlerle 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 3396 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile değişik 63. maddesinin 2. fıkrasındaki " …ilk…" kelimesinin iptaline karar verilmesi arz olunur. "

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun itiraz konusu sözcüğü de içeren 63. maddesi şöyledir:

"Üçüncü kişinin sorumluluğu:

Madde 63- (Değişik: 14/3/1985 - 3165/16 md.)

Üçüncü bir kimsenin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir halin doğmasında, Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapar.

(Değişik: 20/6/1987 - 3396/11 md.) Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere, (...) ve diğer sorumlulara rücu eder. Bu kimselerin hak sahiplerine yaptıkları

ödemeler dolayısıyla Kurumun zarara uğraması halinde, hak sahiplerine rücu hakkı saklıdır.

(Ek fıkra: 24/7/2003-4956/29 md.) Taksirli suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasına neden olan üçüncü kişinin sigortalının eşi, çocukları, ana ve babası olması halinde, bu kişilere rücu edilmez.

(Ek fıkra: 24/7/2003-4956/29 md.) Kurumun rücu hakkını doğuran suç sayılır hareket yurt dışında meydana gelmiş, suçun faili yabancı uyruklu ve yurt dışında ikamet ediyorsa, bu kişilere rücu edilmez."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL, Fettah OTO ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 4.5.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, Bağ-Kur'un sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı yardımların ilk peşin değerini isteyebildiği, ileriki yıllarda aylıklarda yapılan artışları isteyemediği, oysa buna paralel düzenleme getiren 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasına göre tavan hesabı yapılması gerektiği, aynı olayda hem SSK'lı hem de Bağ-Kur'lunun zarar görmesi durumunda, kusur nispeti ve zarar miktarı aynı olsa da, SSK'nın rücu edeceği tazminatla, Bağ-Kur'un rücu edeceği tazminat miktarının aynı olmadığı, bu nedenle itiraz konusu sözcüğün Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 60. maddeleri yönünden de inceleme yapılmıştır.

Üçüncü kişinin sorumluluğunun düzenlendiği 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrasında, üçüncü kişinin suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir durumun doğması halinde Kurumun, sigortalı ya da hak sahiplerine gerekli bütün yardımları yapacağı, itiraz konusu sözcüğün bulunduğu ikinci fıkranın birinci tümcesinde ise, Kurumun, yapılan yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere ve diğer sorumlu kişilere rücu edeceği öngörülmektedir.

Kurala göre, sigortalılara veya bunların hak sahiplerine Bağ-Kur tarafından yapılan yardımların ilk peşin değeri için sorumlu üçüncü kişilere rücu edilmesi mümkün olmasına karşın, bu yardımlarda katsayı değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan artışın peşin değerinin Bağ-Kur tarafından ek rücu davaları açılması suretiyle istenmesine olanak tanınmamakta, itiraz konusu "...ilk..." sözcüğü ile üçüncü kişilerin sorumluluğu daraltılmış olmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesi ile benimsenen hukuk devleti, bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bu devlette hukuk güvenliğini sağlayan bir düzen kurulması asıldır. Böyle bir düzende devlete güven ilkesi ise vazgeçilmez temel öğelerdendir. Devletin yaptığı düzenlemelerde haksız bir edinime yol açılması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. 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 ihlal edilmiş olmaz.

Anayasa'nın 60. maddesinde, "*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar*" denilmektedir. Bu kurala göre, sosyal güvenlik herkes için bir hak ve bunu gerçekleştirmek ise Devlet için bir görevdir. Sosyal güvenlik hakkı, sosyal sigorta kuruluşlarınca kendi kuralları çerçevesinde yerine getirilir. Sosyal sigortanın kapsamı, sigorta alanı ve içerdiği riskler ile alınacak primler yasalarla belirlenmiştir. Sosyal güvenliğin ve sigortanın varlık nedeni sosyal risklerin karşılanmasıdır.

Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da gelirin ilk peşin sermaye değerini Kurum'a ödeyen ve böylece ilgisi kesilen üçüncü kişinin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlere yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulması, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin üçüncü kişilere yükletilmesi anlamına gelir. İtiraz konusu sözcük böyle bir durumu engellemesi nedeniyle hakkaniyet ve sorumluluk ile sosyal hukuk devleti ilkelerine aykırı değildir.

Öte yandan, sosyal güvenlik kuruluşu Bağ-Kur olan sigortalıların sigorta hakları 1479 sayılı Yasa'da düzenlenmiştir. Oysa, 506 sayılı Yasa'ya bağlı olarak çalışan sigortalıların sosyal güvenlik kuruluşu Sosyal Sigortalar Kurumu'dur. Her iki Kurum'un sigortalılarına yapılan yardımların tahsili için açılan rücu davalarında farklı usuller öngörülmesinde, bu sigortalılar aynı hukuki konumda bulunmadıklarından aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

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

VI- SONUÇ

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 63. maddesinin 20.6.1987 günlü, 3396 sayılı Yasa'nın 11. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "…ilk…" sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 29.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/124

Karar Sayısı : 2009/13

Karar Günü : 29.1.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Mersin 4. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.7.2005 günlü, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının altıncı tümcesinin Anayasanın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Hırsızlığa eksik teşebbüs suçundan sanık çocuk hakkında görülmekte olan davada, duruşmaların Cumhuriyet savcısı bulunmadan gerçekleştirileceğine ilişkin itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Mersin 4. Asliye Mahkemesinin 13.9.2005 tarih ve 2004/1764 sayılı başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 160/2. maddesinde Cumhuriyet savcısının yalnız şüphelinin aleyhine olan hususları değil lehine olan delilleri de toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlü olduğu bildirilmiştir. Mevcut uygulamada, şüpheli çocuk hakkında leh ve aleyhe olan delilleri toplayan Cumhuriyet savcısı duruşmanın devamı esnasında gelişmelerden ve davanın seyrinden bihaber kalmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 188/1. maddesinde, duruşmada hükme katılacak hakimler ve Cumhuriyet savcısı ile zabıt katibinin ve Kanunun zorunlu müdafiliği kabul ettiği hallerde müdafiin hazır bulunması şart koşulmuştur.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 220. maddesinde duruşma tutanağının başlığında Cumhuriyet savcısının (varsa denilmediğine dikkat edilmesi gerekir) adı ve soyadının yazılması gerektiği emredilmiştir. Çünkü

Cumhuriyet savcısı iddia makamını temsilen ceza yargılamasının asli bir unsurudur.

Kanunun genel sistematiğine bakıldığında ceza yargılamasının üç ana unsuru iddia, savunma ve karar mekanizması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu üç unsurdan birinin noksan olması halinde adil ve güvenli bir yargılama yapıldığından bahsetmek güçleşir.

Anayasa Mahkemesi'nin 20.03.2002 tarih ve 2000/48 esas, 2002/36 karar sayılı kararında da belirtildiği üzere *"... Adalet kavramı ve yargılama işlevi, birbirini tamamlayan, birbirinden ayrılamaz sav, savunma karar üçlüsünden oluşan yargıyla yaşama geçmektedir..."*.

Adalet kavramı evrensel ve yüce bir kavram olup ancak adil bir yargılama sonucunda tecelli eder. Adil bir yargılamadan bahsedilebilmesi için ise, birbirinden ayrılmayan ve hatta birbirini tamamlayan iddia, savunma, karar üçlüsünden oluşan bir yargılamanın mevcudiyeti şarttır.

Sadece iddianame yazılarak "iddia" mekanizmasının gerçekleştiğinden söz etmek doğru olmaz. İddia makamının diğer ceza mahkemeleri yargılamasında olduğu gibi, yargılama platformuna aktif olarak katılması ve gerektiğinde sanığın (veya mağdur tarafın) lehine olan iddiaları da, yeni gelişme ve toplanan delillere göre bizzat yaşayarak hissederek ileri sürmesi gerekmektedir.

Çocuk mahkemelerinde görülen davaların bir çoğu uzlaşma hükümlerine tabidir. Mağdur veya şikayetçisi olmayan veya belirlenemeyen ve fakat re'sen takibi gereken, ancak kanunda öngörülen cezasının alt sınırı itibariyle uzlaşma hükümlerinin uygulanması gereken durumlarda, kamuyu temsilen uzlaşma teklifinin Cumhuriyet savcısına, yapılabilmesi açısından da çocuk mahkemelerinde Cumhuriyet savcısının bulunması gerektiği düşünülmüştür.

Çocukların yetişkinlerle birlikte suç işlemesi ve davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu görülmesi halinde, 5395 sayılı Kanunun 17. maddesine göre davaya genel mahkemelerde bakılacağı emredici hüküm olduğuna ve bu durumda çocukların yargılanmasında Cumhuriyet savcısının duruşmaya katılımında da bir sakınca görülmediğine göre; çocuk mahkemelerindeki duruşmalara Cumhuriyet savcısının katılmasının yasaklanmasındaki hukuki espri Mahkememizce anlaşılamamıştır.

İddia ve savunmanın duruşmada hazır bulunarak delilleri tartışmasının, hükmün kurulmasında ve çözüme gidilmesinde pratik bir fayda sağlayacağı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi'nin 20.03.2002 tarihli kararında da belirtildiği üzere *"... niteliği ne olursa olsun kişiye yöneltilen bir suçlamaya karşı savunma ve adil yargılanma hakkının sağlanması bakımından suçların hafif yada ağır veya sulh, asliye ve ağır cezalık olması gibi bir ölçüye göre farklılık oluşturulması kabul edilemez...".*

İtiraz konusu kuralla, Çocuk Mahkemelerine açılan davalarda Asliye ve Ağır Ceza Mahkemelerine açılan davalardan farklı bir yargılama uygulaması öngörülerek eşitlik ilkesi de ihlal edilmektedir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3.7.2005 günlü, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun itiraz konusu tümceyi de içeren 25. maddesi şöyledir:

"(1) Çocuk mahkemesi, tek hâkimden oluşur. Bu mahkemeler her il merkezinde kurulur. Ayrıca, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulabilir. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. ***Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz.*** Mahkemelerin bulunduğu yerlerdeki Cumhuriyet savcıları, çocuk mahkemeleri kararlarına karşı kanun yoluna başvurabilirler.

(2) Çocuk ağır ceza mahkemelerinde bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır. Bu mahkemeler bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulur. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde çocuk ağır ceza mahkemelerinin birden fazla dairesi oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK,

Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT' ün katılımlarıyla 17.10.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında Mahkeme, şüpheli çocuğun leh ve aleyhine delilleri toplayıp kamu davası açan Cumhuriyet savcısının, itiraz konusu kural uyarınca çocuk mahkemelerindeki duruşmalara katılamadığını, bu nedenle dava sırasında ortaya çıkan yeni gelişmelerden haberdar olmadığını, ceza yargılamasının üç ayağından birini teşkil etmesi sebebiyle iddia makamı olmadan yapılan yargılamanın adil ve güvenli bir yargılama olamayacağını, iddianamenin savcı tarafından düzenlenmiş olmasının bu eksikliği gideremeyeceğini, özellikle mağdur veya şikayetçisi olmayan ya da bilinmeyen davalarda uzlaşma hükümlerinin uygulanabilmesi için Cumhuriyet savcısının mutlaka hazır bulunması gerektiğini, yetişkinlerle birlikte genel mahkemelerde yargılanan çocukların duruşmalarında Cumhuriyet savcısı bulunurken çocuk mahkemelerindeki duruşmalarda bulunmamasının anlaşılamadığını belirterek kuralın Anayasanın 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde, "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî 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.

Buna göre, ceza hukuku alanında yasa önünde eşitlik ilkesinin uygulanması, kuşkusuz, aynı suçu işleyen tüm suçluların kimi özellikleri göz ardı edilip her yönden aynı kurallara bağlı tutularak yargılanmaları anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi, birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik mutlak ve eylemli eşitlik değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Mağdurun veya failin durumlarındaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanmasını gerektirebilir.

5395 sayılı Yasa'nın 3. maddesi uyarınca daha erken yaşta ergin olsa bile onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmış çocukların, itiraz konusu kuralla sulh ceza ve asliye ceza mahkemelerinin görev alanına giren suçlarına bakmakla görevli çocuk mahkemelerindeki davaların duruşmalarında Cumhuriyet savcısının bulunamayacağı öngörülmektedir.

Yasa'nın 25. maddesine göre, bu mahkemeler tek hakimli olup il merkezleriyle, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak kurulabilirler. İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde bunların birden fazla dairesinin kurulması da mümkündür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da bir başkan ve yeteri kadar üyeden müteşekkil çocuk ağır ceza mahkemelerinin kuruluşuna dair kurallara yer verilmiştir. Çocuk ağır ceza mahkemelerindeki duruşmalara Cumhuriyet savcısının katılımını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Aynı Kanun'un 17. maddesine göre, yetişkinlerle birlikte suç işleyen çocuklar hakkındaki davaların, zorunlu hallerde yetişkinlerle birlikte genel mahkemelerde görülmesi de mümkün olduğundan, suça sürüklenen çocuklar hakkındaki ceza davaları bakımından, duruşmalarında Cumhuriyet savcısının bulunamayacağı tek mahkemenin çocuk mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır.

Yasa'nın 26. maddesinde çocuk mahkemesinin bakacağı davalar, "asliye ceza mahkemesi ile sulh ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar bakımından, suça sürüklenen çocuklar hakkında açılacak" olanlarla sınırlı bulunmaktadır.

Anayasa'nın 142. maddesinde, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir", 141. maddesinin ikinci fıkrasında ise "Küçüklerin yargılanması hakkında kanunla özel hükümler konulur." denilmektedir. Böylece, işleyiş ve yargılama usulü genel olarak kanuna bırakılan mahkemelerden, küçüklerin yargılanmasıyla görevlendirilmiş olanlar açısından, küçüklerin özel durumu dikkate alınarak kanunla ayrık hükümler konulması yasakoyucuya görev olarak verilmiştir.

Nitekim, ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 3. maddesinin birinci fıkrasında da, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idarî makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararının temel düşünce olduğu vurgulanmış, çocuk hukukunda uluslar arası standartları tespit eden ve çocuk haklarını koruyan hükümlere yer verilmiştir. Bu çerçevede Sözleşmenin 40. maddesinde, taraf Devletlerin,

hakkında ceza yasasını ihlâl ettiği ileri sürülen, bununla itham edilen ya da ihlâl ettiği kabul olunan *çocuk bakımından, yalnızca ona uygulanabilir yasaların, usullerin*, onunla ilgili makam ve kuruluşların oluşturulması hususunda çaba gösterecekleri belirtilmiştir.

İtiraz konusu kuralın içinde yer aldığı Çocuk Koruma Kanunu'nun amacının *"…korunma ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların korunmasına, haklarının ve esenliklerinin güvence altına alınmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek..."* olduğu 1. maddede ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 141. maddesine paralel olarak, çocuk mahkemelerinin özel olarak kurulması, maddi ya da usulî yasa hükümlerinde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi, bozulan kamu düzeninin sağlanmasından çok çocuğun topluma yeniden kazandırılmasının hedeflenmesi, bu nedenle cezalandırılmaları yerine haklarında güvenlik tedbirlerinin uygulanması gibi hususlar birlikte dikkate alındığında, yetişkinlerle birlikte yargılanan-yargılanmayan ayrımına dayalı bir eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Anayasa'nın 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 belirtilmektedir. Maddeye 2001 değişiklikleriyle eklenen "adil yargılanma" ibaresine ilişkin gerekçede, taraf olduğumuz uluslar arası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılama hakkının madde metnine dahil edildiği vurgulanmıştır. Bu sözleşmelerden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi uygulamasındaki adil yargılama ölçütleri içerisinde çekişmeli yargılama, gerekçeli karar, duruşmada hazır bulunma, susma hakkı ve diğer sanık hakları yanında "silahların eşitliği" ilkesi de bulunmaktadır. Bütün yargılama süresi boyunca gözetilmesi zorunlu bu ilke, davanın taraflarının, hasmı karşısında zayıf düşmeden kendi tezlerini sunabilmesini gerektirmektedir. Böylece, iki taraf arasında hakkaniyete uygun bir dengenin kurulması amaçlanmaktadır.

Soruşturma ve davanın açılması aşamasında Cumhuriyet savcısının yetkili olması, yargılama aşamasında hakimin leh ve aleyhteki delilleri toplama yetkisinin bulunması, karardan sonra da yine Cumhuriyet savcısının kanun yollarına başvurabilmesi birlikte gözetildiğinde, çocuk mahkemelerinde iddia makamının yargılama sırasında mutlaka bulunması gerektiği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, kuralın Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesiyle 36. maddesindeki adil yargılama ilkesine aykırı bir yönü bulunmadığından itirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

3.7.2005 günlü, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Çocuk mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz." biçimindeki altıncı tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 29.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/152

Karar Sayısı : 2009/14

Karar Günü : 29.1.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR

1- Danıştay Beşinci Dairesi	Esas Sayısı: 2005/152
2- İzmir 1. İdare Mahkemesi	Esas Sayısı: 2006/67
3- Zonguldak İdare Mahkemesi	Esas Sayısı: 2006/73
4- Aydın Bölge İdare Mahkemesi	Esas Sayısı: 2008/18

İTİRAZLARIN KONUSU: 17.9.2004 günlü, 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesinin (f) bendiyle 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 209. maddesinin sonuna eklenen fıkranın,

2- 10. maddesinin (a) bendiyle 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen (p) bendinin,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 11., 17., 56. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- OLAY

Diş tedavilerinden kaynaklanan giderlerin davalı idareler tarafından ödenmemesi nedeniyle Bütçe Uygulama Talimatının ilgili kurallarının ve idari işlemlerin iptali için açılan davalarda, itiraz konusu kuralları Anayasa'ya aykırı bulan Mahkemeler, iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

Başvuru kararlarında özetle, 657 sayılı Yasa'nın 209. maddesine eklenen fıkra ile 198 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen bent kurallarına göre, tedavi yardımı ile ilgili iyileştirme araçlarının bedellerinin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kurumlarınca ödenecek kısmı ve buna ilişkin esas ve usullerin neler olacağı konusunda Maliye

Bakanlığına yetki verildiği, Devletin ekonomik ve sosyal alandaki görevlerini yerine getirirken yapacağı düzenlemelerde yaşama hakkını ortadan kaldıran veya kısıtlama getiren kurallar getiremeyeceği, iyileştirme araçları konusundaki usul ve esasların yasakoyucu tarafından belirlenmediği ve bu konuların tamamen yürütme organının takdirine bırakıldığı, bu nedenlerle kuralların Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 11., 17., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesinin (f) bendiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 209. maddesinin sonuna eklenen fıkra şöyledir:

"**Tedavi kurum ve kuruluşlarında yapılan tedavilere (diş tedavileri dahil) ilişkin ücretlerle sağlık kurumlarınca verilen raporlar üzerine kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araç bedellerinin kurumlarınca ödenecek kısmı ve buna ilişkin esas ve usuller Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Maliye Bakanlığınca tespit edilir.**"

2- 5234 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin (a) bendiyle 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen (p) bendi ise şöyledir:

"MADDE 10- Bütçe ve Mali Kontrol Genel Müdürlüğünün görevleri şunlardır:

…

p- Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri ile bunların emekli, dul ve yetimlerinin (bakmakla yükümlü oldukları aile fertleri dahil) tedavi kurum ve kuruluşlarında yapılan tedavilerine (diş tedavileri dahil) ilişkin ücretlerle sağlık kurumlarınca verilen raporlar üzerine kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araç bedellerinin kurumlarınca ödenecek kısmını ve bu konuya ilişkin esas ve usulleri Sağlık Bakanlığının görüşünü almak suretiyle tespit etmek"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 11., 17., 56. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, E.2005/152 sayılı dosyada 28.12.2005 gününde, E.2006/67 sayılı dosyada 4.5.2006 gününde, E.2006/73 sayılı dosyada 30.5.2006 gününde, E.2008/18 sayılı dosyada ise 20.3.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARLARI

E.2006/67, E.2006/73 ve E.2008/18 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2005/152 sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2005/152 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

17.9.2004 günlü, 5234 sayılı "Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1- 1. maddesinin (f) bendiyle 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 209. maddesinin sonuna eklenen fıkranın,

2- 10. maddesinin (a) bendiyle 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen (p) bendinin,

yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 28.12.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, 657 sayılı Yasa'nın 209. maddesine eklenen fıkra ile 198 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen bent kurallarına göre, iyileştirme araçlarının bedellerinin memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kurumlarınca ödenecek kısmı ve buna ilişkin esas ve usullerin neler olacağı konusunda Maliye Bakanlığı'na yetki verildiği, ancak bunlarla ilgili esas ve usullerin yasakoyucu tarafından belirlenmediği, bu konudaki yetkinin tamamının yürütme organının takdirine bırakıldığı,

herhangi bir ölçütün ve sınırlamanın öngörülmediği, yasa ile yapılması gereken düzenlemenin yürütmeye devredildiği, devlet memurlarının mali haklarının sınırının yasa ile belirlenmesi gerektiği, bu nedenlerle kuralların Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 11., 17., 56. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kurallarla Devlet memurları ve diğer kamu görevlileri ile bunların emekli, dul ve yetimlerinin diş tedavileri dâhil olmak üzere iyileştirme araçlarının bedellerinin ne kadarının kurumları tarafından ödeneceği konusundaki yetki Maliye Bakanlığı'na verilmiş ve Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan tebliğlerle iyileştirme araçlarına gereksinim duyulması durumunda söz konusu bedellerin ne kadarının Devlet, ne kadarının memurlar tarafından ödeneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde *"Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir." denilmiş, 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Yasayla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların yasa metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin hakları ve yükümlülüklerinin yasa ile düzenlenmiş olduğunun kabul edilebilmesi için söz konusu hak ve

yükümlülüklerin sadece ad olarak yasada belirtilmesi yeterli değildir. Böyle bir düzenlemede temel ilkelerin ortaya konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz ve geniş bir alanın yürütmenin düzenlemesine bırakılmaması gerekmektedir.

Tedavi kurum ve kuruluşlarında yapılan tedavilere ilişkin ücretler ile kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araçlarının sağlanması memurlar ve diğer kamu görevlilerinin en önemli özlük haklarındandır. Bu nedenle bunlara ilişkin ödemelerin nasıl yapılacağının yasayla düzenlenmesi gerektiği açıktır.

İtiraz konusu yasa kuralları uyarınca, devlet memurları ve diğer kamu görevlileri ile bunların emekli, dul ve yetimlerinin diş tedavileri dahil olmak üzere, tedavi kurum ve kuruluşlarında yapılan tedavilerine ilişkin ücretlerle sağlık kurumlarınca verilen raporlar üzerine kullanılması gerekli görülen ortez, protez ve diğer iyileştirme araçlarının bedellerinin kurumlarınca ödenecek kısmını ve bu konuya ilişkin esas ve usulleri belirleme konusu tamamen idareye bırakılmıştır. Bu kurallar uyarınca, Maliye Bakanlığı, ortez, protez ve diğer iyileştirme araçlarının bedellerinin çok az bir kısmının memurların kurumu tarafından ödenmesi konusunda düzenleme yapabileceği gibi tamamının veya tamamına yakın bir kısmının da kurumlar tarafından ödenmesi yolunda düzenleme yapabilecektir.

Bu durumda, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük haklarından olan tedavi yardımının nasıl yapılacağı yasayla belirlenmeyip, idarenin takdirine bırakılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 5234 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin (f) bendiyle 657 sayılı Yasa'nın 209. maddesinin sonuna eklenen fıkra ve 10. maddesinin (a) bendiyle 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen (p) bendi Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

İtiraz konusu kuralların, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 17. ve 56. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VIII- SONUÇ

17.9.2004 günlü, 5234 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesinin (f) bendiyle 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 209. maddesinin sonuna eklenen fıkranın,

2- 10. maddesinin (a) bendiyle 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen (p) bendinin,

Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 29.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/85

Karar Sayısı : 2009/15

Karar Günü : 29.1.2009

İPTAL DAVASINI AÇANLAR:

1- Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER

2- Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyesi Ali TOPUZ ve Mehmet NEŞŞAR ile birlikte 116 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen;

1- Dokuzuncu fıkrada yer alan *"Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…"* ibaresinin,

2- Onuncu fıkrada yer alan *"Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur"* ve *"Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır"* kurallarının,

B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan *"Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…"* ibaresinin,

C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan *"…Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…"* ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 104., 105., 123. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- İptal istemini içeren Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından verilen 26.7.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1- 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un,

- 1. maddesiyle 04.07.1934 günlü, 2559 sayılı "Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu"nun ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrasındaki,

"Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.",

- 2. maddesiyle 10.03.1983 günlü, 2803 sayılı "Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu"na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında,

"Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.",

- 3. maddesiyle 01.11.1983 günlü, 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrasında da,

"Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılır.",

denilmektedir.

Üç fıkrada da, ilgili maddelerde yer verilen etkinliklerin denetiminin,

- Sıralı kurum amirlerince,

- İlgili kurum, bakanlık ya da Başbakanlık teftiş elemanlarınca,

- Başbakan'ın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyonca,

yapılacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinde,

- Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği,

- Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği,

kurala bağlanmıştır.

5397 sayılı Yasa'yla getirilen ve yukarıda belirtilen fıkraların kamu güvenliği ve kamu düzeni ile doğrudan ilgili hizmetlere ilişkin olduğu ve bu hizmetlerin, Devlet'in genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmeti niteliğinde bulunduğu kuşkusuzdur.

Buna göre, söz konusu hizmetlere ilişkin görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur.

Yasa'yla yapılan düzenlemelerde ise, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gereken denetim etkinliğinin, Başbakan'ca "özel olarak yetkilendirilen" kişi ya da komisyona yaptırılabilmesine olanak sağlanmakta; ancak, Başbakan'ca özel olarak yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin niteliklerine ve komisyon üyelerinin sayısına yer verilmemektedir.

5397 sayılı Yasa'nın 1, 2 ve 3. maddeleriyle getirilen kuralların son fıkralarında ise, bu maddelerin uygulanmasına ilişkin ilke ve yöntemlerin çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, Başbakan'ca denetim için yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin nitelik ve sayılarının belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmış olmaktadır.

Oysa Anayasa'nın 128. maddesinin yukarıda açıklanan ikinci fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin yasayla düzenleneceği belirtilirken, bir görev için yetkilendirilecek kişinin yapılacak göreve uygun niteliklere sahip bulunması ve bunun, tersi uygulamaya neden olmaması için yasada gösterilmesinin amaçlandığı açıktır.

Bu nedenle, Başbakan tarafından Yasa'da öngörülen etkinlikleri denetlemekle yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin, denetim görevine uygun düşecek niteliklerine yine yasada yer verilmesi zorunludur.

Bu nedenle, 5397 sayılı Yasa'nın,

- 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu,

- 2. maddesiyle 2803 sayılı Yasa'ya eklenen ek 5. maddenin sekizinci,

- 3. maddesiyle 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci,

fıkralarındaki "...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon..." ibareleri Anayasa'nın 128. maddesine aykırı düşmektedir.

2- 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkrada,

"Bu maddede belirtilen işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı 'Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı' adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur. Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır. Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muaftır."

denilmektedir.

a- Fıkrada, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın, "bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan" oluşacağı belirtilirken, başkan ve uzmanların nitelikleri ile uzmanların atanma yöntemine yer verilmemiştir.

Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen son fıkrada ise,

"Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

denilmektedir.

Yasa'da açık kural bulunmadığına göre, son fıkra düzenlemesinden, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nı oluşturacak başkan ve uzmanların nitelikleri ile uzmanların atanma yönteminin yönetmelikle saptanacağı sonucuna varılmaktadır.

Oysa Anayasa'nın 128. maddesinin yukarıda yer verilen kuralları uyarınca, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli bir kamu hizmeti yürüten Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın kamu görevlisi olan başkan ve uzmanlarının nitelikleri ile uzmanların atanma yöntemine ilişkin kuralların yasada belirtilmesi zorunludur.

Bu nedenle, 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkradaki "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." kuralı Anayasa'nın 128. maddesine uygun düşmemektedir.

b- 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkrada,

- 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesinde belirtilen işlemlerin ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Yasası'nın 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemelerin, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum Başkanı'na doğrudan bağlı olarak kurulan "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı"nca yürütülmesi,

- Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın, Telekomünikasyon Kurumu Başkanı'nın önerisi üzerine Başbakan'ca atanması,

yöntemi benimsenmiştir.

Ayrıca, Yasa'nın 2. ve 3. maddelerinde yapılan düzenlemelerde de, Jandarma ve Devlet istihbarat örgütlerinin, bu Yasa kapsamında gerçekleştirecekleri işlemler ve 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesine göre yapacakları dinlemelerin de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nca yürütülmesi öngörülmüştür.

Böylece, oluşturulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, gerçekleştirilecek istihbarat işlemlerinin ve 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesine göre yapılacak dinlemelerin yürütüleceği tek merkezi örgüt olarak planlanmıştır.

Bu kadar önemli bir işlev üstlenen merkezi örgüt Başkanı'nın atanma yetkisi ise, tek başına Başbakan'a bırakılmıştır.

Yine aynı fıkrada, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın Telekomünikasyon Kurumu Başkanı'na doğrudan bağlı olduğu ve Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın Telekomünikasyon Kurulu üyelerinin özlük haklarına sahip bulunduğu belirtilerek İletişim Başkanı Kurul üyeleriyle eş düzeyde tutulmuştur.

Bu düzenlemeler, Telekomünikasyon İletişim Başkanı'nın bürokraside üst düzey kamu görevlisi olarak kabul edildiğini göstermektedir.

05.04.1983 günlü, 2813 sayılı Telsiz Yasası'nın 8. maddesine göre, Telekomünikasyon Kurulu Başkan ve üyeleri Bakanlar Kurulu kararıyla atanmaktadır.

Öte yandan, 23.06.1981 günlü, 2477 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddelerinde, bakanlıklar ve bağlı kuruluşlar dışında kalan kamu kurum ve kuruluşlarında, başkan ve yardımcısı, genel müdür ve yardımcısı, yönetim kurulu üyeleri, daire başkanları, müessese müdürü, grup başkanı, genel sekreter, müşavir, teftiş, fen ve tetkik kurulları başkanları ile bölge müdürlerinin ortak kararname ile atanması öngörülmüştür.

Dava konusu Yasa'da ise, Telekomünikasyon İletişim Başkanı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları üst düzey görevlilerini atama yöntemi yönünden farklılık yaratılarak, Başkan'ın atanmasında Cumhurbaşkanı'nın imzasını gerektirmeyen bir yöntem getirilmektedir.

aa- Çağdaş demokrasilerde, parlamenter sistem ve bu sistemi yaşama geçirecek erkler ayrılığı ilkesi kabul edilmiş; yürütmenin iktidar gücü, yasama ve yargı denetimi ile dengelenmeye çalışılmıştır.

Parlamenter demokratik sistemin ve erkler ayrılığının benimsendiği Anayasamızda da, bağsız koşulsuz Ulus'un olan egemenliği, yasama, yürütme ve yargı alanlarında Ulus adına kullanacak organlar belirtilmiş; yasama ve yargının yürütme organı üzerindeki denetim yetkisi ve bu yetkinin kullanılma biçim ve sınırları çeşitli maddelerde kurala bağlanmıştır.

İktidar gücünün çoğunluk egemenliğine dönüşmesinin parlamenter demokratik sistemi zedeleyeceğini öngören anayasa koyucu, bununla yetinmemiş, Devlet'in başı olan Cumhurbaşkanı'na bir denetim, dengeyi ve uyumu sağlama görev ve yetkisi vermiştir.

Nitekim Anayasa'nın,

- 8. maddesinde, yürütme yetki ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca kullanılıp yerine getirileceği,

104. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın,

- Anayasa'nın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözeteceği,

- Başbakan ve bakanları atayacağı,

- Gerekli gördüğü durumlarda Bakanlar Kurulu'na başkanlık edeceği ya da Bakanlar Kurulu'nu başkanlığı altında toplantıya çağıracağı,

- Kararnameleri imzalayacağı,

- 105. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yapacağı işlemler dışındaki tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanacağı,

belirtilmiştir.

Bu kurallar, Cumhurbaşkanı'nın, aynı zamanda yürütmenin de başı olduğunu, kararnameleri imzalama yolu ile iktidar gücünü denetleyerek, bu güç ile kamu politikalarının oluşması ve uygulanmasında görev alan üst düzey kamu görevlileri arasındaki dengeyi sağlaması gerektiğini göstermektedir.

Cumhurbaşkanı'nın bu denetim ve dengeleme görev ve yetkisi, bir siyasal partinin tek başına iktidar olduğu ve yasama organında çoğunluğu elde bulundurduğu dönemlerde, çok daha gerekli olmaktadır. Çünkü bu dönemlerde, özellikle üst düzey kamu görevlileri siyasal güce karşı çok daha korunmasız kalmaktadır.

bb- Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca kullanılıp yerine getirileceği belirtilirken, yürütme işlemlerinin hukuksal geçerlilik kazanabilmesi için her iki tarafın katılmasıyla ortaklaşa yapılması gereği ortaya konulmuştur.

Yine, Anayasa'nın 105. maddesinde, Cumhurbaşkanı'nın, Anayasa ve diğer yasalarda tek başına yapabileceği belirtilen işlemler dışındaki tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca da imzalanacağı kurala bağlanmıştır. Bu kural, tüm kararlar bağlamında atama kararlarının da Cumhurbaşkanı'nca imzalanması gerektiğini göstermesi yönünden önemlidir. Anayasa'nın 104. maddesinde, Cumhurbaşkanı'na kararnameleri imzalama görev ve yetkisi verilmiş olması da bu yargıyı pekiştirmektedir.

Anayasamızda Cumhurbaşkanı'na kararnameleri imzalama yetkisinin verilmesi üç önemli gerekçeye dayanmaktadır. Bunların birincisi, Cumhurbaşkanı'nın yansızlığı nedeniyle, kararnamelerin, kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmasının ve olumsuz siyasal emellere

hizmet etmemesinin sağlanması; ikincisi, Cumhurbaşkanı'na, yürütme alanında Hükümet'e öneri ve uyarılarda bulunma yetkisini kullanabilmesi için olanak yaratılması; üçüncüsü de, Cumhurbaşkanı'nın Devlet'in ve yürütmenin başı olması ve Devlet organlarının düzenli çalışmasını gözetme görev ve yetkisiyle donatılmış bulunmasıdır.

Bu anayasal kurallar karşısında, birer yönetsel işlem olduğunda kuşku bulunmayan atama işlemlerinden, kurumların karar ve uygulama düzeneklerinde önemli işlev gören üst düzey kamu görevlilerine ilişkin olanlarının, hukuksal geçerlilik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı'nca da imzalanması anayasal zorunluluktur.

cc- Öte yandan, kamu kurum ve kuruluşları ve dolayısıyla bu kurum ve kuruluşların üst düzey görevlileri, siyasal iktidarın uzmanlık ve hizmet alanındaki deneyim eksikliğini gidermek ve kendi alanında siyasal iktidara yardımcı olmak, değişen iktidarlardan kamu hizmetlerinin etkilenmemesini ve sürekliliğini sağlamakla yükümlüdürler.

Kamu hizmetinin sürekliliği ile kamu görevlilerinin güvencesi arasındaki yakın ilişki, kamu politikalarının oluşmasında karar verme ve bu kararları uygulama konumunda olan üst düzey kamu görevlilerinin atama güvencesinde kamu yararı bulunduğunu göstermektedir.

Devlet organlarının düzenli çalışması, yönetimde istikrarın sağlanmasıyla olanaklıdır. Yönetimde istikrar ise, kamu hizmetinin değişken öğesi olan iktidardaki siyasal partilerle değil, kamu hizmetinin değişmez öğesi olan kamu görevlilerine sağlanacak "görev güvence"siyle gerçekleştirebilecektir.

Cumhurbaşkanı'nın, kamu hizmetlerinde sürekliliği ve istikrarı sağlayan üst düzey görevlilerin atamalarında imzasının bulunması, kimi haksız işlemlerin, siyasal nitelikli atamaların önlenmesi ve dolayısıyla kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri yönünden de gereklidir.

Anayasamıza göre, yürütmenin iki kanadından birini oluşturan Cumhurbaşkanı, "yansız" niteliğiyle, siyasal nitelikli Hükümet'e karşı kamu görevlisinin güvencesini oluşturmaktadır. Bu güvence, atama kararnamelerinin Cumhurbaşkanı'nca imzalanmasıyla yaşama geçirilmektedir.

Nitekim bu gerekçeler göz önünde bulundurularak, 2451 ve 2477 sayılı yasalarda, müsteşar ve yardımcıları, başkan ve yardımcıları, genel müdür ve yardımcıları, bakanlık müşavirleri, yönetim kurulu üyeleri, birinci hukuk müşavirleri, daire başkanları, il idare şube başkanları, müessese müdürleri,

grup başkanları, genel sekreter, müşavir, teftiş, fen ve tetkik kurulu başkanları, bölge müdürleri ve başmüdürler gibi üst düzey görevlilerin atanmaları, görevden alınmaları ya da nakillerinin ortak kararnameyle yapılması kurala bağlanmıştır.

dd- Adalet Bakanlığı'nda genel müdürlük daire başkanı ve daha üst kamu görevlerine yapılacak atamalarda ortak kararname yerine "Bakan'ın önerisi ve Başbakan'ın onayı" yöntemini getiren 25.06.1992 günlü, 3825 sayılı Yasa ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin 27.04.1993 günlü, E.1992/37, K.1993/18 sayılı kararında,

"Parlamenter hükümet sistemi benimsenen Anayasa'ya göre, Cumhurbaşkanı'nın yürütmenin başı olarak karşı-imza kuralı gereği imzalayacağı kararnameler 104. madde uyarınca yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ile sınırlı anlaşılmak gerekir."

Denilerek yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı'nın atama kararnamelerini, güvence niteliğinde "karşı-imza" kuramı uyarınca imzalaması gerektiği kabul edilmiştir.

Yüksek Mahkeme'nin aynı kararında;

"Anayasa'nın 104. maddesinde Devletin başı olduğu ve Türk Milletinin birliğini temsil ettiği belirtilen Cumhurbaşkanı, 8. maddeye göre de yürütme yetki ve görevini Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanır ve yerine getirir.

Devletin başı olan Cumhurbaşkanı Anayasa'da yürütme organı içinde kabul edilmiş ve aynı zamanda yürütmenin de başı sayılmıştır.

Anayasa'nın 8. maddesindedenilerek yürütme işlemlerinin hukuksal geçerliliği için her ikisinin de katılmalarıyla ortaklaşa yapılması gereği çok açık bir biçimde ortaya konulmaktadır.

Başbakan ve tüm bakanların imzaladıkları 'Bakanlar Kurulu Kararnamesi' ile yalnızca Başbakan ve ilgili Bakanın imzasını taşıyan 'müşterek kararname'nin de geçerlik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması anayasal bir zorunluluktur.

…

Geleneklere dayalı bir kurallar ve kurumlar düzeni olan parlamenter sistemde önemli devlet işlemlerinin tümü devlet başkanının imzasıyla tamamlanır.

…

Bakanlık üst düzey görevlerine getirilecek bu yüksek memurlara ilişkin atama işlemlerinin, Anayasa'da benimsenen parlamenter sistem gereği yürütme organını oluşturan Adalet Bakanı ve Başbakan ile tarafsız Cumhurbaşkanı'nın onayına sunulması, Anayasa'nın 8., 104. ve 105. maddeleri yönünden bir zorunluluktur.

…

Bakanın yanında, onun uzmanlık ve hizmet alanındaki deneyim eksikliğini gidermek, bu alanlarda bakana yardım etmek ve değişme olasılığı fazla olan Bakanların değişmesinden kamu hizmetinin etkilenmemesini sağlamak üzere bulundurulan; memur statüsü içinde ve hizmet kadrosunda en yüksek dereceye yükselmiş böylece teknik deneyim sahibi ve uzman kimseler olan müsteşarlık, müsteşar yardımcılıkları, Teftiş Kurulu Başkanlığı ve diğer sayılan üst düzey görevlere aynı yöntemle atama yapılabilmesi (Bakan'ın önerisi üzerine Başbakan onayı ile), Anayasa'da benimsenen sistemle bağdaşmamaktadır.

…

Cumhurbaşkanı'nı böylesine yetkilerle donatıp güçlendiren, parlamenter hükümet sistemini bütün gerekleriyle uygulamaya koyan, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nca yerine getirileceğini belirten bu kurallar karşısında, kimi atamalarda Cumhurbaşkanı'nın imzasına gerek görmemek, Anayasa'nın 8. maddesine aykırılık oluşturur."

gerekçelerine yer verilerek, Adalet Bakanlığı'nda genel müdürlük daire başkanlığı, müstakil daire başkanlığı, genel müdür yardımcılığı, genel müdürlük, müsteşar yardımcılığı ve müsteşarlık görevlerine yapılacak atamaların Başbakan'ın onayı ile sonlandırılmasına ilişkin yasa kuralı iptal edilmiştir.

Bu nedenlerle, 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkradaki,

"Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır."

kuralı, Anayasa'yla kabul edilen parlamenter demokratik sisteme, Anayasa'nın 8, 104, 105 ve 128. maddelerine aykırı düşmektedir.

IV- SONUÇ

1- Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 5397 sayılı "Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un,

a- 1. maddesiyle 04.07.1934 günlü, 2559 sayılı "Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu"nun ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu,

- 2. maddesiyle 10.03.1983 günlü, 2803 sayılı "Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu"na eklenen ek 5. maddenin sekizinci,

- 3. maddesiyle 01.11.1983 günlü, 2937 sayılı "Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu"nun 6. maddesine eklenen sekizinci,

fıkralarındaki "...Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon ..." ibarelerinin,

b- Yine 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkrasındaki,

- Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." ve,

- Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır.",

kurallarının, iptallerine,

2- Uygulanması durumunda doğacak giderilmesi güç ya da olanaksız hukuksal sonuçlar göz önünde bulundurularak, söz konusu ibare ve kuralların yürürlüklerinin durdurulmasına,

karar verilmesini arz ederim."

B- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren, Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ali TOPUZ ve Mehmet NEŞŞAR ile birlikte 116 Milletvekili tarafından verilen 16.8.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 03.07.2005 Tarihli ve 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; 1 inci Maddesinin 04.07.1934 Tarihli ve 2559 Sayılı Kanunun Ek 7 nci Maddesine Eklediği Dokuzuncu Fıkradaki, 2 nci Maddesinin 10.03.1983 Tarihli ve 2803 Sayılı Kanuna Eklediği Ek Madde 5'in Sekizinci Fıkrasındaki ve 3 üncü Maddesinin 01.11.1983 Tarihli ve 2937 Sayılı Kanunun 6 nci Maddesine Eklediği Sekizinci Fıkradaki "Başbakanın

özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı.

İptali istenen ibarelerin tümü "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" şeklinde ayniyet gösterdiğinden ve dolayısıyla iptal gerekçeleri de aynı olduğundan, bu gerekçeler aşağıda hepsi için geçerli olmak üzere açıklanmıştır.

03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeler İle; Anayasada belirtilen ilkeler doğrultusunda, haberleşme özgürlüğüne hangi sebeplerle müdahale edilebileceği, müdahaleye yetkili kişi ve kurumların tespiti ile telekomünikasyon hizmetleri gibi stratejik önemi haiz bazı kamu hizmetlerinin özelleştirme kapsamına alınması ve hızlı teknolojik gelişmeler dikkate alınarak Milli İstihbarat Teşkilatının yetki alanının "kamu hizmeti veren kuruluşlara" teşmil edilmesi öngörülmüştür.

Bu Yasa'ya göre; Emniyet Genel Müdürlüğü, jandarma ve MIT tarafından görev alanlarıyla ilgili suçların islenmesinin önenmesi amacıya hakim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda yasada belirtilen birim amirlerinin veya yetkililerin yazılı emriyle dinleme ve takibi yapabileceklerdir. Yine bu Yasa'da; söz konusu faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, Yasada belirtilen amaçlar dışında kullanılamayacağı, elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olduğu, buna aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılacağı belirtilmiştir.

Bütün bu faaliyetlerin denetiminin ise, sıralı kurum amirleri, ilgili teftiş elamanları, Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon tarafından yapılması da hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrasında; Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği belirtildikten sonra, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir " denilmiştir.

04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu çerçevesinde yapılacak dinleme ve

istihbarat faaliyetlerinin ancak bu yasalarla görev ve yetki verilen memurlar ve diğer kamu görevlilerince yapılacağı açıktır. Çünkü yapılan iş bir kamu hizmetidir ve aynı nedenle bu görevlileri denetleme görevi verilenlerin de, memurlar ve diğer kamu görevlilerinden başkası olması mümkün değildir.

Bu durumda da, belirtilen denetimi yapacak kişi veya komisyon üyelerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, hak ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödenekler ile diğer özlük işlerinin, Anayasanın 128 inci maddesi doğrultusunda kanunla gösterilmesi gerekmektedir.

Hâlbuki iptali istenen ibarelerde, Başbakan tarafından denetimle görevlendirilecek kişi veya komisyon üyelerinin niteliklerini göstermek üzere Kanunda bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir.

5397 sayılı Kanunun 1, 2 ve 3 üncü maddelerinin son fıkralarında, bu maddelerin uygulanmasına ilişkin ilke ve yöntemlerin çıkarılacak yönetmeliklerle düzenleneceğinin belirtilmiş olması, Başbakan tarafından denetimle yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin niteliklerinin yönetmelikle belirleneceğini göstermektedir.

Bu durum, Anayasanın 128 inci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 128 inci maddesinin getirdiği "kanunla düzenleme" ilkesinin memur ve kamu görevlileri için keyfi uygulamalara karşı bir güvence oluşturduğu açıktır.

Çünkü bu ilke ile bir görev için yetkilendirilecek kişinin, göreve uygun niteliklere sahip olmasının sağlanması ve keyfi uygulamalara imkân bırakılmaması amaçlanmıştır.

Anayasanın 128 inci maddesi hükmüne göre, Başbakan tarafından söz konusu Kanunda belirtilen etkinlikleri denetlemekle görevlendirilecek kişi ve komisyon üyelerinin niteliklerinin de kanunda gösterilmiş olması gerekmektedir. Söz konusu ibareler ise, bu belirlemeyi yapmayarak yönetmeliğe bırakmakta ve bu nedenle de Anayasanın 128 inci maddesine aykırı düşmektedir.

Diğer yandan iptali istenen ibarelerde, Başbakanca görevlendirilecek kişi ve komisyon üyelerinin sayısı da gösterilmemiştir. 5397 sayılı Kanunun 1, 2 ve 3 üncü maddelerinin son fıkralarından, bu hususun da belirlenmesinin yönetmeliğe bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Hâlbuki Anayasanın 123 üncü maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği ifade edilmiştir.

Bu ilkeye karşın, Başbakanca denetleme için görevlendirilecek kişi ve komisyon üyelerinin sayısının yönetmelikle belirlenmesi Anayasanın 123 üncü maddesine aykırıdır.

Anayasanın 123 ve 128 inci maddelerine göre kanunla belirlenmesi gereken Başbakanca görevlendirilecek kişi veya komisyon üyelerinin nitelik ve sayılarının belirlenmesinin, kanunla hiçbir asli düzenleme yapılmadan yönetmeliğe bırakılması, asli düzenleme yetkisinin yürütmeye bırakılması anlamına gelmektedir.

Yürütme yetki ve görevi Anayasanın 8 inci maddesine göre Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

Anayasamızdan yürütmenin Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi olmadığı anlaşılmaktadır. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesine göre yasamanındır ve devredilemez. Devredilirse kökenini Anayasadan almayan bir yetki olduğu için Anayasanın 6 nci maddesine aykırı düşer.

Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarihli ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği dokuzuncu fıkrasındaki, 2 nci maddesinin 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 5'in sekizinci fıkrasındaki ve 3 üncü Maddesinin 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanun 6 nci maddesine eklediği sekizinci fıkrasındaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibareleri Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

2) 03.07.2005 Tarihli ve 5397 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; 1 inci Maddesinin 04.07.1934 Tarihli ve 2559 Sayılı Kanunun Ek 7 nci Maddesine Eklediği Onuncu Fıkradaki "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." ve "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı.

Söz konusu onuncu fıkrada, 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesinde belirtilen işlemlerle 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında

yapılacak dinlemelerin, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum Başkanına doğrudan bağlı olarak kurulan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca yürütülmesi öngörülmüş; yine 2559 sayılı Kanunun 2 ve 3 üncü maddelerinde yer alan hükümlerle de, Jandarma ve Devlet istihbarat örgütlerinin, bu kanun kapsamında yapacakları dinlemelerin yürütülmesi görevi de Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilmiştir.

Böylece Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı, söz konusu Kanunlar çerçevesinde dinleme işlemlerini yürütecek tek merkezi örgüt olarak düzenlenmiştir.

Bu kadar önemli bir örgütün Başkanının, üst düzey kamu görevlisi konumunda olması gerekir.

5397 sayılı Kanunda, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığının, Telekomünikasyon Kurumu Başkanına doğrudan bağlanması ve Telekomünikasyon İletişim Başkanının, Telekomünikasyon Kurulu üyelerinin özlük haklarına sahip bulunduğu belirtilerek, Telekomünikasyon İletişim Başkanının Kurul üyeleriyle eş tutulması, Telekomünikasyon İletişim Başkanının üst düzey kamu görevlisi olarak kabul edildiğini göstermektedir.

05.04.1983 tarihli ve 2813 sayılı Kanuna göre Telekomünikasyon Kurulu Başkan ve üyeleri Bakanlar Kurulu kararıyla atanmaktadır.

23.06.1981 tarihli ve 2477 sayılı Kanunda, bakanlıklar ve bağlı kuruluşlar dışında kalan kamu kurum ve kuruluşlarında, başkan ve yardımcısı, genel müdür ve yardımcısı, yönetim kurulu üyeleri, daire başkanları, müessese müdürü, grup başkanı, genel sekreter, müşavir, teftiş, fen ve tetkik kurulları başkanları ile bölge müdürlerinin ortak kararname ile atanması öngörülmüştür.

5397 sayılı Kanun ise, Telekomünikasyon İletişim Başkanının atanmasında Cumhurbaşkanının imzasını gerektirmeyen bir yöntem getirerek, onu atama bakımından diğer kamu kurum ve kuruluşlarının üst düzey yöneticilerinden farklı bir duruma sokmuştur.

Bilindiği gibi kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan parlamenter sistemlerde, yürütmenin iktidarı, yasama ve yargı denetimi ile dengelenmektedir.

Parlamenter demokratik sistemin ve kuvvetler ayrılığı ilkesinin benimsendiği Anayasamızda da, yasama ve yargının yürütme organı

üzerindeki denetim yetkisi, bu yetkilerin kapsam ve sınırları ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir.

Bunun yanında Anayasamızda, iktidar gücünün bir çoğunluk egemenliğine dönüşerek azınlığa baskı yapmasını ve keyfiliğe kaçmasını önlemek için aynı zamanda yürütmenin de başı olan Cumhurbaşkanına devlet organları arasında denetim, denge ve uyumu sağlamak için yetkiler verilmiştir.

Cumhurbaşkanına verilmiş olan bu denetim ve dengeleme görev ve yetkileri, bir siyasal partinin tek başına iktidar olduğu ve yasama organındaki çoğunluğuna dayanarak keyfiliğe yöneldiği durumlarda, üst düzey kamu görevlilerinin siyasal güce karşı korunmasını sağlamak bakımından da, büyük bir önem taşımaktadır.

Bu nedenle Anayasa, özellikle üst düzey kamu yöneticilerinin atama işlemlerinin, hukuki geçerlilik kazanabilmesi için, Cumhurbaşkanınca imzalanmasını gerekli görmüştür.

Bu husus Anayasanın 8, 104 ve 105 inci maddelerinden açıkça anlaşılmaktadır.

Anayasanın 8 inci maddesinde yürütme yetkisinin ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceği belirtilirken, yürütme işlemlerinin hukuki geçerlilik kazanabilmesi için hem Cumhurbaşkanının, hem de Bakanlar Kurulunun katılmasıyla yapılması gerektiği ortaya konulmuştur.

Anayasanın 105 inci maddesinde, Cumhurbaşkanının Anayasa ve diğer yasalarda tek başına yapabileceği belirtilen işlemler dışındaki tüm kararlarının Başbakan ve ilgili bakanlarca da imzalanacağı belirtilmiştir.

Anayasanın 104 üncü maddesinde de Cumhurbaşkanına kararnameleri imzalama görev ve yetkisi verilmiştir.

Bu hükümler, tüm kararlar bağlamında, atama kararlarının da Cumhurbaşkanınca imzalanması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Anayasamızın bu hükümleriyle Cumhurbaşkanına kararnameleri imzalama yetkisinin verilmesi; Cumhurbaşkanının yansızlığı nedeniyle, kararnamelerin kamu yararına ve kamu hizmetinin gereklerine uygun olmasını ve olumsuz siyasal emellere hizmet etmemesini sağlamakta; Cumhurbaşkanına Hükümete uyarı ve önerilerde bulunması için olanak yaratmaktadır. Kuşkusuz bu yetki, Cumhurbaşkanına, yürütmenin başı

olması ve Devlet organlarının düzenli çalışmasını gözetme yetki ve görevi ile donatılmış bulunması nedeniyle verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de, Adalet Bakanlığında genel müdürlük, daire başkanlığı ve daha üst düzey kamu görevlerine yapılacak atamalarda "ortak kararname" yerine "Bakanın önerisi ve Başbakanın onayı" yöntemini getiren 25.06.1992 tarihli ve 3825 sayılı Kanunla ilgili olarak verdiği kararda; "parlamenter hükümet sistemi benimsenen Anayasaya göre, Cumhurbaşkanının yürütmenin başı olarak karşı – imza kuralı gereği imzalayacağı kararnameler 104 üncü madde uyarınca yürütme alanına ilişkin görev ve yetkileri ile sınırlı anlaşılmak gerekir." diyerek, yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanının atama kararnamelerini, güvence niteliğinde "karşı imza" kuramı uyarınca imzalaması gerektiğini kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı kararında; "Anayasanın 104 üncü maddesinde Devletin başı olduğu ve Türk Milletinin birliğini temsil ettiği belirtilen Cumhurbaşkanı, 8 inci maddeye göre de yürütme yetki ve görevini Bakanlar Kurulu ile birlikte kullanır ve yerine getirir.

Devletin başı olan Cumhurbaşkanı Anayasada yürütme organı içinde kabul edilmiş ve aynı zamanda yürütmenin başı da sayılmıştır.

Anayasanın 8 inci maddesinde … denilerek yürütme işlemlerinin hukuksal geçerliliği için her ikisinin de katılmalarıyla ortaklaşa yapılması gereği çok açık bir biçimde ortaya konulmaktadır.

Başbakan ve tüm bakanların imzaladıkları "Bakanlar Kurulu Kararnamesi" ile yalnızca Başbakan ve ilgili Bakanın imzasını taşıyan "müşterek kararname" nin de geçerlik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanı tarafından imzalanması Anayasal bir zorunluluktur.

Geleneklere dayalı bir kurallar ve kurumlar düzeni olan parlamenter sistemde önemli devlet işlemlerinin tümü devlet başkanının imzasıyla tamamlanır.

Bakanlık üst düzey görevlerine getirilecek bu yüksek memurlara ilişkin atama işlemlerinin, Anayasada benimsenen parlamenter sistem gereği, yürütme organını oluşturan Adalet Bakanı ve Başbakan ile tarafsız Cumhurbaşkanının onayına sunulması, Anayasanın 8, 104 ve 105 inci maddeleri yönünden bir zorunluluktur.

Bakanın yanında, onun uzmanlık ve hizmet alanındaki deneyim eksikliğini gidermek, bu alanlarda bakana yardım etmek ve değişme olasılığı fazla olan Bakanların değişmesinden kamu hizmetinin

etkilenmemesini sağlamak üzere bulundurulan; memur statüsü içinde ve hizmet kadrosunda en yüksek dereceye yükselmiş, böylece teknik deneyim sahibi ve uzman kimselerin görev alabileceği müsteşarlık, müsteşar yardımcılıkları, Teftiş Kurulu Başkanlığı makamlarına ve diğer sayılan üst düzey görevlere aynı yöntemle atama yapılabilmesi (Bakanın önerisi üzerine Başbakan onayı ile), Anayasada benimsenen sistemle bağdaşmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını böylesine yetkilerle donatıp güçlendiren, parlamenter hükümet sistemini bütün gerekleriyle uygulamaya koyan, yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğini belirten bu kurallar karşısında, kimi atamalarda Cumhurbaşkanının imzasına gerek görmemek, Anayasanın 8 inci maddesine aykırılık oluşturur." gerekçelerine yer vererek, Adalet Bakanlığında genel müdürlük, daire başkanlığı, müstakil daire başkanlığı, genel müdür yardımcılığı, genel müdürlük, müsteşar yardımcılığı ve müsteşarlık görevlerine yapılacak atamaların Başbakanın onayı ile sonlandırılmasına ilişkin kanun hükmünü iptal etmiştir.

Bu durum, 5397 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının önerisi üzerine Başbakan tarafından atanır." cümlesinin de Anayasanın 8, 104, 105 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğunu ortaya koymaktadır.

Söz konusu cümlenin bu nedenle iptal edilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." cümlesinde ise Telekomünikasyon İletişim Başkanlığını oluşturacak sayısı toplam üç olan teknik, hukuk ve idari uzmanların nasıl atanacağına ve niteliklerine ilişkin hiçbir düzenleme ve temel ilke yer almamaktadır.

Hâlbuki kamu hizmeti yapacak olan bu görevlilerin, yukarıda da açıklandığı gibi, Anayasanın 128 inci maddesi gereğince atama işlemlerinin nasıl yapılacağının yasada gösterilmesi gerekmektedir.

5397 sayılı 1 inci maddesiyle 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklenen son fıkrada, "Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma Bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

Bu hükümden, 5397 sayılı Kanunun uygulanmasına ilişkin ancak bu Kanunda düzenlenmemiş olan söz konusu niteliklerin ve atama yöntemlerinin yönetmelikle gösterileceği anlaşılmaktadır.

Anayasanın 128 inci maddesinin kanunla düzenlenmesini öngördüğü bir hususun düzenlenmesinin yönetmeliğe bırakılması, Anayasanın 128 inci maddesine aykırı düşmektedir. Ayrıca, atama yöntemi ve nitelik belirleme konusunda yapılacak düzenlemeler, kanunda ilke ve esasları gösterilmemiş olduğu için asli düzenleme niteliği taşımaktadır ve bu konuda yürütmeye verilen yetki de, Anayasanın 6, 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir yetki devridir.

Anayasanın 8 inci maddesinden yürütmenin, Anayasada gösterilen ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi olmadığı anlaşılmaktadır.

Bu yetki, Anayasanın 7 nci maddesine göre yasamanındır ve devredilemez. Devredilirse, kökenini Anayasadan almadığı için, Anayasanın 6 nci maddesine aykırı bir yetki görünümüne girer. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde belirtilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile de çelişir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki, "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." cümlesinin de, Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine aykırı olduğu için iptal edilmesi gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun; 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği dokuzuncu fıkradaki, 2 nci maddesinin 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 5'in sekizinci fıkrasındaki ve 3 üncü maddesinin 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanun 6 nci maddesine eklediği sekizinci fıkradaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibareleri Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

Diğer yandan 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Kanunun 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki; "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik,

hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." cümlesinin Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11 ve 128 inci maddelerine, "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." cümlesi de Anayasanın 8, 104, 105 ve 128 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

Anayasaya aykırı bu hükümlerin uygulanması halinde, hukuk devletinin en önemli unsurlarından biri olan hukuk güvenliği zedelenecek ve sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğabilecektir.

Bu nedenle, iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerin de durdurulması gerekmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 03.07.2005 tarihli ve 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği dokuzuncu fıkradaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibaresinin,

2) 2 nci maddesinin 10.03.1983 tarihli ve 2803 sayılı Kanuna eklediği Ek Madde 5'in sekizinci fıkrasındaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibaresinin,

3) 3 üncü maddesinin 01.11.1983 tarihli ve 2937 sayılı Kanun 6 nci maddesine eklediği sekizinci fıkradaki "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon" ibaresinin,

4) 1 inci maddesinin 04.07.1934 tarihli ve 2559 sayılı Kanunun Ek 7 nci maddesine eklediği onuncu fıkradaki "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur." cümlesi ile "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." cümlesinin,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

1) 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'na eklenen iptali istenilen ibare ve tümcelerin yer aldığı ek 7. madde şöyledir.

"EK MADDE 7- *Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.*

Birinci fıkrada belirtilen görevlerin yerine getirilmesine yönelik olarak, 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir. Durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

İstihbarat faaliyetlerinde, bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Emniyet Genel Müdürlüğü İstihbarat Dairesi Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve ***Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon*** *tarafından yapılır.*

Bu maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı "Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı" adıyla kurulan tek bir merkezden yürütülür. ***Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur.*** *Bu Başkanlıkta Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilci bulundurulur. Verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar da personel istihdam edilir.* ***Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır.*** *Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Kurul üyelerinin sahip olduğu özlük haklarına sahiptir. Ulaştırma Bakanlığı bu merkezle ilgili alt yapıyı hazırlamakla yükümlüdür. Bu merkezin kuruluş giderleri Telekomünikasyon Kurumu gelirlerinden karşılanır. Bu merkezin kuruluşu ile ilgili her türlü mal ve hizmet alımları ile yapım işleri, ceza ve ihalelerden yasaklama işleri hariç 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerinden muaftır.*

Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

2) 5397 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen iptali istenilen ibarenin yer aydığı ek 5. madde şöyledir:

"Ek Madde 5- *Jandarma, bu Kanunun 7 nci maddesinin (a) bendine ilişkin görevleri yerine getirirken önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanında 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250 nci maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Jandarma Genel Komutanı veya istihbarat başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimi tespit edebilir, dinleyebilir, sinyal bilgilerini değerlendirebilir, kayda alabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. 5271 sayılı Kanunun 135 inci maddesi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.*

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan kolluk biriminin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu maddede belirtilen suçların önlenmesi amacıyla ve hâkim kararı alınmak koşuluyla, teknik araçlarla izleme yapılabilir. Ayrıca, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların ihtiyaç duyulan bilgi ve belgelerinden yararlanabilmek için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunulabilir. Bu kurum ve kuruluşların kanuni sebeplerle veya ticari sır gerekçesiyle bu bilgi ve belgeleri vermemeleri halinde ancak hâkim kararı ile bu bilgi ve belgelerden yararlanılabilir.

Bu madde hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, birinci fıkrada belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, Jandarma Genel Komutanlığı İstihbarat Başkanlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve ***Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon*** *tarafından yapılır.*

Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller, Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıklarının görüşü alınarak Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

3) 5397 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'na eklenen iptali istenilen ibarenin yer aldığı 6. madde şöyledir:

"Madde 6- *Millî İstihbarat Teşkilatı;*

a) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşların yöneticileri ve istihbarat hizmetlerinden sorumlu kişileri ile istihbaratın tevcihi, istihsali ve istihbarata karşı koyma konularında doğrudan ilişki kurabilir, uygun koordinasyon yöntemlerini uygulayabilir.

b) Bakanlıklar ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu hizmeti veren kuruluşlara ait arşivlerden, elektronik bilgi işlem merkezlerinden ve iletişim alt yapısından kendi görev sahasına giren konularda yararlanabilmek, bunlarla irtibat kurabilmek, bilgi ve belge almak için gerekçesini de göstermek suretiyle yazılı talepte bulunabilir.

Bu Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan görevlerin yerine getirilmesi amacıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim tespit edilebilir, dinlenebilir, sinyal bilgileri değerlendirilebilir, kayda alınabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verilen yazılı emir, yirmidört saat içinde yetkili ve görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını en geç yirmidört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde tedbir derhal kaldırılır. Bu halde dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir. Bu işlemler, 4.7.1934 tarihli ve 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ek 7 nci maddesinin onuncu fıkrası hükmüne göre kurulan merkez tarafından yürütülür. (Değişik son cümle: 4/5/2007-5651/12 md.) 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 135 inci maddesinin altıncı fıkrasının (a) bendinin (14) numaralı alt bendi kapsamında yapılacak dinlemeler de bu merkez üzerinden yapılır.

Yetkili ve görevli hâkim, talepte bulunan birimin bulunduğu yer itibariyle yetkili olan ve 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemesinin üyesidir.

Kararda ve yazılı emirde, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, kullandığı telefon numaraları veya iletişim bağlantısını tespite imkân veren kodundan belirlenebilenler ile tedbirin türü, kapsamı ve süresi ile tedbire başvurulmasını gerektiren nedenler belirtilir. Kararlar, en fazla üç ay için verilebilir; bu süre aynı usulle üçer ayı geçmeyecek şekilde en fazla üç defa uzatılabilir. Ancak, casusluk faaliyetlerinin tespiti ve terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde devam eden tehlikelere ilişkin olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim üç aydan fazla olmamak üzere sürenin müteaddit defalar uzatılmasına karar verebilir.

Uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtlar en geç on gün içinde yok edilir; durum bir tutanakla tespit olunur ve bu tutanak denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edilir.

Bu fıkra hükümlerine göre yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtlar, bu Kanunda belirtilen amaçlar dışında kullanılamaz. Elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesi geçerlidir. Bu madde hükümlerine aykırı hareket edenler hakkında, görev sırasında veya görevden dolayı işlenmiş olsa bile Cumhuriyet savcılarınca doğrudan soruşturma yapılır.

Hâkim kararları ve yazılı emirler, MİT Müsteşarlığı görevlilerince yerine getirilir. İşlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliği bir tutanakla saptanır.

Bu maddede yer alan faaliyetlerin denetimi, sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve ***Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon*** *tarafından yapılır.*

Bu maddede belirlenen usul ve esaslara aykırı dinlemeler hukuken geçerli sayılmaz ve bu şekilde dinleme yapanlar hakkında 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümlerine göre işlem yapılır.

Bu maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Adalet, İçişleri ve Ulaştırma bakanlıkları ile MİT Müsteşarlığının görüşü alınmak suretiyle Başbakanlık tarafından üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Bu Kanunda yazılı görevlerin yerine getirilmesi sırasında genel zabıtaya tanınmış olan hak ve yetkilerin, MİT mensuplarından kimlere tanınacağı, yönetmelikte belirtilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçelerinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 104., 105., 123. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 28.7.2005 ve 29.9.2005 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma istemlerinin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

29.9.2005 günlü ilk inceleme toplantısında, 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1., 2. ve 3. maddeleriyle 2559, 2803 ve 2937 sayılı Yasalara eklenen ve değiştirilen yukarıda belirtilen maddelerdeki ibare ve cümlelerinin iptali istemiyle açılan

2005/106 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle, 2005/85 Esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/85 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklama

2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesinin birinci fıkrasında *"Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişi sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar."*denilmektedir.

2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun 7. maddesinin (a) bendinde jandarmanın mülki görevleri *"Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak."* şeklinde belirtilmiştir.

5397 sayılı Yasa'nın 1. ve 2. maddeleriyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ile 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nda yapılan düzenlemelerde polisin 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen görevlerini, jandarmanın 2803 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin (a) bendinde belirtilen görevlerini yerine getirmesi bakımından önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere, sadece kendi sorumluluk alanlarında, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun, casusluk suçları hariç, 250. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Emniyet Genel Müdürü, Jandarma Genel Komutanı veya İstihbarat Dairesi Başkanının yazılı emriyle, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi ve kayda alınabilmesi mümkün kılınmıştır.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 4. maddesinde ise Milli İstihbarat Teşkilatının görevleri belirtilmiş olup, 5397 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesinde yapılan değişikliklerle, Milli İstihbarat Teşkilatının göreviyle ilgili konularda, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen temel niteliklere ve demokratik hukuk devletine yönelik ciddi bir tehlikenin varlığı halinde Devlet güvenliğinin sağlanması, casusluk faaliyetlerinin ortaya çıkarılması, Devlet sırrının ifşasının tespiti ve terörist faaliyetlerin önlenmesine ilişkin olarak, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde MİT Müsteşarı veya yardımcısının yazılı emriyle telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespit edilebilmesi, dinlenebilmesi, sinyal bilgilerinin değerlendirilebilmesi, kayda alınabilmesi kurallara bağlanmıştır.

5397 sayılı Yasa ile getirilen düzenlemelerde, 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi kapsamındaki dinlemeler ile önleme amaçlı dinlemelerin Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından yapılmasına, iletişimin tespiti, elde edilen bilgilerin kayıt altına alınması, saklanması, korunması ile imha edilmesi ve denetlenmesine ilişkin örneğin, uygulanan tedbirin sona ermesi halinde, dinlemenin içeriğine ilişkin kayıtların en geç on gün içinde yok edileceği, durumun bir tutanakla tespit olunacağı ve bu tutanağın denetimde ibraz edilmek üzere muhafaza edileceği, yürütülen faaliyetler çerçevesinde elde edilen kayıtların, yasadaki amaçlar dışında kullanılamayacağı, elde edilen bilgi ve kayıtların saklanmasında ve korunmasında gizlilik ilkesinin geçerli olduğu, işlemin başladığı ve bitirildiği tarih ve saat ile işlemi yapanın kimliğinin bir tutanakla saptanması gerektiği gibi kurallara yer verilmiştir.

B- İptali İstenilen Tümce ve İbarelerin İncelenmesi

1- 5397 Sayılı Yasa'nın 1., 2. ve 3. Maddelerindeki "*Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon*" ibarelerinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, 5397 sayılı Yasa'nın 1., 2. ve 3. maddeleriyle 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu ve 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda yapılan değişikliklerle 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesi uyarınca bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma veya kovuşturma nedeniyle ya da önleme amaçlı iletişimin dinlenmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği, kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle doğrudan bağlantılı bu faaliyetlerin denetiminin sıralı kurum amirleri, ilgili kurum, bakanlık ya da başbakanlık teftiş elemanlarının yanında nitelikleri ve sayısı belirtilmeksizin Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da

komisyon marifetiyle de yerine getirilmesinin olanaklı kılınması nedeniyle kuralın Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5397 sayılı Yasa'da polis, jandarma ve Milli İstihbarat Teşkilatının Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nda 5271 sayılı CMK'nın 135. maddesine göre soruşturma ve kovuşturma nedeniyle ya da istihbarı nitelikte telekomünikasyon yolu ile yapılan iletişimin dinlenmesi faaliyetlerinin usul ve esasları belirtilerek, bunlara uygunluğun denetiminin Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrasında *"…sıralı kurum amirleri, Emniyet Genel Müdürlüğü ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon"*, 2. maddesiyle 2803 sayılı Yasa'nın ek 5. maddesine eklenen sekizinci fıkrasında *"…sıralı kurum amirleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve ilgili bakanlığın teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon"*, 3. maddesiyle 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrasında *"…sıralı kurum amirleri, Başbakanlık teftiş elemanları ve Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon"* tarafından yapılacağı kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 128. maddesinde *"Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir."* denilmektedir.

5397 sayılı Yasa'nın 1., 2. ve 3. maddelerinde telekomünikasyon yoluyla iletişimin yasada belirtilen usul ve esaslara uygun yapılıp yapılmadığının denetimi Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi ya da komisyona da verilmektedir.

Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığını koruma hakkına ilişkin 17., özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin 20., haberleşme hürriyetine ilişkin 22., düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddeleri gibi bir çok temel hak ve hürriyetle ilgisi olan denetim kapsamındaki faaliyetlerin, kamu düzeni ve kamu güvenliğine ilişkin olduğu, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası kapsamındaki görevleri yürüten bütün personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesi gerekir.

İptali istenilen ibarelerde telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespitine dair faaliyetlerin denetimiyle görevli kılınan Başbakan tarafından yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin denetim yetkisinin gerektirdiği nitelikleri taşıyan kişiler arasından belirlenmesi gerekir. Bu ibareler, Başbakan tarafından yetkilendirilecek kişi ya da komisyon üyelerinin niteliklerini açık bir şekilde belirlemediğinden Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel unsurlarından birisi de hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımayan ve dolayısı ile hukuki güvenlik sağlamayan kurallar Anayasa'nın Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğunu ifade eden 2. maddesi ile bağdaşmaz. İptali istenilen kural takdire bağlı ve belirsiz bir yetki içerdiğinden hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle *"…Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon"* ibareleri Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

İbareler Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiğinden, 6., 7., 8. ve 123. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- 5397 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesiyle Değişik 2559 Sayılı Yasa'nın Ek 7. Maddesinin Onuncu Fıkrasının İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, kamu görevlilerinin niteliklerinin, görev, yetki ve sorumluluklarının yasayla düzenlenmesi gerekirken yönetmelikle düzenlenmesini olanaklı kılarak *"Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur."* şeklinde düzenlenmesinin Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural 23.5.2007 günlü, 26530 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesiyle *"Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile daire başkanlıklarından oluşur."* şeklinde değiştirilmiş, 10.11.2008

günlü, 27050 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 67. maddesiyle 5651 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 1 ve Geçici 2. Madde hükümleriyle Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına verilen görevlerin gerektirdiği asli ve sürekli görev ve hizmetleri yürütecek personelin nitelikleri belirtilmiştir.

5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değişik 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesinin onuncu fıkrasının iptali istenilen ikinci tümcesi, 5651 sayılı Yasa'nın 12. maddesi ile değiştirildiğinden istem hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

3- 5397 Sayılı Yasa'nın 1. Maddesiyle Değişik 2559 Sayılı Yasa'nın Ek 7. Maddesinin Onuncu Fıkrasının Beşinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, iptali istenilen tümceyle Telekomünikasyon Kurumu Başkanına doğrudan bağlı ve bu kurulun üyelerinin özlük haklarına sahip olan üst düzey yönetici konumundaki Telekomünikasyon İletişim Başkanının atanmasının müşterek kararnameye bağlı olması gerekirken Başbakan tarafından atanmasının öngörüldüğü ve niteliklerinin yasayla açıkça düzenlenmediği, üst düzey kamu görevlilerine ilişkin atamaların hukuksal geçerlik kazanabilmesi için Cumhurbaşkanınca imzalanmasının Anayasal zorunluluk olduğu, Cumhurbaşkanının yansızlığının siyasal iktidara karşı kamu görevlisinin güvencesini oluşturduğu, bu güvencenin ise atama kararnamelerinin Cumhurbaşkanınca imzalanması ile hayata geçirildiği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 8., 104., 105. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkrasının birinci tümcesinde, maddede belirtilen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişime ilişkin işlemler ile 5271 sayılı Yasa'nın 135. maddesi kapsamında yapılacak dinlemelerin, Telekomünikasyon Kurumu bünyesinde, Kurum başkanına doğrudan bağlı *"Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı"* adıyla kurulan tek bir merkezden yürütüleceği, 5651 sayılı Yasa'yla değişik ikinci tümcesinde bu başkanlığın bir başkan ile daire başkanlıklarından oluşacağı, üçüncü tümcesinde Millî İstihbarat Teşkilatı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığının ilgili birimlerinden birer temsilcinin Başkanlıkta bulundurulacağı, dördüncü tümcesinde verilen görevleri yerine getirmek üzere yeteri kadar personelin istihdam edileceği, iptali istenilen beşinci tümcesinde Telekomünikasyon İletişim Başkanının, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanacağı, altıncı

tümcesinde ise Telekomünikasyon İletişim Başkanının, kurul üyeleriyle aynı özlük haklarına sahip olduğu öngörülmektedir.

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Yasa'nın 67. maddesiyle 5651 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 1. maddenin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde *"Başkanlıkta; başkan, daire başkanı, müşavir ve meslek personeli kadrolarında çalışanların; mühendislik alanında elektronik, elektrik-elektronik, elektronik ve haberleşme, endüstri, fizik, matematik, bilgisayar, telekomünikasyon ve işletme mühendisliği fakültelerinden veya bölümlerinden, sosyal bilimler alanında siyasal bilgiler (bilimler), iktisadi ve idarî bilimler, iktisat, hukuk, işletme, iletişim fakülteleri veya bölümlerinden veya bu fakülte ve bölümlere denkliği yetkili makamlarca kabul edilmiş yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olmaları ya da belirtilen bölümlerden mezun olmamakla birlikte sayılan fakülte ve bölümlerde yüksek lisans veya doktora yapmış olmaları, uzman unvanlı kadrolarda çalışanların en az dört yıllık fakültelerden mezun, diğer personelin ise en az lise ve dengi okul mezunu olmaları gerekir."* denilerek, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına atanacak kişilerin nitelikleri Yasa'yla belirlenmiş olduğundan kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırı değildir.

Anayasa'nın 8. maddesinde *"Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."* denilmekte, 104. maddesinde de *"kararnameleri imzalamak"* Cumhurbaşkanının yürütme alanındaki görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır. Anayasa'nın 104. maddesinde sözü edilen *"kararnameler"*, Kanun Hükmünde Kararnameler ile Bakanlar Kurulunun çeşitli kararnamelerinin yanında üst düzey yöneticilerin atanması ile ilgili müşterek kararnameleri de kapsamaktadır. Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulunca yerine getirileceğinden, söz konusu kararnamelerin hukuksal geçerliği için her iki tarafın da katılımı gerekmektedir.

Buna göre, kamu politikasının tayinine katılan, etkin bir otoriteye sahip olan, kuruluşların amacının gerçekleşmesinde önemli yetki ve sorumluluklarla donatılan, planlama, örgütlenme, personel ve kadrolarını yöneten, denetim ve temsil gibi işlevleri yerine getiren kamu görevlilerinin, üst düzey yönetici konumunda olmaları nedeniyle bunların atamalarının da müşterek kararname ile yapılması anayasal zorunluluktur.

5397 sayılı Yasa gereğince telekomünikasyon yolu ile iletişimin tespiti, 5651 sayılı Yasa'ya göre internet yoluyla yapılan yayınlara erişimin engellenmesi kararının verilmesi ve uygulanması konularında kamu düzeni ve kamu güvenliğiyle ilgili görevleri bulunan kurumun başkanlığını

yürüten Telekomünikasyon İletişim Başkanının önemli yetki ve sorumluluklarla donatıldığı, bu nedenle üst düzey yönetici kapsamında bulunduğu ve atamasının da müşterek kararname ile yapılması gerektiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 8. ve 104. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 105. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

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

5397 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrasındaki; 2. maddesiyle 2803 sayılı Yasa'ya eklenen ek 5. maddesinin sekizinci fıkrasındaki; 3. maddesiyle 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrasındaki *"…Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…"* ibarelerinin iptalleri nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan bu fıkralardaki ibarelerden önce yer alan *"…ve…"* sözcüklerinin de iptali gerekir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen;

1- Dokuzuncu fıkrada yer alan "… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin,

2- Onuncu fıkranın "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." biçimindeki beşinci tümcesinin,

B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan

"… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin,

C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin,

yürürlüklerinin durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

D- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen onuncu fıkranın "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idarî olmak üzere üç uzmandan oluşur." biçimindeki ikinci tümcesi hakkında, 29.1.2009 günlü, E.2005/85, K. 2009/15 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu tümceye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

29.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VIII- SONUÇ

3.7.2005 günlü, 5397 sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen;

1- Dokuzuncu fıkrada yer alan "… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- Onuncu fıkranın;

a- "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idarî olmak üzere üç uzmandan oluşur." biçimindeki ikinci tümcesi, 4.5.2007 günlü, 5651 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla değiştirildiğinden, bu tümceye ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

b- "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır." biçimindeki beşinci tümcesinin, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

D- 1- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Yasa'nın ek 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkrada yer alan "… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin,

2- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Yasa'ya eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin,

3- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Yasa'nın 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "… Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin,

iptalleri nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan bu fıkralardaki ibarelerden önce yer alan "… ve …" sözcüklerinin de, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası gereğince İPTALİNE,

29.1.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/40

Karar Sayısı : 2009/17

Karar Günü : 5.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Danıştay 11. Dairesi (E.2005/40)

2- Ankara Bölge İdare Mahkemesi (E.2002/33)

İTİRAZLARIN KONUSU:

24.5.1983 günlü, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve…"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmetlerin birleştirilmesi sonucunda yaşlılık aylığı bağlandığı halde 5434 sayılı Yasa'ya göre emekli ikramiyesi ödenmemesi işlemine karşı açılan davalarda itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

İtiraz başvurularının gerekçelerinde özetle,

2829 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve…"* ibaresi nedeniyle, uzun müddet Emekli Sandığına tabi görevlerde çalıştıktan sonra, örneğin son bir ay başka bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak çalışıp yaşlılık aylığına hak kazananlara, Emekli Sandığınca emekli ikramiyesi ödenmesinin mümkün olamadığı, adalet ve hakkaniyet ölçütleri gereğince bu durumda olanlara Emekli Sandığına tabi olarak çalıştıkları sürelerdeki prim veya keseneklere göre emekli ikramiyesi ödenmesi gerektiği, diğer yandan uzun bir süre başka sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalıştıktan sonra,

son bir yılında Emekli Sandığına tabi bir görevde çalışanlara 5434 sayılı Yasa'nın 89. maddesi de gözetildiğinde Emekli Sandığına tabi olarak çalıştıkları süre üzerinden emekli ikramiyesi ödeneceği, farklı sosyal güvenlik kuruluşlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi sonucunda 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olana Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından aylık bağlanması halinde, aynı veya değişik kamu kuruluşlarında, Emekli Sandığına ve Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi geçen hizmet sürelerinin toplamı üzerinden, son kamu kuruluşu işverenince ilgiliye kıdem tazminatı ödendiği, keza son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olana Emekli Sandığınca aylık bağlanması halinde, son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden ayrılan ilgiliye sadece Sandığa tabi olarak geçen hizmetleri üzerinden emekli ikramiyesi ödendiği, ancak somut olayda olduğu gibi, son defa Sandığa tabi bir görevden emekliye ayrılmayanlara ise ikramiye veya kıdem tazminatı ödenmediği, farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi olarak geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesinin amacının ilgililerin sosyal güvenliklerinin sağlanması olduğu, ilgiliye Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından aylık bağlanması halinde kamu kuruluşlarında geçen bütün hizmetleri için son kamu işverenince kıdem tazminatı ve son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılana da Sandığa tabi hizmeti ne kadar olursa olsun ikramiye ödendiği, örneğin 24 yıl Sandığa tabi hizmeti olan birisine son defa Sandığa tabi bir görevden emekliye ayrılmamış olması nedeniyle ikramiye ödenmediği, bunun kişinin sosyal güvenlik hakları kapsamında yer alan toplu ödemeden (ikramiyeden) yararlanma hakkını ortadan kaldırdığı, böylece farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi hizmet süreleri birleştirilerek sosyal güvenliklerine kavuşturulması amaçlanan ve bu haliyle aynı hukuksal konumda bulunan ilgililerden, son defa Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmayanlara ikramiye ödenmesini engelleyen itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2829 sayılı Yasa'nın itiraz konusu ibareyi de içeren 12. maddesi şöyledir:

"**Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve** kendilerine bu Kanunun 8 inci maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlananlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerinin toplamı

üzerinden, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenir.

Ancak, ilgililere, her ne suretle olursa olsun evvelce kıdem tazminatı veya emekli ikramiyesi ödenmiş süreler, emekli ikramiyesinin hesabında dikkate alınmaz.

Ayrıca, 8 inci maddenin birinci fıkrası gereğince aylık bağlananlara, emekli oldukları son görevlerinden dolayı ilgili bulundukları sosyal güvenlik kurumu kanununun emekli ikramiyesine veya iş kanununun kıdem tazminatına ilişkin hükümleri uygulanır."

B- İlgili Yasa Kuralı

2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi şöyledir:

"Birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden, ilgililere; son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır ve ödenir.

Ancak, malullük, ölüm, 5434 sayılı T.C. Emekli Sandığı Kanununa göre yaş haddinden re'sen emekli olma süresi kanunla belirlenen vazifelere atanma veya seçilme ve bağlı oldukları kurumun kanunla değiştirilmesi hallerinde ilgililere hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanır."

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- 2002/33 esas sayılı davada, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Rüştü SÖNMEZ, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN ve Enis TUNGA'nın katılımlarıyla 28.2.2002 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, Fulya KANTARCIOĞLU, Rüştü SÖNMEZ ve Ertuğrul ERSOY'un karşıoyları ve oyçokluğuyla,

B- 2005/40 esas sayılı davada, 12.5.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle,

karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

24.5.1983 günlü, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasındaki *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan …"* bölümünün iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2002/33 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2005/40 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/40 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 12.5.2005 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ve ilgili Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) Başkanı Fatih Acar, SGK Sosyal Sigortalar Genel Müdürü İbrahim Ulaş, SGK Kamu Görevlileri Emeklilik İşleri Dairesi Başkanı İsmail Ertüzün, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Müfettişi Erol Güner ve SGK Kamu Görevlileri Emeklilik İşleri Dairesi Başkanlığı Şube Müdürü Necmettin Taşan'ın 4.2.2009 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, başka sosyal güvenlik kurumlarına bağlı olarak çalıştıktan sonra, son bir yılda Emekli Sandığına tabi bir görevde bulunanlara bu süre üzerinden emekli ikramiyesi ödendiği halde uzun süre Emekli Sandığına tabi görevlerde çalışıp başka bir sosyal güvenlik kuruluşuna tabi olarak yaşlılık aylığına hak kazananlara Emekli Sandığınca emekli ikramiyesi ödenmediği, bunun kişinin sosyal güvenlik hakları kapsamında yer alan toplu ödemeden (ikramiyeden) yararlanma hakkını ortadan kaldırdığı, adalet ve hakkaniyet ölçülerine göre bu durumda olanlara, Emekli Sandığına tabi olarak çalıştıkları sürelerdeki prim veya keseneklere göre emekli ikramiyesi ödenmesi gerektiği, bu nedenlerle itiraz

konusu ibarenin Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2829 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasına göre emekli ikramiyesi ödenebilmesi için, son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılma ve kendilerine 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca birleştirilen hizmet süreleri üzerinden aylık bağlanma koşullarını taşımak gerekmektedir. Bu koşulları taşıyanlara, T.C. Emekli Sandığına tabi daire, kuruluş ve ortaklıklarda prim veya kesenek ödemek suretiyle geçen sürelerin toplamı üzerinden 5434 sayılı Yasa hükümlerine göre emekli ikramiyesi ödenecektir. Bu koşullarla birlikte 5434 sayılı Yasa'nın 89. maddesinin birinci fıkrasındaki *"…her tam fiili hizmet yılı için, … hesaplanacak tutarların bir aylığı emekli ikramiyesi olarak verilir."* hükmü gereğince emekli ikramiyesi alabilmek için, T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerde en az bir yıl çalışmış olmak da gerekmektedir.

2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, birleştirilmiş hizmet süreleri toplamı üzerinden ilgililere, son yedi yıllık fiili hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan kurumca, hizmet sürelerinin eşit olması halinde ise eşit hizmet sürelerinden sonuncusunun tabi olduğu kurumca, kendi mevzuatına göre aylık bağlanacaktır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesinin dördüncü fıkrasında *"T.C. Emekli Sandığı Kanunu ve Sosyal Sigortalar Kanununa veya yalnız Sosyal Sigortalar Kanununa tabi olarak sadece aynı ya da değişik kamu kuruluşlarında geçen hizmet sürelerinin birleştirilmesi suretiyle Sosyal Sigortalar Kanununa göre yaşlılık veya malullük aylığına ya da toptan ödemeye hak kazanan işçiye, bu kamu kuruluşlarında geçirdiği hizmet sürelerinin toplamı üzerinden son kamu kuruluşu işverenince kıdem tazminatı ödenir."* hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıdaki düzenlemelere göre, farklı sosyal güvenlik kurumlarındaki hizmet sürelerinin birleştirilmesiyle 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi gereğince son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olması nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumunca aylık bağlanması halinde, aynı veya farklı kamu kuruluşlarında, gerek Emekli Sandığına, gerekse Sosyal Sigortalar Kurumuna tabi olarak geçmiş olsun, anılan kamu kuruluşlarında geçen toplam hizmet süreleri üzerinden son kamu kuruluşu işveren tarafından ilgiliye kıdem tazminatı ödendiği; son yedi yıllık hizmet süresi içinde fiili hizmet süresi fazla olan Emekli Sandığınca aylık bağlanması halinde ise son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılmayan ilgiliye, emekli ikramiyesi ödenmediği, yalnızca kamuda işçi olarak geçen süreye karşılık kıdem tazminatı ödendiği anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, bir yıldan fazla 5434 sayılı Yasa kapsamında görev yaptıktan sonra kamu dışında bir sosyal güvenlik kuruluşuna bağlı olarak çalışmalarını tamamlayıp 2829 sayılı Yasa'nın 8. maddesi uyarınca yaşlılık aylığı bağlananlara da, son defa Emekli Sandığına tabi bir görevden emekliye ayrılma koşulunu taşımadıklarından Emekli Sandığına tabi olarak yaptıkları çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemektedir.

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

Anayasa'nın 10. maddesindeki *"kanun önünde eşitlik ilkesi"* hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

2829 sayılı Yasa'da benimsenen sistemle, farklı sosyal güvenlik kuruluşlarındaki hizmet süreleri birleştirilerek emekli olanlara yaşlılık aylığı bağlandığı halde, itiraz konusu ibareyle son defa bağlı olunan sosyal güvenlik kurumuna göre ayırım yapılarak Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılmayanlara, 5434 sayılı Yasa'ya tabi çalışma süreleri için emekli ikramiyesi ödenmemesi, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, adil sonuçlar doğurmadığından 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Bu nedenle itiraz konusu ibare, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

İptal edilen ibarenin, ayrıca Anayasa'nın 60. maddesi yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında *"Kanun, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi İptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı*

günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise Anayasa Mahkemesi'nin, iptal halinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlâl edici mahiyette görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

İtiraz konusu ibarenin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

A- 24.5.1983 günlü, 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- İptal edilen ibarenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

5.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

1982 Anayasası'nın Geçici 15. maddesinin, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Başkanlık Divanı'nı oluşturuncaya (6.12.1983) kadar geçecek süre içinde, çıkarılan kanunların, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceğine ilişkin son fıkrası 3.10.2001 günlü, 4709 sayılı Yasa ile madde metninden çıkarılmış, ancak aynı kurala koşut düzenleme getiren 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 25. maddesi değiştirilmemiştir. Bu durumda Anayasa değişikliğine karşın belirtilen dönemde çıkan yasaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesini engelleyen 2949 sayılı Yasa'nın 25. maddesinin ihmalinin mi iptalinin mi gerektiğinin tartışılması gerekmiştir.

Anayasa'nın 152. maddesinde "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır" denilmektedir. Maddede "davaya bakmakta olan mahkeme" yönünden bir sınırlandırma getirilmediğinden iptal ve itiraz başvuruları nedeniyle incelediği davalarda Anayasa Mahkemesi'nin davaya bakmakta olan Mahkeme olduğunda duraksanamaz.

2949 sayılı Yasa'nın 18. maddesinin 2. bendinde "Mahkemelerce kendisine Anayasa'nın 152 nci maddesine göre intikal ettirilen işleri ve Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda aynı madde gereğince ön mesele olarak bakması gereken işleri karara bağlamak" Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Burada yalnız Yüce Divan sıfatıyla çalışırken veya siyasî partilerin kapatılmasına ilişkin davalardan söz edilmesi ise ön mesele olarak kabul edilen işlerin bunlarla sınırlı olduğu anlamına gelmemekte, Anayasa Mahkemesi'nin asıl işlevi olan Anayasa'ya uygunluk denetiminin yanı sıra görevlendirildiği bu iki konuda doğabilecek duraksamaları önleme amacına yönelik bulunmaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 152. maddesinin "Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" biçimindeki başlığından yola çıkarak Anayasa Mahkemesi'nin "diğer mahkemeler" kapsamına girmemesi nedeniyle iptal ve itiraz başvuruları nedeniyle baktığı davalarda uyguladığı bir kuralın Anayasa'ya aykırılığını incelemeyeceği sonucuna varılamaz. Gerçekten böyle düşünüldüğünde, Anayasa Mahkemesi'nin Yüce Divan ve

siyasî parti kapatma davalarında da Anayasa'ya aykırılık sorununu ön mesele olarak inceleyememesi gerekir. Çünkü bu davaların diğer mahkemelerde görülebilecek türden klâsik davalar olması sonuçta bu davalara bakan Mahkeme'nin Anayasa Mahkemesi olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Ayrıca Anayasa maddelerinin başlıkları Anayasa'nın 176. maddesine göre Anayasa metninden sayılmaz.

Öte yandan, Anayasa yargısının kabul edildiği bir hukuk sisteminde, Anayasa'nın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının sağlanabilmesi için bir zorunluluk olmadıkça ihmâl yoluna gidilmesi olağan ve kabul gören bir yöntem değildir. Bu bağlamda Anayasa'nın 138. maddesindeki hâkimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceklerine ilişkin kuralla hakimlerin doğrudan Anayasa'yı uygulayabilmeleri değil bakmakta oldukları bir davada uygulayacakları kuralları Anayasa'ya aykırı bulmaları halinde bunların iptalleri için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaları sağlanarak aykırılığın giderilmesi amaçlanmıştır. Mahkemelerin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına vardıkları kuralları ihmâl ederek doğrudan Anayasa'yı uygulayabileceklerinin kabulü, Anayasa'ya uygunluk denetiminin Anayasa Mahkemesi'ne verildiği bir hukuk sistemine ve onu yansıtan Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son fıkrasının 4709 sayılı Yasa ile kaldırılmasından önceki dönemde, bu fıkra kapsamına giren kimi yasalardaki kuralların Anayasa'da yapılan değişiklikler sonucu Anayasa'ya aykırı duruma gelmelerine karşın mahkemelerde görülmekte olan davalarda bunların Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülememesi nedeniyle aradaki aykırılık iptalin imkânsızlığı karşısında zorunlu olarak ihmâl yoluyla giderilmeye çalışılmıştır. Bir hukuk karmaşasının yaşandığı tartışmasız olan bu dönem, 4709 sayılı Yasa'nın getirdiği değişiklikle sona ermiştir. Artık Türk hukuk sisteminde "ihmâl" yönetimini haklı kılacak bir neden kalmamıştır. Ayrıca bu yöntem, ihmâl edilmekle dolaylı olarak Anayasa'ya aykırı oldukları saptanan kimi kuralların varlıklarını sürdürmelerine neden olmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2949 sayılı Yasa'nın 25. maddesi iptal edilmeden, bu maddenin ihmâli yoluyla esasın incelenmesine geçilemeyeceği gerekçesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Esas Sayısı : 2005/30

Karar Sayısı : 2009/18

Karar Günü : 5.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Sinop Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi (E.2005/30, E.2005/31)

İTİRAZLARIN KONUSU: 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun;

A) Geçici 12. maddesinin 31.5.2000 günlü, 4571 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının,

B) 20.3.2002 günlü, 4747 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Geçici 17. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 40. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istenilmektedir.

I- OLAY

1479 sayılı Yasa'nın 2229 sayılı Yasa'yla değişik 36. maddesine göre hesaplanarak yaşlılık aylığı bağlanmasına ve eksik ödenen farkların emeklilik tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmesi istemiyle açılan davalarda, davacıların Anayasa'ya aykırılık savını ciddi bulan Mahkeme, itiraz konusu kuralların iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

Başvuru kararlarının gerekçe bölümlerinde özetle;

1479 sayılı Yasa'ya tabi sigortalıların ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıklarının hesabında esas alınacak gelir basamaklarının düzenlenmesi ile ilgili hükümlerin anılan Yasa'nın 50. maddesinde yer aldığı, bu maddede, 24 basamaktan meydana gelen gelir basamaklarının her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre DİE tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranı kadar, ikinci olarak bir önceki yılın gayrisafi

yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızları kadar artırılarak belirlenmesinin öngörüldüğü, Bağ-Kur yaşlılık aylığının hesaplanma yöntem ve esaslarının 1479 sayılı Yasa'nın 36. maddesinde düzenlendiği, anılan bu maddenin 4447 sayılı Yasa'nın 29. maddesi ile 1.1.2000 tarihinden geçerli olmak üzere değiştirildiği, 1479 sayılı Yasa'ya 4447 sayılı Yasa ile eklenen Geçici 12. maddenin birinci fıkrasında, bu Yasa'nın yürürlük tarihinden sonra primlerin ve aylıkların hesaplanmasına esas gelir tablosunun 50. maddeye göre belirlenmesine kadar Yasa'nın yayımı tarihinden önceki hükümlere göre belirlenecek olan 24 basamaklı gösterge tablosunun uygulanmasına devam edileceğinin belirtildiği, anılan Geçici 12. maddenin, 4571 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile değiştirilen 2. fıkrasında "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 50 nci maddeye göre belirlenmesi gereken gelir basamaklarının hesaplanmasında yukarıdaki fıkra gereğince uygulanan gelir basamakları 1.4.2000 ile 31.03.2001 tarihleri arasında geçerli olmak üzere %25 artırılarak uygulanır. Ancak, Bakanlar Kurulu bu artışı 1.4.2001 ile 31.03.2002 dönemi için hedeflenen enflasyonu dikkate alarak yeniden belirlemeye yetkilidir" hükmünün getirildiği, 1479 sayılı Yasa'nın, 4747 sayılı Yasa'nın 4. maddesi ile eklenen Geçici 17. maddesinde de "Bu Kanunun 50 nci maddesine göre belirlenmesi gereken, 1.4.2002 ile 31.03.2003 tarihleri arasında sigortalıların ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıkların hesabına esas gelir basamaklarını ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir." kuralının getirildiği, Ülkemizde 20 yıldır enflasyonun yüksek olduğu, son 12 yıl içinde ekonomik krizlerin aralıklı olarak meydana geldiği, özelikle son iki krizde de bir çok işyerinin kapandığı, ithalat ve ihracatın azaldığı, işverenlerin çoğunun bu krizde malvarlığını kaybettiği, bankalardan yüksek faizle alınan kredilerin ödenemediği, fabrikaların kapandığı, binlerce işçinin işten çıkarıldığı, tek gelir kaynağı emekli maaşı olan binlerce vatandaşın bu krizler nedeniyle mağdur duruma düştüğü, bu dönemlerde 4571 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ve 4747 sayılı Yasa'nın 4. maddesi ile, sigortalılar için öngörülen hesap sistemi için kesin kriterler yerine yönetsel keyfi kriterlerin getirildiği, hedeflenen enflasyon deyiminin de sübjektif kriter olduğu, enflasyonun faturasının emeklilere yüklenmesinin sosyal devlet kavramı ile bağdaşmadığı, amacı güçsüzleri korumak, eşitliği ve sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamak olan Devletin, sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olarak hareket etmesinin, aynı hukuksal durumda bulunanlara eşitlik ilkesine aykırı yasal düzenlemeler yapmasının Anayasa'ya aykırı olduğu, aynı basamakta, aynı sürede ve aynı yaşta prim ödemekle beraber farklı tarihlerde aylık talebinde bulunanların aylıklarındaki farklılıkların, gelir tablosunun, temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatlarına göre tespit edilmesi gerekirken, 4571 ve

4747 sayılı Yasalara göre bunun çok altında belirlenmiş olmasından kaynaklandığı, bu düzenlemelerin Anayasa'nın eşitlik ilkesi ve sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, aylık bağlama konusunda yapılan bu değişikliğin sigortalı davacının aylığında düşüşe yol açtığının sabit olduğu, yasakoyucunun peşpeşe çıkardığı geçici maddelerle her dönem için yıllık belirlenen TÜFE ve TEFE indekslerinden uzaklaşarak artış oranını kendisinin belirlediği, aynı sürede prim ödeyen sigortalılara bağlanan aylık tutarlarının farklı olmasına da sonradan çıkan ve iptali istenen bu Yasa maddelerinin neden olduğu, gelir basamaklarının 1479 sayılı Bağ-Kur Yasası'nın 50. maddesi gereğince enflasyon oranı kadar artırılması gerekirken, 2000 yılında bu oran çok yüksek bulunarak iptali istenen 4571 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile % 25'e indirildiği ve maddenin ikinci cümlesinde yer alan "hedeflenen enflasyon" tabiri ile aylık bağlama oran miktarını belirleme yetkisinin 2001 yılında Bakanlar Kurulunun insifiyatine bırakılması ile çalışanların sosyal güvenlik haklarının yasa teminatından çıkartılarak idarenin alacağı keyfi kararlara terkedildiği, 4747 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle 1479 sayılı Yasa'ya eklenen Geçici 17. madde ile de bu yetkinin Bakanlar Kurulu'na bırakıldığı, bu nedenlerle anılan Yasa maddelerinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 40. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ve iptalleri gerektiği ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun; 4571 sayılı Yasa'yla değiştirilen ikinci fıkrasını da içeren Geçici 12. maddesi ve 4747 sayılı Yasa'yla eklenen Geçici 17. maddesi şöyledir:

"Geçici Madde 12- (Ek: 25/8/1999- 4447/39 md.)

Bu Kanunun yürürlük tarihinden sonra primlerin ve aylıkların hesaplanmasına esas gelir tablosunun 50 nci maddeye göre belirlenmesine kadar, Kanunun yayımı tarihinden önceki hükümlere göre belirlenecek olan yirmidört basamaklı gösterge tablosunun uygulanmasına devam edilir.

(Değişik: 31/5/2000 - 4571/2 md.) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 50 nci maddeye göre belirlenmesi gereken gelir basamaklarının hesaplanmasında yukarıdaki fıkra gereğince uygulanan gelir basamakları 1/4/2000 ile 31/3/2001 tarihleri arasında geçerli olmak üzere %25 artırılarak uygulanır. Ancak, Bakanlar Kurulu bu artışı 1/4/2001

ile 31/3/2002 dönemi için hedeflenen enflasyonu dikkate alarak yeniden belirlemeye yetkilidir."

"Geçici Madde 17-(Ek:20/3/2002- 4747/4 md.)

Bu Kanunun 50 nci maddesine göre belirlenmesi gereken, 1.4.2002 ile 31.3.2003 tarihleri arasında sigortalıların ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıkların hesabına esas gelir basamaklarını ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 40. ve 60. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 7. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 5.4.2005 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

Sinop Asliye Hukuk (İş) Mahkemesi'nin başvurusuna ilişkin 2005/31 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2005/30 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/30 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 5.4.2005 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- 1479 Sayılı Yasa'nın Geçici 12. Maddesinin 4571 Sayılı Yasa'yla Değiştirilen İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararlarında, Bağ-Kur sigortalılarının ödeyecekleri primlerin ve bağlanacak aylıklarının hesaplanmasında esas olan gelir basamaklarının her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranı kadar, ikinci olarak bir önceki yılın gayrisafi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızları kadar artırılarak belirleneceğinin 1479 sayılı Yasa'nın 50. maddesinde öngörüldüğü, ancak Yasa'nın Geçici 12. maddesinin 4571 sayılı Yasa'yla değiştirilen ikinci fıkrası ile geçici dönemler için bu kurala istisna getirildiği, 1.4.2000 ile 31.3.2001 tarihleri arasında bu artışın %25 olarak uygulanmasının ve 1.4.2001 ile 31.3.2002 dönemi için Bakanlar Kurulu'nun bu artışı hedeflenen enflasyonu dikkate alarak yeniden belirlemeye yetkili olduğunun düzenlendiği, bu düzenleme nedeniyle aslında aynı basamakta, aynı sürede prim ödemiş olan ancak aylık bağlama tarihleri farklı olan sigortalıların aldıkları maaşlar arasında farklılık yaratıldığı, enflasyonun yüksek olmasından sigortalıların sorumlu tutulamayacağı, anılan kuralın eşitlik ve sosyal hukuk devleti ilkesini zedelediği, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 10., 40. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş, 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 kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, Devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmış, 60. maddesinde de, sosyal devlet ilkesine paralel olarak herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, Devletin, bu güvenliği sağlayacak gerekli önlemleri alarak teşkilat kuracağı vurgulanmıştır.

Bağ-Kur sigortalılarının ödeyecekleri primlere ve bağlanacak aylıklarına esas alınan gelir basamaklarının belirlenmesi ile ilgili düzenleme, 1479 sayılı Yasa'nın 50. maddesinde yer almıştır. 4447 sayılı Yasa'yla değiştirilen 50. maddenin ilk tümcesinde, bu Kanuna göre sigortalıların ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıklarının hesabında, yirmidört basamaklı gelir tablosunun uygulanacağı belirtilmiş ve ikinci tümcesinde de, tabloda yer alan gelir basamaklarının, her yıl Nisan ayında ilk olarak bir önceki yılın

Aralık ayı ile ondan önceki yılın Aralık ayına göre Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından açıklanan en son temel yıllı kentsel yerler tüketici fiyatları indeksindeki değişim oranı kadar, ikinci olarak bir önceki yılın gayrisafi yurt içi hasıla sabit fiyatlarla gelişme hızları kadar artırılarak belirlenmesi öngörülmüştür.

1479 sayılı Yasa'nın Geçici 12. maddesinin 31.5.2000 günlü, 4571 sayılı Yasa'yla değiştirilen itiraz konusu ikinci fıkrasının birinci tümcesinde ise, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 50. maddeye göre belirlenmesi gereken gelir basamaklarının hesaplanmasında geçici 12. maddenin birinci fıkrası gereğince uygulanan gelir basamaklarının 1.4.2000 ile 31.3.2001 tarihleri arasında geçerli olmak üzere %25 artırılarak uygulanması öngörülmüş, ikinci tümcesinde de, Bakanlar Kurulu'nun bu artışı 1.4.2001 ile 31.3.2002 dönemi için hedeflenen enflasyonu dikkate alarak yeniden belirlemeye yetkili olduğu kurala bağlanmıştır.

4571 sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde, DİE tarafından açıklanan 1999 yılı TÜFE değişim oranının %68.8, gayrisafi yurt içi hasıla gelişme hızının ise -%5 olarak gerçekleşmesi üzerine, 1479 sayılı Yasa'nın 50. maddesi uyarınca 1 Nisan 2000 tarihinden geçerli olmak üzere, Bağ-Kur'da uygulanan yeni gelir tablolarının belirlendiği ancak bu durumda ödenecek primlerdeki artışın yaklaşık %60 oranında olduğunun görüldüğü, oysa 2000 yılı için öngörülen enflasyon hedefinin %25 olması nedeniyle, yaklaşık %60 olarak belirlenen prim oranlarındaki artışın %25 oranına indirilmesi zorunluluğunun doğduğu ve 1479 sayılı Yasa'da gerekli düzenlemenin yapıldığı belirtilmiştir.

Yasakoyucu, sigortalıların ödeyecekleri primlerin ve bağlanacak aylıklarının hesabında esas alınan gelir basamaklarındaki artış konusunda Anayasa'da belirtilen ilkelere ve sosyal sigorta gereklerine uygun olarak adil ölçüler içinde düzenlemeler yapmak yetkisine sahiptir.

Gelir basamaklarının 1479 sayılı Yasa'nın 50. maddesinde öngörülen şekilde artırılarak belirlenmesinin, sigortalıların ödeyecekleri prim yükünü fazla artırması ve bunun da enflasyonun yüksek olduğu dönemlerde ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkileyecek olması gözetilmek suretiyle, gelir basamaklarındaki artışın 1.4.2000 ile 31.3.2001 tarihleri arasında geçerli olmak üzere %25 oranının uygulanması, ekonomik istikrarın sağlanması ve sigortalıların ödeyecekleri prim yükünün azaltılması amacına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Yapılan bu düzenleme, sosyal güvenlik hakkını ortadan kaldıran ya da kullanılamaz hale getiren nitelik de taşımamaktadır.

İtiraz konusu fıkranın ikinci tümcesine göre, Bakanlar Kurulu 1.4.2001 ile 31.3.2002 dönemi için bu artışı yeniden belirleme yetkisini, hedeflenen enflasyon oranını dikkate alarak kullanacağından "hedeflenen enflasyon" kavramının belirsizliğinden söz edilemez.

Öte yandan, farklı tarihlerde emekli olan sigortalıların, emekli aylığı bağlama tarihlerinde yürürlükte bulunan farklı kurallara tabi olmaları nedeniyle aralarında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 60. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 40. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

B- Yasa'nın 4747 Sayılı Yasa'yla Eklenen Geçici 17. Maddesinin İncelenmesi

Başvuru kararlarında itiraz konusu kuralın, 1.4.2002 ile 31.3.2003 tarihleri arasında gelir basamaklarını ve buna ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda Bakanlar Kurulu'na geniş ve belirsiz yetki verdiği, bu artışın Bakanlar Kurulu'nun takdirine bırakılmasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 40. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ve kuralın iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

1479 sayılı Yasa'nın 4747 sayılı Yasa'yla eklenen itiraz konusu Geçici 17. maddesinde, "*Bu Kanunun 50 nci maddesine göre belirlenmesi gereken, 1.4.2002 ile 31.3.2003 tarihleri arasında sigortalıların ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıkların hesabına esas gelir basamaklarını ve buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkilidir.*"denilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 7. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile

yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer.

İtiraz konusu kuralla, 50. maddeye göre belirlenmesi gereken, 1.4.2002 ile 31.3.2003 tarihleri arasında sigortalıların ödeyecekleri primler ve bağlanacak aylıkların hesabına esas gelir basamaklarını ve buna ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisi Bakanlar Kurulu'na verilirken, hiçbir objektif ölçüt ve sınıra yer verilmemiş ve yetkinin çerçevesi yasayla çizilmemiştir. Bakanlar Kurulu'na geniş ve belirsiz yetki veren bu düzenleme, yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğundan, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Kural iptal edildiğinden ayrıca Anayasa'nın 5., 10. ve 60. maddeleri yönünden incelenmemiş, kuralın Anayasa'nın 40. maddesi ile de ilgisi görülmemiştir.

VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*" denilmekte, 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal sonucunda meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

1479 sayılı Yasa'nın, 20.3.2002 günlü, 4747 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Geçici 17. maddesinin iptaline karar verilmesinin doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını ihlal edici nitelikte olduğundan gerekli düzenlemenin yapılması amacıyla iptal kararının, Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun;

A- Geçici 12. maddesinin 31.5.2000 günlü, 4571 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

B- 20.3.2002 günlü, 4747 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Geçici 17. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

C- İptal edilen maddenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE,

5.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/57

Karar Sayısı : 2009/19

Karar Günü : 5.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara Fikrî ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU:

A- 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ve 136. maddesinin;

B- 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ve 48. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemidir.

I- OLAY

Müşteki adına endüstriyel tasarım tescil belgesi ile faydalı model belgesi bulunan ürünlerin taklitlerini üretmek ve satışa arz etmek suçundan sanık hakkında açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırılığı savını ciddi bulan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Ankara Fikrî ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemesinin 31.1.2005 günlü başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Cumhuriyetin nitelikleri" başlığını taşıyan 2. maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında "hukuk devleti" ilkesini de saymıştır. 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 hayata aktarılması bazı somut koşulların gerçekleştirilmesine bağlıdır.

Ceza hukuku alanında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi başlıca iki unsurun varlığını zorunlu kılmaktadır; bunlardan ilki, "suç ve cezaların kanuniliği" diğeri ise, "suç ve cezalar arasında ölçülülük" ilkeleridir.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ceza hukuku alanında hukuki güvenliğin gerçekleştirilmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ile sağlanmaya çalışılmaktadır. Gerçekten de suç ve cezalara ilişkin temel esaslar ceza hukukunun düzenleme alanına bırakılmayarak Anayasal güvencelere bağlanmıştır. Anayasamızın 38. maddesi bu ilkeyi düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre, "Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suç işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." İlke, insan hak ve özgürlükleri açısından taşıdığı öneme uygun olarak bu alandaki temel uluslararası düzenlemelerin de ayrılmaz bir parçası olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre de, suç ve cezaların yasallığı ilkesi, hukukun üstünlüğü ilkesinin asal unsurlarından birini oluşturur ve sözleşmenin koruma sistemi içinde önemli bir yer tutar. Bu nedenledir ki, savaş veya öteki genel tehlike hâllerinde dahi Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca istisna getirilemez. Suçların yasa ile konulmasının bir gereği de, suç tipinin düzenlendiği hükmün "yeterince açık ve anlaşılabilir" olmasıdır. Aksi hâlde vatandaşlar yönünden hukuki güvenliğin yeterince sağlandığını söylemek olanaklı değildir. Bir başka deyişle, hangi eylemlerin yasakoyucu tarafından yaptırıma bağlandığının, suçun yasal unsurlarının, ağırlaştırılmış hâllerinin yeterince anlaşılır şekilde düzenlenmesi bir zorunluluktur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi suç öngören hükmün, gereğinde bir hukukçunun yardımıyla anlaşılabilir olmasını ya da olası belirsizliklerin içtihatlarla aydınlatılmış olmasını yeterli görmektedir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir hukukçunun yardımı ile veya içtihatlar yoluyla anlaşılır olmak için, o suç tipinin bir toplumda yeterince tartışılmış ve uygulama olanağı bulmuş olması yanında, bu çalışmalara imkân verecek açıklıkta, üzerinde tartışılabilir sınırlara ve belirliliğe sahip yasal bir metnin varlığına ihtiyaç bulunduğunu söylemek hatalı olmaz. Bu görevin de yasama organı tarafından yerine getirilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Günümüzde bu gereklilik özellikle ticari ceza hukuku alanında kendisini daha fazla hissettirmektedir. Gerçekten de, yasama organının, ekonomik faaliyetin belirli alanlarında yeni suç tipleri oluştururken, ya da bu alanda etkin önlemler getiren yeni düzenlemeler yaparken, insanlık tarihi

ile aynı geçmişe sahip, aşağı yukarı bütün toplumlarda suç olarak kabul edilmiş eylemler için yapılan düzenlemelere kıyasla daha belirgin, açık ve anlaşılır olması gerektiği tartışmasızdır. Ancak somut olayda sanık hakkında uygulanması olasılığı bulunan, 5194 sayılı Yasa ve 4128 sayılı Yasa ile değişik 551 sayılı KHK'ye ek 73/A-c madde ve bendi ile bu bent hükmündeki atıf dolayısıyla aynı KHK'nin 136. maddesi ve yine 554 Sayılı KHK'ye ek 48/A-c ve bu bent atfıyla aynı KHK'nin 48. maddesinin hukuk devleti ve suçların yasallığı ilkelerinin bir gereği olan bu zorunluluğu asgari düzeyde de olsa karşıladığını söylemek imkânsızdır.

Gerçekten de, 5194 Sayılı Yasa ile değişik, 4128 Sayılı Yasa ile ek 551 Sayılı KHK'nin 73/A maddesinin (c) bendinin, 554 Sayılı KHK nin 48/A-c madde ve bendinin, suçun cezasını belirlemekle yetindiği ve suçun unsurlarının tespitini esasen hukuki ihlal hâllerini düzenleyen KHK'lerin maddelerine atıf yoluyla düzenlediği kuşkusuzdur. Başka bir deyişle faydalı model ya da tasarım hakkının kapsamında yer aldığı hukuken kabul edilebilecek ve hak sahibince önlenebilecek her türlü fiiller aynı zamanda suç sayılarak cezaî yaptırıma tâbi tutulmuştur. Bu durumun tekrardan kaçınmak gibi bir gerekçeyle açıklanmasına imkân yoktur. Faydalı model ve tasarım hakkının hukukî (tazmini) sorumluluk gerektiren ihlallerinin nelerden ibaret olduğunun KHK hükümleri çerçevesinde saptanması bir yana, tescilli sözü geçen haklar sınırları ve istisnaları ile bu hakka tecavüz kabul edilebilecek eylemlerin vatandaşlar açısından gereğinde bir hukukçunun yardımı ile dahi olsa bilinecek derecede açık olduğunu söylemek gerçekle bağdaşmayan bir yargı olacaktır.

Bu gibi durumlarda hukukî (tazmini) sorumluluk öngörülmesi gerektiği kuşkusuz ise de, aynı zamanda hürriyeti bağlayıcı ceza ve işyeri kapatma cezası dâhil bir takım ağır cezai yaptırımlar da öngörülmesi yasakoyucunun tercihi olduğu takdirde, ceza hukukunun, tarihin süzgecinden geçmiş ve insanlığın ortak değerleri arasına katılmış ilkelerine uygun bir düzenleme yapılmasını gerektirir. Başka bir deyişle, yasakoyucunun hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluk arasında temel ilkesel farklılıkları gözeterek cezaî sorumluluğa ilişkin düzenlemeyi ayrıca ve suç oluşturan eylemin unsurlarına yeterli açıklık sağlayacak bir düzenleme yapması gereklidir. Aksi halde ortaya çıkan aykırılığın, yine hukuk devletinin bir diğer unsurunu oluşturan, yasama işlemlerinin Anayasa'ya uygunluğunun yargısal denetimi yoluyla giderileceği kuşkusuzdur.

Öte yandan, ceza hukuku alanında, hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin bir diğer unsuru ise, "suç ve cezalar arasında

ölçülülük" ilkesidir. Buna göre, öncelikle yasakoyucu norm koyarken insan hak ve özgürlüklerine getirilen sınırlandırmanın sınırı olarak ölçülülük ilkesi ile bağlıdır. İlke, ceza hukukuna ilişkin yasal düzenlemeler açısından bir suç için öngörülen cezanın, bu suçun işlenmesi sonucu bozulan kamu düzeninin yeniden tesisi amacına elverişli, gerekli ve bu amaçla orantılı olması şeklinde tanımlanabilir. Bir başka deyişle "Yasakoyucunun ceza saptamadaki yetkisinin sınırını hukuk devleti ilkesi oluşturur. … Cezaların, suçların ağırlık derecesine göre önleme ve iyileştirme amaçları da göz önünde tutularak, adaletli bir ölçü içerisinde konulması ceza hukukunun temel ilkelerindendir." "Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını, o suçun toplum hayatında yarattığı etkiye ve kamu vicdanında aldığı tepkiye göre takdir etme zorunluluğu vardır. Bu orantısallık bağının bulunması, hukuk devleti ilkesinin ve adalet anlayışının bir gereğidir. Yasakoyucu cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır." Yine kural olarak, suçun ve ortaya çıkan toplumsal ve şahsi zararın ağırlığına, failin kişiliğine ve fiilin özelliklerine göre cezanın şahsileştirilmesi olanağının hâkime verilmesi de ölçülülük ilkesinin gereğidir. Yasakoyucunun bu kuralları açıkça ihlal eder nitelikte yasa koyması Anayasa'ya aykırı olacaktır.

Somut olayda uygulanması söz konusu olan her iki yasa hükmünde öngörülen yaptırımlar, 22 Haziran 2004 tarih ve 5194 Sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrası, "iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezası veya her ikisi, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ticaretten men" cezaları olarak belirlenmiştir.

Anılan değişiklik öncesi hapis ve ağır para cezaları ile ayrıca işyeri kapatma ve ticaretten men cezalarının birlikte uygulanması söz konusu iken, yapılan bu değişiklikle hapis veya ağır para cezalarından sadece biri veya her ikisinin birlikte uygulanması hâkimin takdirine bırakılmış, bir bakıma suç ile ceza arasındaki var olan orantısızlık bizzat yasakoyucu tarafından giderilmeye çalışılmıştır. Ne var ki, Yasa'da öngörülen hapis ve ağır para cezalarının alt sınırının cezanın, somut olayın ağırlığına göre şahsileştirilmesine imkân vermeyecek bir şekilde yüksek tutulduğu ayrıca, maddede öngörülen ve fer'i ceza niteliğindeki "işyerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılması ve aynı süre ile ticaretten men cezasının" uygulanıp uygulanmayacağı konusunda hâkime bir takdir hakkı tanınmadığı görülmektedir. Bir başka deyişle, somut olayda sanıkta elde edilen ürün sayısı, sanığın faydalı model ve tasarım hakkına tecavüz oluşturduğu saptanan ürünleri bizzat üretip üretmediğine bakılmaksızın her koşulda mahkûmiyet hâlinde "bir yıldan az olmamak üzere iş yerinin

kapatılması ve aynı süre ile ticaretten men" cezasına da hükmedilecektir. Bu durumun hâkime cezayı fiilin vahametine ve failin kişiliğine uyarlama imkânı vermediği ve bu nedenle çoğu zaman suç ile ceza arasında adalete uygun bir oranın kurulmasını engelleyici sonuçlara yol açacağı kuşkusuzdur. Bu itibarla anılan hüküm "hukuk devleti" ve "ölçülülük" ilkelerine açıkça aykırı bulunmaktadır.

Yine, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, "Türkiye Büyük Millet Meclisi Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir. Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez". Yargılamaya konu olayda uygulanması söz konusu olan 4128 sayılı Yasa ile ek 551 sayılı KHK'nin 73/A-c ve 554 sayılı KHK'nin 48/A-c maddesindeki cezalar, bu maddeler atfı dolayısıyla da anılan KHK.'lerin sırasıyla 136. ve 48. maddelerinde ise suç olarak kabul edilen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 38. maddesi, Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde bulunduğundan, bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararnamelerle gerçekleştirilmesi mümkün değildir ve aksi hâl açık bir Anayasa'ya aykırılık oluşturur. Ancak burada iptali gereken hükmün, sadece cezayı belirlemekle yetinerek, suç oluşturan eylemleri atıf yoluyla düzenleyen 5194 sayılı Yasa ile değişik 4128 sayılı Yasa ile anılan KHK'lara ek 73/A-c, 48/A-c madde ve bendleri olduğunu vurgulamak gerekir.

Mahkememizce, yukarıda açıklanan gerekçelerle, yargılama konusu olayda, sanık hakkında uygulanması söz konusu olan hükümlerin, "hukuk devleti", "suç ve cezaların yasallığı", "ölçülülük" ilkeleri ile Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırı görülerek, ileri sürülen aykırılık iddiası ciddi bulunmuş, Anayasa'ya aykırılık denetimi için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve bu konuda verilecek karara kadar davanın geri bırakılmasına karar verilmiştir.

HÜKÜM:

(…) Sanık hakkında uygulanması söz konusu olan 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A-c maddesi ile bu madde delaleti ile 136. maddesinin, yine 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A-c madde ve bendi hükmü ile bu maddenin atfı nedeniyle 48. maddelerinin Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine, temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasına ilişkin 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine, suç ve cezalara ilişkin esaslara dair 38. maddesindeki suç ve

cezaların kanuniliği ilkesine, kanun hükmünde kararname çıkarılmasına ilişkin 91. maddesindeki temel haklar ile kişi haklar ve ödevlerinin kanun hükmünde kararname ile düzenlenemeyeceğine dair ilkeye aykırı olduğu kanaati ile sanık vekilince ileri sürülen Anayasa'ya aykırılık iddiası Mahkememizce ciddi görülmüş olmakla Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulmasına, … karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin itiraz konusu kuralları da içeren 73/A ve 136. maddeleri şöyledir:

"Madde 73/A- (Ek: 3.11.1995 - 4128/1 md.; Değişik: 22.6.2004-5194/2 md.)

Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında;

a) 44 üncü maddede yazılı açıklamayı patent veya faydalı model başvurusu açısından gerçeğe aykırı olarak yapanlar, patentli veya faydalı modelli bir eşya veya ambalajı üzerine haklı olarak konulmuş patent veya faydalı model olduğunu belirten işareti yetkisi olmadan kaldıranlar veya kendisini haksız olarak patent veya faydalı model başvurusu sahibi veya patent veya faydalı model sahibi olarak gösterenler hakkında bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına veya ondörtmilyar liradan yirmiyedimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

b) Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde 86 nci maddede yazılı haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehineden, bu haklar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunanlar ile patent veya faydalı modelle korunan bir buluşun sahibi olmadığı veya bunların koruma süresinin bittiği veya 129, 133 veya 165 inci maddelerde yazılı sebeple patentin veya faydalı modelin hükümsüzlüklerine veya sona ermelerine karar verilmesine rağmen, satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilânlarına, korunan bir patentle veya faydalı modelle ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyan veya ilân ve reklâmlarda bu tarzda yazı ve işaretler kullananlar hakkında iki yıldan üç yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

c) 136 ncı maddede yazılı fiillerden birini gerek faydalı model, gerek patentli buluş açısından işleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar

ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine,

Hükmolunur.

(a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan suçlar, hizmetlerini yaptıkları sırada bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ve suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de aynı surette cezalandırılır. Bir tüzel kişinin işleri yürütülürken, 136 ncı maddede sayılan suçlardan biri işlenirse, tüzel kişi, masraflar ve para cezasından müteselsilen sorumlu olur. Fiile iştirak edenler hakkında, olayın mahiyetine göre 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 64, 65, 66 ve 67 nci maddeleri hükümleri uygulanır. Yukarıda sayılan suçlardan dolayı kovuşturma şikâyete bağlıdır.

Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi uygulanmaz. Patentten veya faydalı modelden doğan hakları tecavüze uğrayandan başka, 136 nci maddede sayılanlar dışında kalan suçlarda Enstitü, 44 üncü maddede yazılı açıklamanın gerçeğe aykırı olarak yapılması ile patent veya faydalı modelle korunan bir buluşun sahibi olmadığı veya patentin veya faydalı modelin koruma süresinin bittiği veya hükümsüzlüğü veya sona erme durumlarında, kendisinin veya başkasının imâl ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilânlarına, korunan bir patent veya faydalı modelle ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyma veya bu amaçla ilân ve reklamlarda bu tarzda yazı ve işaretler kullanılması durumlarında, 8.3.1950 tarihli ve 5590 sayılı Kanun veya 17.7.1964 tarihli ve 507 sayılı Kanuna tâbi kuruluşlar ve tüketici dernekleri de şikâyet hakkına sahiptir. Şikâyetin, fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıl içinde yapılması gerekir.

Bu kapsamdaki suçlarla ilgili şikâyetler, acele işlerden sayılır. Patent veya faydalı model başvurusu veya patentten veya faydalı modelden doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zapt edilmesi veya el konulması veya yok edilmesinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 36 nci maddesi hükmü ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

"Patentten Doğan Hakka Tecavüz Sayılan Fiiller

Madde 136 – Aşağıda yazılı fiiller patentten doğan hakka tecavüz sayılır:

a - Patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek,

b - Kısmen veya tamamen taklit suretiyle meydana getirildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği halde, tecavüz yoluyla üretilen ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticari amaçla elde bulundurmak veya uygulamaya koymak suretiyle kullanmak,

c - Patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu olan usulü kullanmak veya buluş konusu usulle doğrudan doğruya elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya uygulamaya koymak suretiyle kullanmak;

d - Patent sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans veya zorunlu lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,

e - Bu maddenin 1 inci ila 4 üncü bentlerinde yazılı fillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

f - Kendisinde bulunan ve haksız olarak üretilen veya ticaret alanına çıkarılan eşyanın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.

Patent bir ürünün yapılışına ait bir usul için alınmışsa, aynı nitelikleri taşıyan her ürün, patenti alınmış usule göre yapılmış sayılır Usule tecavüz etmeksizin ürünü ürettiğini iddia eden davalı bunu ispat etmekle yükümlüdür.

Patent başvurusu bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 55 inci maddesine göre yayınlandığı takdirde, başvuru sahibi, buluşa vaki tecavüzlerden dolayı hukuk ve ceza davası açmaya yetkilidir. Tecavüz eden başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş ise, başvurunun yayınlanmış olmasına bakılmaz. Tecavüz edenin kötü niyetli olduğuna mahkeme tarafından hükmolunursa, yayından önce de tecavüzün varlığı kabul edilir.(Ek cümle: 22/6/2004 – 5194/4 md.) Ancak mahkeme, patent veya faydalı modelin verildiğine ilişkin ilânın ilgili bültende yayımlanmasından önce öne sürülen iddiaların geçerliliğine ilişkin olarak karar veremez."

2- 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin itiraz konusu kuralları da içeren 48 ve 48/A maddeleri şöyledir:

"Tasarım Hakkına Tecavüz Sayılan Fiiller

Madde 48 – Aşağıda yazılı fiiller tasarım hakkına tecavüz sayılır.

a) Tasarım hakkı sahibinin izni olmaksızın tasarımın aynını veya belirgin bir şekilde benzerini yapmak, üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme akdi için icabda bulunmak, kullanmak, ithal etmek ve bu amaçlarla depolama, elde bulundurmak;

b) Tasarım belgesi sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devir etmek,

c) Bu maddenin önceki a ilâ b bendlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

d) Kendisinde bulunan ve haksız olarak üretilen veya ticaret alanına çıkarılan eşyanın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak,

e) Gasp.

Tasarım başvurusu bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 34 üncü maddesine göre yayınlandığı takdirde, başvuru sahibi, tasarıma vaki tecavüzlerden dolayı hukuk ve ceza davası açmaya yetkilidir. Tecavüz eden, başvurudan veya kapsamından haberdar edilmiş ise, başvurunun yayımlanmış olmasına bakılmaz. Tecavüz edenin kötü niyetli olduğuna mahkeme tarafından hükmolunursa, yayından önce de tecavüzün varlığı kabul edilir.

Koruma kapsamındaki tasarımın tescilli olduğuna ilişkin kaydın ürün, ambalaj veya fatura üzerine konulmamış olması, eylemi tecavüz olmaktan çıkarmaz.

Tescil işaretleri kusurun değerlendirilmesi sırasında dikkate alınır."

"Madde 48/A - (Ek: 3.11.1995 - 4128/3 md.; Değişik:22.6.2004-5194/7md.)

Bu Kanun Hükmünde Kararname kapsamında;

a) Tasarım hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildirimini gerçeğe aykırı olarak yapanlar veya tasarım koruması olan bir eşya veya ambalajı üzerine konulmuş tasarım koruması olduğunu belirten işareti, yetkisi olmadan kaldıranlar veya kendisini haksız olarak tasarım başvurusu veya tasarım hakkı sahibi olarak gösterenler hakkında bir yıldan iki yıla kadar hapis cezasına veya ondörtmilyar liradan yirmiyedimilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

b) Mevcut olmadığını veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde, 39 uncu maddede belirtilen haklardan birini veya bu hakla ilgili lisansı başkasına devreden, veren, rehneden, bu haklar üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunanlar ile korunan bir tasarım hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bittiği veya tasarım hakkının hükümsüzlüğü veya tasarım korunmasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında, kendisinin veya başkasının imâl ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilânlarına, hukuken korunan bir tasarım hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyanlar veya bu amaçla ilân ve reklamlarda, bu tarz yazı, işaret veya ifadeleri kullananlar hakkında, iki yıldan üç yıla kadar hapis cezası veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine,

c) 48 inci maddede yazılı fiillerden birini işleyenler hakkında iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süre ticaretten men edilmelerine,

Hükmolunur.

(a), (b) ve (c) bentlerinde sayılan suçlar, hizmetlerini yaptıkları sırada, bir işletmenin çalışanları tarafından doğrudan doğruya veya emir üzerine işlenmişse çalışanlar ve suçun işlenmesine mani olmayan işletme sahibi, müdür veya temsilcisi ve hangi unvan ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen yöneten kişi de aynı surette cezalandırılır. Bir tüzel kişinin işleri yürütülürken, 48 inci maddede sayılan suçlardan biri işlenirse, tüzel kişi, masraflar ve para cezasından müteselsilen sorumlu olur. Fiile iştirak edenler hakkında olayın mahiyetine göre 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 64, 65, 66 ve 67 nci maddeleri hükümleri uygulanır. Yukarıda sayılan suçlardan dolayı kovuşturma şikâyete bağlıdır.

Bu madde hükümlerinin uygulanmasında 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 344 üncü maddesinin birinci fıkrasının (8) numaralı bendi uygulanmaz. Tasarım korumasından doğan hakları tecavüze uğrayandan başka, 48 inci maddede sayılanlar dışında kalan suçlarda Enstitü; tasarım hakkı sahibi olarak belirtilmesi gereken kimlik bildiriminin gerçeğe aykırı olarak yapılması ile korunan bir tasarım hakkının sahibi olmadığı veya koruma süresinin bitmesi veya herhangi bir sebeple tasarım hakkının hükümsüzlüğü veya tasarım korumasından doğan hakkının sona ermesi durumlarında kendisinin veya başkasının imal ettiği veya satışa çıkardığı eşyaya veya ambalajlarına veya ticarî evrakına veya ilânlarına

hukuken korunan bir tasarım hakkı ile ilgili olduğu kanısını uyandıracak şekilde işaretler koyma veya bu amaçla ilân ve reklamlarda bu tarzda yazı, işaret ve ifadelerin kullanılması durumlarında, 8.3.1950 tarihli ve 5590 sayılı Kanun veya 17.7.1964 tarihli ve 507 sayılı Kanuna tâbi kuruluşlar ve tüketici dernekleri de şikâyet hakkına sahiptir. Şikâyetin fiil ve failden haberdar olma tarihinden itibaren iki yıl içinde yapılması gerekir.

Bu kapsamdaki suçlarla ilgili şikâyetler acele işlerden sayılır. Tasarım hakkı başvurusu veya tasarım korumasından doğan haklara tecavüz dolayısıyla üretilmesi veya kullanılması cezayı gerektiren eşya ile bu eşyaları üretmeye yarayan araç, gereç, cihaz, makine gibi vasıtaların zapt edilmesi veya el konulması veya yok edilmesinde, 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 36 nci maddesi hükmü ile 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun ilgili hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 20.6.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Bakılmakta olan davanın konusunu patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek, kısmen veya tamamen taklit suretiyle meydana getirildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla üretilen ürünleri satmak, dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak ve tasarım hakkı sahibinin izni olmaksızın tasarımın aynını veya belirgin bir şekilde benzerini yapmak, üretmek, piyasaya sunmak, satmak iddiaları oluşturmaktadır. Bu nedenle itiraz konusu kuralların bu kapsam dışındaki hükümlerinin bakılmakta olan davada uygulanma olasılığı bulunmamaktadır.

Buna göre;

1- 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin (c), (d), (e) ve (f) bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarının,

2- 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin (b), (c), (d), (e) ve (f) bentleri ile ikinci ve üçüncü fıkralarının,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bunlara ilişkin başvurunun REDDİNE,

1- 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 22.6.2004 günlü 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ve 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin,

2- 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin,

esasının incelenmesine 20.6.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- SINIRLAMA SORUNU

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlı tutulmuştur.

Bakılmakta olan dava, 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin bazı hükümlerine aykırılık nedeniyle açılmış bir ceza davasıdır. İptali istenen kurallardan 551 sayılı KHK'nin 136. maddesinin (a) ve (b) bentleri 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, 554 sayılı KHK'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ise 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde düzenlenen cezaî yaptırımlara esas olan "yasal tanıma uygun fiilleri" içermektedir. Bu kurallar aynı zamanda söz konusu hakların kapsamını ve bu haklara tecavüz hâllerini belirleyen özel hukuk normlarıdır.

Somut olayda uygulanacak kural olan 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin, 136. maddede; 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ise 48. maddede bentler hâlinde belirtilen eylemlerin tümü için geçerli ve ortak kural niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin bakmakta olduğu dava, 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin atıfta bulunduğu 136. maddenin (a) ve (b) bentleri ile 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin atıfta bulunduğu 48. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan eylemlere ilişkin olduğundan, incelemenin ceza normlarını düzenleyen bu bentler yönünden ve sınırlı olarak yapılması gerekmektedir.

Bu nedenlerle;

1- 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin esasına ilişkin incelemenin, 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri,

2- 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin esasına ilişkin incelemenin, 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi,

yönünden yapılmasına 20.6.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuran Mahkeme, kanun hükmünde kararnamelerle suç oluşturulamayacağını, yasakoyucunun hukukî ve cezaî sorumluluklar arasında temel ilkesel farklılıkları gözeterek cezaî sorumluluk gerektiren eylemleri yeterince açık bir biçimde düzenlemesi ve suç ile yaptırım arasında ölçülü bir denge kurması gerektiğini, itiraza konu kurallarda yer alan düzenlemelerin bu niteliklerden yoksun bulunduğunu ileri sürerek 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile 136. maddesinin (a) ve (b) bentlerinin ve 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

1- 551 Sayılı KHK'nin 136. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) ve (b) Bentleri İle 554 Sayılı KHK'nin 48. Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinin İncelenmesi

551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde, patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek, kısmen veya tamamen taklit suretiyle meydana getirildiğini bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla üretilen ürünleri satmak dağıtmak veya bir başka şekilde ticaret alanına çıkarmak veya bu amaçlar için ithal etmek veya ticarî amaçla elde bulundurmak veya uygulamaya koymak suretiyle kullanmak eylemleri patentten doğan hakka tecavüz sayılmıştır. 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde ise tasarım hakkı sahibinin izni olmaksızın tasarımın aynını veya belirgin bir şekilde benzerini yapmak, üretmek, piyasaya sunmak, satmak, sözleşme akdi için icapta bulunmak, kullanmak, ithal etmek ve bu amaçla depolamak veya elde bulundurmak eylemleri tasarım hakkına tecavüz fiilleri olarak gösterilmiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında kimsenin, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı, üçüncü fıkrasında ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen eylemlere bu Kanun Hükmünde Kararname'nin 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 73/A maddesinde, 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen eylemlere ise 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 48/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmez.

Bu nedenlerle, itiraz konusu 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden incelenen aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden incelenen aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Mehmet ERTEN ve A.Necmi ÖZLER bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 2. ve 13. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2- 551 Sayılı KHK'nin 73/A Maddesinin Birinci Fıkrasının (c) Bendi İle 554 Sayılı KHK'nin 48/A Maddesinin Birinci Fıkrasının (c) Bendinin İncelenmesi

551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "Patentten doğan hakka tecavüz sayılan fiiller" başlığını taşıyan 136. maddesi delaletiyle, 73/A maddesinin itiraza konu (c) bendinde patentten doğan haklara tecavüz eylemleri, 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin "Tasarım hakkına tecavüz sayılan fiiller" başlığını taşıyan 48. maddesi delaletiyle 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde ise endüstriyel tasarım hakkına tecavüz eylemleri, yasakoyucu tarafından suç kabul edilerek yaptırıma bağlanmıştır. Kanun Hükmünde Kararnamelerin anılan her iki maddesinde söz konusu eylemler için iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına veya yirmiyedimilyar liradan kırkaltımilyar liraya kadar ağır para cezasına veya her ikisine, ayrıca işyerlerinin bir yıldan az olmamak üzere kapatılmasına ve aynı süreyle ticaretten men edilmelerine hükmolunacağı öngörülmüştür.

551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi, 4128 sayılı Yasa'nın 1. maddesi ile eklendikten sonra 5194 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle, 554 sayılı Kanun Hükmünde

Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ise 4128 sayılı Yasa'nın 3. maddesi ile eklendikten sonra 5194 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilmiştir. Böylece Anayasa'nın, cezaların yasa ile düzenlenmesini öngören 38. maddesine uyulmuştur. Ayrıca, Anayasa'da kanun hükmünde kararnamelerin yasayla değiştirilmesini veya bunlara madde eklenmesini engelleyen bir kural bulunmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırılıktan da söz edilemez.

Hukuk devletinde yasakoyucu ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu düzenlemelerle suçun işlenmesindeki özelliklere göre hâkime farklı cezalar uygulama imkânı sağlanmıştır. Korunan hukuki yarar ve Yasakoyucuya tanınan takdir yetkisi birlikte değerlendirildiğinde suç ile ceza arasında makul ve adil bir dengenin bulunmadığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri yönünden incelenen 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi ile 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi yönünden incelenen 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi Anayasa'nın 2., 38. ve 91. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

B- İptal Kararının Yürürlüğe Gireceği Gün Sorunu

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hâllerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez" denilmekte, 2949 sayılı, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesinin, iptal hâlinde meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görürse yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmiştir.

551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden, 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını tehdit edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

A- 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin;

1- 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin, aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin;

1- 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin, aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 24.6.1995 günlü, 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinin ve 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu bentlere ilişkin İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMÎ

GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5.2.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

24.6.1995 günlü, 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde suç olarak yer alan fiillerin kararname ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptalleri istenilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin benzer nitelikteki bir başvuruyla ilgili olarak verdiği 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 02.03.2004 gün ve K.2004/25 – E.2002/92 sayılı kararında yer alan karşı oy yazısındaki gerekçe uyarınca, 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 136. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri ile 554 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 48. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptal edilmesi gerektiğine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye Mehmet ERTEN	Üye A. Necmi ÖZLER

Esas Sayısı : 2006/53

Karar Sayısı : 2009/21

Karar Günü : 5.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üçüncü Dairesi (Esas: 2006/53)

2- Ankara Birinci İdare Mahkemesi (Esas: 2007/27)

İTİRAZLARIN KONUSU: 4.7.2001 günlü, 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varan Mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Üçüncü Dairesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"926 sayılı TSK Personel Kanunu'nun 1 inci maddesi "Bu kanun, Türk Silâhlı Kuvvetlerine mensup subaylar, astsubaylar ile harp okulları, fakülteler, yüksek okullar ve astsubay okullarında öğrenim yapan asker öğrencilere uygulanır. Türk Silâhlı Kuvvetlerinde görevli diğer asker ve sivil kişiler kendi özel kanunlarına tabidirler." hükmünü,

Kanun'un makam tazminatını düzenleyen değişik Ek 18 inci maddesinin a) bendi "Bu Kanuna ekli 5 sayılı makam tazminatı cetvelinde yazılı rütbe ve görevlerde bulunanlara hizalarında gösterilen gösterge rakamlarının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda makam tazminatı ödenir. Makam tazminatı damga vergisi hariç herhangi bir vergiye

tabi tutulmaz ve ödemelerde aylıklara ilişkin hükümler uygulanır." hükmünü,

2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun 3 üncü maddesinin b) bendi "Doçentler, doçent kadrosuna atandıkları tarihi izleyen aybaşından itibaren üçüncü derecenin, ... İlk kademe aylığını alırlar." hükmünü,

Makam Tazminatı başlıklı Ek 2 nci maddesi "Bu Kanuna ekli Makam Tazminatı Cetvelinde yazılı kadro ve görev unvanlarına atananlara hizalarında belirtilen gösterge rakamlarının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucu bulunan miktarda Makam Tazminatı ödenir. Makam Tazminatı damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz. Makam tazminatının hak edilmesinde ve ödenmesinde aylıklara ilişkin hükümler uygulanır. Bu tazminattan yararlananlara ayrıca diğer kanunlarda belirtilen Yüksek Hâkimlik Tazminatı ve Makam Tazminatı ödenmez." hükmünü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 3 üncü maddesi, Gülhane Askerî Tıp Akademisi'nin bir yükseköğretim kurumu olduğunu; 20 nci maddesi, doçentlik sınavının 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 24 üncü maddesine göre yapılacağını; 25 inci maddesi, öğretim üyelerinin bu Kanun'da yazılı hükümler dışında, kazanmış oldukları akademik unvanlarından yoksun bırakılamayacaklarını, başka bir göreve atanmak, emekli olmak veya istifa etmek veya müstafi sayılmak suretiyle öğretim görevinden ayrılanların, akademik unvanlarını taşıyabileceklerini; 33. maddesi, ilgili kurumların isteği, Akademik Kurulun kararı ve Genel Kurmay Başkanlığı'nın uygun görmesiyle öğretim elemanlarının diğer yükseköğretim kurumlarında geçici olarak görevlendirilebileceğini düzenlemektedir.

Belirtilen düzenlemelerin yanı sıra özlük hakları başlığını taşıyan 49 uncu maddesi "Gülhane Askerî Tıp Akademisinde görevli askeri öğretim elemanlarının ve bu Akademide yüksek lisans, doktora veya tıpta uzmanlık öğrenimi gören askerî personelin özlük haklarına ilişkin ödemelerde, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümleri uygulanır.

(Değişik:20/7/2000-KHK-604/22 md.) Uzmanlar hariç olmak üzere öğretim elemanları ile Yüksek Bilim Konseyinden diğer askerî hastahanelerde, Genelkurmay Başkanlığı, Millî Savunma Bakanlığı, Kuvvet Komutanlıkları ve Jandarma Genel Komutanlığındaki sağlık şube müdürlüğü veya daire başkanlığı kadrolarında görevlendirilebilen öğretim üyelerine, ayrıca, 2914 sayılı Yüksek Öğretim Personel Kanununun 12 nci maddesine göre üniversite ödeneği; idarî görevleri bulunanlara da, aynı Kanunun 13 üncü maddesine göre idarî görev ödeneği ödenir.

(Değişik: 20/7/2000-KHK-604/22 md.) Yukarı fıkralardaki askerî personele, 926 sayılı Türk Silâhlı Kuvvetleri Personel Kanununda öngörülen iş güçlüğü, iş riski, temininde güçlük zammı ve mali sorumluluk tazminatı ödenmez. Yan ödemelerden faydalanmayan bu statüdeki personelin çeşitli ödemelerle bir ayda aldıkları net tutarlar, bu maddede sayılmayan ve yan ödemelerden yararlanan personele çeşitli ödemelerle bir ayda verilen net tutarlardan az ise, aynı kıt'a ve karargâhtaki aynı rütbe ve kıdemdekiler arasında meydana gelen fark ayrıca tazminat olarak ödenir. Meslek ve sanatlarını serbest olarak icra eden profesör ve doçentlere döner sermayeden pay almamak kaydıyla üniversite ödeneği ödenir.

Bu Kanunun 32 nci maddesine göre haftalık okutulması mecburi ders yükü saati dışında, meslek ve sanatlarını serbest olarak icra edenler dâhil Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli öğretim elemanlarına, görev unvanlarına göre Genelkurmay Başkanlığınca belirlenecek esaslara bağlı olarak, haftada en çok 18 saate kadar verecekleri dersler için 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununun 11 inci maddesine uygun olarak, ek ders ücreti ödenir." düzenlemesini içermektedir.

Belirtilen düzenlemelerden Gülhane Askeri Tıp Akademisi'nde öğretim elemanı olarak görevli tabip subayların 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu hükümlerine tabi oldukları, bununla birlikte akademik kadrolara atanma, yükselme ve bazı özlük hakları bakımından 2955 sayılı Gülhane Tıp Akademisi Kanunu'na tabi oldukları, ayrıca 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nda öngörülen bazı ödenek ve ücretlerden yararlandırdıkları anlaşılmaktadır.

Belirtilen hususların yanı sıra söz konusu tabip subayların bir ayda aldıkları net tutarların, aynı kıt'a ve karargâhtaki aynı rütbe ve kıdemdekilerden daha az olmaması sağlanırken, belirtilen ödemelerin, aynı kıt'a ve karargâhtaki aynı rütbe ve kıdemdeki personelden daha fazla olamayacağına ilişkin bir sınırlamaya yer verilmediği görülmektedir.

Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10 uncu maddesinde: "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almıştır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulu'nun (Esas: 2003/57; Karar: 2003/58 sayılı kararı) 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17 nci maddesindeki: "... 26.10.1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hakimler

Kanunu'na tabi askeri hakim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz" şeklindeki düzenlemenin Anayasa'nın 10 uncu maddesindeki "eşitlik" ilkesine, Anayasa'nın Başlangıç bölümündeki "kuvvetler ayrımı" ilkesine, 2 nci maddesindeki "sosyal devlet" ve "hukuk devleti" ilkelerine, 55 inci maddesindeki eşit işe eşit ücret ilkesine, Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu'nun Anayasa'nın 145 inci maddesiyle ilgili değişiklik gerekçesine aykırılığının ciddi olduğu savıyla iptali istemine ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi 12.05.2004 tarih ve E.2003/57, K.2004/57 sayılı kararı ile (R.G, 29.7.2004; 25537 s.61, 62); "...Görev tazminatı, hakim ve savcılar için yüksek hakimlik tazminatına, diğer kamu görevlileri için de makam tazminatına bağlanmak suretiyle, görevle bağlantılı olarak getirilmiştir. Hâkim ve savcılar bu görevde bulunmaları nedeniyle yüksek hâkimlik tazminatına ve bu tazminatı almaları nedeniyle de görev tazminatına hak kazanmaktadırlar. Dava konusu kuralla, askeri hâkim sınıfı subaylara ödenen görev tazminatının aynı rütbe ve kademedeki emsali subaylardan fazla olamayacağı belirtilerek, haklı bir neden olmaksızın askeri hâkim sınıfı subaylar yönünden bir sınırlama getirilmektedir. Askeri hâkim sınıfı subaylara, diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesi hâkimlik görevinin gereğidir. Görev tazminatı, hâkimlik görevinin niteliği ve özelliği göz önünde bulundurularak saptandığına göre rütbe, tazminatın belirlenmesinde etkileyici olmamalıdır. Başka bir anlatımla, bu tazminat ilgililere, belirli bir rütbede oldukları için değil, hâkim ve savcı oldukları için verilmektedir. Görevi gereği yüksek hâkimlik tazminatı alma hakkını kazanma bakımından diğer hâkimlerle aynı hukuksal durumda bulunan askeri hâkim sınıfı subayların bir bölümünün, yargı hizmeti dışındaki bir hizmetle kıyaslama yapılmak suretiyle, görev tazminatlarının sınırlandırılması askeri hizmetin gereklerinden kaynaklanan bir nedene dayanmadığı gibi Anayasa'nın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırıdır. 631 sayılı KHK'nin 17 nci maddesinin "...26.10.1963 tarihli ve 357 sayılı Askeri Hâkimler Kanununa tabi askeri hâkim sınıfı..." bölümü, Anayasa'nın 10. ve 145. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir." yönünde karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.1991, E:1990/36, K:1991/8 sayılı kararında "...Yasa önünde eşitlik ilkesi benzer nitelikte ve durumda olanlar arasında farklı uygulama yapılmamasını amaçlar. Ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulması zorunluluğu yoktur..." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 27.04.1993, E:1992/37, K:1993/18 sayılı kararında; "...Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında da belirtildiği gibi

Anayasa'nın 10 uncu maddesi ile aynı hukuksal durumda bulunan kişiler arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırım yapılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Maddede yer alan eşitlik ilkesi eylemli değil hukuksal eşitliği ifade etmektedir. Hukuksal durumları aynı olan kişiler arasında haklı bir nedene dayanmayan ayırımları önlemeyi amaçlayan eşitlik ilkesi, eylemli değil, hukuksal eşitliği öngörür. Kimi yurttaşların değişik kurallara bağlı tutulmaları haklı bir nedene dayanmakta ise eşitliğe aykırılıktan söz edilemez. Bu ilke, benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamaya engel olup tüm yurttaşların aynı nitelik ve durumda olanların mutlaka, her yönden aynı kurallara bağlı tutulmaları zorunluluğunu içermez. Mutlak bir kavram olmayan eşitlik, öncelikle Anayasanın 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında sayılan ve benzeri nedenlerle yasa önünde ayırımı yasaklamaktadır. Bunların dışında Anayasanın uygun bulduğu gereklerle ve ayrı durumlar için ayrı işlem ve uygulamalar eşitlik ilkesiyle çelişmez. Haklı bir nedenle, Anayasal bir gereğe dayanmayan, aynı durum ve nitelikler için ayrı düzenlemeler, ayrı uygulamalar, eşitlik ilkesini zedeleyen, önlenmesi zorunlu oluşumlardır..." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda yer verilen kararlarında da belirtildiği üzere; Hukuk Devletinde Yasama Organınca yapılan kanunların ve Yasama Organının verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin dava konusu ile bağlantılı olarak Anayasanın eşitlik kuralına uygun olmaları zorunludur

Makam tazminatı öngörülen kadrolara atanmış, temsil tazminatı almayan ve 375 sayılı KHK'nin 1 inci madde (A) bendi kapsamında olan ve 7.000'den düşük gösterge rakamı üzerinden makam tazminatı alma koşullarını sağlayan ve yaptığı görev itibarıyla bir yüksek öğretim kurumundan öğretim üyeliği görevini yerine getiren davacı ile aynı durumda olan 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na tabi öğretim üyeliği görevinde bulunan doçentlerin alacakları görev tazminatları ile ilgili sadece kazanılmış hak aylıkları birinci derecede olma şartı getirildiği halde, aynı hukuksal durumda bulunan doçent unvanlı davacıya öğretim üyeliği hizmeti dışındaki bir hizmetle (aynı rütbe ve kıdemdeki subaylar) kıyaslama yapılmak suretiyle, görev tazminatının sınırlandırılmasının hukuken kabul edilebilir haklı bir nedene dayanmadığı, görev tazminatının makam tazminatına bağlanmak suretiyle görevle bağlantılı olarak getirilmesi, bir diğer ifadeyle öğretim üyeliği görevinin niteliği göz önünde bulundurularak belirlenmesi nedeniyle, rütbenin, tazminatın belirlenmesinde bir etkisinin olmamasının gerektiği bu nedenle 631 sayılı KHK'nin 17 nci maddesi ile

getirilen sınırlamanın, Anayasa'nın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varılmıştır.

Yukarıda yer verilen gerekçelerle, davacı tarafından ileri sürülen ve bu davada uygulanacak hükümler arasında yer alan 631 sayılı KHK'nin 17 nci maddesindeki: "27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi olup profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan (...) subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz." şeklindeki düzenlemenin Anayasa'nın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varıldığından Anayasa'nın 152 nci maddesinin 1 inci fıkrası ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 28 inci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince dava dosyasından ilgili evrakın onaylı suretlerinin çıkartılarak ANAYASA MAHKEMESİ'NE GÖNDERİLMESİNE ve bu sebeple DAVANIN GERİ BIRAKILMASINA,

16 Şubat 2006 tarihinde (…) OYÇOKLUĞU ile karar verildi."

B- Ankara Birinci İdare Mahkemesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Prof. Tbp. Kıd. Albay olarak (…) tarihinde 1/4 derece ve 6400 ek gösterge ile Gülhane Askeri Tıp Akademisi'nden emekli olan davacı (…) vekili (…) tarafından 'Görev tazminatının Rütbe aylıklarını aştığından' bahisle emekli aylıklarından kesinti yapılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'ne karşı açılan davada; 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu öne sürüldüğünden, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan bu hükmün gerek Mahkememizce gerekse davacının öne sürdüğü savlar yönünden, Anayasa'ya uygunluğunun incelenmesine geçildi.

2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinde; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik incesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu yasak, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını

engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

375 Sayılı KHK'nin 1. maddesi (A) bendinde "Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa göre almakta olan personele 1000 gösterge rakamı üzerinden memuriyet taban aylığı ödenir." 13.07.2001 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 631 sayılı KHK'nin 11. maddesi ile 375 sayılı KHK'nin 1. maddesine eklenen (C) bendinde "(A) bendi kapsamına giren ve temsil tazminatı almayan personelden, 7.000'den daha düşük göstergeler üzerinden makam veya yüksek hakimlik tazminatı öngörülen kadrolara atanmış olanlara, 15.000 gösterge rakamını geçmemek üzere Bakanlar Kurulunca tespit edilecek gösterge rakamlarının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda görev tazminatı ödenir." hükmü getirilmiş, 631 sayılı KHK'nin 17. maddesinde ise "27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi olup profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz." kuralı getirilmiştir.

631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesine eklenen (C) bendi ile, temsil tazminatı almayan ve 7.000'den daha düşük göstergeler üzerinden makam veya yüksek hakimlik tazminatı öngörülen kadrolara atanmış personele görev tazminatı ödenmesi öngörülmüştür. Görev tazminatı, hakim ve savcılar için yüksek hakimlik tazminatına, diğer kamu görevlileri için de makam tazminatına bağlanmak suretiyle, görevle bağlantılı olarak getirilmiştir. Dava konusu kuralla, profesör ve doçent unvanına sahip öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan subaylara ödenen görev tazminatının, aynı rütbe ve kademedeki subaylar yönünden bir sınırlama getirilmektedir. Profesör ve doçent unvanlı öğretim görevlisi subaylara, diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek verilmesi akademik unvanlı öğretim görevlisi

olmanın gereğidir. Görev tazminatı, ifa edilen görevin niteliği ve özelliği göz önünde bulundurularak saptandığına göre rütbe, tazminatın belirlenmesinde etkileyici olmamalıdır.

Bu nedenle, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinde belirtilen "27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi olup profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz." hükmünün Anayasa'nın 10. maddesindeki "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı düşmesi nedeniyle Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, Mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanması gereken 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinde yer alan "27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi olup profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz." hükmünün Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu sonucuna ulaşıldığından, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddeleri uyarınca sözkonusu maddenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına 13.2.2007 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Kanun Hükmünde Kararname Kuralı

4.7.2001 günlü, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin, 17. maddesi şöyledir:

"27/7/1967 tarihli ve 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununa tabi olup profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan (…) subaylara ödenen görev tazminatı aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamaz."

B- İlgili Kanun Hükmünde Kararname Kuralları

631 ve 375 sayılı KHK'lerin ilgili görülen kuralları şöyledir:

a- 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesiyle 27.6.1989 günlü, 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesine eklenen (C) bendinin (1) Numaralı alt bendi şöyledir:

"(A) bendi kapsamına giren ve temsil tazminatı almayan personelden;

1- 7.000'den daha düşük göstergeler üzerinden makam veya yüksek hakimlik tazminatı öngörülen kadrolara atanmış olanlara, 15.000 gösterge rakamını geçmemek üzere Bakanlar Kurulunca tespit edilecek gösterge rakamlarının memur aylıklarına uygulanan katsayı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda görev tazminatı ödenir."

b- 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesinin (A) bendi şöyledir:

"Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanunu, 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu ve 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununa göre almakta olan personele 1000 gösterge rakamı üzerinden memuriyet taban aylığı ödenir."

C- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararlarında itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi'nin İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

4.7.2001 günlü, 631 sayılı Memurlar ve Diğer kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2006/53 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin

2006/53 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 21.3.2007 gününde karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anlam ve Kapsam

631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 11. maddesiyle 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1. maddesine eklenen (C) bendinde, temsil tazminatı almayan ve 7.000'den daha düşük göstergeler üzerinden makam veya yüksek hakimlik tazminatı öngörülen kadrolara atanmış olan personele görev tazminatı ödeneceği belirtilmiştir. Görev tazminatı, kamu görevlileri için makam tazminatına bağlanmak suretiyle, görevle bağlantılı olarak getirilmiştir.

926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'na tabi profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan subaylar bu görevde bulunmaları nedeniyle makam tazminatına ve bu tazminatı almaları nedeniyle de görev tazminatına hak kazanmaktadırlar. İtiraz konusu kuralda, kapsamdaki bu profesör ve doçentlere ödenen görev tazminatının aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamayacağı öngörülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararlarında, görev tazminatının makam tazminatına bağlanmak suretiyle görevle bağlantılı olarak getirildiği, görev tazminatı alma bakımından 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'na tabi diğer öğretim elemanı profesör ve doçentlerle aynı hukuksal durumda olan Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli, madde kapsamındaki profesör ve doçentlerin tazminatlarının öğretim üyeliği hizmeti dışında aynı rütbe ve kıdemdeki subaylarla kıyaslama yapılarak sınırlandırılmasının hukuken kabul edilebilir haklı bir nedeninin bulunmadığı, hukuk devletinin, hukukun üstünlüğüne dayandığı bunun da kanun önünde eşitlik ilkesinin ana unsurlarından birini oluşturduğu, sözkonusu profesör ve doçentlerin bu statüleri nedeniyle aynı zamanda diğer yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları için 2914 sayılı Yasa'da öngörülen ödenek ve mali

haklardan da yararlandıkları, görev tazminatının tamamen öğretim üyeliği görevinin özelliği ve niteliği göz önünde bulundurularak belirlenmesi nedeniyle askeri rütbe ve kıdemin bu tazminatın belirlenmesinde etkisinin olmaması gerektiği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu ilke, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Yükseköğretim kurum ve kuruluşlarına Anayasa'nın 130., 131. ve 132. maddelerinde yer verilmiştir. 132. maddede Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı yükseköğretim kurumlarının özel yasalarının hükümlerine tabi olacağı belirtilmekle birlikte, bunların bilimsel özerkliğinin, akademik çalışmalarının ve öğretim elemanlarının anayasal güvence altında olduğu açıktır. Yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Anayasa'da kendine özgü önem ve değerde düşünülerek düzenlenmiştir. Yükseköğretim kurumlarının Anayasa'nın 130. maddesinde bilimsel özerkliğe sahip kamu tüzel kişileri olarak tanımlanmasıyla güdülen amacın, çeşitli çevrelerin, yükseköğretim çalışmaları ile öğretim ve eğitimi etki altında tutabilmeleri yolunu kapatmak ve bu faaliyetlerin bilimsel gerekler ve gereksinmelerden başka, herhangi bir dış etkiden uzak kalacak ortamda sürdürülmesini sağlamak olduğunda kuşku yoktur.

İtiraz konusu kuralla, 926 sayılı Yasa'ya tabi olup profesör ve doçent unvanına sahip subaylardan öğretim görevlisi olarak usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan subaylara ödenen görev tazminatının aynı rütbe ve kıdemdeki emsali subaylardan fazla olamayacağı belirtilerek, öğretim üyeleri yönünden bir sınırlama getirilmektedir. Bu subaylara diğer subaylardan farklı tazminat ve ödenek

verilmesi öğretim üyeliği görevinin gereğidir. Görev tazminatı, öğretim üyeliği görevinin niteliği ve özelliği gözönünde bulundurularak saptandığına göre rütbe ve kıdem, tazminatın belirlenmesinde etkileyici olmamalıdır. Başka bir anlatımla, bu tazminat ilgililere, belirli bir rütbe ve kıdemde oldukları için değil, usulüne uygun bir şekilde akademik kariyerini kullanabilecekleri yerlere atanan profesör ve doçent oldukları için verilmektedir.

Kural kapsamındaki profesör ve doçent unvanına sahip subaylar, bu görev gereği görev tazminatı alma hakkını kazanma bakımından diğer yükseköğretim kurumlarında görev yapan öğretim elemanlarıyla aynı hukuksal durumdadır. Sözkonusu profesör ve doçentlerin, öğretim üyeliği hizmeti dışındaki bir hizmetle kıyaslama yapılmak suretiyle, görev tazminatlarının sınırlandırılması askeri hizmetin gereklerinden kaynaklanan bir nedene de dayandırılamaz.

Açıklanan nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

VII- SONUÇ

4.7.2001 günlü, 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 5.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/107

Karar Sayısı : 2009/23

Karar Günü : 19.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Karşıyaka 1. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında adam öldürme ve yaralama suçlarından dolayı cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"5237 Sayılı Yasanın 21/1. maddesinde kast, "suçun kanuni tanımındaki unsurlarını bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir." şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı Yasanın 21/2. maddesinde ise "kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiilli işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasının, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda 20 yıldan 25 yıla kadar hapis cezasına hüküm olunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir." hükmü konularak öncelikle olası kast tanımlaması yapılmış ve sonrasında ise olası kast durumunda cezanın indirime tabi tutulacağı öngörülmüştür.

Türkiye Barolar Birliği tarafından 21-22.05.2004 tarihinde Ankara da düzenlenen Toplumsal Değişim Sürecinde Türk Ceza Kanunu Reformu adlı paneldeki konuşmaların derlenerek yayınlanmasına ilişkin Türkiye Barolar

Birliğince hazırlanarak yayınlanmış, TÜRK CEZA KANUNU REFORMU adlı kitapta yer alan görüşler değerlendirildiğinde, öğretide yasada yer alan kast ve olası kast tanımlamalarının eleştirildiği ve olası kast tanımında belirtilen şeyin olası kast değil bilinçli taksir olduğu açıklanmıştır. Tüm eleştirilerde olası kastın belirlenmesi açısından sadece neticenin öngörülmesinin yeterli olmadığı, bunun bilinçli taksir halinde de var olması gerektiği, olası kast ile bilinçli taksirin birbirinden ayrılabilmesi için başkaca unsurlara da yer verilmesi gerektiği açıklanmıştır. 5237 sayılı Yasayı Adalet Alt Komisyonunda kaleme alan üç teorisyenden biri olan Doç.Dr.Adem Sözüer eleştirilere yanıt olarak, belirtilen eserin birinci kitabının 40. sayfasında ve ikinci paragrafta belirtildiği gibi şu açıklamayı yapmıştır. "B*urada olası kast tanımı ile tasarıdaki bilinçli taksir arasındaki ayrımı yapmak zorlaşmıştır, bir anlamda bilinçli taksirin içi boşaltılmıştır denilebilir. Ancak burada kabullenme görüşü kabul edilirse sorun çözülebilir - bu, tabi uygulamanın ortaya çıkacağı şeydir-. Buna göre eğer bir kişi sonucu öngörüyor ve buna rağmen bu sonucu kabulleniyorsa, bu durumda olası kast, diğer durumlarda bilinçli taksirin varlığı kabul edilerek bu ayrım konulabilir, ama bu, tartışmaya ve eleştiriye açık bir konudur."*

Bu açıklama, öğretideki eleştiriler ve görüşler gözönüne alınarak tanımlama yapmak gerekirse,

Kast, öngörülen ve suç oluşturan bir fiili gerçekleştirmeye yönelen irade şeklinde tanımlanabilir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03.06.1985 gün 83-330 sayılı kararı)

Olası kast ise, öngördüğü ve istediği sonucu gerçekleştirmek için işlediği fiillere bağlı olarak ortaya çıkan sonuçlar açısından, sonucun öngörülmüş olmasına rağmen failin bu sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği açısından umursamazca hareket etmesi, sonucu istemiş olmamasına karşın adeta gerçekleşen bu sonuçlarda kabullenmiş olması durumu olarak tanımlanabilir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun gerek yukarıda tarih ve sayıları belirtilen kararında ve gerekse 10.06.1988 gün 56-340 sayılı, 06.01.1996 gün 339-10 sayılı kararlarında bu belirleme yapılarak, gerçekleşen ikincil sonuçlar açısından öngörme dışında faillin istememiş olmama durumunun söz konusu olduğu ve bu durumda gerçekleşen sonuçlardan da gayri muayyen (olası -muhtemel) kast nedeniyle sorumlu tutulması gerektiği açıklanmıştır.

Somut bir örnek vermek gerekirse, herhangi bir kişiyi öldürmeye karar vermiş olan şahıs bu bireyi bir grup içerisinde gördüğünde, şahsı hedef alarak gerçekleştirileceği atışlar sonucu yanında ve yakınındaki bireylerinde zarar göreceğini, yaralama ya da ölüm sonucunun üçüncü kişiler açısından

da gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, önlem almaksızın ve bu sonuçların gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini umursamadan, deyim yerinde ise, olursa olsun düşüncesi ile hareket ederek ateşli silahla birden çok kez ateş ederek hedefini öldürmüş veya yaralamış, hedefi dışında kalan üçüncü kişilerinde isabet alarak onların ölümlerine ya da yaralanmalarına neden olmuş ise, hedefi açısından doğrudan kast nedeniyle, üçüncü kişiler açısından ise dolaylı ya da olası kast nedeniyle sorumlu tutulacaktır.

Bu örnekte ve yargılamaya konu olayda söz konusu olduğu gibi şahıs hedef aldığı kişinin bulunduğu ortamda yanında ve çevresinde üçüncü kişilerin bulunduğunu görmekte, onların gerçekleştirmiş olduğu fiil nedeniyle zarar görebileceklerini öngörmekte, gerçekleşmesi muhtemel bu sonucu umursamadan, hiçbir önlem almadan ve kabullenerek ateş etmekte ve hedefi dışındaki üçüncü kişileri öldürmekte veya yaralamaktadır. 5237 sayılı Yasanın 21/2. maddesi bu tür umursamazca davranışlarda bulunan kişiye olası kast ile işlemiş olduğu suçlar açısından ceza indirimi öngörmektedir. Öngörülen bu indirimin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2., 10 ve 17. maddeleri hükümlerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 10. maddede kanun önünde eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve 17. madde de ise kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı altında yaşama ve vücut bütünlüğüne dokunulmama hakları düzenlenmiştir.

26.11.2002 gün, 2001/79 esas 2002/194 karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararında "Anayasanın ikinci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Ceza kanunları, Anayasanın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere ceza hukukunun ana ilkeleri ile ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenir. Bu nedenle, yasa koyucunun öncelikle, Anayasa'nın ikinci maddesinde nitelikleri, beşinci maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine uygunluğunu gözetmesi gerekir.

Yasaların kamu düzenin kurulması ve korunması, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir." açıklamasını yaparak, hukuk devleti ilkesi ile amaçlananın ne olduğunu ayrıntıları ile belirtmiş ve düzenleme yapılırken adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin de gözetilmesinin zorunlu olduğundan söz edilmiştir .

Yine Anayasa Mahkemesinin 26.05.1998 gün ve 1997/32 esas, 1998/25 karar sayılı kararında Anayasada düzenlenen, yasa önünde eşitlik kuralının, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmediği, kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmalarının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı açıklaması yapıldıktan sonra, "Aynı hukuki durumda bulunanlardan kimileri için farklı kurallar uygulanmasının haklı gösterecek nedenler anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması ölçütleri ile hukuksal biçim ve içerik kazanmaktadır. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, doğrulayan ve güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyorsa eşitlik ilkesine aykırılık vardır. Çünkü, eşitliği bozduğu ileri sürülen kural haklı bir nedene dayanmamaktadır." açıklaması yapılmış ve Anayasa'nın onuncu maddesinde belirtilen yasa önünde eşitlik ilkesinde neyin anlaşılması gerektiği belirlenmiştir.

Yukarıda Anayasa Mahkemesi kararlarına gönderme yapılarak belirtilen ikinci maddedeki hukuk devleti ilkesi ve onuncu maddesindeki eşitlik ilkesi açısından değerlendirme yapıldığında, asıl hedef aldığı kişiye yönelik gerçekleştirdiği eylemler nedeniyle yanında ve çevresinde bulunan birden çok kişinin de zarar görebileceğini ön görmesine rağmen umursamazca ve insan yaşamını ve vücut bütünlüğünü hiçe sayarak birden çok kez ateşli silahla ateş ederek üçüncü kişilerin ölümüne yada yaralanmalarına neden olan şahıslar açısından yapılacak ceza indiriminin Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen kavramlarla ifade etmek gerekirse, ceza hukukuun ana ilkeleri, ülkenin genel durumu, sosyal hayatın gereksinmelerine göre saptanacak ceza politikası gereği olduğunu, adalet ilkesini gözettiğini, adil kurallar olduğunu ve hakkaniyet ölçütünü gözeterek konulmuş bir kural olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, doğrudan kast ile olası kast arasında yaratılan eşitsizliğin anlaşılabilir, amaçla ilgili makul ve adil olduğunu kabul etmekte mümkün değildir. Bu nedenlerle 5237 sayılı Yasanın 21/2. maddesinde öngörülen indirim hükmü, somut olayda uygulanması olası norm niteliğini taşıyan 5237 sayılı Yasanın 81/1, 86/1, 86/3-e ve 87/1-d maddeleri ile bağlantılı olarak değerlendirme yapıldığında, Anayasa'nın iki ve onuncu maddelerine aykırıdır.

Ayrıca, gerek öğretide ve gerekse 5237 sayılı Yasanın gerekçesinde olası kast kavramı açıklanırken gösterilen tüm örnekler öldürme ve yaralama suçları ile ilgilidir. Genel hükümler arasında yer almış olmasına rağmen denilebilir ki, olası kast kavramının ve bu kavrama bağlı olarak düzenlenen indirim hükmünün öldürme ve yaralama suçları dışında uygulanması da mümkün değildir. Yaşama hakkı Anayasanın onyedinci maddesinde mutlak ve istisna kabul etmez haklar arasında düzenlenmiş olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ikinci maddesinde de mutlak haklar arasında düzenlenmiş, gerek Anayasada ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yaşama hakkı ile ilgili düzenleme yapılırken, bu hakkın istisnaları aynı madde de düzenlenerek genel sınırlama hükümlerinin bu hak açısından uygulanamayacağı da kabul edilmiştir. Anayasanın onyedinci maddesinde yaşama hakkı yanında vücut dokunulmazlığı hakkının da mutlak olarak korunduğu gözönüne alındığında ve yukarıda olası kast ve olası kasta bağlı ceza indirim hükmünün sadece öldürme ve yaralama suçlan açısından uygulanabilecek bir hüküm olduğu da açıklanmış olduğuna göre, 5237 sayılı Yasanın 21/2. maddesinin yukarıda da belirtildiği gibi 88/1, 86/1, 86/3-e 87/1. maddeleri açısından mutlak olarak korunması gereken yaşam ve vücut dokunulmazlığı hakkını düzenleyen Anayasa'nın onyedinci maddesine de aykırı olduğu da açıktır.

Tüm bu nedenlerle, 5237 sayılı Yasanın 21/2. maddesinin Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu kanısında olduğumuzdan Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152/1. maddesine göre Anayasa Mahkemesine başvurulması ve dava sonucunun 5 ay süre ile beklenmesi gerektiği görüşündeyiz."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 21. maddesi şöyledir:

"*Kast*

Madde 21- *(1) Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*

(2) Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan

yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir."

B- İlgili Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 22. maddesinin ilgili görülen üçüncü fıkrası şöyledir:

"Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır."

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 29.9.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

5237 sayılı TCK.'nun 21. maddesinin ilk fıkrasında suçun oluşmasının kastın varlığına bağlı olduğu öngörülmüş ve kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle, failin kastından söz edebilmek için yasal tanımda yer alan tüm unsurları bilmesi ve istemesi gerekir. Yasa'nın 21. maddesinin ikinci fıkrasında ise suçun manevi unsuru kusurluluğun bir şekli olan olası kast hali düzenlenerek 765 sayılı TCK'da yer almayan, ancak uygulamada var olan durum yasalaşmıştır.

Yasa'nın 21. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrasının birinci tümcesinde olası kast, kişinin suçun kanuni tanımındaki unsurların

gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen fiili işlemesi hali olarak tanımlanmış; ikinci tümcesinde olası kastın varlığı halinde temel cezada yapılacak indirimler belirtilmiştir. Olası kast halinde; doğrudan kasttan farklı olarak somut olayda suçun maddi unsurlarının gerçekleşmesi, fail tarafından muhakkak değil, muhtemel addedilmektedir.

Madde gerekçesinde itiraz konusu kural ile ilgili olarak; *"...Madde metninde doğrudan kasttan ayrı olarak olası kast da tanımlanmıştır. Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin, somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir..."* denilmektedir.

Yasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli taksir, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali olarak tanımlanmıştır.

Birbirlerine yakın kavramlar olsalar da, olası kasıt ya da bilinçli taksirle hareket eden kişilerin psikolojik durumları arasında farklılıklar mevcut olması nedeniyle bunlar için değişik yaptırımlar öngörülmüştür.

Bilinçli taksirde fail, neticenin meydana gelmesini istemez, gerçekleşmemesi için gerekeni yapar ve gerçekleşme imkân ve ihtimalinin varlığını kabul ettiği durumda hareketi yapmaktan vazgeçer. Olası kastta ise, fail hareketinin hukuka aykırı netice meydana getirebileceğini öngörmekle beraber, meydana gelmesi mümkün ve muhtemel netice onu hareketi yapmaktan alıkoymaz. Bir başka ifadeyle, fail neticenin meydana gelmesini doğrudan istememekte ancak bunu kabullenmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, kuraldaki olası kast tanımı eleştirilerek, bilinçli taksir kavramı ile arasındaki ayrımın tam olarak ortaya konulmadığı, kuralın uygulanması suretiyle ceza indirimi öngörülmesinin, doğrudan kast ile olası kast arasında eşitsizlik oluşturduğu, ayrıca belirtilen ceza indiriminin sadece öldürme ve yaralama suçları için uygulanabilmesi nedeniyle mutlak olarak korunması gereken yaşam ve vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan,

hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* başlıklı 17. maddesinde; *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz."* denilmektedir.

Kişinin yaşama hakkı, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da Devlet'e ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan Devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır.

Yasa koyucunun itiraz konusu kuralla, ceza hukuku alanında anayasal sınırlar içinde takdir hakkını kullanarak olası kastı tanımladığı ve suçun olası kast ile işlenmesi halinde fail her ne kadar neticenin meydana geleceğini öngörmüş olsa da sonucu meydana getirmek için bir gayret göstermediği ve bu sonucu istemediği ancak kabullendiği için, bu kast türünde kusur ve haksızlık içeriği doğrudan kasta göre daha az olduğundan temel cezada indirim yapılmasını öngördüğü anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da

temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

Esas Sayısı : 2006/72

Karar Sayısı : 2009/24

Karar Günü : 19.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Osmaniye Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Kastın aşılması suretiyle adam öldürmek suçundan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 452/1, 31., 33. ve 40. maddeleri uyarınca açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanık Ayşe Kaçar hakkında Osmaniye Cumhuriyet Başsavcılığının 04.04.2005 tarihli iddianamesi ile 765 sayılı Türk Ceza Kanunun 452/1 maddesi gereğince kastın aşılması sureti ile adam öldürmek suçundan cezalandırılması talebi ile açılan kamu davasının yargılaması sırasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 23. maddesinin iptali istemi ile Anayasa Mahkemesine yapılan mahkememizin 05.01.2006 tarihli başvurusuna itiraz konusu kuralın Anayasanın hangi maddelerine hangi nedenlerle aykırı olduğunun belirtilmediği gerekçesi ile geri çevrilmesine karar verilmiştir. Bu karar üzerine evrak mahkememizce yeniden incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

Sanık Ayşe Kaçar hakkında mahkememizdeki yargılamanın devam ettiği aşamada 01.06.2005 tarihinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiş, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ise 01.06.2005 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte lehe ve aleyhe kanun karşılaştırılmasının yapılması gerekmiş, bu nedenle

sanık lehine olan ve uygulanma ihtimali bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 87/4 maddesi gereğince ek savunma hakkı tanınmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun sanık hakkında uygulanma ihtimali bulunan 87/4 maddesinde kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmiş ise neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama nedeni ile ceza verileceği öngörülmüştür. Ancak 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde ise, neticesi sebebi ile ağırlaşmış suç başlığı ile yapılan düzenlemede "bir fiilin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 87/4 maddesindeki düzenleme ile 23. maddesindeki düzenleme birbiri ile çelişmektedir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinde kasıtlı bir suçtan bahsedilmiş, yaralama kastı ile hareket eden failin istemediği bir ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde ceza sorumluluğu belirlenmiştir. Bu maddedeki düzenleme sanığın kastından farklı bir neticenin meydana gelmesine ilişkin bir düzenlemedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde aynı konuda bir düzenlemeye gidilmiş, failin sorumlu tutulabilmesi için en azından netice bakımından taksirle hareket etmesi gerektiği belirtilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 21/1 maddesinde "kast suçu kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 22/2 maddesinde ise "taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımlamalar ışığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesine ve 23. maddesine baktığımızda iki maddenin birbiri ile açıkça çeliştiği görülecektir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinde kasıtla işlenen bir suçun özel düzenlemesi mevcuttur. Kastın ve taksirin yapılan tanımına ve birbirinden farklı müesseseler olmasına göre aynı olayda bir araya gelmeleri, olayda hem kastın hem de taksirin bulunması mümkün değildir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 87/4 maddesinden bir şahsı cezalandırılabilmek için mutlaka yaralama kastının bulunması ancak ölüm neticesinin istenmemiş olması gerekir. Ölüm neticesinin istenmediği bir durumda taksirin varlığı nasıl belirlenecektir. En azından taksirle hareket etmesi gerekir cümlesinin neticesi sebebi ile ağırlaştırılmış suçlarda uygulama kabiliyeti bulunmamakla birlikte bu maddedeki düzenleme

karışıklığa sebebiyet verecek bir düzenlemedir ve bir çelişkidir. Kastı sadece yaralamak olan bir şahsın eylemi sonucunda ölüm neticecisinin meydana gelmesi halinde taksirle hareket nasıl olacaktır. Taksir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olarak tanımlandığına göre sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği ne şekilde ispatlanacaktır. Olayımızda olduğu gibi olay yerinde bulunanların yaralı şahsı hemen hastaneye götürmeleri halinde ne şekilde sanığın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek netice açısından taksirle hareket ettiği söylenebilecektir.

Neticesi sebebi ile ağırlaşmış suçlarda kastın özel bir hali söz konusudur. Neticesi sebebi ile ağırlaşmış suçlarda fiilin hiçbir aşamasında taksirin varlığından bahsetmek mümkün değildir. Zira taksirin varlığı kabul edilecekse sanık farklı bir maddede düzenlenmiş olan taksir ile ölüme sebebiyet vermek suçundan cezalandırılacaktır. Sanığın müdahale edemeyeceği durumlarda ölüm neticesinin meydana gelmesi halinde sanığa ne şekilde dikkat ve özen yükümlülüğü yüklenecektir. Taksirle hareket etmek fiilen mümkün olmadığına göre neticesi sebebi ile ağırlaşmış öldürme fiilinde sanıkları öldürme suçundan ne şekilde sorumlu tutabileceğiz.

Kanun koyucu 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 452/2 maddesinde yer verdiği objektif sorumluluk ilkesinden uzaklaşmak amacı ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinde bu düzenlemeyi getirmiş, ancak bu elde edilmek istenen amaca uygun bir düzenleme olmamıştır. Failin hareketi sonucunda meydana gelen netice öngörülemiyor ise neticesi sebebi ile ağırlaşmış ölümden fail sorumlu tutulmak istenmemiş, ancak 23. maddede ki bu hüküm ile sonuç alınamayacak bir düzenlemeye gidilmiştir

Anayasanın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti; insan haklarına dayanan, hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun, olan her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, kişilere hukuk güvenliği sağlayan, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan bir devlettir.

Yukarıda açıklandığı üzere anılan kanun hükümleri arasında ki çelişkiler ve birinin ötekini uygulanabilir olmaktan çıkartması ve bu şekilde adalet duygusu ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilmesi adil bir hukuk

düzeni kurmak ve kişilere hukuk güvenliği sağlamakla yükümlü bir hukuk devletinde kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle mahkememizin bakmakta olduğu 2005/104 esas sayılı dosyasında uygulanması ihtimali bulunan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinin aynı Kanunun 87/4 maddesine aykırılık teşkil etmesi ve çelişmesi itibari ile Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine yer veren 2. maddesine aykırı olduğu kanaati ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 23. maddesinin İPTALİNE karar verilmesi itirazen arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Netice sebebiyle ağırlaşmış suç" başlıklı 23. maddesi şöyledir:

"(1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 4.5.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, Türk Ceza Kanunu'nun **"neticesi nedeni ile ağırlaşmış suçlar"**a ilişkin 23. maddesi ile **"neticesi sebebi ile ağırlaşmış yaralama"** suçlarına ilişkin 87. maddesinin 4. fıkrasının aynı konuyu düzenlemelerine rağmen birbirleri ile çeliştiği, bir olayda kast ve taksirin

aynı anda gerçekleşmesinin söz konusu edilememesi nedeniyle "en azından taksirle hareket edilmesi gerekir" ibaresinin "neticesi nedeni ile ağırlaşmış suçlar" bakımından uygulama kabiliyetinin bulunmadığı, kanun hükümleri arasındaki bu çelişkiler ve uygulama zorlukları nedeniyle adalet duygusu ile bağdaşmayan sonuçlar doğurabilecek bir yapı içeren düzenlemenin adil bir hukuk düzeni kurmak ve kişilere hukuk güvenliği sağlamakla yükümlü bir hukuk devletinde kabul edilemeyeceği belirtilerek itiraza konu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi netice sebebiyle ağırlaşmış suç ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Belli bir suçun oluşması için yeterli olan neticenin dışında daha ağır veya başka bir neticenin gerçekleşmesi durumunda, faile verilecek cezanın artırılmasını gerektiren suçlara netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar denilmektedir. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda fail için yeni suç tipine göre daha fazla ceza öngörülmesinin nedeni, temel suç tipinin ağır neticeyi veya başka bir neticeyi doğurma ihtimaline rağmen işlenmiş olmasıdır. 23. maddede yer alan düzenlemeye göre, temel suç, kasten işlenmiş, ancak kastedilenden daha ağır bir netice meydana getirmişse, failin meydana gelen bu neticeden sorumlu tutulabilmesi için en azından taksire dayanan bir kusurunun bulunması gerekir.

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.

Çağdaş ceza hukukunun önde gelen özelliklerinden biri kusurlu sorumluluğu benimsemiş bulunmasıdır. Ceza hukukçularının büyük bir çoğunluğuna göre, bir insan davranışı olmadan suç olmaz, ancak onun bu davranışı nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan sorumlu tutulabilmesi için de, o davranışının en azından kusurlu bulunması gerekir. Böylece modern ceza hukuku, objektif sorumluluğu terk ederek *"kusursuz suç olmaz"* anlayışını çağdaş ceza hukukunun temel bir ilkesi olarak kabul etmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununda da bu doğrultuda düzenleme yapılarak 23. maddede kusurun en hafif şekli olan taksire yer verilmiştir. Buna göre, fail ağır neticeden, bu ağır netice öngörülebilir olmasına rağmen özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle meydana gelmesi durumunda sorumlu tutulabilecektir. Hiç kimse tarafından öngörülmesi

mümkün olmayan veya öngörülebilir olmakla birlikte önlenmesi mümkün olmayan bir neticeden dolayı bir kimse sorumlu tutulamayacaktır. Failin istemiş bulunduğu neticenin dışında ya da daha ağır neticelerin meydana gelmesi durumunda, failin bu neticelere yönelik kastı veya en azından taksiri aranmaksızın, sadece hareket ile sonuç arasındaki nedensellik bağı yeterli görülerek sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 23. maddesi genel hükümler arasında yer alan ve amacı kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesine uygun olarak objektif sorumluluğu ortadan kaldırarak sistemi çağdaş ceza hukuku anlayışına kavuşturmak olan genel bir düzenlemedir.

Kanun'un özel hükümlere yer veren ikinci kitabının kişilere karşı suçları düzenleyen ikinci kısmının vücut dokunulmazlığına karşı suçları düzenleyen ikinci bölümündeki 87. maddesinin (4) numaralı fıkrası ise, 23. maddedeki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarla ilgili genel ilkeyi yaralama suçları açısından özel olarak ve ayrıca düzenleyen bir kuraldır. 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, sadece 86. maddenin (1) numaralı fıkrasında öngörülen temel yaralama eylemleri ve bu eylemlerin (3) numaralı fıkrada öngörülen şekillerde işlenmesine ilişkin olarak uygulanması öngörülmüştür. Bu anlamda 23. madde ile bu kural arasında bir çelişki de bulunmamaktadır.

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

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2007/91

Karar Sayısı : 2009/25

Karar Günü : 19.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Doğubayazıt Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinin, Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Haksız tahrik altında kasten adam öldürmek suçundan sanıklar hakkında açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, başvuru kararında şu gerekçelere yer vermiştir:

"Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun topluma uyum sağlayabilmesi, ceza politikasının temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bu politikaya etken olacak kriterler ise toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığı ile yakından ilgilidir. Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olarak ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunmalıdır. Ceza ve güvenlik tedbirlerinin işlenen suçun ağırlığı ile orantılı olmadığı durumlarda kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği, kamu düzeninin bozulduğu, toplum barışının ortadan kalktığı ve herkesin kendi hakkını kendisinin aldığı ortamlar doğurur ve devletin anayasal görevi de bu tür olumsuzluklara sebebiyet verecek faktörleri ortadan kaldırmaktır. Devletin bu yöndeki görevleri Anayasa'nın 2. maddesinde sayılan hukuk devleti olmasının gereğidir. Bütün bu ilkeler ceza kanununun temel amacı olup dayanağını Anayasadan almaktadır. Yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme Anayasa'nın 17. maddesinde teminat altına alınmıştır. Yine Avrupa insan hakları sözleşmesinin 2. maddesinde herkesin hayat hakkı

yasanın koruması altındadır. Bu bağlamda devlet caydırıcı etkiye sahip etkili ceza hükümlerine yer vermek zorundadır. 5237 sayılı kanunda adam öldürme suçları ile ilgili 81. maddede öngörülen müebbet hapis cezasından, yine aynı kanunun 29. maddesinde düzenlenen tahrik sebebiyle yapılan indirimler fahiş olduğu, 29. maddede düzenlenen indirim oranlarının, gerek kanunun bütünlüğü içinde verilen cezanın caydırıcılığı, gerekse yasa koyucunun amacı ile uyuşmadığı dolayısıyla Anayasanın 2 ve 17. maddelerine doğrudan aykırı olduğu kanaatindeyiz.(…)

Tahrikin çok hafif kaldığı durumlarda dahi ceza müebbet hapis cezasından 18 yıla düşmektedir. Oysa tahrik olmayan durumlarda ceza müebbet hapis cezasında kalmaktadır. İnfaz yasası açısından müebbet hapis cezasında şartlı tahliye için geçmesi gereken süre 24 yıl iken hafif tahrik durumunda 18 yıl ceza verildiği takdirde şartlı tahliye 12 yılda tamamlanmaktadır ki hafif bir tahrikin cezalarda bu kadar fahiş derecede indirim meydana getirmesi hakkaniyete uygun değildir. (…). 5237 sayılı Kanunu'nun tahrik hükümlerini düzenleyen 29. maddesinin Anayasa'nın başlangıç hükümlerinden ikinci maddesine (hukuk devleti) "herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" hükmünü içeren 12/1. maddesine, "herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" hükmünü içeren 17/1. maddesine, "herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir" hükmünü içeren 19/1. maddesine aykırı olduğu fikriyle açıklanan sebeplerden dolayı, iptali istenen maddenin bir yasa hükmü olarak Anayasa'nın ruhuna da aykırı olduğu kanaatine varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun iptali istenen 29. maddesi şöyledir:

"Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 19. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A.Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 2.10.2007 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuran mahkeme, suç işleyen kişi hakkında, işlenen fiilin ağırlığı ile orantılı olarak ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunması gerektiğini, ceza ve güvenlik tedbirlerinin işlenen suçun ağırlığı ile orantılı olmadığı durumlarda, kişi hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini, kasten adam öldürme suçlarında verilen müebbet hapis cezalarının haksız tahrik nedeniyle 18 yıl hapis cezasına indirilmesinin kamu düzenini bozduğunu ve toplum barışını ortadan kaldırdığını, bu gibi olumsuzlukları ortadan kaldırmanın devletin görevi olduğunu belirterek itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 29. maddesiyle yasakoyucu, suçtan zarar gören kişinin haksız eylemini, failin ceza sorumluluğunu azaltan bir neden kabul ederek haksız fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye verilecek cezadan belirlenen oranda indirim yapılmasını öngörmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan devlettir.

Temel hak ve hürriyetlerin niteliğini belirleyen Anayasa'nın 12. maddesiyle herkese, kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetler tanınmıştır.

Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlıklı 17. maddesinde, "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme*

hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz" denilmektedir.

Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında ise herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu belirtilmiştir. Kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olmanın, bireylerin vücut ve hareket özgürlüğüne sahip oldukları anlamı taşıdığı ve kimsenin kanunlarda gösterilen durum ve koşullar dışında bu hareket özgürlüğünden yoksun bırakılamayacakları güvence altına alınmıştır.

Temel hak ve özgürlük kavramı içersinde öncelikle kişinin yaşam hakkının bulunduğunun kabulü zorunludur. Yasakoyucu bu ilkeye uygun olarak Türk Ceza Kanunu'nun 81. maddesinde herhangi bir ayrım gözetmeksizin kasten adam öldürme suçunun cezasını müebbet hapis cezası olarak belirlemiş ve yaşam hakkının her birey için dokunulmaz olduğunu vurgulamıştır. Ancak, Yasa'nın 29. maddesinde, ölenin yapmış olduğu haksız hareketi de failin ceza sorumluluğunu azaltan bir neden kabul ederek cezadan indirim nedeni saymıştır.

Ceza hukuku alanında yapılacak yasal düzenlemelerde yasakoyucunun suç ve cezalara ilişkin uyması zorunlu temel ilkeler Anayasada belirtilmiştir. Bu ilkelere aykırı olmamak koşulu ile suçlar ve cezalar hakkında gerekli gördüğü önlemleri almak yasakoyucunun yetkisi içinde kalmaktadır. Anayasa'da, suç ve cezaya ilişkin olarak belirlediği bu ilkeler dışında kalan, özellikle, ne tür eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan eylemlere ne kadar ve ne tür ceza verileceği, ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenler ile cezalardan yapılacak indirim veya artırım oranları gibi konularda bir kural konulmamış, bunların saptanması yasakoyucuya bırakılmıştır.

Yasa'nın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, toplum savunmasını hiç bir suretle tehlikeye sokmaksızın insancıl yaklaşımı vurgulamak ve suçlunun toplumla barışık hale getirilmesini cezanın temel amacı olarak göz önünde bulundurmak ilkesini tercih eden yasakoyucu, bu ilkenin gereği olarak, suçlunun yeniden sosyalleşmesini ve uygun bir iyileştirmeye tabi tutularak toplumla yeniden bütünleşmesini sağlamak için itiraz konusu kuralda, haksız tahriki ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak kabul etmiş ve haksız tahrik altında suç işleyenlerin cezasından, maruz kaldıkları tahrikin derecesine göre belli indirimler öngörmüştür.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2007/69

Karar Sayısı : 2009/26

Karar Günü : 19.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Tokat Sulh Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/69)

2- Sakarya Çocuk Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/88)

3- Sakarya 3. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/107)

4- Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2008/65)

İTİRAZLARIN KONUSU:

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin başlığının ve (1) numaralı fıkrasının ilk tümcesinde yer alan "…iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hapis cezalarının ertelenmesiyle ilgili itiraz konusu ibare ve madde kenar başlığının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, daha ağır nitelikteki suçlardan dolayı hapis cezasına mahkum olanların cezaları ertelenirken, daha hafif nitelikteki suçlardan adli para cezasına mahkum olanların cezalarının ertelenemediği, onbeş yaşından büyük sanıkların işledikleri suçlardan dolayı verilecek hapis cezalarının Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi uyarınca ertelenebilmesine karşın, aynı suçu işleyen onsekiz yaşından küçük sanıklar hakkında verilen kısa süreli hapis cezasından yasa gereği zorunlu olarak çevrilen adli para cezası veya kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların ertelenemediği, adli para

cezalarının erteleme dışında bırakılması ve adli para cezalarının ödenmemesi durumunda bu cezaların hapis cezasına çevrilmesi nedeniyle hakimin özellikle ödeme gücü bulunmayan sanıklar hakkında karar verirken hapis cezası vermeye zorlandığı, bu durumun ise parası olan kişilerle parası olmayan kişiler arasında eşitsizlik doğuracağı, bu nedenlerle itiraz konusu ibare ve madde kenar başlığının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu ibareleri de kapsayan 51. maddesi şöyledir:

"Hapis cezasının ertelenmesi

Madde 51- (1) İşlediği suçtan dolayı **iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir.** Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin;

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

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

Gerekir.

(2) Cezanın ertelenmesi, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabilir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir. Koşulun yerine getirilmesi halinde, hakim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir.

(3) Cezası ertelenen hükümlü hakkında, bir yıldan az, üç yıldan fazla olmamak üzere, bir denetim süresi belirlenir. Bu sürenin alt sınırı, mahkûm olunan ceza süresinden az olamaz.

(4) Denetim süresi içinde;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmayan hükümlünün, bu amaçla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlülerin, bir meslek veya sanat edinmelerini sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesine,

Mahkemece karar verilebilir.

(5) Mahkeme, denetim süresi içinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklardan kurtulmasını ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya nezdinde çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hakime verir.

(6) Mahkeme, hükümlünün kişiliğini ve sosyal durumunu göz önünde bulundurarak, denetim süresinin herhangi bir yükümlülük belirlemeden veya uzman kişi görevlendirmeden geçirilmesine de karar verebilir.

(7) Hükümlünün denetim süresi içinde kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hakimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde; ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir.

(8) Denetim süresi yükümlülüklere uygun veya iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E. 2007/69 sayılı dosyada 12.7.2007 gününde, E. 2007/88 sayılı dosyada 13.9.2007 gününde, E. 2007/107 sayılı dosyada 18.12.2007 gününde, E. 2008/65 sayılı dosyada ise 22.7.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında,

dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

E. 2007/88, E. 2007/107 ve E. 2008/65 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E. 2007/69 sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E. 2007/69 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu ibare ve madde kenar başlığı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kuralla adli para cezalarının erteleme kapsamı dışında bırakılmasının daha ağır nitelikteki suçlardan dolayı hapis cezası alanların cezasının ertelenebildiği halde daha hafif nitelikteki suçlardan dolayı adli para cezasına mahkum olanların cezalarının ertelenememesi sonucunu doğurduğu, yasal zorunluluk nedeniyle hapis cezası adli para cezasına çevrilen sanıkların cezalarının ertelenemediği, adli para cezalarının erteleme dışında bırakılması ve adli para cezalarının ödenmemesi durumunda bu cezalarını hapis cezasına çevrilmesi nedeniyle hakimin özellikle ödeme gücü bulunmayan sanıklar hakkında karar verirken hapis cezası vermeye zorlandığı belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Hapis cezasının ertelenmesi" kenar başlıklı 51. maddesinde, mahkemelerce hükmolunacak hapis cezalarının ertelenmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. Maddenin itiraz konusu ibarenin de yer aldığı (1) numaralı fıkrasında, miktar ve tür bakımından hangi cezaların ertelenebileceği ile ertelemenin koşulları düzenlenmektedir. Buna göre, işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir. Bu sürenin üst sınırı, fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş olan kişiler bakımından üç yıldır. Hükmedilen adli para cezaları erteleme kapsamında değildir. Erteleme kararının verilebilmesi için kişinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkum edilmemiş olması, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık

dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekmektedir.

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. Hukuk devletinde yasakoyucunun, cezalandırma yetkisini kullanırken Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayılacaksa hangi tür ve miktardaki ceza yaptırımıyla karşılanacağı, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği ve tecil edilebileceği konularında takdir yetkisi vardır.

İtiraz konusu düzenlemeyle, maddede belirtilen sınırlar içinde kalmak koşuluyla sadece hapis cezalarının ertelenebileceği hükme bağlanmakta ve erteleme, suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık nedeniyle mahkum olan kişinin tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede kanaat oluşması koşuluna bağlı olarak, hakimin takdirine bırakılmaktadır. Maddenin gerekçesindeki *"…erteleme, bir koşullu af olmaktan çıkarılıp, ceza infaz kurumu haline getirilmiş ve erteleme sadece hapis cezası bakımından öngörülmüştür."* ibaresinden, yasakoyucunun izlediği suç siyaseti gereği adli para cezalarını erteleme dışında bıraktığı anlaşılmaktadır. Ertelemenin hükümlü için yasal bir hak olmayıp, toplum bakımından yararlı bir uygulama olduğu kabul edilmektedir. Ancak, suçun ağırlığı ve toplumdaki olumsuz sonuçları gözetilerek, suçu, cezayı ve ertelemeyi takdir ve tayin etmek yasama organının yetkisindedir.

Anayasa'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler" denilmiştir. Böylece hakimlerin görevlerini her türlü baskı ve etkiden uzak, Anayasa'ya, yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre yerine getirebilmeleri sağlanarak yargı yetkisini kullanmaları güvence altına alınmıştır.

Hakim, anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi her türlü yazılı pozitif hukuk kurallarıyla bağlıdır. Bu bağlılık takdir hakkını kullanamayacağı anlamına gelmez. Hakim delilleri değerlendirirken, yasaların yorumunda ve soyut kuralların somut olaya uygulanmasında takdir hakkını kullanır.

İtiraz konusu kural, maddede öngörülen belli koşulların gerçekleşmesi durumunda, hapis cezasının ertelenmesi konusunda hakime takdir hakkı tanımaktadır. Hakim, sonuç olarak hapis cezasına hükmettiği durumlarda, sanığın suç işlemekle pişman olup olmadığını değerlendirecek ve vardığı kanaate dayalı olarak erteleme konusunda bir karar verecektir. Yasakoyucunun ertelemeyi sadece hapis cezası bakımından öngörmesi onun takdirinde olup; hakimin takdir yetkisi, yasada belirtilen koşullarla sınırlıdır. Ertelemenin, cezanın bireyselleştirilmesinde hakime takdir hakkı tanıyan bir kurum olduğu da dikkate alındığında, itiraz konusu kuralın hakimin takdir hakkını ortadan kaldırdığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 138. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin başlığının ve (1) numaralı fıkrasının ilk tümcesinde yer alan "… iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/116

Karar Sayısı : 2009/27

Karar Günü : 19.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Tufanbeyli Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 10. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Silahla tehdit ve kamu görevlisine görevinden dolayı alenen hakaret suçlarından sanık hakkında açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Her ne kadar sanık hakkında iddianameyle 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 53. maddesinin uygulanması sehven istenmemişse de; maddenin açık hükmünden kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkumiyetin yasal sonucu olarak maddenin 1. fıkrasında 5 bent halinde sayılan haklardan sanığın yoksun bırakılacağı belirtilmiştir. İddianamede sanık hakkında uygulanması istenen tüm sevk maddelerinin de kasıtlı suçlara ait ve hapis cezası sonucunu doğuran maddeler olduğu, bu itibarla sevk maddeleri uyarınca sanığın cezalandırılması yoluna gidildiğinde, 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 53. maddesinin uygulanmasında zorunluluk bulunduğu, sanık hakkında verilen sonuç cezanın ertelenmesine karar verilmesi halinde de (sanığın geçmiş sabıkasına esas hapis cezasının 3 ay olduğu ve ertelemeye ilişkin 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 51/1-a maddesi uyarınca da ertelemeye engel teşkil etmediği anlaşıldığından); iptali istenen 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın 53. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinin de sanık hakkında uygulanması ihtimalinin bulunduğu anlaşılmıştır. Nitekim bu

nedenle de 20.09.2005 tarihli 3 nolu duruşma ara kararında da bu maddeden ötürü sanığa Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra ek savunma hakkı tanınması hususunun düşünülmesine karar verilmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce 26.09.2004 tarihinde kabul edilip 12 Ekim 2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan ve 01.06.2005 tarihinde yürürlüğü giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi ve gerekçesi aşağıdaki gibidir.

'İşlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven sarsılmaktadır. Bu nedenle, suçlu kişi özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılmaktadır. Madde metninde, işlediği suç dolayısıyla kişinin hangi hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağı belirlenmiştir.

Ancak bu hak yoksunluğu süresiz değildir. Cezalandırılmakla güdülen asıl amaç, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrar topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerekmiştir. Bu nedenle, madde metninde söz konusu hak yoksunluklarının mahkûm olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörülmüştür. Böylece, kişi mahkûm olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj vermektedir. Bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşmektedir.

Bu sistemde süresiz bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için, yasaklanmış hakların geri verilmesinden artık söz edilemeyecektir.

Maddenin üçüncü fıkrasında mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkilerini kullanabileceği belirtilmiştir. Ayrıca, dördüncü fıkrada, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında mahkûm oldukları cezaya bağlı herhangi bir hak yoksunluğunun doğmadığı hüküm altına alınmıştır.

Maddenin beşinci fıkrasında, belli bir hak ve yetkinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen kasıtlı suçlar dolayısıyla mahkûmiyet hâlinde, mahkûm olunan cezanın infazından sonra da etkili olmak üzere bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına ayrıca hükmedilmesi

öngörülmüştür. Bu durumda mahkemenin belli bir hak ve yetkiyle ilgili olarak vereceği yasaklama kararı bir güvenlik tedbiri niteliği taşımaktadır.

Altıncı fıkrada, belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, yine güvenlik tedbiri olarak, belli bir süre için bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebileceği öngörülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin 1. fıkrasında işlemiş olduğu bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olan bir kimsenin fıkrada bentler halinde belirtilen bir kısım medeni hakları kullanmaktan mahrum bırakılacağı düzenlenmiştir. Bu maddenin (a) ve (e) bentlerinde kişinin çalışma yaşamı ile ilgili olan kısıtlamalar açıklanmıştır.'

Buna göre düzenlemenin (a) bendine göre; "Sürekli, süreli veya. geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden.; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya. Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tâbi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten"

(e) bendinde ise;

"Bir kamu kurumunun veya kamu kuruma niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten"

kişinin yoksun bırakılacağı düzenlenmiştir.

(a) bendine göre hak yoksunluğuna cezasına tabi olacak bir sanığın bir devlet memuru veya kamu görevlisi olması halinde maddenin 2. fıkrasında da belirtildiği gibi mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu görevini devam ettiremeyeceği kısacası geçimi sağlamak için işine devam edemeyeceği açıkça anlaşılmaktadır.

Yine aynı fıkranın (e) bendine göre de bir avukat, eczacı veya bir doktorun benzer şekilde geçimi sağlamak için işine devam edemeyeceği anlaşılmaktadır.

Bu her iki düzenlemeden, işledikleri suç nedeniyle yasa karşısında aynı hukuki konumda bulunan, toplumun değişik sosyal sınıf ve konumlarına ait kişilerin iş yaşamları ile ilgili çeşitli yoksunluklara tabi kılınacakları yönünde bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak aynı maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesinde mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir, hükmüne yer verilmiştir.

Mevcut bu hüküm karşısında 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi hükümleri uyarınca cezası ertelenen bir kimse hakkında bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılmayabilecekleri hüküm altına alınmış ancak aynı fıkranın (a) bendi için benzer bir düzenleme getirilmemiştir.

Bu düzenlemeye göre örneğin; aynı suçu işleyen birisi hazine vekili olarak çalışan diğeri serbest avukatlık yapan iki avukat hakkında 5 ay hapis cezası mahkumiyeti verilip de, bu cezalar 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesi hükümleri uyarınca ertelendiğinde ve her iki sanık hakkında da 53. maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesi uyarınca 53. maddenin 1. fıkrasının (e) bendinin uygulanmamasına karar verildiğinde; serbest çalışan avukatın mesleki faaliyetlerine devam edip, geçimini sağlayabileceği ancak devlet memuru olan hazine vekili avukatın ceza süresi boyunca işine devam edemeyeceği, bu süre zarfında maaş ve diğer özlük haklarından mahrum kalacağı, 657 Sayılı Yasa'da düzenlenen engelleyici hükümler uyarınca da bu süre zarfında serbest olarak avukatlık mesleğini de icra edemeyeceği dolayısıyla geçimini sağlamada bir müşkülata düşeceği açıktır.

Aynı mesleğe mensup, aynı suçu işlemiş ve aynı cezalara mahkum olmuş bu iki sanıktan serbest olarak çalışan avukatın iş yaşamında hiçbir değişiklik olamaz iken kamusal görev icra eden ve bu bağlamda serbest çalışan emsallerine göre sınırlı mali ve özlük haklara sahip olan hazine vekiline geçimini sağlama ve çalışma imkanı verilmemiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Çalışma Ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. maddesini 1. fıkrası "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.

Özel teşebbüsler kurmak serbesttir." Hükmünü içermektedir.

Yine Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması başlıklı 13. maddesi

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna,

demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Hükmünü içermektedir.

Anayasamızın yukarıda belirtilen çalışma özürlüğü yine Anayasamızın 13. maddesinde belirlenen şart ve gereklere uygun olarak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi ile kısıtlanmıştır. Söz konusu bu kısıtlamanın bu bağlamda Anayasaya aykırılığından söz edilemez ise de; aynı maddenin 3. fıkrasının 2. cümlesiyle benzer durumda bulunan kişiler arasında bir eşitsizlik yaratılmış olmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesi

Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.

Demektedir. Yukarıda belirtilen olay ve gerekçelerden 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi ile kamusal alanda görev yapan yurttaşların, bu maddenin uygulanması sırasında diğer yurttaşlardan daha zor bir durumda kalacak bir sınırlamaya maruz bırakılmışlardır.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş kararlarına, göre, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi; birbiriyle aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını veya uygulanan aynı kurallar sonucu farklı sonuçlar yaratılmasını yasaklar. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulama yapılması Anayasanın amaçladığı hukuksal eşitlik ilkesine açık aykırılık oluşturmaktadır. Zaten Anayasa eylemli değil, hukuksal eşitliği tanımlamaktadır. Yoksa, bazı yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Eşitlik ilkesinin Anayasamızın özüne ve ruhuna hakim olan ilkelerden bulunduğu kuşkusuzdur. Bu bağlamda 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin 8. fıkrasının 2. cümlesinin Temel hakların sınırlanmasının Anayasanın özüne ve ruhuna (ve o arada eşitliğe) aykırı olamayacağını

belirten 13. maddesine ve yine kişilerin yasalar karşısında eşit olduklarını belirten 10. maddesine aykırı olduğu görüş ve kanısına varılmakla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, mahkememizce Anayasamızın 10. ve 13. maddesine aykırı olduğu düşünülen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi hakkında Anayasa Mahkemesi Başkanlığı tarafından karar verilmesi talebiyle aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Ayrıntısı ve yasal gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. ve 13. maddelerine aykırı olduğuna ve Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'nın bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına

2. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesinin 1. fıkrası ve 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca, mahkememizce Anayasamızın 10. ve 13. maddesine aykırı olduğu düşünülen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin 3. fıkrasının 2. cümlesi hakkında, Anayasa Mahkemesi Başkanlığı tarafından, iptal yönünde karar verilmesi istemiyle, gerekçeli kararımızla birlikte dosyanın onaylı bir suretinin T.C. Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine…karar verildi"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu tümcenin de yer aldığı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesi şöyledir:

"(1) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin Kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten,

Yoksun bırakılır.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.

(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. **Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.**

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(5) Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet halinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adlî para cezasına mahkûmiyet halinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adlî para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

(6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet halinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. ve 13. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'n katılımlarıyla 5.10.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında itiraz konusu kuralla, bu kuralın atıf yaptığı hak mahrumiyetinin devlet memuru veya kamu görevlisi olan hükümlüyle, kamu kurumu veya kamu kurumu niteliğindeki bir meslek kuruluşunun iznine tabi meslek veya sanatı kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra eden hükümlüye farklı uygulanabildiği, devlet memuru olan hükümlünün hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar görevini yerine getiremediği, buna karşılık serbest meslek erbabı veya tacir bir hükümlünün mesleğine hakimin takdirine bağlı olarak devam edebildiği, ayrıca kamusal alanda görev yapan yurttaşların haklarının diğer yurttaşlara oranla daha fazla sınırlamaya maruz bırakıldığı, bu nedenlerle kuralın Anayasanın 10. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu tümcenin yer aldığı 53. maddenin birinci fıkrasında, kişinin kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak; sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan; velayet hakkından, vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan; vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan; *bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten*, yoksun bırakılacağı öngörülmektedir. Maddenin müteakip fıkralarında ise, kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında bu yoksunlukların hiçbirinin uygulanmayacağı; mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün ise kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkilerini kullanacağı ifade edilmektedir. Sayılan hak

yoksunluklarının süresi, kural olarak hapis cezasının infazının tamamlanmasıyla sınırlı ise de, maddenin (5) numaralı fıkrasında belirtilen hallerde, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar belli hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verileceği; (6) numaralı fıkrada belirtilen hallerde de üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere belli meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebileceği belirtilmektedir.

İtiraz konusu kuralla, hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında hâkime, bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakma yaptırımının uygulanması konusunda taktir yetkisi tanınmaktadır.

Ceza siyasetinin gereği olarak yasakoyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir. Asıl cezaya bağlı olarak hak yoksunluklarının uygulanması, bazı durumlarda buna istisna getirilmesi ya da hâkimin takdirine bırakılması da bu kapsamdadır.

Bu nedenle kural Anayasa'ya aykırı değildir. İstemin reddi gerekir.

Şevket APALAK bu görüşlere katılmamıştır.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN bu görüşlere ek gerekçe ile katılmışlardır.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Şevket APALAK'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 19.2.2009 gününde karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim

yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

AZLIK OYU

Devlet memurluğuyla bağdaşmayan derecede hürriyeti bağlayıcı ceza alan, ancak bu cezaları ertelenen kamu görevlilerine ilişkin hukuksal durum itiraz konusu yasa kuralından önce farklı bir nitelik göstermekteydi. Mahkûmiyet hükmü ertelenen kamu görevlilerine ilişkin Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu'nun 15.11.1990 günlü 1990/2 sayılı kararıyla bu durumda olanların memurluklarına son verilemeyeceği karara bağlanmış ve izleyen süreçte kimi suçlar dışında yasal ve yargısal ortam bu yönde gelişim göstermiştir. Ancak, itiraz konusu kuralın bu yaklaşımı değiştirdiği anlaşılmaktadır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin (3) nolu fıkrasının itiraz konusu ikinci tümcesinde "Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir." kuralı yer almaktadır. 53. maddenin (1) nolu fıkrasında kişilerin kasten işlemiş oldukları suçtan dolayı verilen hapis cezasının sonucu olarak yoksun bırakılacakları haklar öngörülmüştür. Fıkranın (a) bendinde kamu kurum ve kuruluşlarında memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmek ve (e) bendinde ise bir meslek veya sanatın serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun bırakılmak da yer almıştır. Buna göre, aynı sanat ve mesleği yürüten kamu görevlisi için yasak sürerken, serbest olarak aynı uğraşı yürüten kişi çalışma yaşamını sürdürebilecektir.

Maddenin yazılış biçimi ve doğal sonucundan, kamu görevlisi, serbest meslek erbabı veya tacir olarak görev yürütürken ceza alan kişiye verilecek hak yoksunluğunun öncelikle esas alındığı açıktır. Suç işlenişi veya ceza verilişi aşamasında kamu görevlisi, serbest meslek erbabı ya da tacir olmayan kişiler yönünden geleceğe yönelik yasaklama getirilmesi olasılığı da maddenin anlamını ve sonucunu değiştirmemektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir sınıf ve zümreye imtiyaz verilemeyeceği vurgulanmıştır. Eşitlik ilkesi doğrudan bireyi ilgilendirdiği gibi, hukuksal metinlerin uygulanması ya da görev yürütülen kuruluşlar ile uğraşların konu olması halinde kişiler üzerinde dolaylı etkinliği ortaya çıkmaktadır.

Anayasa ve yasal tabloyla beliren ertelemenin amaçları ve kişilerin tüm yönleriyle denenmesi gerçeği karşısında, cezanın ertelenmesi durumunda serbest meslek erbabı veya tacir olarak mesleğin yürütülmesine karar verebilecekken, kamu görevinin bu kapsam dışında tutulması Anayasa'nın 10. maddesindeki hukukun üstün kuralları arasında yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu aykırılık ile erteleme olgusunun uygulanmasında yürütülen mesleğe bakılarak ayrıcalık ve eşitsizlik oluşturulduğu izlenmektedir.

Anayasa'nın 49. maddesindeki çalışma hakkı ile Devletin çalışanları koruma, destekleme, çalışma barışını sağlama; 70. maddesindeki kamu hizmetine girme hakkı ve hizmete almada görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemeyeceği yolundaki yaklaşımları eşitlik ilkesini ele almaya zorunlu kıldığı gibi, ceza siyaseti yaklaşımını da çevreleyen anayasal boyutlardır.

Öte yandan ertelemeyi düzenleyen 51. maddenin (4) nolu fıkrasının (b) bendinde meslek veya sanat sahibi yükümlünün gözetim altında olsa da bir kamu kurumunda çalıştırılmasına karar verilebileceğinin öngörülmesi, kamu görevinin yürütülmesi ve kamu kurumunda görev yapılmasının erteleme yönünden sorun oluşturmadığını göstermektedir. Kaldı ki bir mesleğin veya hizmetin topluma yönelik olarak sergilenmesi özelliği gözetildiğinde, bir uğraşın kamu kesimi içinde veya dışında yapılmasının ceza ve erteleme kurumları yönünden farklı değerlendirmeye olanak vermediği tersi durumun kamu yararıyla çelişeceği açıktır. Kamu görevlerinin dağıtımı ve üstlenilmesinde hizmet gereklerinin gözetileceğinin doğallığı yanında ceza hukukunun ve erteleme olgusunun iyileştirmeyi ve denenmeyi amaçlayan öngörüleri, kamu ve özel kesim yönlerinden bir ayrım yapılmasının haklılık taşımayacağının ayrı nedenleridir. Bu sonuç hukuk devletinin barındırdığı güvenilirlilik ve kamu yararının da maddede gözetilmediğine vurgu yapar.

Bu görüşlerle, itiraza konu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 49. ve 70. maddelerine aykırılık oluşturduğu, iptal edilmesi gerektiği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2006/107

Karar Sayısı : 2009/28

Karar Günü : 19.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Pendik 4. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 58. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Mühür bozma suçundan sanık hakkında açılan kamu davasında, tekerrüre esas sicil kaydı nedeniyle kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezanın adli para cezasına çevrilmesine engel teşkil eden itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtirazın gerekçesi şöyledir:

"Mahkememizin yukarıda esas no yazılı dava dosyasına konu olan iddianamede, sanığın olay tarihinde, Bayındır Petrol isimli işyerinin 11.12.2001 tarihinde mevzuata uygun olmadığı gerekçesiyle mühürlenmesinden sonra, mührü bozarak bu yerde faaliyetine devam ettiği iddiasıyla ve 5237 sayılı TCK'nun 203 (1) madde ve fıkrası hükmü gereğince cezalandırılması talebiyle mahkememizde kamu davası açılmıştır.

Dosya kapsamına nazaran sanığın işlediği aynı suçtan dolayı suç tarihinden geriye doğru 5 yıl içinde kesinleşen cezasının bulunması nedeniyle, hakkında 5237 sayılı TCK'nin 58. maddesinin ve bu arada aynı maddenin üçüncü fıkrasının uygulanması ihtimali söz konusudur.

Sanık hakkında uygulanması muhtemel, 5237 sayılı TCK'nin 50 (2) ve 58 (3) madde ve fıkrası hükümlerinin, aşağıda açıklanan gerekçeler nedeniyle,

Anayasa'nın hukuk devleti ilkesine ilişkin 2. madde hükmüne aykırı olduğu düşünülmektedir.

Bu aşamada, 5237 sayılı TCK'nun paraya çevirmeye ilişkin hükümlerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

Hükmolunan hürriyeti bağlayıcı cezanın paraya çevrilmesine ilişkin şartlar, 5237 sayılı TCK'nun 50. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, hükmolunan kısa süreli hapis cezalarının hapse çevrilmesi mümkün bulunmaktadır. Kısa süreli hapis cezası aynı Kanun'un 49 (2) madde ve fıkrasında "1 yıldan daha az süreli hapis cezası" olarak tanımlanmıştır. Buna göre 1 yıldan daha uzun süreli hapis cezalarının paraya çevrilmesi mümkün olmayacaktır. Davaya konu olayda uygulanması muhtemel, aynı Kanun'un 50 (2) madde ve fıkrası hükmüne göre, suç tanımında hapis ve para cezasının seçenekli olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezası tercih edilmiş ise bu cezanın artık paraya çevrilmesi mümkün olmayacaktır. Buna göre, paraya çevirmenin diğer şartı, yasa maddesinde öngörülen cezanın seçenekli olarak para cezasını kapsamamasına ilişkindir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise, otuz gün ve daha az süreli hapis cezalarının, paraya çevrilmesi zorunlu tutulmuş, ancak bu hükmün uygulanabilmesi için de daha önceden hapis cezasına mahkum edilmemiş olmak şartı bulunmaktadır.

Bir başka dikkat edilmesi gereken husus şudur: Sanık daha önce hapis cezasına mahkum edilmiş bulunsa dahi, hakim sonradan verilen kısa süreli hapis cezasını takdiren paraya çevirebilecektir. "Daha önce hapis cezasına mahkum edilmemiş bulunmak" şartı, paraya çevirmenin mahkemece bir zorunluluk olduğunun kabulü için gerekli bulunmaktadır. Paraya çevirmeye ilişkin 5237 sayılı TCK'nun 50 (1) madde ve fıkrasında, daha önceden hapis cezasına mahkum edilmemiş olmanın şart koşulmadığı da dikkate alındığında bu sonuca varılmalıdır.

Sanığın sabıka kaydında yer alan, Pendik 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 5.6.2002 tarih ve 283-364 sayılı mühür fekki suçundan hükmolunan 872.416.339 TL (872 YTL) adli para cezasına ilişkin ilam nedeniyle, bahsi geçen ilamın sabıka kaydındaki ceza fişinden anlaşılan kesinleşme ve infaz tarihi ve 5237 sayılı TCK'nun 58 (2) madde ve fıkrasının (b) bendi hükmü de dikkate alındığında, hakkında aynı Kanun'un 58. maddesinde yer alan tekerrür hükümlerinin uygulanması söz konusudur.

Diğer yandan, sanık hakkındaki uygulanması muhtemel yukarıda gösterilen sevk maddesinde, hapis ve para cezası tercihli olarak düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nun 50 (2) madde ve fıkrasında yer alan ve

yukarıda açıklanan hüküm nedeniyle, sanık hakkındaki cezanın para cezasına çevrilmesine imkan bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan sonucun, 5237 sayılı TCK'nun diğer hüküm incelenmesinde, her zaman adil sonuçlar vermeyeceği görülmüştür. Sanık hakkında dava dosyamıza konu olayda, paraya çevirme hükmünün uygulanma ihtimali bulunmadığı halde, daha fazla cezayı gerektiren ve fakat yasa maddesinde tercihli olarak para cezası öngörülmeyen bir suç işleyen başka bir kişi hakkında paraya çevirme hükümlerinin çevrilmesinin mümkün olacağı anlaşılmaktadır. Bir örnekle açıklamak gerekir ise, 5237 sayılı TCK'nun 214 (1) madde ve fıkrasında yer alan, suç işlemek için alenen tahrikte bulunmak suçunu işleyen bir şahıs hakkında öngörülen cezai müeyyide, 6 aydan 5 yıla kadar hapis cezasıdır. Bu kişi hakkında mahkemece yapılan yargılama sonucunda, 1 yıl hapis cezasına hükmolunması halinde, dava dosyamıza konu olduğu üzere, bu kişinin sabıka kaydında adli para cezası bulunsa ve hakkında tekerrür hükümlerinin uygulanması gerekse dahi, hakkında hükmolunan kısa süreli hapis cezasının paraya çevrilmesi mümkün bulunmaktadır. Yine şantaj suçuna ilişkin 107. maddenin, dava dosyamıza konu suç ile karşılaştırılmasında, öngördüğü cezai müeyyide yönünden aynı durum söz konusu olup, örnekleri çoğaltmak mümkündür. Daha fazla cezayı gerektiren suçun sanığı hakkında öngörülen iptal talebine konu hükümlerin adil sonuçlar doğurmadığı görülmektedir.

Anayasanın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir." Hükmü yer almaktadır. Hukuk devleti kavramı, devletin eylem ve işlemleri ile yasal düzenlemelerinin hukukun genel ilkelerine uygunluğunu, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Hukuk Devleti ilkesi, Devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir.

İptal talebine konu yukarıda belirtilen kurallar, yine yukarıda açıklanan gerekçeler nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, 5237 sayılı TCK.nun 50 (2) ve 58 (3) madde ve fıkrası hükümlerinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı bulunduğundan, Anayasa'nın 152. maddesi gereğince iptal edilmesi talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar"* başlıklı 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"(2) Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez."

2- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun *"Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular"* başlıklı 58. maddesinin (3) numaralı fıkrası şöyledir:

"(3) Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adlî para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılmalarıyla 17.7.2006 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların adlî para cezasına çevrilmesi konusundaki yasal düzenlemelerin sanığın tekerrüre esas olan bir mahkumiyet kaydının bulunması halinde adil sonuç

doğurmadığı, bu çerçevede kimi zaman daha kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaları adli para cezasına çevirme ihtimali bulunmaz iken, daha uzun hapis cezası gerektirdiği halde yasa maddesinde hapis veya adli para cezasının tercihli belirlenmediği durumlarda bunun mümkün bulunduğu, bu nedenle itiraz konusu kuralların hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Adlî para cezası, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasında suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre kısa süreli hapis cezasının çevrilebileceği seçenek yaptırımlardan birisidir. Ancak, maddenin itiraza konu (2) numaralı fıkrası gereğince suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse, bu ceza artık adlî para cezasına çevrilemez.

Yasa'nın 58. maddesinde suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular başlığı altında hükümlere yer verilmiş olup, itiraz konusu diğer kuralı oluşturan üçüncü fıkrasında da; *"Tekerrür halinde, sonraki suça ilişkin Kanun maddesinde seçimlik olarak hapis cezası ile adlî para cezası öngörülmüşse, hapis cezasına hükmolunur."* hükmüne yer verilmiştir. Böylece, yaptırımı hapis veya adli para cezası şeklinde seçimlik olarak belirlenmiş bir suçtan mahkumiyette, kişinin tekerrüre esas sicil kaydının bulunması, bir yandan seçimlik yaptırım uygulama imkanını ortadan kaldırmakta, diğer yandan da tek seçeneğe inen hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine engel teşkil etmektedir.

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, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasakoyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nda genel artırma sebebi olarak düzenlenmiş bulunan tekerrür, ceza mevzuatındaki kapsamlı değişiklikler sonrası 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında

Kanun'da yer almıştır. Temelde bir infaz rejimi kurumu olarak değerlendirilmek suretiyle, Yasa'da, mükerrirlerin daha uzun süreyle infaz kurumunda kalmalarını, ikinci defa tekerrür uygulandığında koşullu salıvermenin uygulanamayacağını ya da mahkûm olunan hapis cezasının infazından sonra kişi hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını öngören hükümlere yer verilmiştir.

5237 sayılı Yasa'da yer alan itiraz konusu kurallar da tekerrür konusundaki farklılıklardan bir diğerini oluşturmaktadır. Buna göre, tekerrür bazı durumlarda kısa süreli hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine engel teşkil etmektedir. Buradaki belirleyici etken, belli bir zaman öncesine ait sicil kaydıdır. Dolayısıyla, sanığın mükerrir olması bir yana bırakılarak "daha ağır olup seçenekli yaptırım öngörülmeyen" – "daha hafif fakat seçenekli yaptırım öngörülen" yasal düzenleme karşılaştırılması yerinde değildir. Yasa koyucu, mahkum olduğu halde belli süre içerisinde yeniden suç işleyenler hakkında bu durumda olmayanlara göre daha ağır sonuç doğuran hükümler öngörebilir. Diğer yandan, kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezaların adli para cezasına veya diğer tedbirlere çevrilmesi sanık yönünden bir hak olmayıp, kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre mahkemenin takdir yetkisindedir. Seçimlik ceza öngören bir suça mahkumiyet halinde, ceza siyasetinin gereği olarak mükerrirler hakkında ilk defa suç işleyenlerden farklı hükümler öngören kuralların hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 58. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2009/7

Karar Sayısı : 2009/29

Karar Günü : 26.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kırşehir İcra Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 16. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı Emlak Bankasının müflis firmadan olan alacaklarının imtiyazlı alacak olarak üçüncü sıraya kaydedilmesi talebiyle açılan pay cetveline itiraz davasında, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZ KONUSU YASA KURALI

5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun Geçici 16. maddesi şöyledir:

"*Bu Kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makable şamildir*"

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, 26.2.2009 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, başvuru kararı ve ekleri, ilk inceleme raporu, itiraz konusu yasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları yasa ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi

için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava 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.

1.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5411 sayılı Yasada finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir. Yasada ayrıca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fon'u alacaklarının tahsili amacıyla Fon lehine getirilmiş bir kısım düzenlemeler de bulunmaktadır. Yasa'nın 123. maddesinde Fonun bilgi ve belge isteme yetkisi, 134. maddesinde Fonun alacaklarının tahsiline ilişkin getirilen özel yetkiler, 137. maddesinde ispat külfeti, 138. maddesinde Fon alacaklarının takip ve tahsiline ilişkin istisnalar düzenlenmiştir. Yasa'nın 136. maddesinde de Fon alacaklarının, Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere, imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil olunacağı belirtilmiştir. İtiraz konusu Geçici 16. maddede 5411 sayılı yasada Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümlerin geçmişe de etkili olacağı öngörülmüştür.

Yasa'nın Geçici 13. maddesi ise Fon alacaklarının tahsili amacıyla Fon lehine getirilen ve bu maddede sınırlı sayma yöntemiyle belirtilen 123., 134., 136., 137., 138., 140., 142. ve 165. madde hükümlerinden, tasfiye halindeki Emlak Bankası dâhil sermayesinin yarıdan fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan ve özel kanunlarla kurulmuş bankaların da yararlanacağını belirleyen bir kuraldır.

İtiraz konusu Geçici 16. madde, 5411 sayılı Yasa ile Fon lehine getirilen tedbir, takip ve tahsil hükümlerinden olmakla birlikte Geçici 13. maddede sayılmamıştır. Dolayısıyla Geçici 13. maddede sayılmayan ancak 5411 sayılı Yasada yer alan ve Fon alacaklarının tahsili amacıyla getirilen düzenlemelerden, tasfiye halindeki Emlak Bankası dâhil diğer bankaların yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Ayrıca Emlak Bankası, tasfiyesi genel hükümlere göre devam eden bir kamu bankasıdır. Fona devri söz konusu olmadığı için alacakları da Fon alacağı niteliği taşımamaktadır.

Bu nedenle, 5411 sayılı Yasa'nın iptali istenen Geçici 16. maddesinde düzenlenen, Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümlerin geçmişe de etkili

olacağına ilişkin kural, Emlak Bankasının pay cetveline itiraz davasında, ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bir yasa kuralı değildir.

Bu durumda, başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

IV- SONUÇ

19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 16. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 26.2.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 16. maddesinde, adı geçen Kanun'un Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümlerin, makabline şamil olacağı, 136. maddesinde de Fon alacaklarının imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil edileceği öngörülmüştür.

Yasa'nın Geçici 13. maddesi ile Tasfiye Halinde Türkiye Emlak Bankası, Fon alacaklarının tahsiline ilişkin, öncelikle tahsil ayrıcalığından ve bu kapsamda 136. madde hükümlerinden yararlandırılmaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu Geçici 16. maddenin Emlak Bankası hakkında uygulanamayacağından söz edilemez. Esasen itiraz konusu kural "zamanaşımı ve diğer konular" şeklinde çok geniş bir ayrıcalık getirdiğinden, görülmekte olan davada Mahkeme'nin uygulayacağı kuralın, hangi aşamada ve ne şekilde sonuca etkili olacağının Anayasa yargısı bağlamında belirlenmesi olanağı bulunmamaktadır. Bu düşünceyle, çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun itiraz konusu Geçici 16. maddesinde "Bu Kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makable şamildir" denilmiş, 136. maddesinde de Fon alacaklarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklardan sonra gelmek üzere, imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil edileceği belirtilmiştir. Geçici 13. madde ile de Tasfiye Halinde T. Emlâk Bankası A.Ş.'ye de bu madde kapsamına giren konularda Fon alacaklarının tahsiline ilişkin 123., 134., 136., 137., 138., 140., 142. ve 165. madde hükümlerini uygulama yetkisi verilmiştir. Bu durumda, Fon lehine getirilen hükümlerin makable şamil olduğunu hükme bağlayan itiraz konusu Geçici 16. maddenin, davacı Tasfiye Halinde T. Emlâk Bankası A.Ş. hakkında da uygulanacağı açıktır. Kaldı ki, Mahkeme'nin olayı söz konusu madde yönünden incelemesi ve bu madde kapsamında görmeyerek istemi reddetmesi halinde de olumsuz uygulama söz konusudur.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın olayda uygulanma olanağı bulunmadığı gerekçesiyle istemin, Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, aynı borçludan alacaklı olan birden çok alacaklıdan birini diğerinden farklı görerek birine öncelik vermenin Anayasa'ya aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

Davada uygulanacak kural, bir davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu veya olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan ya da tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde bir karar vermek için göz önünde tutulması gereken kurallardır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici madde 13'de "Sermayesinin yarıdan fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan ve özel kanunla kurulmuş bankalarda (Tasfiye Halinde T. Emlak Bankası A.Ş. dahil) 26.12.2003 tarihinden önce bankacılık teamüllerine göre teminatlı ve/veya yetersiz teminatlı kredi kullanıp da vadesi geçtiği halde henüz ödenmemiş, süresi uzatılmamış veya yeniden yapılandırılmamış kredileri kullananlar ya da yeniden yapılandırma şartlarını ihlal edenler ile münferit veya karşılıklı verilen banka teminat mektupları, kabul kredileri ve avaller, taşınır ve taşınmaz rehni, ipotek, üst hakkı, intifa hakkı ve oturma hakkı gibi her türlü sınırlı ayni hak tesisine ilişkin sözleşmeden doğan hakların da diğer bankaların ve üçüncü kişilerin muvazaadan ari hakları aleyhine olmamak üzere Fon alacaklarının tahsiline ilişkin 123, 134, 136, 137, 138, 140, 142 ve 165 inci madde hükümleri, tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası şartı aranmaması, (…) dahil bankalarınca uygulanır" denilerek Tasfiye Halinde olan T. Emlak Bankası A.Ş. hakkında da fon alacaklılarının tahsiline ilişkin anılan Yasa'nın belirtilen maddeleri ve 136. maddesinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

5411 sayılı Yasa'nın 136. maddesine 5472 sayılı Kanun'la eklenen ibarede "Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere" imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil olunacağı; 141. maddesinde de bu Kanun'dan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresinin yirmi yıl olduğu düzenlenmiştir.

İptali istenilen kuralda "Bu kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makable şamildir" denilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, Geçici madde 13 ile Geçici madde 16 birlikte değerlendirildiğinde alacağı imtiyazlı alacak olarak nitelendirilen Tasfiye Halindeki T. Emlak Bankası A.Ş.'nin "sıra cetvelindeki yerin değiştirilmesine" ilişkin istemi hakkında karar verecek olan Mahkeme'nin fon alacaklarının tahsili için getirilen iptali istenilen kuralı gözeteceği kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle çoğunluğun kuralın bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle Redde ilişkin görüşe katılmıyorum.

Üye
Ahmet AKYALÇIN

KARŞIOY

Dava konusu alacak Tasfiye Halinde T. Emlak Bankası A.Ş.'ne ait bir alacaktır.

5411 sayılı Yasa'nın geçici 13. maddesi tasfiye halindeki T.Emlak Bankası A.Ş'ne ilişkin hak ve alacaklar hakkında FON alacaklarının tahsiline ilişkin 136. maddesinin uygulanacağını buna göre bu alacağında Fon alacağı gibi Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklardan sonra gelmek üzere imtiyazlı alacak olarak öncelikle tahsil olunacağı gereğine işaret etmektedir.

Özel Kanunlarla kurulmuş ancak faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen ve tasfiyeleri Fon tarafından yapılan banka alacaklarına verilen öncelikli tahsile ilişkin imtiyaz hakkının; yasa ile sermayesinin yarıdan fazlasını kamu kurum ve kuruluşları kapsamında bulunan Tasfiye Halindeki T.Emlak Bankası alacaklarına da ülkede sermaye piyasasına güven ve istikrarın sağlanması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaâtlerinin korunması gerekçesi ile tanındığı görülmektedir.

Bu halde ise tasfiyesi fon eliyle yürütülen alacaklar ile tasfiyesi kendisince yürütülen Emlak Bankası alacağının bir fon alacağı hukuki nitelemesi ile öncelikli tahsil kabiliyetine kavuşturulmak istendiği açıktır.

Geçici 16. madde de Fon alacağının tahsili bakımından Fon lehine getirilen hükümlerin bu madde içinde Emlak Bankası'nın ismen sayılmaması karşısında bu banka alacakları yönünden yararlandırılamayacağı düşüncesi Emlak Bankası alacağını Fon alacağı değeri nitelemesi yapan geçici 13. maddenin varlık nedenine çelişki oluşturur.

Mahkemenin, geçici 16. madde nedeniyle Emlak Bankası alacağını bir Fon alacağı nitelemesi kabulü ile davada uygulanacak kural olarak Mahkememiz önüne getirmesinde aykırılık yoktur.

Geçici 16. maddenin Anayasal denetimi bu sayede yapılacak iken, Mahkeme'nin önünde uygulayacağı kural bulunmadığı yönündeki çoğunluk görüşü ile itiraz yolu ile gelen davada verilen yetkisizlik kararı, aykırılık iddiasında bulunan Mahkeme yerine geçerek dava konusu hakkında hüküm kuran ya da kurulacak hükme yol gösteren Mahkeme olmak durumu, Mahkememiz görevi ile bağdaşmamaktadır.

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kural, 19.10.2005 gün ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 16. maddesinde yer alan "Bu Kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makable şamildir." yolundaki düzenlemedir.

Aynı Yasa'nın geçici 13. maddesinde; "Sermayesinin yarıdan fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan ve özel kanunla kurulmuş bankalarda (Tasfiye halinde T. Emlak Bankası A.Ş. dahil) 26.12.2003 tarihinden önce bankacılık teamüllerine göre teminatlı ve/veya yetersiz teminatlı kredi kullanıp da vadesi geçtiği halde henüz ödenmemiş, süresi uzatılmamış veya yeniden yapılandırılmamış kredileri kullananlar ya da yeniden yapılandırma şartlarını ihlal edenler ile münferit veya karşılıklı verilen banka teminat mektupları, kabul kredileri ve avaller, taşınır ve taşınmaz rehni, ipotek, üst hakkı, intifa hakkı ve oturma hakkı gibi her türlü sınırlı ayni hak tesisine ilişkin sözleşmeden doğan hakların da diğer bankaların ve üçüncü kişilerin muvazaadan ari hakları aleyhine olmamak üzere Fon alacaklarının tahsiline ilişkin 123, 134, 136, 137, 138, 140, 142 ve 165. madde hükümleri, tasarrufun iptali davalarında aciz vesikası şartı aranmaması dahil bankalarınca uygulanır." denilmek suretiyle Fon alacaklarının tahsili için getirilen düzenlemelerin tasfiye halinde T. Emlak Bankası A.Ş. alacakları hakkında da uygulanacağı açıkça belirtilmektedir.

Davanın, tasfiye halinde T. Emlak Bankası A.Ş. tarafından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile Fon alacaklarının imtiyazlı alacak sayılması ve aynı Kanun'un 136 ve geçici 13. maddesi uyarınca banka alacaklarının da

imtiyazlı alacak olması nedeniyle geçici 16. maddedeki "Bu kanun ile fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda lehine getirilen hükümler makable şamildir." hükmünün uygulanarak iflas idaresince pay cetveli ve sıra cetvelinde daha üst sıraya konulmaları ve paylaştırılmanın da buna göre yapılması istemiyle açıldığı anlaşılmıştır.

Bu durumda, Mahkemenin davada; bu kuralı uygulayarak uyuşmazlığı çözeceği açık olup, kişilerin hak kaybına uğramamaları bakımından bu kuralın Anayasal denetiminin yapılmasındaki hukuki yarar açıktır.

Açıklanan nedenle, 5411 sayılı Kanunu'nun geçici 16. maddesine ilişkin incelemenin sürdürülerek sonuçlandırılması gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2006/19

Karar Sayısı : 2009/32

Karar Günü : 26.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Pendik 4. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 165. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Hırsızlık malını bilerek satın almak ve kabul etmek suçundan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 165., 145. ve 53. maddeleri ile cezalandırılması istemiyle sanık hakkında açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizin yukarıda esas numarası yazılı dava dosyasına konu iddianame ile, sanığın olay tarihinde, müştekiye ait olup, suç ürünü olan eşyayı, bu vasfını bilerek satın aldığı iddiasıyla ve 5237 sayılı TCK'nın 165 (1) madde ve fıkrası gereğince cezalandırılması talebiyle mahkememizde kamu davası açılmıştır.

Belirtilen kamu davasında uygulanması gereken 5237 sayılı TCK'nın 165. maddesinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı bulunduğu görüşüne varılmıştır. Anayasaya aykırılığın gerekçeleri aşağıda belirtilmiştir:

Sanık hakkında uygulanması istenen 5237 sayılı TCK'nın 165 (1) madde ve fıkrasında aynen "Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır." Hükmü yer almaktadır.

Madde gerekçesinde ise "Suç işlemek, hukuk toplumunda kişiler için bir kazanç kaynağı olamaz. Bu nedenle, suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen menfaatlerin piyasada tedavüle konulmasının ve suç işlemenin bir menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu mülahazalarladır ki, bir suçun işlenmesi suretiyle veya bir suçun işlenmesi dolayısıyla elde edilmiş olan bir şeyin satın alınması ve kabul edilmesi suç olarak tanımlanmıştır.

Suçun konusunu, ancak ekonomik değeri olan şeyler oluşturabilir. Bu ekonomik değerlerin, daha önce işlenmiş bir suçtan elde edilmiş olması gerekir. Bu suçun, mutlaka malvarlığına karşı bir suç olması gerekmez. Bu suçtan dolayı daha önce bir mahkûmiyet kararı verilmiş olması gerekmez. Daha önce işlenmiş olan suçtan dolayı failinin kusurlu sayılması veya cezalandırılması gerekmez. Söz konusu suçun cezalandırılabilir olması da gerekli değildir. Bu suç zamanaşımına uğramış da olabilir. Önce işlenmiş olan suç, soruşturması ve kovuşturulması şikâyete bağlı bir suç olabilir. Hatta, bu suçtan dolayı şikâyet yoluna başvurulmamış veya şikâyetten vazgeçilmiş olabilir. Bu suç yabancı bir ülkede dahi işlenmiş olabilir. Bir suçtan doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen her türlü ekonomik değer, yani malvarlığı değerleri, bu suçun konusunu oluşturabilir.

Bu suç, seçimlik hareketli bir suçtur. Buna göre; daha önce işlenmiş olan suçtan elde edilen eşyanın kabul edilmesi veya satın alınması, söz konusu suçu oluşturmaktadır. Kabul olgusunun satın alma dışında başka bir hukukî işlemle, örneğin bağış yoluyla gerçekleşmesi gerekmektedir. Zira, suçtan elde edilen eşyanın satın alınması diğer bir seçimlik hareketi oluşturmaktadır. Bu kabul olgusu, örneğin suçtan elde edilen taşınır veya taşınmaz eşyanın kiraya kabul edilmesi veya suçtan hasıl olan paranın ödünç olarak kabul edilmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Diğer seçimlik hareket, suçtan elde edilen eşyanın satın alınmasıdır. Bu nedenle, söz konusu suç, bir çok failli suç türü olan karşılaşma suçudur. Bir tarafta, suçtan hasıl olan eşyayı bağışlayan, kiraya veren veya ödünç olarak veren ya da satan kişi; diğer tarafta ise, bağış, kiralanan veya ödünç olarak kabul eden ya da satın alan kişi bulunmaktadır.

Eşyayı satan kişi bunun elde edildiği suçu işleyen kişi ise, ayrıca ödünç olarak verme bağışlama ya da satma fiili dolayısıyla cezalandırılmayacaktır. Çok failli suçlarda işlenen suç dolayısıyla faillerden birinin cezalandırılabilip cezalandırılmaması, diğer fail(ler)in cezalandırılması üzerinde bir etki doğurmaz. Kişinin asıl suçun işlenişine iştirak etmiş olması, bu suç açısından sadece bir şahsî cezasızlık sebebi oluşturmaktadır. Bu suç,

doğrudan kastla işlenebileceği gibi, olası kastla da işlenebilir. Bu nedenle, madde metninde "bilerek" ifadesi kullanılmamıştır. " açıklamalarına yer verilmiştir.

765 Sayılı Yasa'nın 512. maddesinin büyük ölçüde karşılığı olan bu suçun düzenleniş nedeni, suçtan elde edilen eşyanın serbestçe tedavül görerek, suç işleyenleri cezbetmesi ve suç işleme kararını takviye etmesinin önüne geçmek olarak belirtilmiştir.

Suçun oluşumu için suçtan elde edilen eşyanın a-Kabul edilmesi, b- Satın alınması gerekmektedir.Satın alma haricinde, bağış ya da başka bir amaçla kabul edilmesi de suçun oluşumu için yeterli bulunmaktadır. Birden fazla şekilde oluşabilmesi nedeniyle seçimlik hareketli bir suçtur. Diğer yandan suça konu eşyanın ekonomik bir değerinin de bulunması gerekmektedir.

Yeni Yasanın 165. maddesinde yer alan bu suçun, karşılığı olan, 765 sayılı Yasanın 512. maddesinde yer alan düzenleme ile karşılaştırılmasında, eski Yasamızın düzenlemesinde, seçimlik hareketlerin sayısının daha fazla olduğu dikkati çekmektedir. Buna göre, satın alma ya da kabul etme yanında saklamak ve satmak hususunda tavassutta bulunmak ta suçun oluşumu için yeterli görülmüştür. Diğer yandan yeni yasamızda yer alan, suçun oluşumu için gereken, suç mahsulü olduğunu bilmek şartının yeni yasada yer almadığını görmekteyiz. Bununla birlikte, suçun temel unsurlarından, suç kastının varlığının suçun oluşumu yönünden şart olması ve sanığın, satın aldığı veya kabul ettiği eşyanın suç mahsulü olduğunu bilmemesi halinde, suçun kasıt unsurunun oluşmayacağı dikkate alındığında, bilerek ibaresinin yasada yer almaması sonuca etkili bulunmamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalar, Yasanın 165. maddesinde yer alan suça ilişkin bulunmaktadır. Bu hususların yanında, hırsızlık suçu ile karşılaştırıldığında, belirtilen maddedeki düzenlemenin hukuka uygun olmadığı görülmektedir. Şöyle ki:

Hırsızlık suçunun, 5237 Sayılı TCK'nın 141, 142, 144. maddelerinde düzenlendiği ve oluş şekillerine göre farklı cezai müeyyide öngördüğü anlaşılmaktadır. Belirtilen bu husus dışında, hırsızlık suçunun konusunun değerinin hafif olması halinde, hakimin, cezada indirim yapabileceği gibi, önceki yasamızda hiç yer almayan bir düzenlemeye yer verilerek, hiç ceza vermeyebileceği hususu hüküm altına alınmıştır. Diğer yandan hırsızlık suçuna konu eşyanın iade edilmesi halinde cezada önemli oranda indirimlere yer verildiği anlaşılmaktadır.

Hafif değer nedeniyle indirim veya cezasızlık ve etkin pişmanlık nedeniyle ceza indiriminin yer aldığı 5237 Sayılı Yasanın 145 ve 168. maddelerinin incelenmesinde, belirtilen indirim ve cezasızlık hallerinin aynı Yasanın 165. maddesinde yer alan suç mahsulünün satın alınması suçunda öngörülmediği görülmektedir. Bu durum, asıl suça göre daha az vahim bulunan bu suçun cezasının bir çok halde, asıl suçun cezasından daha yüksek olacağı anlaşılmaktadır. Bunu bir örnekle açıklamakta yarar bulunmaktadır. Sanık A'nın, mağdurun açık olan ve herkesin girebileceği dükkana girerek 10 YTL değerinde çay ve şeker çaldığını ve bunu da sanık B' ye sattığını, B'nin de satın aldığı malın hırsızlık ürünü olduğunu bildiğini varsayalım.

Sanık A'nın eylemi 141. maddede yer alan ve cezai müeyyidesi 1 yıldan 3 yıla kadar hapsi gerektiren, sanık B'nin eylemi ise 165. maddede yer alan ve 6 aydan üç yıla kadar hapsi gerektiren suçu oluşturacaktır. Her iki sanığın da bu eşyayı rızasıyla ve kamu davası açılmadan iade ettiklerini kabul edelim. Buna göre sanık A'nın cezası pek hafif değer nedeniyle örneğin 2/3 oranında indirilerek 4 ay-1 yıl, etkin pişmanlık hükümleri nedeniyle yine 2/3 oranında indirilerek 1 ay 10 gün-4 ay hapse indirilecektir. Tüm bunların ötesinde, hakim suçun değerinin azlığını, fiilden sonraki davranışlarını, sabıkasızlığını gözeterek hırsızlık suçunun sanığına hiç ceza vermeyebilecektir.

Sanık B'nin ise karşı karşıya kalacağı yaptırım, aynı doğrultuda davranarak, suç konusunu iade etmesine rağmen, durumu sanık A kadar hafif olmayacaktır. Zira sanık B, 6 ay-3 yıl hapis cezası alacak, cezası en fazla 62. madde gereğince 1/5 oranında indirilecek, 4 ay 24 gün-2 yıl 4 ay 24 gün hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Her iki suç ta alt ve üst sınırlarıyla birlikte hesaplanmıştır.

Sonuca bakıldığında, hırsızlık suçunun faili hiç ceza almayabilecek veya cezası alt sınırdan tayin edildiğinde 1 ay 10 gün hapis cezasına düşebilecek iken, asıl suçtan daha az kamu düzenini bozan ve daha az vahim bulunan, 165. maddede yer alan suçun sanığının daha ağır şekilde cezalandırıldığı açıkça görülmektedir.

Yukarıda belirtilen saptama nedeniyle, 5237 sayılı Yasanın 145 ve 168. maddesinde yer alan düzenlemelerin 165. maddede yer alan suçu da kapsaması, kanun koyucu açısından doğru olan hareket şekli olurdu. Dava dosyamızda 145 ve 168. maddelerin uygulanması söz konusu olmadığından, bu maddelerin iptali yönünde başvuruda bulunulması mümkün olmamıştır.

Yasakoyucunun tercihi nedeniyle, belirtilen indirim maddelerinin 165. maddede yer alan suçta uygulanmaması mümkün bulunmamaktadır.

Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Hukuk Devleti ilkesi, Devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasakoyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir. İptal talebine konu kural, yukarıda açıklandığı üzere daha ağır suçlara pek çok kez daha hafif ceza öngörmesi nedeniyle Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Mahkememizin 2005/1363 esas sayılı dava dosyası nedeniyle aynı yasa maddesi ile ilgili iptal başvurusunda bulunulmuş ise de, sonradan yapılan incelemede, iptal talebine konu yasa maddesinin yanında, 765 sayılı TCK'nın aynı suça ilişkin 512. maddesinin de uygulanmasının talep edildiği suç tarihinin 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önceki döneme denk geldiği, bu nedenle sanık hakkında aleyhe bulunan 5237 sayılı TCK'nın uygulanma ihtimali bulunmadığı yönünde yorum yapılarak, başvurunun usulden reddedilmesi ihtimaline dayalı olarak ikinci başvurunun yapılması gerekli görülmüş, her iki başvurunun birleştirilerek görülmesinin yararlı olacağı düşünülmüştür.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, cürüm eşyasını bilerek satın almak suçunun cezai müeyyidesinin asıl suça nazaran çoğu kez açıkça orantısızlık oluşturacak şekilde düzenlenmesi Anayasanın 2. maddesine aykırı bulunduğundan, Anayasanın 152. maddesi gereğince iptal edilmesi talep olunur. 04.01.2006"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi" başlığını taşıyan 165. maddesi şöyledir:

"Bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyayı satın alan veya kabul eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 15.2.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, cürüm eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçuna göre asıl suç olarak kabul edilmesi gereken hırsızlık suçu bakımından daha ağır yaptırımlar öngörülmesine rağmen, suç eşyasının değerinin azlığı halinde veya etkin pişmanlık hükümleri uygulandığında cezadan önemli ölçüde indirim yapılması, hatta kimi hallerde hiç ceza verilmemesi olanaklı iken, cürüm eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu yönünden 5237 sayılı Kanun'un 145. ve 168. maddelerinin uygulanmasına olanak tanınmamasının bu suçun asıl suçtan daha ağır bir ceza ile karşılanmasına neden olduğu, asıl suça nazaran çoğu kez açıkça orantısızlık oluşturacak şekilde yapılan düzenlemenin Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 165. maddesi suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Buna göre, bir suçun işlenmesiyle elde edilen eşyanın satın alınması veya kabul edilmesi suç olarak düzenlenmekte, eylem için hürriyeti bağlayıcı ceza ile birlikte adli para cezası öngörülmektedir.

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

Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve

ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği; hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu, günün şartlarına ve toplum ihtiyaçlarına göre suç teşkil edecek fiilleri tespit edecek ve suçların işlenmesini önleyecek ve suç işleyenleri topluma kazandıracak cezaları kanunlaştıracaktır.

Madde gerekçesinde suç işlemenin toplumda kişiler için bir kazanç kaynağı olamayacağı bu nedenle, suç işlemek suretiyle elde edilen menfaatlerin piyasada tedavüle konulmasının ve suç işlemenin bir menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilmek amacıyla itiraza konu düzenlemenin yapıldığı belirtilmiştir. Gerekçede belirtilen bu görüş ve açıklamalar karşısında, yasakoyucunun, toplum düzenini bozan ve önlenmesinde önemli yararlar gördüğü toplum güvenliği ile ilgili hususlarda kanunla kimi eylemleri suç sayarak bunlar için ceza yaptırımı öngörmesine ilişkin takdir yetkisi kapsamında suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu yönünden cezanın önleyici ve caydırıcı etkisini artırmak amacıyla asıl cürümden farklı kurallara bağlı tutmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 165. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2006/17

Karar Sayısı : 2009/33

Karar Günü : 26.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Adana 3. Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2006/17)

2- Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/55)

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

18 yaşından küçük mağdure ile rızaen cinsel ilişkiye girmek suçundan sanıklar hakkında açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulan ya da doğrudan bu kanıya varan mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- 2006/17 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"…Söz konusu maddede, 15 ile 18 yaş arasındaki mağdurlarla cinsel ilişki madde metnindeki gibi suç sayılmış, Ancak; cezalandırılma için mağdurun şikayet şartı aranmıştır. Bu hali ile, şikayet olmadığı takdirde ortada bir cezalandırma söz konusu olamayacaktır. Madde de şikayet hakkının kimde olduğu ve olayın mağdurunun kim olduğu net bir şekilde açıklanmamıştır. Kanaatimizce, bu tür eylemlerde olayın mağdurunun aktif durumda olmayan kişiyi anlamak gerektiği, yani taraflardan birinin erkek, diğerinin kadın ya da kız olması halinde mağdurun kadın olarak anlaşılmasının gerektiği, taraflardan ikisinin hem cins olmaları halinde ise, pasif durumda olanın mağdur olarak kabul edilmesinin gerektiği ve uygulamanın da bu şekilde olduğu kabullenilmektedir. Gerçi; madde içeriğinde böyle bir husus açıklanmamıştır. Tarafların başlangıçta ve fiil sırasında karşılıklı rızalarının mevcut olduğu kabul edildiği göz önüne alındığında olayın mağdurunun kim olduğu ya da kim olmasının

gerektiğinin de bir önemi olmadığı, esasen böyle bir eylemde olayın mağdurunun da olmamasının gerektiği Yeni Ceza Kanunu sisteminde açıkça ortadadır.

Bir an için yukarıda açıklandığı üzere olayın mağdurunun pasif olan taraf olduğu kabul edilse bile, başlangıçta yani, fiil sırasında rızası olan birinin sonradan şikayet etme hakkının bulunup bulunmadığı, şikayet etse bile, başlangıçta hukuka uygun olan (şikayet olmadığı takdirde cezası söz konusu olduğundan) bir eylemin sonradan taraflar yada mağdur olduğu var sayılan şahsın şikayeti üzerine ceza alması söz konusu olabilecektir ki; bu durum ne derece hukuka uygundur.

Yine, burada şikayet etme hakkının kimde olduğu açıkça belli olmamaktadır. Ancak; Türk Medeni Kanununun ve Ceza Kanununun genel prensipleri nazara alındığında bu tür olaylarda, şikayet hakkının mağdur sayılan kişiye ait olması gerekir. Zira; bu münhasıran şahsa bağlı bir haktır. Bir an için, şikayet hakkının mağdur sayılan kişinin veli yada vasisine ait olduğunu var saysak bile, ülkemizde çoğunlukla küçük yaşta evlendirmelerde veli yada vasinin de olayın içinde olması yani, baştaki fiile ortak olmaları nedeni ile, bu kişilerin de rızalarının olduğu durumlarda şikayet hakkı kimin olacaktır, Bu nedenle:

Anayasamızın 10/1. maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, Cinsiyet, Siyasi Düşünce, Felsefe, İnanç, Din Mezhep Vb. Sebeplerle Ayrım Gözetmeksizin Kanun önünde eşittir." ilkesini getirmiştir.

YTCK.nun 104/1. maddesinde karşı cinsler arasındaki fiilde, istisnasız olarak mağdur kadın olan taraf kabul edilmektedir. Örneğin bir eylemde, kadın 17 yaşında, erkek 14 yaşında veya 16 yaşında olsa dahi olayın faili erkek olarak kabul edilmekte ve bu kişiler hakkında dava açılmaktadır ve cezalandırma cihetine gidilmektedir. Yine, madde metninden açıkça anlaşılacağı üzere, bir olayda erkek 20 yaşında, kadın 16 yaşında olduğunda ve rızai cinsel birliktelik olduğunda ve şikayet olmaması halinde erkeğin cezalandırılması söz konusu olamayacak, ancak; her ikisi de 16 yaşında olan başka bir eylem dolayısı ile mağdur sayılan kadının şikayeti üzerine 16 yaşındaki erkek sanığın maddeye göre, cezalandırılması söz konusu olabilecektir. Bu nedenle; gerek aynı olayda şikayet olmaması halinde cezasızlığın şikayet halinde cezalandırmanın söz konusu olması, mağdur sayılan kadının aynı yaşlardaki karşı cinsle rızaya dayalı birlikteliğinde erkeğin fail olarak değerlendirilmesi söz konusu olması nedeni ile madde Anayasa'nın 10/1. fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir.

5237 Sayılı Yasanın 104/1 maddesi Anayasa'nın 38/1. fıkrasına da aykırıdır. Şöyle ki; Anayasamızın 38/1. fıkrası, "kimse işlendiği zaman birlikte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez" hükmünü içermektedir. Buna biz suç ve cezada kanunilik prensibi diyoruz. Bu maddeyi biraz daha geniş yorumlayarak fiilinde işlendiği sırada kanunilik prensibi olarak değerlendirmemiz mümkündür. Yani, herhangi bir eylem yapıldığı sırada cezasızlık söz konusu ise, sonradan taraflardan birinin bu rızasından caymasının ceza nedeni sayılmaması gerekir.

Örneğin; gündüzleyin konut dokunulmazlığını bozma suçu takibi şikayete bağlı bir suçtur, bir şahıs arkadaşını evini davet edip, evinde ağırladıktan ve rızası ile uğurladıktan 3 gün sonra Cumhuriyet Savcılığına evinde ağırladığı şahsın 3 gün önce evine geldiğini, konut dokunulmazlığını ihlal ettiğini ileri sürerek cezalandırılmasını talep etmesi halinde Cumhuriyet Savcılığı şikayetçiye senin burada başta rızan söz konusu, bu nedenle burada hukuka uygunluk sebebi vardır diyerek takipsizlik kararı verecek, mahkemeye dava açıldığı takdirde de faile beraat kararı verilecektir.

Bu anlamda; YTCK.nun 104/1. maddesi de aynen buna benzemektedir. Fail sayılan kişi, başta eylem sırasında mağdur sayılan kişinin rızasının olduğunu ve onun şikayet etmeyeceğini yada şikayet edilmeyeceğini düşünerek birlikte olmakta, yani bu hareketin hukuka uygun olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle; eylemin işlendiği sırada cezasızlığını bilmektedir. Ancak; mağdur sayılan kişinin olaydan birkaç gün sonra yada 6 aylık şikayet süresi içerisinde şikayet etmesi halinde YTCK.nun 104/1. maddesi gereğince soruşturma ve kovuşturmaya tabi tutulması, hatta ceza alması söz konusu olabilecektir ki; bu durum Anayasa"nın 38/1. maddesine aykırılık teşkil edecektir…"

B- 2007/55 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"…Madde metninden de anlaşılacağı üzere şikayet soruşturma ve kovuşturma şartıdır. Şikayet hakkını kim kullanacaktır? 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 335 ve devamı maddelerindeki hükümlere göre çocuklar üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü ve hakkı olan anne baba mı? Yoksa suçun mağduru mu? Mağdur kimdir. Bu sorulara verilecek cevap, sanık açısından önem arz edecektir.

765 Sayılı TCK sisteminde cinsel saldırı suçları aile düzeni aleyhine cürüm olarak kabul edildiği için suçun işlenilmesiyle ihlal edilen hukuki yarar aile düzeninin bozulmasıdır. Dolayısıyla çocuğun yasal temsilcisinin

suçtan zarar görmesi de söz konusu olacağından şikayet hakkını kullanabilecektir.

5237 Sayılı TCK sistematiğinde ise; kişilere karşı suçlar kitabın 2. kısmında düzenlenmiştir. 2. kısım 6. bölümde ise; cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar; cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz başlıkları ile yer almıştır. Sistematik içinde değerlendirme yapıldığında cinsel saldırı suçları kişinin vücut bütünlüğüne ve cinsel dokunulmazlığına yönelik eylem olarak kabul edildiğinden suçun mağduru cinsel saldırıya muhatap olan kişidir. Zira vücut dokunulmazlığının ihlali de kişiye sıkı surette bağlı olan haklardandır. Dolayısıyla şikayet hakkının da mağdura ait olması gerekmektedir. Uygulamada bu görüş benimsenmiş olup, Yüksek Yargıtay 5. Ceza Dairesi de şikayet hakkının mağdurda olduğunu kabul etmektedir.

Bu kabul karşısında 15 yaşını bitirmiş fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinde eksiklik olmayan çocukla; cebir, tehdit ve hile olmaksızın bir başka deyimle rızası ile cinsel ilişkide bulunan acaba suç işlemiş olacak mıdır? Mevcut düzenleme ile fiilden sonra 6 aylık şikayet süresi içinde mağdur tarafından şikayet hakkı kullanıldığında sanık cezai yaptırımla karşı karşıya kalacaktır.

Halbuki 5237 Sayılı TCK Genel hükümlerdeki 26/2. maddeye göre; ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. Madde metninde "kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olmak üzere açıkladığı rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez." hükmü ceza yasasının özel hükümlerine de uygulanacaktır.

İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiş olması karşısında; ilgilinin rıza açıklamaya ehil bulunması fiilden önce veya en azından fiilin başlangıcında rızasını söz ve davranışlarıyla açıkladıktan sonra şikayet hakkını kullandığında sanığın cezai yaptırımla karşı karşıya kalması suçun kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi hakkaniyet ilkesine de ters düşmektedir.

Anayasamızın 38. maddesinde "kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz." Bu ilke gereğince, kanunun açıkça suç saymadığı bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceği emredici hükmü yer almış, ayrıca toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık ve bilinçli bir ihlali veya en azından bu değerleri korumaya matuf kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışlarının neler olduğu, yeni ceza yasasına esas alınan suç teorisindeki suç tanımlanmasına göre; kendi hareketinin bir haksızlık

teşkil edip etmediğinin açıkça bilinmesi, ceza normlarında da açıkça ifade edilmesi gerekmektedir. Suç ve cezada kanunilik ilkesi 10/12/1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 04/11/1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de yer almıştır.

Bu açıklamalar ışığında; kanun koyucunun hangi hareketin suç teşkil edeceği ve ne gibi cezai yaptırıma bağlanacağını belirleme yetkisinin olduğu tartışmasızdır. Ancak, ceza normları anlaşılır olmalı, suçun unsurları açıkça ifade edilmelidir. Çelişkili düzenlemeler suçun kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi kişiler eylemlerinin bir suç teşkil edip etmediğini bilemeyeceklerdir. Bu nedenle 5237 Sayılı TCK'nın 104/1. maddesindeki düzenlemede; şikayet hakkının kime ait olup olmadığının açıkça belirlenememesi, reşit olmayan, rıza açıklamaya ehil olan, fiilden önce rızasını açıklayan kişinin TCK 26/2 maddesine göre mağdur sayılamayacağı, reşit olmayan 15 yaşını bitirmiş iki çocuk arasındaki ilişkinin yaptırıma bağlanmış olup olmadığının anlaşılamaması, bu madde ile yaptırıma bağlandığının kabulü halinde suçun mağduru kim, sanığının kim olduğunun nasıl belirleneceği madde metninden anlaşılmamaktadır. Bu düzenlemenin Anayasamızın 38/1. maddesine aykırı olduğu düşüncesiyle T.C. Anayasası'nın 152/1. maddesi gereğince bu kanun hükmünün itiraz yolu ile iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak gerektiği kanaatine varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğünün 8. maddesi gereğince yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2007/55 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2006/17 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2006/17 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 31.5.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kuraldaki düzenlemeden suçun mağdurunun kim olduğu ile şikayet hakkının kime ait olduğu hususlarının açık biçimde anlaşılamadığı; fiilden önce rızası bulunan mağdurun sonradan şikayeti üzerine sanığın cezalandırılmasının öngörüldüğü, açıklanan rıza çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemeyeceğinden bu durumun hukuka uygun olmadığı; şikayetin varlığı veya yokluğuna bağlı olarak sanığın cezalandırılmasının eşitsizliğe neden olduğu belirtilerek kuralın Anayasanın 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş çocukla cinsel ilişkide bulunan kişinin, şikayet üzerine, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir. Suçun mağdurunun onbeş yaşını bitirmekle birlikte reşit olmayan bir çocuk olduğu, duruma göre kadın veya erkek olabileceği; belli yaş grubundaki mağdura karşı işlenen fiilin rızayla gerçekleştirilmesi nedeniyle suçun, çocukların cinsel istismarına ilişkin bir önceki maddedeki düzenlemeden farklı ele alındığı, dolayısıyla rızanın, fiilin bu madde kapsamında kalıp kalmadığının değerlendirilebilmesi için bir unsur işlevi gördüğü, ancak sanığın cezalandırılabilmesi için belli bir süre içerisinde şikayet koşulunun da gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı

hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Anayasanın 38. maddesinin birinci fıkrasında kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı ve kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği belirtilmektedir. Suç ve cezada kanunilik ile geçmişe uygulama yasağı olarak ifade edilen ve hukuk devleti ilkesinin gerekleri arasında sayılan bu ilkeler yanında kıyas yasağı ile belirlilik ilkesi de bulunmaktadır. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup kişinin, yasada hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir kesinlik içinde bilebilmesini ifade eder.

Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasakoyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

İtiraz konusu kuralın, onbeş yaşını doldurmuş çocukların cinsel farkındalık dönemine girmekle birlikte henüz kişiliklerinin yeterince gelişmemiş olması, başkalarıyla cinsel ilişkiye girmenin sonuçlarını yeterince kavrayacak sorumluluk duygusuna sahip olmayabilecekleri düşüncesiyle ve onların cinsel dokunulmazlıklarını korumak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Sanığın cezalandırılması açısından mağdurla aynı yaş grubunda yer alması veya reşit olması arasında fark bulunmamaktadır. Soruşturma, kovuşturma ve sonucunda sanığın cezalandırılabilmesi mağdurun şikayetine bağlı tutulmaktadır. Bu nedenle, şikayete bağlı olarak sanığın cezalandırılmasıyla şikayet yokluğu nedeniyle cezasız kalması biçiminde bir eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Yasa koyucunun suç ve ceza siyasetine ilişkin takdiri kapsamında değerlendirilen kuralın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü görülmemiştir.

Hukuk düzeni, kişiyi, kendisiyle ilgili belli konular üzerinde başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunma hususunda rıza göstermeye yetkili kılabilir. Böyle bir durumda rıza, hukuka uygunluk sebebi sayılmaktadır. Ancak bunun için rızanın, ilişkin bulunduğu konu üzerinde ve hukuken tanınan sınırlar kapsamında bir tasarrufa ilişkin olması gerekir.

İtiraz konusu kurala göre suç sayılan fiilin "cebir, şiddet ve hile olmaksızın", bir başka ifadeyle mağdurun rızasıyla işlenmesi gerekmektedir. Bundan, belli yaş grubuna dahil olanların cinsel ilişki konusundaki rızalarının geçerli kabul edilmediği, rızaya dayansa bile onbeş yaşından büyük çocukla cinsel ilişkinin suç sayıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kuralda sözü edilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu'nun evlenme ve velayete ilişkin hükümlerinin bu yaş grubu çocuklar açısından değerlendirilmesi de varılan bu sonucu desteklemektedir. Aynı sonuç mağdurun kim olduğuyla şikayet hakkının kime ait bulunduğuna dair iddialar açısından da geçerlidir. Düzenlemenin bu haliyle belirsizlik içermediği, sayılan hususların ilgili mevzuat hükümleriyle somut olayın özelliklerine göre yargı organları tarafından çözülebilmesine elverişli olduğu anlaşılmakla, kuralın Anayasanın 38. maddesine aykırı bir yönü de görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir.

VII- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2007/96

Karar Sayısı : 2009/34

Karar Günü : 26.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Çanakkale Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/96)

2- Batman Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/103)

3- Adana 3. Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2008/48)

4- Alanya 1. Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2008/104)

5- Adana 1. Ağır Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/8)

İTİRAZLARIN KONUSU:

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Onsekiz yaşından küçüklere cinsel istismarda bulunmak suçundan sanıklar hakkında açılan kamu davalarında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamına giren basit cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda faile 15 ilâ 20 yıl arasında bir hapis cezası verilirken, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamına giren mağdurun vücuduna cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilen daha ağır bir eylem sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmaması durumunda ise faile 8 ilâ 15 yıl arasında hapis cezasının verileceği, ya da her iki eylem sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda faile aynı cezanın verileceği, bu durumun ise suç ve ceza arasında bulunması gereken oranlılık ilkesinin ihlali anlamına geldiği, ayrıca mağdurun ruhsal

bütünlüğünün bozulması nedeniyle faile ceza verilmesinin bir eylem nedeniyle iki kez cezalandırılması anlamına geleceği, itiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olan eylemin Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (1) veya (2) numaralı fıkralarının kapsamına girip girmediği konusunda bir ayırım yapılmaksızın her iki eylem sonucunda faile aynı cezanın verileceği, örneğin 103. maddenin (1) numaralı fıkrası kapsamına giren mağdurun eteğinin kaldırılması eylemi ile 103. maddenin (2) numaralı fıkrası kapsamına giren mağdurun vücuduna organ yahut sair cisim sokulması suretiyle işlenen eylem sonucunda mağdurların beden veya ruh sağlıklarının bozulması durumunda her iki fail hakkında 15 ilâ 20 yıl arasında bir ceza verilmesi gerekeceği, farklı hukuksal durumda bulunanlar hakkında aynı cezanın verilecek olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca cezanın alt sınırdan verilmesi halinde sanığa verilecek üç yıl hapis cezasının, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda en az onbeş yıl hapis cezasına çıkarılacağı, buna karşılık Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamına giren bir eylem nedeniyle verilecek sekiz yıl hapis cezasının da mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde en az onbeş yıl hapis cezasına çıkarılacağı, bu durumun hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı, itiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımlanmadığı, ayrıca mağdurun ruh sağlığının hangi aşamada ve ne şekilde bozulduğunun saptanmasının tıbben mümkün olmadığı, ruh sağlığının bozulmasına ilişkin olaydan hemen sonra veya bir müddet geçtikten sonra alınacak raporlar arasında çelişkili durumların ortaya çıkabileceği, aynı gerekçelerin Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası için de geçerli olduğu belirtilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu (5) numaralı fıkrayı da içeren "Cinsel saldırı" başlıklı 102. maddesi şöyledir:

"(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

2- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu (6) numaralı fıkrayı da içeren "Çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddesi ise şöyledir:

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

Anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) **(Değişik: 29/6/2005 – 5377/12 md.)** Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü

bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, E. 2008/48 sayılı dosyada 5.6.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Adana 3. Ağır Ceza Mahkemesince Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının iptali istenmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, onsekiz yaşından büyüklere yönelik cinsel saldırı suçu düzenlenirken, aynı Yasa'nın 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasında ise onsekiz yaşından küçüklere yönelik cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada, suç tarihi itibarıyla, mağdure onsekiz yaşından küçüktür. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası, davada uygulanacak kural niteliğinde değildir Bu nedenle, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrasına ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, 5.6.2008 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E. 2007/96 sayılı dosyada 6.11.2007 gününde, E. 2007/103 sayılı dosyada 12.12.2007 gününde, E. 2008/48 sayılı dosyada 5.6.2008 gününde, E. 2008/104 sayılı dosyada 27.11.2008 gününde, E. 2009/8 sayılı dosyada ise 5.2.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

E. 2007/103, E. 2008/48, E. 2008/104 ve E. 2009/8 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E. 2007/96 sayılı dava ile birleştirilmelerine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E. 2007/96 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımlanmadığı, özellikle mağdurun ruh sağlığının hangi aşamada ve ne şekilde bozulduğunun saptanmasının tıbben mümkün olmadığı, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamına giren basit cinsel istismar eylemi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda faile 15 ilâ 20 yıl arasında hapis cezası verilirken, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamına giren mağdurun vücuduna cisim sokulması suretiyle

gerçekleştirilen daha ağır bir eylem sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmaması halinde ise faile 8 ilâ 15 yıl arasında daha az hapis cezasının verileceği, ya da her iki eylem sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulduğunda da faile aynı cezanın verileceği, bunun ise suç ve ceza arasında bulunması gereken oranlılık ilkesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının ihlali anlamına geldiği, suçun temel ve nitelikli hallerini işleyen sanıkların durumlarının farklı olmasına karşın bunlara aynı cezanın verilecek olmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, ayrıca mağdurun ruhsal bütünlüğünün bozulması nedeniyle faile ceza verilmesinin bir eylem nedeniyle iki kez cezalandırılması anlamına geleceği belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralı da içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde, çocuklara yönelik cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Yasa'da erişkin kişilere karşı işlenen eylemler yönünden "cinsel saldırı" terimi, çocuklara yönelik cinsel içerikli eylemler için ise "cinsel istismar" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu suç, Türk Ceza Kanunu'nun "İkinci Kitap"ının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım'ının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altındaki "Altıncı Bölüm"ünde düzenlenmiştir. Bu suçla korunan hukuksal yarar, kişinin cinsel özgürlük ve dokunulmazlığıdır. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, suçun temel şeklinin yaptırımı belirlenmiş ve cinsel istismar kavramının tanımı yapılmıştır. Maddede cinsel istismar olarak kabul edilen "cinsel davranışların" neler olduğu belirtilmemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, cinsel davranış, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik, ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlardır. 103. maddenin (2) numaralı fıkrasında, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. İtiraz konusu (6) numaralı fıkrada ise söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. Buna göre, cinsel istismar suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuş ise faile 15 ilâ 20 yıl arasında bir hapis cezası verilecektir. Ancak, bu durumda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi şarttır.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, aynı maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında belirtilen eylemler sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda

failin onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Anılan fıkradaki hapis cezasının üst sınırı, Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca yirmi yıl olduğundan, fıkrada öngörülen ceza 15 ilâ 20 yıl arasında hapis cezasıdır. Bir başka ifadeyle, cinsel istismar suçunun gerek basit (m. 103/1) gerekse nitelikli (m. 103/2) halinin işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca faile 15 ilâ 20 yıl arasında hapis cezası verilmesi gerekecektir. Söz konusu düzenlemeden, yasakoyucunun cinsel istismar eylemi nedeniyle mağdurun beden veya ruh sağlığında ortaya çıkan bozulmayı dikkate aldığı, bunu meydana getiren hareketin basit ya da nitelikli olması arasında bir ayırım yapmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti, 5. maddesinde de devletin temel amaç ve görevleri belirtilmektedir. 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.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.

Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin

kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu, değişik eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Nitekim, yasakoyucunun cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek neticeyi dikkate alarak tercihini bu yönde kullandığı ve buna göre bir cezalandırma sistemini benimsediği anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun cinsel istismar suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel istismar sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü olduğunu kabul ederek bu suça "Kişilere karşı suçlar" bölümünde yer verdiği görülmektedir.

Cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olduğu ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu olabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca en az taksirle hareket etmesinin yeterli olduğu dikkate alındığında, *"en az taksir düzeyi"*nde kabul edilebilen bir hareketin hafif veya ağır olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Öte yandan, cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumu, asıl suçtan bağımsız bir suç türü olmayıp, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış halidir. Burada faile gerçekleşen neticeden dolayı ikinci bir ceza verilmemekte, fakat bundan dolayı failin cezası artırılmaktadır.

Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın "açık", "anlaşılır" ve "sınırlarının belli olması"nı zorunlu kılar. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamaktadır.

İtiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımına yer verilmemiştir. Yasakoyucu burada, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halini cinsel istismar suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak öngörmüş ve bu kavramın her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasını ise uygulamaya bırakmıştır. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusu, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik taşıdığından, söz konusu durumun her somut olayda ilgili uzmanların raporlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Bu nedenle, yasakoyucunun beden veya ruh sağlığının bozulmasının tanımını yapmamasının suçta yasallık ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 13. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

Esas Sayısı : 2006/154

Karar Sayısı : 2009/35

Karar Günü : 26.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Manisa Ağır Ceza Mahkemesi	(Esas Sayısı: 2006/154)
2- Tunceli Ağır Ceza Mahkemesi	(Esas Sayısı: 2007/30)
3- Şebinkarahisar Ağır Ceza Mahkemesi	(Esas Sayısı: 2008/43)
4- Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi	(Esas Sayısı: 2008/97)
5- Kütahya 1. Ağır Ceza Mahkemesi	(Esas Sayısı: 2009/3)

İTİRAZLARIN KONUSU:

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Onsekiz yaşından büyüklere cinsel saldırıda bulunmak suçundan sanıklar hakkında açılan kamu davalarında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (1) numaralı fıkrası kapsamına giren basit cinsel saldırı suçundan dolayı faile 2 ilâ 7 yıl arasında bir ceza verileceği, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamına giren mağdurun vücuduna cisim sokulması suretiyle gerçekleştiren nitelikli halini işleyen fail hakkında ise 7 ilâ 12 yıl arasında hapis cezasının öngörüldüğü, ancak her iki eylem sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda faile aynı cezanın verileceği, bu durumun suçun basit hali ile nitelikli halinin işlenmesi sonucunda meydana gelen ağır netice için aynı cezanın verilecek olmasının suç ve ceza arasında bulunması

gereken oranlılık ilkesinin ihlali anlamına geldiği, itiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olan eylemin Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (1) veya (2) numaralı fıkrası kapsamına girip girmediği konusunda bir ayırım yapılmaksızın her iki eylem sonucunda faile aynı cezanın verileceğinin öngörüldüğü, oysa 102. maddenin birinci ve ikinci fıkralarında belirtilen eylemleri gerçekleştiren kişilerin durumlarının birbirinden farklı olduğu, farklı hukuksal durumda bulunanlar hakkında aynı cezanın verilecek olmasının ise eşitlik ilkesine aykırı olduğu, ruh sağlığı farklı süreler (örneğin bir ay, altı ay vb.) için bozulan kişiler için faillerin aynı ceza skalası içinde cezalandırılmaları ile eylem sonucunda ruh sağlığı bozulan ancak tedavi edilen veya tedavi edilmeyen mağdurlar nedeniyle sanıklara farklı cezalar verilecek olmasının da eşitlik ilkesine aykırı olduğu, itiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımlanmadığı, ayrıca mağdurun ruh sağlığının hangi aşamada ve ne şekilde bozulduğunun saptanmasının tıbben mümkün olmadığı (örneğin mağdurun ruh sağlığının yapılan eylem sonucunda mı yoksa başka bir nedenle mi bozulduğunun saptanmasının mümkün olmadığı), ruh sağlığının bozulmasına ilişkin olaydan hemen sonra veya bir müddet geçtikten sonra alınacak raporlar arasında çelişkili durumların ortaya çıkabileceği, bu durumun ise Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu, aynı gerekçelerin Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrası için de geçerli olduğu belirtilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu (5) numaralı fıkrayı da içeren "Cinsel saldırı" başlıklı 102. maddesi şöyledir:

"(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi halinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

(3) Suçun;

a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı,

d) Silahla veya birden fazla kişi tarafından birlikte,

İşlenmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır.

(4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır.

(5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

2- 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu (6) numaralı fıkrayı da içeren "Çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddesi ise şöyledir:

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

Anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) **(Değişik: 29/6/2005 – 5377/12 md.)** Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü

bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, E. 2008/97 ve E. 2009/3 sayılı dosyalarda 13.11.2008 ve 29.1.2009 günlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi ile Kütahya 1. Ağır Ceza Mahkemesince Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının iptali istenmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, onsekiz yaşından büyüklere yönelik cinsel saldırı suçu düzenlenirken, aynı Yasa'nın 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasında onsekiz yaşından küçüklere yönelik cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Başvuran Mahkemelerin bakmakta olduğu her iki davada, suç tarihi itibarıyla, mağdureler onsekiz yaşından büyüktür. Dolayısıyla, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrası, davada uygulanacak kural niteliğinde değildir Bu nedenle, 13.11.2008 ve 29.1.2009 günlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasına ilişkin başvuruların Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle reddine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E. 2006/154 sayılı dosyada 4.12.2006 gününde, E. 2007/30 sayılı dosyada 28.3.2007 gününde, E. 2008/43 sayılı dosyada 15.5.2008 gününde, E. 2008/97 sayılı dosyada 13.11.2008 gününde, E. 2009/3 sayılı dosyada ise 29.1.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

E. 2007/30, E. 2008/43, E. 2008/97 ve E. 2009/3 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E. 2006/154 sayılı dava ile birleştirilmelerine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E. 2006/154 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımlanmadığı, özellikle mağdurun ruh sağlığının hangi aşamada ve ne şekilde bozulduğunun saptanmasının tıbben mümkün olmadığı, ruh sağlığının bozulmasına ilişkin olaydan hemen sonra veya bir müddet geçtikten sonra alınacak doktor raporları arasında çelişkili durumların ortaya çıkabileceği, cinsel saldırı suçunun temel veya nitelikli

halinin işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda faile aynı cezanın verilecek olmasının suç ve ceza arasında bulunması gereken oranlılık ilkesinin ihlali anlamına geldiği, suçun temel ve nitelikli hallerini işleyen sanıkların durumlarının farklı olmasına karşın bunlara aynı cezanın verilmesi ile ruh sağlığı farklı süreler için bozulan mağdurlar nedeniyle faillerin aynı ceza sınırları içinde cezalandırılmalarının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralı da içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde, cinsel saldırı suçu düzenlenmiştir. Yasa'da erişkin kişilere karşı işlenen eylemler yönünden "cinsel saldırı" terimi, çocuklara yönelik cinsel içerikli eylemler için ise "cinsel istismar" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu suç, Türk Ceza Kanunu'nun "İkinci Kitap"ının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım'ının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altındaki "Altıncı Bölüm"ünde düzenlenmiştir. Bu suçla korunan hukuksal yarar, kişinin cinsel özgürlüğü ve dokunulmazlığıdır. Maddenin (1) numaralı fıkrasında, suçun temel şeklinin yaptırımı belirlenmiş ve cinsel saldırı suçunun temel şekli tanımlanmıştır. Maddede cinsel saldırı olarak kabul edilen "cinsel davranışların" neler olduğu belirtilmemiştir. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, cinsel davranış, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik, ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlardır. Maddenin (2) numaralı fıkrasında, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel saldırının vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. İtiraz konusu (5) numaralı fıkrada ise söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. Cinsel saldırı suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuş ise faile 10 ilâ 20 yıl arasında bir hapis cezası verilecektir. Ancak, bu durumda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi şarttır.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 102. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, aynı maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında belirtilen eylemler sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda failin on yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Anılan fıkradaki hapis cezasının üst sınırı, Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca yirmi yıl olduğundan, fıkrada öngörülen ceza 10 ilâ 20 yıl arasında hapis cezasıdır. Bir başka ifadeyle,

cinsel saldırı suçunun gerek basit (m. 102/1) gerekse nitelikli (m. 102/2) halinin işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca faile 10 ilâ 20 yıl arasında hapis cezası verilmesi gerekecektir. Söz konusu düzenlemeden, yasakoyucunun cinsel saldırı eylemi nedeniyle mağdurun beden veya ruh sağlığında ortaya çıkan bozulmayı dikkate aldığı, bunu meydana getiren hareketin basit ya da nitelikli olması arasında bir ayırım yapmadığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti, 5. maddesinde de devletin temel amaç ve görevleri belirtilmektedir. 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.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.

Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu, değişik eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Nitekim, yasakoyucunun cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun beden

veya ruh sağlığında meydana gelebilecek neticeyi dikkate alarak tercihini bu yönde kullandığı ve buna göre bir cezalandırma sistemini benimsediği anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun cinsel saldırı suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel saldırı sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü olduğunu kabul ederek bu suça "Kişilere karşı suçlar" bölümünde yer verdiği görülmektedir.

Cinsel saldırı suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olduğu ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu olabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca en az taksirle hareket etmesinin yeterli olduğu dikkate alındığında, *"en az taksir düzeyi"*nde kabul edilebilen bir hareketin hafif veya ağır olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, özgürlük ve insan haklarının gelişerek bireyin öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38., Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi, hangi eylemlerin yasaklandığının ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesini, kuralın "açık", "anlaşılır" ve "sınırlarının belli olması"nı zorunlu kılar. Bu ilke, kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanmakta, böylece temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasını sağlamaktadır.

İtiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması kavramının tanımına yer verilmemiştir. Yasakoyucu burada, mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halini cinsel saldırı suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali olarak öngörmüş ve bu kavramın her somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin saptanmasını ise uygulamaya bırakmıştır. Beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığı konusu, mağdurların yaşı, bedensel gelişim derecesi, ruhsal, sosyal ve kültürel yapılarına göre göreceli bir nitelik taşıdığından, söz konusu durumun her somut olayda ilgili

uzmanların raporlarıyla ortaya konması gerekmektedir. Bu nedenle, yasakoyucunun beden veya ruh sağlığının bozulmasının tanımını yapmamasının suçta yasallık ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 5. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

VII- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel

haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

Esas Sayısı : 2007/46

Karar Sayısı : 2009/36

Karar Günü : 26.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Gölcük 2. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/46)

2- Ardeşen Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2007/102)

İTİRAZLARIN KONUSU:

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle değiştirilen 168. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, etkin pişmanlık hükmünü düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinde "suç eşyasını satın alan veya kabul edenler"in belirtilmemesi nedeniyle, söz konusu suçu işleyenlerin maddede öngörülen ceza indiriminden yararlanamamasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin karşılıksız yararlanma gibi doğrudan adli para cezası verilebilecek suçlar yanında yağma suçu gibi daha ağır nitelikte yaptırıma bağlanmış olan suçları da kapsam içine almasına karşın "suç eşyasını satın alma" suçunun kapsam dışında tutulduğu, oysa suç eşyasını satın alma suçunun unsurları, sonuçları, başkalarını etkileme gücü vb. yönlerden ele alındığında etkin pişmanlık hükmü kapsamı dışında tutulmasının makul hukuki bir nedeninin bulunmadığı, daha ağır yaptırıma bağlanmış olan suçlara etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması sonucunda suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçundan daha az ceza verilmesinin söz konusu olabileceği, Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinde düzenlenen

etkin pişmanlık hükümlerinin mal varlığına yönelik suçlardan olan hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ve karşılıksız yararlanma suçları bakımından uygulanırken, yine aynı bab ya da fasıl içinde düzenlenmiş olan ve mal varlığı aleyhine suçlar grubunda yer alan "cürüm eşyasını bilerek satın alma veya kabul etme" suçuna uygulanmamasının adalet ve eşitlik ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 168. maddesi şöyledir:

"(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir.

(3) Yağma suçundan dolayı etkin pişmanlık gösteren kişiye verilecek cezanın, birinci fıkraya giren hallerde yarısına, ikinci fıkraya giren hallerde üçte birine kadarı indirilir.

(4) Kısmen geri verme veya tazmin halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabilmesi için, ayrıca mağdurun rızası aranır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E. 2007/46 sayılı dosyada 17.5.2007 gününde, E. 2007/102 sayılı dosyada ise 30.11.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine Haşim KILIÇ ve A. Necmi ÖZLER'İN karşıoyları ve oyçokluğuyla karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle değiştirilen 168. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2007/102 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2007/46 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2007/46 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 30.11.2007 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları bir yasa veya yasa hükmünde kararnamenin hükümlerini 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 yönteminceaçılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde ve davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Gölcük 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 24.4.2007 günlü, E. 2006/398 sayılı başvuru kararında Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinin tamamının iptali istenirken, Ardeşen Asliye Ceza Mahkemesinin 1.11.2007 günlü, 2006/168 sayılı kararında ise aynı maddenin (1) numaralı fıkrasının iptali istenmektedir. Türk Ceza Kanunu'nun iptali istenen 168. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Türk Ceza Kanunu'nun "İkinci Kitap"ının "İkinci Kısım"ının "Onuncu Bölüm"ünde yer alan "Malvarlığına Karşı Suçlar" içerisindeki bazı suçlarda etkin pişmanlık halinin kapsadığı suçlar ile etkin pişmanlığın kovuşturma başlamadan önce gerçekleşmesi durumunda uygulanacak ceza indirim oranı düzenlenirken, maddenin diğer fıkralarında ise (1) numaralı fıkraya bağlı olarak uygulanacak kurallara yer verilmiştir. Bakılmakta olan her iki davanın konusunu, etkin pişmanlık hükümlerinin

uygulanma kapsamını belirleyen 168. maddenin (1) numaralı fıkrasındaki düzenlemenin iptali istemi oluşturmaktadır. Dolayısıyla, 168. maddenin (2), (3) ve (4) numaralı fıkraları, davada uygulanacak kural niteliğinde değildir. Bu nedenle, Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesinin (2), (3) ve (4) numaralı fıkralarına ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine, 26.2.2009 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararlarında, Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesindeki etkin pişmanlık hükümlerinin suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu kapsamadığı, oysa bu suçun söz konusu bölümde düzenlenen ve kapsam içerisine alınan diğer suçlarla benzer özellikler taşıdığı, bu suçun unsurları, sonuçları ve başkalarını etkileme gücü dikkate alındığında etkin pişmanlık hükmü kapsamı dışında tutulmasının makul bir nedeninin bulunmadığı, bu suçtan daha hafif veya daha ağır yaptırımlara bağlanan suçların etkin pişmanlık kapsamına alınmasına karşın bu suçun kapsama alınmamasının adalet duygularını incittiği ve ceza adaletine aykırı olduğu, etkin pişmanlık hükümlerinin Türk Ceza Kanunu'nun malvarlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenen bazı suçlar için uygulanırken benzer nitelikteki suç konusu eşyayı satın alma veya kabul etme suçu hakkında uygulanmamasının eşitlik ilkesine de aykırı olduğu, ayrıca ilk suçu işleyen fail hakkında etkin pişmanlık hükmünün uygulanması sonucunda verilecek cezanın bu kişiden suç konusu eşyayı satın alan veya kabul eden kişinin cezasından az olacağı, bu durumun ise ceza adaletine uygun olmadığı belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Etkin pişmanlık" başlıklı 168. maddesinde, aynı Kanun'un "İkinci Kitap"ının "Kişilere karşı suçlar" başlıklı "İkinci Kısım"ının "Onuncu Bölüm"ünde yer alan "Malvarlığına Karşı Suçlar" içerisindeki bazı suçlar hakkında uygulanacak etkin pişmanlık hükümlerine yer verilmiştir. Maddenin itiraz konusu (1) numaralı fıkrasında hangi suçlarda etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiş, buna göre, etkin pişmanlık hükümleri sadece (1) numaralı fıkrada sayılan *"Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları"* hakkında uygulanabilecektir. Bu suçlar dışında kalan aynı bölümdeki diğer suçlar bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.

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.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konusunda takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu kuralda, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanma kapsamı dışında bırakılmıştır. Belli koşulların varlığına bağlı olarak sanığın cezasından belli oranlarda indirim yapılmasını öngören etkin pişmanlık hükümlerinin hangi suçlar için uygulanacağının saptanmasının yasakoyucunun takdir yetkisi içinde kaldığı hususunda duraksama yoktur. Maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesinin, suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edilen menfaatlerin piyasada tedavüle konulmasının ve suç işlemenin bir menfaat temini açısından cazip bir yol olarak görülmesinin önüne geçilmesi amacıyla suç olarak kabul edildiği dikkate alındığında, bu suçun etkin pişmanlık hükümlerinden yararlandırılmamasının maddenin yasalaştırılma amacıyla uyumlu bir düzenleme olduğu anlaşılmaktadır. Diğer taraftan, Türk Ceza Kanunu'nun "İkinci Kitap"ının "İkinci Kısım"ının "Onuncu Bölüm"ünde "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenen suçlar incelendiğinde, bunlardan bazılarının malvarlığına yönelik suç kategorisi içerisinde değerlendirilemeyeceği görülmektedir. Kaldı ki, Türk Ceza Kanunu'nun 165. maddesindeki "suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçu"nun sadece malvarlığına karşı işlenen suçlar bakımından söz konusu olmadığı da söylenebilir. Zira, suç konusu eşyanın elde edildiği önceki suçun mutlaka malvarlığına karşı işlenmiş bir suç olması gerekmemektedir. Suç konusu eşyanın, malvarlığına karşı suç niteliği taşımayan rüşvet, irtikap, ihtilas ve sahtekarlık gibi suçlardan elde edilmesi durumlarında da 165. maddenin uygulanması söz konusudur. Suç konusu eşyayı satın alma veya kabul etme suçu, aynı zamanda, delillerin ortaya çıkarılmasını önleyen ve dolaylı olarak failin saklanmasını kolaylaştıran bir suç olması nedeniyle "Adliyeye karşı işlenmiş bir suç" niteliğine de sahiptir.

Bu durumda, yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve Türk Ceza Kanunu'nun "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde yer alan bazı suçların niteliklerindeki farklılıkları dikkate alarak yaptığı bu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.

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

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

VII- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle değiştirilen 168. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

Esas Sayısı : 2007/22

Karar Sayısı : 2009/37

Karar Günü : 26.2.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Akhisar 2. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen 191. maddesinin (7) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Kullanmak için uyuşturucu madde bulundurmak suçundan sanık hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 191/1, 191/2 ve 53/1 maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Belirtilen gerekçe ve kanun metninden çıkan sonuç şudur;

5237 Sayılı TCK'nun 19.12.2006 tarih ve 26381 Sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 191/1. maddesinde cezai müeyyide öngörülmüştür.

191/2. maddesinde ise 1. fıkraya göre hüküm vermeden önce yani ara kararı ile "uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir." hükmü yer almaktadır.

191/2. madde gereği ara kararı ile tedavi ve denetimli serbestlik kararı verildiğinde 191/5. maddesi gereğince "Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın

düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir" hükmü yer almaktadır.

191/6. maddesinde ise "cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir" hükmü ile hüküm kurulduktan sonra da mahkemece tıpkı 191/2. maddesinde olduğu gibi tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabileceğini hükmü bağlamıştır.

Diğer bir söyleyişle tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine 191/2. maddesi gereği ara kararı ile karar verilebileceği gibi, 191/6. madde gereği cezaya hükmedildikten sonra da karar verilmesi mümkün olup bu konuda hakime takdir hakkı tanınmıştır.

Ancak 191/6. maddesi gereği cezaya hükmedildikten sonra TCK'nun 191/2. maddesi gereği tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunduğunda, TCK'nun itiraza konu 191/7. maddesinde belirtildiği üzere "Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır..." hükmü yer almaktadır.

Diğer bir anlatımla, tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmiş ve gereklerine uygun davranılmış olmasına rağmen;

a) TCK'nun 191/2. madde gereği ara kararı ile verilmiş ise; TCK'nun 191/5. maddesi gereği davanın düşmesine,

b)TCK'nun 191/6. maddesi gereği cezaya hükmettikten sonra verilmiş ise; TCK'nun 191/7. maddesi gereği hükmolunan cezanın infaz edilmiş sayılmasına karar verilecektir.

Bu durumda aynı suçu işleyen, aynı yükümlülük verilen ve verilen aynı yükümlülüklere riayet eden 2 sanıktan biri hakkındaki davanın düşmesine karar verilirken, diğeri için hükmolunan cezanın infaz edilmiş sayılmasına karar verilmiş olmaktadır.

Ara kararı ile TCK'nun 191/2. maddesi gereği tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunduğunda TCK'nun 191/5. maddesi gereği düşme kararı verilirken, TCK'nun 191/6. maddesi gereği cezaya hükmettikten sonra aynı şekilde tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmolunduğunda ve gereklerine uygun davranıldığında, cezanın infaz edilmiş sayılması sebebiyle yukarıda belirtilen ilgili yasa kuralları incelendiğinde hükümlü hakkında;

a) Yeni bir suç işlediğinde TCK'nun 58. maddesi gereği mükerrir sayılacak ve hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanacak,

b) 5237 sayılı TCK'nun 108. maddesi gereği mükerrirliğinden dolayı daha ağır infaz koşulları ile karşı karşıya kalacak,

c) 5352 sayılı K'nun 4. maddesi gereği verilen hüküm önce adli sicil kaydına girecek, aynı kanunun 9. maddesi gereği süresi dolduktan arşiv kaydına alınacak ve yine aynı kanunun 12. maddesi gereği de muhtemelen ölünceye kadar bu kayıt arşivde saklanacaktır.

Görüldüğü üzere TCK'nun 191/7. maddesindeki "Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır..." hükmü ile aynı suçu işleyen aynı yükümlülük verilen ve aynı yükümlülüklere riayeti gerektiren TCK'nun 191/5. maddesinde hükme bağlanan düşme kararlarına nazaran sırf ara kararı ile verilmedi diye daha ağır bir sonuçla karşı karşıya kalınacağı aşikardır.

5237 Sayılı TCK'nun 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik "Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır..." şeklindeki 191/7. maddesi Türkiye Cumhuriyet Anayasasının aşağıdaki kurallarına aykırılık teşkil etmektedir;

a) Anayasamızın 2. maddesi yönünden;

Anayasa Mahkememizin birçok kararında belirtildiği üzere; Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılan hukuk devletinin de öncelikle eşitlik ve adaleti esas alan bir yapılanmayı öngördüğü kuşkusuzdur. Hukuk devletinin bu temel niteliklerini yaşama geçirmekle yükümlü olan yasa koyucunun, Anayasa'nın ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı, suç ve suçluların özelliklerini de gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bunlara verilecek cezanın türünü, miktarını, artırım ve indirim nedenlerini, bunların oranları ile suçun takibine ilişkin yöntemleri belirleme konusunda takdir yetkisi bulunmakta ise de bu yetki kullanılırken suç ile ceza arasındaki adil dengenin korunması ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gibi hususların da dikkate alınması zorunludur.

İtiraz olunan TCK'nun 191/7. maddesi ile TCK'nun 191/2 ve dolayısı ile 191/5. maddesindeki yasa kuralının cezalandırmada aynı amacı gerçekleştirmeye yönelik olduğunda kuşku yoktur, her iki yasa maddesi de

günümüz toplumunun en önemli sorunlarından biri haline gelen uyuşturucu madde kullanımı ile mücadeleyi etkinleştirmek, uyuşturucu kullanımını, satın alınmasının, kabul edilmesini birey için caydırıcı hale getirmek ve bu sorunu yaşayan bireyleri tedavi ederek topluma kazandırma amacını gütmektedir.

Hal böyle iken eşit koşullardaki iki sanıktan biri hakkındaki davanın düşmesine karar verilirken, diğeri hakkında verilen cezanın infaz edilmiş sayılmasına karar vermek Anayasamızın 2. maddesine aykırıdır.

b)Anayasamızın 10. maddesi yönünden;

Yine Anayasa Mahkememizin birçok kararında vurgulandığı üzere; Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, ayrı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Bu itibarla da belirtilen yasa kuralında hakime ara kararı ile veya cezaya hükmettikten sonra tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar vereceği sırada takdir hakkını kullanırken kullanabileceği somut donelerin de kanun metninde gösterilmemesi sebebiyle, eşit koşullardaki iki sanıktan biri hakkında sırf ara kararı ile tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilmesi sebebiyle davanın düşmesine karar verilirken, diğeri hakkında sırf cezaya hükmettikten sonra tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi sebebiyle verilen cezanın infaz edilmiş sayılmasına karar vermek Anayasamızın 10. maddesine aykırıdır.

Bu çerçevede yukarıda izah olunan nedenlerle;

5237 Sayılı TCK'nun 19.12.2006 tarih ve 26381 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5560 Sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 191/7. maddesindeki "Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır..." hükmünün Anayasamızın 2 ve 10. maddelerine aykırı olması sebebiyle itirazen iptali isteminde bulunma zarureti hasıl olmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

Sanık hakkında uygulanma ihtimali bulunan 5560 sayılı Kanunun 7. maddesi ile değişik 5237 sayılı TCK'nun 191/7. maddesindeki "Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir." hükmünün Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına aykırı olduğu kanaatine varıldığından Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152/1. maddesi gereğince ANAYASA MAHKEMESİNİN BU KONUDA VERECEĞİ KARARA KADAR DAVANIN GERİ BIRAKILMASINA,

Gerekçeli kararın yazımı sonrası gerekçeli karar aslı ile dava dosyasının tasdikli örneğinin eklenmesi suretiyle oluşturulacak dosyanın Anayasaya aykırılık iddiası ile itirazen incelenmesi için ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANLIĞINA GÖNDERİLMESİNE,

Dosyanın kayıtsız ve takip dışı kalmaması için yargılamanın 31.05.2007 günü saat 15.30'a bırakılmasına karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da kapsayan 191. maddesi şöyledir:

"(1) Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi, bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Bu suçtan dolayı açılan davada mahkeme, birinci fıkraya göre hüküm vermeden önce uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında, tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine; kullanmamakla birlikte, kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi hakkında, denetimli serbestlik tedbirine karar verebilir.

(3) Hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilen kişi, belirlenen kurumda uygulanan tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranmakla yükümlüdür. Hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen kişiye rehberlik edecek bir uzman görevlendirilir. Bu uzman, güvenlik tedbirinin uygulama süresince, kişiyi uyuşturucu veya uyarıcı maddenin kullanılmasının etki ve sonuçları hakkında bilgilendirir, kişiye sorumluluk bilincinin gelişmesine yönelik

olarak öğütte bulunur ve yol gösterir; kişinin gelişimi ve davranışları hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

(4) Tedavi süresince devam eden denetimli serbestlik tedbirine, tedavinin sona erdiği tarihten itibaren bir yıl süreyle devam olunur. Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma süresinin uzatılmasına karar verilebilir. Ancak, bu durumda süre üç yıldan fazla olamaz.

(5) Tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranan kişi hakkında açılmış olan davanın düşmesine karar verilir. Aksi takdirde, davaya devam olunarak hüküm verilir.

(6) Uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı cezaya hükmedildikten sonra da iki ilâ dördüncü fıkralar hükümlerine göre tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine tâbi tutulabilir. Bu durumda, hükmolunan cezanın infazı ertelenir. Ancak, bunun için kişi hakkında bu suç nedeniyle önceden tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmemiş olması gerekir.

(7) Kişinin mahkûm olduğu ceza, tedavinin ve denetimli serbestlik tedbirinin gereklerine uygun davranması halinde, infaz edilmiş sayılır; aksi takdirde, derhal infaz edilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 6.3.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan sanık hakkında Türk Ceza Kanunu'nun 191. maddesinin (2) numaralı fıkrası

uyarınca tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi ve sanığın bu kararın gereklerine uygun davranması durumunda anılan maddenin (5) numaralı fıkrası uyarınca davanın düşmesine karar verileceği, buna karşılık sanık hakkında (6) numaralı fıkra uyarınca tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi ve sanığın da bu kararın gereklerine uygun davranması durumunda ise aynı maddenin (7) numaralı fıkrası uyarınca cezanın infaz edilmiş sayılacağı, "cezanın infaz edilmiş sayılması"nın "davanın düşmesi kararı"na göre sanık açısından daha aleyhe hukuksal sonuçlar meydana getireceği, her iki fıkradaki düzenlemenin aynı amaca yönelik olmasına karşın eşit koşullardaki sanıklar hakkında farklı hukuksal sonuçlar doğurduğu belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmak" başlıklı 191. maddesinde, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında kullanmak için uyuşturucu madde satın almak, kabul etmek ve bulundurmak suçundan dolayı kamu davası açılması durumunda, aynı maddenin (2) ve (6) numaralı fıkralarında, sanık hakkında tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verilmesi konusunda hakime takdir hakkı tanınmıştır. Buna göre, mahkeme, (2) numaralı fıkra uyarınca sanık hakkında hüküm vermeden önce tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine karar verebileceği gibi (6) numaralı fıkra uyarınca da sanığa ceza verip ayrıca tedaviye ve denetimli serbestlik tedbiri kararına hükmedebilecektir. Ancak, bu son durumda sanığa verilen cezanın infazı ertelenecektir. Mahkemenin takdir hakkını (2) numaralı fıkra uyarınca kullanması ve sanığın bu kararın gereklerine uygun davranması halinde (5) numaralı fıkra uyarınca kamu davasının düşmesine karar verilirken, mahkemenin takdir hakkını (6) numaralı fıkra uyarınca kullanması ve sanığın da bu kararın gereklerini yerine getirmesi durumunda ise sanık hakkında verilen ceza infaz edilmiş sayılacaktır. Davanın düşmesi kararıyla, kamu davası ortadan kalkmakta, buna karşılık cezanın infaz edilmiş sayılması durumunda ise mahkumiyet kararı varlığı dolayısıyla sonuçları aynen devam etmektedir.

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.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, yasakoyucu, uyuşturucu kullanan sanığı öncelikle tedavi edilmesi gereken bir kişi olarak kabul etmekte ve bu anlayışın yansıması olarak da tedavi olma konusunda sanığa hükümden önce ve sonra olmak üzere, iki kez olanak tanımaktadır. Buna göre hakim, öncelikle sanıktan tedavi olmak isteyip istemediğini soracak, tedavi olmayı kabul etmesi halinde, kişisel durumunu veya olayın diğer özelliklerini de değerlendirerek, 191. maddenin (2) numaralı fıkrası uyarınca, hüküm vermeden önce tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedebilecektir. Buna karşılık, sanığın hakim tarafından kendisine önerilen tedavi olma teklifini kabul etmemesi veya hakimin sanığın kişisel durumunu ve olayın diğer özelliklerini dikkate alarak hükümden önce tedaviye ve denetimli serbestlik tedbirine hükmetmemesi durumunda ise yasakoyucu cezaya hükmedildikten sonra, bu kişinin bir kez de ceza tehdidi altında tedavisini sağlamak ve böylece sanığa bir olanak daha vermek amacıyla, 191. maddenin (6) numaralı fıkrasıyla hakime takdir hakkı vermiştir. Buradaki düzenlemenin amacının, hükümden önce tedavi olmayı reddeden sanığı ceza tehdidi altında tedaviye zorlayarak, onu yeniden topluma kazandırmak olduğu anlaşılmaktadır. Sanığın rızası ile sanığın kişiliğini ve olayın özelliklerini dikkate alarak tedavi ve denetimli serbestlik tedbiri kararı verilmesinde hakime hükümden önce ve sonra olmak üzere takdir hakkı tanınması ve bunlar için farklı hukuksal sonuçlar öngörülmesi, yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. Söz konusu takdir yetkisinin, kişinin yeniden topluma kazandırılması düşüncesi gibi kamusal bir yarar dikkate alınarak kullanıldığı ve ceza hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmayan bir yönünün de bulunmadığı açık olduğundan, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10.

maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen 191. maddesinin (7) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.2.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da

temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

Esas Sayısı : 2005/79

Karar Sayısı : 2009/38

Karar Günü : 5.3.2009

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Haluk KOÇ ve Kemal KILIÇDAROĞLU ile birlikte 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (2) numaralı fıkranın,

2- 29. maddesiyle değiştirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 263. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

12.7.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 29.06.2005 Tarih ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesiyle Türk Ceza Kanununun 13 üncü Maddesine Birinci Fıkradan Sonra Gelmek Üzere Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

5377 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 13 üncü maddesine eklenen ikinci fıkrada,

"(2) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerde yer alanlar hariç; birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlıdır.",

denilmiştir. İptali istenen bu düzenlemeyle, fıkrada belirtilen ayrıklıklar dışında, yabancı ülkede işlenen,

- İkinci Kitap, Birinci Kısım altındaki "Soykırım ve İnsanlığa Karşı Suçlar, "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti",

- İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Sekizinci Bölümde yer alan "Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar",

- İşkence, çevrenin kasten kirletilmesi, uyuşturucu ya da uyarıcı madde üretim ve ticareti, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, parada sahtecilik, para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti, mühürde sahtecilik, fuhuş, rüşvet, deniz, demiryolu ya da havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması, alıkonulması ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme suçları,

nedenleriyle, Türk yurttaşı olup olamadığına bakılmaksızın failin Türkiye'de yargılanabilmesi Adalet Bakanı'nın istemine bağlı tutulmuştur.

Madde gerekçesinde, Adalet Bakanı'na bu yetkinin verilmesi, sayılan suçlardan bir kısmıyla ilgili olarak "kamu davasının açılmasında zorunluluk kuralı"nın benimsenmesinin, kimi durumlarda politik bir sorun yaratabilecek nitelikte olmasına bağlanmıştır. Madde gerekçesinden de açıkça anlaşıldığı gibi, fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı failin Türkiye'de yargılanabilmesi Adalet Bakanı'nın takdirine bırakılmıştır. Bu yetkinin yaratacağı sonuca göre, yurt dışında aynı suçu işleyen iki kişiden biri Adalet Bakanı'nın istemi üzerine Türkiye'de yargılanacak, diğeri, istemde bulunmazsa yargılamadan kurtulabilecektir.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında tanımlandığı gibi, Anayasa'nın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasa'nın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda hukuk devletinde yasakoyucu yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Anayasa'nın 10 ncu maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî 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. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği

üzere bu yasak, insan hakları belgelerinde olduğu gibi, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıca ve açıkça ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme, eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

5377 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 13 üncü maddesine eklenen ikinci fıkrada belirtilen ayrıklıklar dışında, yabancı ülkede işlenen ve yukarıda belirtilen suç ve cezalar bakımından, Adalet Bakanın talepte bulunduğu kişiler ile talepte bulunmadığı kişiler aynı hukuki durumda olduklarından, yargılanmaları bakımından ayrıcalık getirilemez.

İptali istenen fıkrayla yapılan, failin yargılanmasını ve cezalandırılmasını Adalet Bakanı'nın, siyasal ve öznel olarak kullanılabilecek biçimde takdirine bırakan ve keyfi uygulamalara imkan tanıyan düzenlemenin ayrıcalık niteliği taşıdığı açık olduğundan, bu düzenleme Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerindeki hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı da ortadadır.

Açıklanan nedenlerle, 29.06.2005 Tarih ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesiyle Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkra Anayasa'nın 2, 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 29.06.2005 Tarih ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 29 uncu Maddesi ile Değiştirilen Türk Ceza Kanununun 263 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Söz konusu 263 üncü maddede yapılan düzenleme ile, yasaya aykırı eğitim kurumlarının açılıp işletilmesi özendirilmekte ve çalışmalarını sürdürmelerine olanak sağlanmaktadır.

Kuşkusuz buradaki "yasalara aykırı" kavramı, yasalarla birlikte Anayasayı da kapsamakta ve anayasal ilke ve kurallara aykırı eğitim kurumlarını da işaret etmektedir.

765 ve 5237 sayılı yasalarda yasaya aykırı eğitim kurumu açma, işletme ve buralarda öğretmenlik yapma eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Bunun amacı, eğitim kurumlarını Devlet'in gözetim ve denetimi altında tutarak, eğitim ve gözetim hakkının kötüye kullanılıp, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerlerinin açılmasını önlemektir.

Anılan yasaların hedefinin, ayrılıkçı terör örgütlerinin, misyonerlik etkinliklerinin, din devleti oluşturmaya çalışan tarikatların, yasa dışı yollarla okul, eğitim kurumu, kurs açmalarının olanaksızlaştırılması; böylece gençliğimizin çağ dışı, bölücü ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş felsefesine aykırı biçimde eğitilmesinin önlenmesi olduğu açıktır.

5377 sayılı Yasada ise bu hedefin gözetilmediği görülmektedir.

Bu durum öncelikle laik eğitim ilkesi açısından bir tehlikedir.

Anayasamızın başlangıç bölümünde,

- Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa'nın, Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda anlaşılması, sözünün ve ruhunun bu yönde mutlak sadakatle yorumlanıp, uygulanması gerektiği,

- Hiçbir etkinliğin Atatürk ilke ve devrimleri karşısında koruma göremeyeceği,

- Laiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı,

belirtilmiştir. Böylece Cumhuriyetin niteliklerinin en önemlisi ve diğer niteliklerinin temeli olan laiklik, Anayasamıza yön veren ilkeler arasındaki yerini almış ve tanımını bulmuştur.

Bu tanıma göre laiklik, dinin, sosyal, siyasal ve hukuksal bir güç ve düzenleyici olmasını önleyen temel ilkedir. Bu işlevine uygun olarak Anayasa'nın 24 üncü maddesinde de,

- Devlet'in sosyal, ekonomik, siyasal ve hukuksal temel düzeninin kısmen de olsa din kurallarına dayandırılamayacağı,

- Dinin ya da din duygularının yahut dince kutsal sayılan şeylerin, siyasal ya da kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla kötüye kullanılamayacağı,

açıkça belirtilmiştir.

Anayasa'nın 13 üncü maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin laik Cumhuriyet'in gereklerine uygun olarak yasayla sınırlanabileceği; 14 üncü maddesinde de, Anayasa'da yer verilen hak ve özgürlüklerin laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan etkinlikler biçiminde kullanılamayacağı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 07.03.1989 gün ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı Kararında (R.G.7.3.1989, Sa. 25);

"Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1971 günlü, 53/76 sayılı; 03.07.1980 günlü, 19/48 sayılı; 25.10.1983 günlü, 2/2 sayılı ve 04.11.1986 günlü, 11/26 sayılı kararlarında laikliğin hukuksal,sosyal, siyasal tanımları yanında, ulusal ve hukuksal değeri geniş biçimde belirtilmiş, özenle korunması gereken anayasal ilke niteliği vurgulanmış,Türk Ulusu'nun yücelmesi bakımından laikliğin Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur.

Bu kararlara göre:

a) Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,

b) Dinin, bireyin manevi yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayrım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması,

c) Dinin, bireyin manevi yaşamı aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması,

ç) Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim yetkisi taranması,

laiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır.

Yine Anayasa Mahkemesinin bu kararında,

"Hukukun ikiliğini, ayrıcalık ve eşitsizlikleri kaldıran, dinsel sömürüyü önleyen, siyasal ve sosyal kurumları güçlendiren laiklik, öğretim ve eğitime

de ışık tutmuştur. Laik öğretim ve eğitim bilimsel çalışmaların en olumlu ortamıdır. Dine karşı yansızlık nasıl dine karşıtlık olarak alınamazsa, laik öğretim-eğitim de inanç özgürlüğü engeli sayılamaz. Öğretim ve eğitimin zorunluluk koşulları, inanç özgürlüğünü ortadan kaldırmaz. Bu özgürlük de anayasal güvenceye bağlanmıştır. Ancak, din ve ahlak eğitim ve öğretimi devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin, gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin, yol açtığı zararlar laiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu laiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçişin de aracı olan laiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Laik devlette, kutsal din duyguları politikaya; dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılamaz. Bu tür düzenlemeler; dinsel gerekler ve düşüncelerle değil,bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır. Bireyin özgür iradesine bağlı din duygularının zorlamadan korunması da bu biçimde sağlanmış olmaktadır. Eğitsel ve kültürel yaşantıyı yönlendirmek amacıyla laikliğe aykırı eğitim ve öğretim de gerçekleştirilemez."

Anayasa'nın 130 uncu maddesinde öngörülen "çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan" düzen, laiklik ilkesinin gözardı edildiği bir ortam da olamaz. Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ulusun ve ülkenin, bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhine davranılamayacağını da içeren bu maddenin, ulusallık, bağımsızlık ve ulusal birlik için katkılarının laikliği dışarıda bırakması düşünülemez. Aklın ve gözlerin yönlendirdiği bilimsel çalışmaya katılacak kimselerin bilimsel gerekler dışında bir etkiyle karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri, gerekir. Eğitim, yalnız bilimsel istemler doğrultusunda yapılması, doğmalardan ve bilime ters düşen etkilerden uzak tutulmasıyla sağlanır."

denilmiştir. Açıklanan bu duruma ve verilere göre, laik bir Devletten söz edilebilmesi için bütün kuruluşlarında ve işlevlerinde olduğu gibi Devletin temel işlevlerinden olan eğitimin de laiklik ilkesi esas alınarak yapılması Anayasa ve kanunlarımızın, gereğidir.

Eğitimde laik Devlet ilkesinin tanınmaması ve eğitimin bu ilke doğrultusunda yapılmaması, bu alanın cemaatlere terkedilmesi sonucunu doğurur. Din eğitimi de laik Devlet anlayışına, Türk inkılabının temel ilkelerine, çağdaş bilime, bilimsel düşünce kurallarına aykırı şekilde yapılamaz.

Yukarıda etraflıca açıklandığı üzere, Devletin temel işlevlerinden olan eğitimin laiklik ilkesi esas alınarak yapılması, Anayasa ve kanunlarımızın gereğidir. Bu gereğe aykırı yasa dışı eğitim kurumu açılması, kuşkusuz toplumun önem verdiği ağır bir suç oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 19.9.2000 gün ve E.1999/39 K.2000/23 sayılı kararında,

"Yasakoyucu, kuşkusuz, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın türü ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabileceği gibi kimi suçları işleyenler için "erteleme" adı altında bir düzenleme de öngörebilir."

denilmiş ve Yüksek Mahkemenin 19.7.1991 gün ve E.1991/15, K.1991/22 sayılı kararında da,

"Suçlu, topluma uyum zorlukları gösteren ve uyumsuzluğunu suç işlemekle açığa vuran kimsedir. Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun toplumla uyum sağlayabilmesi başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel ilkesini oluşturur. Toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığı, cezanın farklılaştırılmasına ya da ağırlaştırmasına esas olur. Bu husus, devletin cezalandırma politikasına uygun olarak Yasakoyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine göre belirlenir."

görüşüne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu görüş ve değerlendirmeleri karşısında kanuna aykırı eğitim kurumu açılıp çalıştırılması suçuna verilecek cezanın da; cezalandırmada güdülen amaca ve ceza politikasının temel ilkesine uygun olarak tespit edilmesi, Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilen "Hukuk Devleti" olmanın bir gereğidir.

Hal böyle iken 5377 sayılı Kanunun 29 uncu maddesi ile; kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açanlara ve bu kurumlarda kanuna aykırı olarak açıldığını bildiği halde öğretmenlik yapanlara, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilmesini ve böyle kurumların kapatılmasını öngören 5337 sayılı Türk Ceza Kanununun 263 üncü maddesi, "Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işletenlere verilecek ceza, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır" şeklinde değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle, yasaya aykırı olarak açıldığını bildiği eğitim kurumlarında öğretmenlik yapanlar kapsamdan çıkarılarak bu gibilerin cezalandırılmaları önlenmiş, yasaya aykırı eğitim kurumu açan ya da işletenlere verilecek cezaların alt ve üst tutarları caydırılıcılık sınırlarının altına düşürülmüş,

yasaya aykırı eğitim kurumu açan ya da işletenlere hapis cezası yerine adli para cezası verilmesi olanaklı kılınmış, yasaya aykırı olarak açıldığı ya da işletildiği mahkeme kararıyla saptanmasına karşın bu eğitim kurumlarının kapatılması cezası kaldırılmıştır.

Yasaya aykırı eğitim kurumlarının açılıp işletilmesine ya da çalışmalarını sürdürmesine olanak sağlayarak bu tür kurumları adeta özendiren böyle bir düzenleme; izinsiz kuran kurslarının yanı sıra beceri kursu, okul, yurt gibi kurumları paravan yapan terörist, irticacı ve bölücü yuvaları da serbest bırakacağından ve bu suç için öngörülen ceza da, cezalandırmada güdülen amaca ve ceza politikasının temel ilkesine uygun olarak tespit edilmediğinden Anayasa'nın 2 nci maddesinde ifade edilen "laiklik" ve " "Hukuk Devleti" ilkelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 42 nci maddesinin üçüncü fıkrasında, *"Eğitim ve öğretim, Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz"* hükmüne amirdir. Anayasa'da "bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağı"nın açıkça vurgulanması, bu esaslara aykırılığı saptananların kapatılmasının da zorunluluğunu göstermektedir.

Kaldı ki,

Devlet'in görevi yasalara aykırı eğitim kurumlarını yaşatmak değil, temelli ortadan kaldırmaktır. Devlet, yasaya aykırı eğitim kurumlarının açılmasını, yapacağı düzenlemelerle başından önlemek zorundadır. Anayasa'nın 42 nci maddesinde, Devlet'e bu amaçla gerekli yasal ve yönetsel düzenlemeleri yapma görevi verilmiştir. Bu, başta yasama organı olmak üzere tüm Devlet organlarının yükümlülüğüdür.

Kanuna aykırı olarak açılan eğitim kurumlarının kapatılması cezasının kaldırılması ve bu suça verilen ceza miktarının da düşürülmüş olması, yasalara aykırı eğitim kurumlarını yapacağı düzenlemelerle başından önleme, açılanları da kapatma konusunda Devlete verilen yükümlük ile bağdaşmadığından iptali istenen bu düzenleme, Anayasa'nın 42 nci maddesine de aykırı düşmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 174 üncü maddesinde, Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini koruma amacı güden devrim yasaları tek tek sayılarak anayasal güvenceye alınmıştır.

Ülkemizde laik öğretime geçiş, Anayasa'nın 174 üncü maddesiyle korumaya alınan 03 Mart 1924 günlü, 430 sayılı Öğretim Birliği Kanunu ile gerçekleştirilmiştir. Bu Kanun ile,

- Türkiye'deki tüm okullar, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlanmış,

- Şeriye ve Evkaf Bakanlığı ile vakıflarca yönetilen medreseler ve dini eğitim veren okullar kapatılmış,

- Diyanet uzmanları yetiştirmek üzere ilahiyat fakültesi, imam ve hatip gibi din hizmetlerini yürüteceklerin yetiştirilmesi amacıyla okullar açılması için Milli Eğitim Bakanlığı'na görev ve yetki verilmiştir.

Öğretim birliği ilkesinin amacı, akla ve bilime dayalı programlarla çağdaş uygarlık hedefine yönlendirilmiş yurttaşlar yaratmaktır.

İkili öğretim, yani bir yanda akla ve bilime, öte yanda dinsel öğretiye dayalı öğretim toplumda ikiliğe yol açacak, kaos ve karmaşa yaratacaktır. Bunun çağdaşlaşma hedefine ve ulusal birliğe zararı açıktır.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun "İmam Hatip Liseleri" başlıklı 32 nci maddesinde, "İmam - hatip liseleri, imamlık, hatiplik ve Kur'an kursu öğreticiliği gibi dini hizmetlerin yerine getirilmesi ile görevli elemanları yetiştirmek üzere, Milli Eğitim Bakanlığınca açılan ortaöğretim sistemi içinde, hem mesleğe hem yüksek öğrenime hazırlayıcı programlar uygulayan öğretim kurumlarıdır." Denilmek suretiyle bir yandan eğitim kurumlarının, bu bağlamda Kuran kurslarının Atatürk ilke ve devrimleri ile çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim verip vermediği Devlet'in gözetimi ve denetimine bırakılırken, öte yandan da Kuran kursu öğreticiliği gibi dini hizmetleri yerine getirebilecek elemanların yetiştirilmesi görevi öğretim birliği ilkesine uygun olarak Devlet okullarına verilmiştir.

Devlet gözetimi ve denetiminin olmadığı ya da sonuç vermediği ortamlarda dinsel ve bilimsel ikili eğitimin gelişip yerleşmesi kaçınılmazdır.

29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Kanunun 29 uncu maddesiyle yapılan ve iptali istenen düzenleme zaman içinde yasal olmayan eğitim kurumları aracılığı ile Anayasa'nın 24 üncü maddesine aykırı biçimde dinin siyasete alet edilmesine, Öğretim Birliği Yasasına aykırı olarak eğitimin ikileştirilmesine zemin hazırlayacaktır. Yasaların izin vermediği kurumlarda ve yasaların izin vermediği biçimde din eğitimi yapılmasına, bu yerleri açmanın ve çalıştırmanın neredeyse teşvik edilmesine, bu kurumlara dolaylı destek verilmesine, zaman içinde ikili eğitime yol açacak nitelikteki düzenlemenin, laiklik ve öğretim birliği ilkeleriyle, çağdaş ve bilimsel eğitim

anlayışıyla ve Cumhuriyet'in kuruluş felsefesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle de iptali istenen düzenleme, Anayasa'nın 174 üncü maddesi ile de bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, bu tür yasalara aykırı eğitim kurumlarının, terörist, bölücü eğitimleri vermek amacıyla açılması da imkan dahilinde olduğu için bu tür eğitim yerleri açmaya ve çalıştırmaya teşvik edercesine yapılan bu düzenlemenin, Devlete Anayasa'nın 5 inci maddesinde verilen görevlerle de bağdaşmayacağı ortadadır.

Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 29 uncu maddesi ile değiştirilen Türk Ceza Kanununun 263 üncü maddesi Anayasa'nın 2, 5, 11, 42 ve 174 üncü maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesiyle Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkra Anayasa'nın 2, 10 ve 11 inci maddelerine açıkça aykırı olup, kanun önünde eşitlik ilkesini zedeleyerek toplumsal kararlılığı ve hukuksal güvenceyi ortadan kaldırdığı için uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

2) 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 29 uncu maddesi ile değiştirilen Türk Ceza Kanununun 263 üncü maddesi Anayasa'nın 2, 5, 11, 42 ve 174 üncü maddelerine aykırı olup, Devletin temel işlevlerinden olan eğitimin, laik Devlet anlayışına, Türk inkılabının temel ilkelerine, çağdaş bilime, bilimsel düşünce kurallarına aykırı şekilde yapılmasının önünü açmakta; öğretim birliği ilkesini zedeleyerek ikili eğitim doğrultusundaki gelişmelere zemin hazırlamakta; terörist, bölücü eğitimini kolaylaştırmakta ve nerede ise yaptırımsız bırakmaktadır. Bu nedenlerle, bu hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 29.06.2005 tarih ve 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 3 üncü maddesiyle Türk Ceza Kanununun 13 üncü maddesine birinci fıkradan sonra gelmek üzere eklenen fıkranın Anayasa'nın 2, 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 29 uncu maddesi ile değiştirilen Türk Ceza Kanununun 263 üncü maddesi Anayasa'nın 2, 5, 11, 42 ve 174 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenilen kuralları içeren;

1- 3. maddesiyle eklenen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"2) İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Üçüncü, Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümlerde yer alanlar hariç; birinci fıkra kapsamına giren suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılması, Adalet Bakanının talebine bağlıdır."

2- 29. maddesiyle değiştirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 263. maddesi şöyledir:

"Madde 263.- (1) Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 42. ve 174. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali

GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 18.7.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin 5377 sayılı Yasa'yla eklenen (2) numaralı fıkrasının kapsam ve uygulanma koşulları ile ilgili olarak Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyeleri Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ ve Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN'in, aynı fıkra ile ilgili Adalet Bakanlığı'nın uygulaması konusunda ise Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürü Galip Tuncay TUTAR'ın 4.3.2009 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Yasa'nın 13. Maddesinin İncelenmesi

Başvuru kararında, yabancı ülkede işlenmiş olsa da, kimi suçlardan dolayı failin yargılanmasını ve cezalandırılmasını Adalet Bakanının, siyasal ve öznel olarak kullanılabilecek biçimde takdirine bırakan düzenlemenin ayrıcalık niteliğinde olduğu ve eşitsizlik oluşturduğu, Adalet Bakanına tanınan bu yetkinin yaratacağı sonuca göre yurt dışında aynı suçu işleyen iki kişiden biri Adalet Bakanının istemi üzerine Türkiye'de yargılanırken, diğerinin Bakanın istemde bulunmaması halinde yargılamadan kurtulabileceği, bu nitelikteki düzenlemenin hukuk devleti, eşitlik ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre, fıkrada belirtilen suçların, vatandaş veya yabancı tarafından, yabancı ülkede işlenmesi halinde Türk Kanunları uygulanacaktır.

Maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde belirtilen suçlar bakımından mutlak, diğer suçlar bakımından nisbi bir koruma getirilmiş bulunmaktadır. Buna göre, İkinci Kitap Dördüncü Kısım altındaki;

Üçüncü Bölümde yer alan "Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar",

Dördüncü Bölümde yer alan "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar",

Beşinci Bölümde yer alan "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar",

Altıncı Bölümde yer alan "Milli Savunmaya Karşı Suçlar",

Yedinci Bölümde yer alan "Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk",

suçlarından dolayı Türkiye'de yargılama yapılabilmesi için Adalet Bakanı'nın talebine gerek bulunmamaktadır. Bu suçlardan dolayı Bakanın talebine gerek olmaksızın resen yargılama yapılabilmesi olanağı bulunmaktadır.

Bakanın talebine bağlı tutulan suçlar ise maddede yer alan;

1.- İkinci Kitap, Birinci Kısım altındaki; "Soykırım" başlıklı Birinci Bölümde ve "Göçmen Kaçakçılığı ve İnsan Ticareti" başlıklı İkinci Bölümde yer alan suçlar,

2.- İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki Sekizinci Bölümde yer alan "Yabancı Devletlerle Olan İlişkilere Karşı Suçlar",

3.- İşkence(m.94,95),

4.- Çevrenin kasten kirletilmesi(m.181),

5.- Uyuşturucu ya da uyarıcı madde üretim ve ticareti(m.188), uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma(m.190),

6.- Parada sahtecilik(m.197), para ve kıymetli damgaları imale yarayan araçların üretimi ve ticareti(m.200), mühürde sahtecilik(m.202),

7.- Fuhuş (m.227),

8.- Rüşvet(m.252),

9.- Deniz, demiryolu ya da havayolu ulaşım araçlarının kaçırılması, alıkonulması(m.223/2,3) ya da bu araçlara karşı işlenen zarar verme suçları(m.152),

gibi uluslararası işbirliği ve anlaşmalar gereğince kovuşturulmaları bakımından Devletleri ortak tavır almaya zorlayan suçlardır.

Türkiye'nin taraf olduğu ve "aut dedere aut punire" (iade et veya cezalandır) kuralına yer verilen anlaşmalarda, belli suçların Türkiye Cumhuriyeti Devletinin güvenliğine veya anayasal düzenine karşı ya da Türkiye'nin zararına olarak işlenmiş suç olmamasına, fail ve mağdurlarının Türk vatandaşı olmamasına ve ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Devletinin

egemenlik alanı dışında işlenmiş olmasına rağmen Türkiye'ye yargılama yapma konusunda yükümlülükler yüklenmektedir. Bu sözleşmelerle, çeşitli hukuki mülahazalarla geri verme yoluna gidilmemesi halinde, taraf devletlere yargılama ve cezalandırma yükümlülüğü yüklenmiştir. Bu suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma yapılmasının, Türkiye'nin barış esasına dayalı diplomatik ilişkilerini olumsuz yönde etkileyecek bir sonuç doğurmaması, Türk milletinin ve bir parçasını oluşturduğu dünya milletler topluluğunun varlığı ve geleceği gözetilerek öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Öte yandan 13. maddenin gerekçesinde de, Adalet Bakanı'na bu yetkinin verilmesinin, sayılan suçlardan bir kısmıyla ilgili olarak "kamu davasının açılmasında zorunluluk kuralı"nın benimsenmesinin kimi durumlarda politik bir sorun yaratabilecek nitelikte olmasına bağlanmıştır. Bu hükümle, birinci fıkranın (b) bendinde sayılanlar dışındaki diğer suçlardan dolayı Türkiye'de yargılama yapılmasının ortaya çıkarabileceği siyasi sorunların önüne geçilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir.

Ceza kanunlarının, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinmeleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenmesi gerekir.

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, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve ıslah amaçları da gözönünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun esaslarındandır.

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu ilke, birbirinin aynı durumunda

olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

İptali istenilen kuralla bireyler ve topluluklar arasında eşitlik ilkesine aykırı bir ayırım yapılmamış, milletlerarası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler ve ülkenin politik çıkarları nedeniyle kimi suçlar bakımından maddenin uygulanması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır.

Belirtilen nedenlerle, Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (2) numaralı fıkrasında yer alan kural Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

B- Yasa'nın 263. Maddesinin İncelenmesi

Başvuru kararında, maddede yapılan düzenleme ile yasaya aykırı eğitim kurumlarının açılıp işletilmesinin özendirildiği ve çalışmalarını sürdürmelerine olanak sağlandığı, Anayasa ve kanunlarımızın gereği olan laiklik ilkesinin gereğine aykırı olarak yasa dışı eğitim kurumu açılmasının toplumun önem verdiği ağır bir suç oluşturduğu, kanuna aykırı eğitim kurumu açılıp çalıştırılması suçuna verilecek cezanın, cezalandırmada güdülen amaca ve ceza politikasının temel ilkesine uygun olarak tespit edilmesinin Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen "hukuk devleti" olmanın bir gereği olduğu, düzenleme ile sözkonusu kurumlarda öğretmenlik yapanların cezadan, kurumların da kapatılmaktan kurtarıldığı, hapis yerine sadece para cezası verilebilmesinin imkan dahiline sokulması ve kanuna aykırı eğitim kurumu açanlara ve bunları çalıştıranlara verilecek cezanın üst sınırının indirilmesinin ve verilen cezanın ertelenebilmesinin mümkün hale getirilmesinin de bu suç için öngörülen cezayı caydırıcılık sınırının altına düşürdüğü, Anayasa'nın 42. maddesinde Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda ve çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağının açıkça vurgulandığı, kuralın bu esaslara aykırılığı saptanan kurumların kapatılmasını da zorunlu kıldığı, iptali

istenen düzenlemenin zaman içinde yasal olmayan eğitim kurumları aracılığı ile Anayasa'nın 24. maddesine aykırı biçimde dinin siyasete alet edilmesine, Öğretim Birliği Yasasına aykırı olarak eğitimin ikileştirilmesine zemin hazırlayacağı, bu tür yasalara aykırı eğitim kurumlarının, terörist, bölücü eğitimleri vermek amacıyla açılmasına da olanak sağlayacağı belirtilerek düzenlemenin Anayasa'nın 2., 5., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 5. maddesinde Devletin temel amaç ve görevleri düzenlenmektedir. Buna göre, Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Anayasa'nın eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevini düzenleyen 42. maddesinde, kimsenin eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamayacağı, öğrenim hakkının kapsamının kanunla tespit edileceği ve düzenleneceği belirtildikten sonra, eğitim ve öğretimin, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin

gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 174. maddesinde yer alan kurala göre, Anayasa'nın hiçbir hükmü, Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyetinin lâiklik niteliğini koruma amacını güden ve maddede gösterilen inkılâp kanunlarının, Anayasanın halkoyu ile kabul edildiği tarihte yürürlükte bulunan hükümlerinin, Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamaz ve yorumlanamaz.

Ceza siyasetine uygun olarak, yasakoyucu tarafından takdir yetkisine dayalı olarak iptali istenilen maddede düzenleme yapılmış, suç oluşturan eylem, ceza miktarı ve yaptırımlar yönünden yeni kurallar getirilmiştir.

Dava dilekçesinde, anılan Anayasa kurallarına aykırı olan böyle bir düzenleme ile kapatma yaptırımının ortadan kaldırılması ve bu suç için öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amaca ve ceza politikasının temel ilkesine uygun olarak belirlenmemesi nedeniyle izinsiz Kuran kurslarının yanısıra beceri kursu, okul, yurt gibi kurumları paravan yapan terörist, irticacı ve bölücü yuvaları da serbest bırakmasının laiklik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, eğitimin içerik olarak suç teşkil etmesi hali farklı bir durumdur. Kurumda verilen eğitim sırasında yasadışı, bölücü, yıkıcı eylemlerin gerçekleştirilmesi halinde, bu eylemler için ceza öngören Türk Ceza Kanununun diğer maddeleri, Terörle Mücadele Kanunu vb. gibi özel kanunlarda belirtilen tedbir ve yaptırımların uygulanacağı kuşkusuzdur.

Öte yandan, 8.2.2007 günlü, 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun 7. maddesinde de kurum açma izni verilen kurumlarda iki yıl içinde öğretime başlamayan ile amacı dışında kullanıldığı tespit edilen kurumun, kurum açma izinlerinin iptal edileceği, özel öğretim kurumlarının, kurum açma şartlarından herhangi birini kaybetmesi veya izinsiz değişiklik yapması, mevzuatta belirtilen sayıda personel çalıştırılmaması veya mevzuata aykırı personel çalıştırılması, reklam ve ilana ilişkin gerekli şartların yerine getirilmemesi halinde, davranışın ağırlık derecesine göre onbeş günden az olmamak kaydıyla üç aya kadar geçici olarak; 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun genel ve özel amaçlarıyla temel ilkelerine uymayan, kurumunu mevzuata uygun kapatmayan, geçici olarak kapatma cezası alan ve aynı fiili tekrar işleyen kurumların ise sürekli olarak kurum açma izni veren makam tarafından kapatılacağı belirtilmiştir.

Bir yasa kuralının yerinde olup olmadığı, yarar ya da zarar getirebileceği konusu Anayasa'ya uygunluk denetimi dışında kalan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2., 5., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- YÜRÜLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (2) numaralı fıkraya,

2- 29. maddesiyle değiştirilen 5237 sayılı Yasa'nın 263. maddesine,

yönelik iptal istemleri, 5.3.2009 günlü, E. 2005/79, K. 2009/38 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde ve fıkraya ilişkin yürürlüğünün durdurulması isteminin REDDİNE, 5.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (2) numaralı fıkranın,

2- 29. maddesiyle değiştirilen 5237 sayılı Yasa'nın 263. maddesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 5.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/93

Karar Sayısı : 2009/41

Karar Günü : 5.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Karşıyaka 6. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin, 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirilen (3) numaralı fıkrasında yer alan "üvey baba" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Üvey baba olan sanığın, aynı evde birlikte ikamet ettiği reşit olmayan üvey kızına yönelik olarak işlediği iddia olunan cinsel istismar suçu nedeniyle hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için re'sen başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"Yargılamaya konu olayda mağdura yönelik eylemi üvey annesinde gerçekleştirebilmesi mümkün olduğuna ve hükmün konuluş amacı Yasanın gerekçesinde "Cinsel istismarın çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler tarafından ... gerçekleştirilmesi, daha ağır cezayla cezalandırılmayı gerektirmektedir" cümleleriyle açıklanmış olduğuna göre, yalnızca üvey baba açısından düzenleme yapılmış olması durumu,

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtilen kavramlarla ifade etmek gerekirse, Ceza hukukunun genel ilkeleri, ülkenin genel durumu, sosyal hayatın gereksinmelerine göre saptanacak ceza politikası gereği olduğunu, adalet ilkesini gözettiğini, adil kural olduğunu, hakkaniyet ölçütünü gözettiğini ve haklı nedenle cinsiyete dayalı bir ayrımı yansıtan kural olduğunu kabul etmek mümkün olmadığı gibi, yaratılan eşitsizliğin

anlaşılabilir, amaçla ilgili makul ve adil olduğunu kabul etmekte mümkün değildir. Bu nedenle hukuk devleti olma ilkesine aykırılık söz konusu olduğu gibi,

Bu ayrımın haklı nedenlere dayalı olduğunu kabul etmek de mümkün olmadığından eşitlik ilkesine aykırılık da açıktır.

Anayasa Mahkemesinin 23.09.1996 gün ve 1995/15 Esas, 1996/36 Karar sayılı kararında, bu konu şu cümlelerle vurgulanmıştır.

"Eşitlik ilkesi, aynı konumda bulunan kadın ve erkeğin yasalar önünde eşit haklara sahip olmasını gerektirir. Kişinin cinsiyeti nedeniyle karşı cinse göre ayrıcalıklı duruma getirilmesi, bu ilkeye aykırı düşer. Cinsiyet, yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden olamaz... Kimi kişilerin böyle kurallara bağlı tutulmasında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kaldığı ayırımlar haklı bir nedene dayandıkları için eşitliği bozmadıkları halde cinsiyetten başka bir nedene dayanmayan ayırımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar."

Somut olay ve uygulanması gereken normdaki cinsiyete dayalı ayrımın, yaradılış ya da işlevsel özelliklere dayalı olduğu da savunulamayacağına göre eşitlik ilkesine aykırılık açıktır.

Bu nedenlerle, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddenin 3. fıkrasında yer alan "üvey baba" sözcüklerinin 103. maddenin 1. fıkra (b) bendi ile bağlantılı olarak Anayasanın 2 ve 10. maddeye aykırı olduğu anlaşılmakla iptali konusunda Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve başvuru sonucunun 5 ay süreyle beklenmesi gerektiği kanısına varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 103. maddesi şöyledir:

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

Anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) **(Değişik: 29/6/2005 – 5377/12 md.)** Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, **üvey baba**, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 27.10.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, cinsel istismar suçunun mağdurun üvey annesi tarafından da işlenebileceği, hükmün konuluş amacının cinsel istismar suçunun çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunanlarca işlenmesinin daha ağır cezayla cezalandırmak suretiyle mağduru daha etkin bir şekilde koruma düşüncesi olduğu dikkate alındığında itiraz konusu kuralla yalnızca üvey baba açısından bir düzenlemenin yapılmış olmasının adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmadığı, söz konusu düzenlemenin cinsiyete dayalı bir ayırım olduğu, bu ayırımın yaratılış ya da işlevsel özelliklere dayalı haklı bir nedene de dayanmadığı belirtilerek, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde, çocuklara yönelik cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin itiraz konusu ibareyi de içeren (3) numaralı fıkrasında, cinsel istismarın çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi bulunan kişiler tarafından, çocuğun vasisi, eğiticisi, öğreticisi, bakıcısı, çocuğa sağlık hizmeti veren, çocuğa karşı koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan diğer bir kişi tarafından veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, suçun temel şekline göre cezanın ağırlaştırılması öngörülmüştür.

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.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak

kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu ibareyi de içeren Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, cinsel istismar suçunun fail ile mağdur arasındaki ilişki itibarıyla daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmiştir. Söz konusu fıkrada, cinsel istismar suçunun "üvey baba" tarafından işlenmesi durumu suçun nitelikli şekli olarak kabul edilerek failin cezası artırılmakta iken, aynı suçun "üvey anne" tarafından işlenmesi durumu suçun nitelikli halleri arasında sayılmamıştır. Yapılan bu düzenlemeyle, cinsel istismar suçunun "üvey anne" tarafından işlenmesi hali suç olarak varlığını devam ettirmekle birlikte, yasakoyucu bu durumu ayrıca ağırlaştırıcı bir neden olarak kabul etmemiştir. Söz konusu düzenlemenin, cinsel istismar suçunun daha ziyade erkekler tarafından işlendiği ve erkeklerin kadınlara göre daha fazla fiziksel güç kullanma potansiyeline sahip olmaları dikkate alınarak, böylece bu suçun işlenmesinin önüne geçilmesi ve çocuğun daha etkin bir koruma altına alınması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve suçun toplumda yarattığı etkiyi dikkate alarak yaptığı bu düzenlemenin, hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

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

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır.

Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmıştır.

Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu düşünceye katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin, 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirilen (3) numaralı fıkrasında yer alan "… üvey baba, …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 5.3.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddesinin ilk fıkrasında, çocuğu cinsel yönden istismar eden kişinin, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı, itiraz konusu "üvey baba" sözcüklerinin yer aldığı üçüncü fıkrasında da cinsel istismarın, çocukla aralarında belli akrabalık ilişkisi olan veya çocuğun bakımı, korunması, gözetimi, eğitimi ve sağlığı konusunda sorumluluk üstlenen kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılarak veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi durumunda, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür. Ancak, söz konusu üçüncü fıkrada, suçun üvey baba tarafından işlenmesi cezanın artırım nedeni kabul edildiği halde üvey anne tarafından işlenmesi aynı kapsamda görülmemiştir. Böylece, suçun artırım nedeninin uygulanması bakımından üvey baba ile üvey anne arasında cinsiyete dayalı bir ayırım yapılmıştır.

Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ilkesinin yer aldığı 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir"; "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür"; "Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz" denilmektedir. Buna göre, kişiler arasında kadın ve erkek olmaları nedeniyle ayırım yapılamayacak, kadınların, erkeklerle aynı haklardan yararlanmaları, biyolojik bazı özellikleri öne sürülerek engellenemeyecektir. Kadın, erkek eşitliğinin, gerektiğinde pozitif ayırımcılık temelinde yaşama geçirilmesi de aynı maddede devlete görev olarak verilmektedir. Ancak, hak eşitliğinin sağlanabilmesi için kadınlar

yönünden pozitif ayırımcılığa izin verilmesi, aynı konumda bulunan erkeklerin hak kaybına uğramalarının nedeni olamaz. Kadınlarla erkeklerin aynı haklardan yararlanmalarının sağlanması amacı dışında kadınlara kimi ayrıcalıklar tanınmasının eşitlik ilkesiyle bağdaştırılması olanaksızdır.

Ceza hukuku alanında eşitlik ilkesinin uygulanması ise Türk Ceza Kanunu'nun 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasında açık bir şekilde ifade edilerek "Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefî inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz" denilmiştir.

Birbirleriyle uyum içinde olan Anayasa ve Türk Ceza Kanunu'ndaki bu düzenlemeler aynı suçun faili olmaları durumunda kadınla erkek arasında ayırım yapılamayacağını göstermektedir.

Aynı suçu işleyen kadına, erkekten daha az ceza verilmesine neden olan itiraz konusu kuralı ceza siyaseti ile açıklamak da olası değildir. Ceza siyaseti gereği yasa koyucuya, hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu eylemlere verilecek cezalar konusunda tanınan takdir yetkisi, Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkeleriyle sınırlıdır. Bu ilkeler arasında bulunan eşitliğin, haklardan yararlanmada olduğu kadar sorumluluğu üstlenmede de gözetilmesi gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Yasakoyucunun bu ilkeyi dikkate almadan düzenleme yapması, açık bir Anayasa ihlâlidir.

Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin itiraz konusu "üvey baba" sözcüklerinin yer aldığı üçüncü fıkrasında, aynı suçu işleyen üvey baba ile üvey anne arasında ayırım yapılarak suçun üvey anne tarafından işlenmesi durumunda, bunun artırım nedeni kabul edilmemesi eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Aile üzerinde nüfuz kullanan kişinin, çoğunlukla baba olduğu düşüncesi de varsayıma dayandığından bu eşitsizliğin gerekçesi olarak kabul edilemez. Çünkü; maddede nüfuzun kötüye kullanılması hali sadece hizmet ilişkisiyle sınırlı tutulmuş, ağırlaştırıcı nedenin uygulanması için üvey baba ilişkisi yeterli görülmüştür.

Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi, eşitlik temelinde adaletli bir hukuk düzeninin kurulup, korunmasını zorunlu kılar. Aynı suçu işleyen üvey anaya artırım nedeni uygulanmaması, üvey babaya ise artırım nedeni uygulanarak daha fazla ceza verilmesi sonucunu doğuran itiraz konusu sözcüklerin kuralda yer alması, cinsiyet farkına dayanan bir ayırımcılığa ve adaletsizliğe yol açtığından Anayasa'nın 2. maddesine de aykırıdır.

Yasa'nın 103. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "üvey baba" sözcüğünün iptal edilip, yasakoyucuya verilecek süre içinde yapılacak yeni düzenleme ile eşitsizliğin ve adaletsizliğin giderilmesi olanaklı iken, itirazın reddine karar verilmesinde, Anayasa'ya uyarlık bulunmadığı düşüncesiyle çoğunluk görüşüne karşıyım.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye

aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyorum. 26.2.2009

Üye
Ahmet AKYALÇIN

AZLIK OYU

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti adil ve kamu yararını esas alan haklı nedenlere dayalı yasal düzenlemeleri gerektirmekte, 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesinin anayasal irdelemelerle çizilen boyut ve açılımı ise, aynı konumda olma özelliğini taşıyanlar yönünden aynı kuralların geçerli olmasını, ayrıcalıklı kişiler oluşturulmasının önüne geçilmesini amaçlamaktadır. Yasaların ereklerinin ve öngörülerinin tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için, bu kapsam içinde durumları özdeş olanlar arasında değişik uygulama ve ilkelerin geliştirilmemesine özen gösterilmelidir.

Çocuğa yönelik cinsel davranışlarda, cezayı ağırlaştırıcı durumlar arasında bu eylemin üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, evlat edinen, vasi, eğitici, bakıcı gibi kişiler tarafından işlenmesi de yer almış, ancak cinsel kimlik yönünden bir ayrım yapılmamıştır. Çünkü bu konuda önemli olan suç olarak tanımlanan cinsel davranışın, çocuğa yakın kişilerce işlenmesidir. Eylemi oluşturan cinsel davranışın kimlik ayrımı yapılmadan ortaya çıkabileceği varsayılmıştır. Bu oluşa karşın, üveylik olgusu söz konusu olduğunda salt "üvey baba"nın bu tanıma alınması "üvey ana"nın olası davranışlarının ise ağırlaştırıcı görülmemesinin inandırıcı ve haklı bir nedeni yoktur. Yasa koyucunun tüm durumları göz önünde tutması, gerçekleşme olasılıklarıyla kurallar geliştirmemesi tehlikeye sebep olan yönünden cinsiyet ayrımı yapmaması gerekmektedir. İtiraza konu kuralın bu bakımdan anayasal eşitlik ilkesiyle çeliştiğinde ve adaleti ilke alan hukuk devletine aykırı olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 5237 sayılı Yasa'nın 103. maddesinin itiraza konu (3) nolu fıkrasında yer alan "üvey baba" yanında "üvey ana" kavramının yer almamasıyla oluşan eksik düzenlemenin iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyız.

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu "üvey baba" ibaresinin yer aldığı 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirilen (3) numaralı fıkrasında "Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır." denilmekte olup, madde hükmü ile cinsel istismar suçunun fail ile mağdur arasındaki ilişki itibariyle daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında açıklandığı gibi 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, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Görüldüğü gibi hukuk devleti olmanın gereği "adaletli hukuk düzeninin kurulması ve bunun sürdürülmesi" olup, bu bağlamda devlet yönetiminde keyfiliğin değil, hukuk kurallarının egemen olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında, hukuk devletinde yasakoyucunun ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımı uygulanacağı, hangi hallerde ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konusunda takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere söz konusu fıkrada öngörülen nitelikli halleri saptamanın yasakoyucunun takdirinde olduğu konusunda bir duraksama bulunmamakla birlikte, itiraz konusu ibare açısından takdir yetkisinin keyfilikten uzak ve amaca uygun olarak kullanılması hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Buna göre; cinsel istismar suçunun mağdurunun erkek veya kadın olabileceği yönündeki suçun temel yapısı göz önünde bulundurulmadan, failinin genellikle erkekler olabileceği gibi eksik ve hatalı bir değerlendirme yapılmak suretiyle, düzenlemede

"üvey baba" ibaresinin yer alması, suçun nitelikli halleri olarak öngörülen hususların konuluş amacına uygun değildir.

Bu durumda itiraz konusu kuralın konuluş amacına uygun olmayan ve suçun failinin "üvey anne"de olabileceği gerçeğinin göz ardı edilmesi suretiyle sadece "üvey baba" yönünden bir düzenleme yapılması, adaletli bir hukuk düzeninin kurulmasını devlet yönetiminin bir şartı olarak gören hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenle, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olup, iptali gerektiği düşüncesi ile verilen karara karşıyım.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2007/85

Karar Sayısı : 2009/42

Karar Günü : 5.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Şarköy Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle eklenen (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 19., 20., 23., 42. ve 49. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Kanuni temsilcisinin bilgi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu yanında tutma suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"06.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5560 sayılı Yasa'nın 10. maddesi ile 5237 sayılı TCK.nun 234. maddesine 3. bendin eklenmesi ile 18 yaşından küçük olan çocuğun rızası ile ailesini veya yetkili makamları haberdar etmeksizin yanında tutmak suç haline getirilmiştir. Bu suç şikayete tabi olarak düzenlenmiştir.

5237 sayılı TCK.na 5560 sayılı Yasa ile eklenen 234/3 maddesi T.C. Anayasasının 2. maddesine aykırıdır. Şöyle ki;

Türk Medeni Kanunu'na göre fiil ehliyeti kişinin kendi iradi davranışları ile bir netice meydana getirebilmesini ifade eder. Yani kişinin hak sahibi olması, borç altına girmesi bu şekilde olabilir. Türk Medeni Kanunu'nun fiil ehliyetini düzenleyen 14 ve 16. maddeleri emredici niteliktedir. Buna göre; tam fiil ehliyeti için, mümeyyiz olmak, reşit olmak, mahcur olmamak gerekir.

Buna göre temyiz kudreti makul surette hareket edebilme kabiliyetidir. Temyiz kudretinin varlığı karine olarak kabul edilir. 5560 sayılı Yasa ile

değişik TCK'nun 234/3 maddesi açısından bir kişinin rızası ile gidebileceği yerin ayırt edebildiği, yaş sınırının ne olduğu tartışılmalıdır. 18 yaşından küçük olan her çocuğun kendi iradesi ile ve rızası ile gideceği yeri seçme yetisinin olmadığını söylemek biyolojik, zihinsel ve hukuki kıstaslarla bağdaşmamaktadır. Genel olarak 15 yaşını doldurmuş kişinin temyiz kudretinin olduğu şeklindeki genel kanıyı dahi alsak en azından esas alınan yaş sınırının 18 yaşından küçük olanları değil de 15 yaşından küçük olanları kapsaması gerekecektir. Bu durumun dikkate alınmaması ise Anayasamızın 2. maddesinde bahsi geçen "İnsan haklarına saygılı, sosyal bir hukuk Devleti" ifadesine aykırı olduğu açıktır. İnsan Hakları kavramı, ırk, dil, din, ayrımı yapmaksızın tüm insanların yararlanabileceği hakları ifade eder. Ayırt etme gücüne sahip olan ancak 18 yaşından küçük olan bir kişinin TCK. 234/3 maddesi sebebi rızası ile de olsa ailesinin yanından ayrılarak başka birinin yanına gitmesi ve bu kişinin yetkili makamlara haber vermek ve kanuni temsilcisinden izin almak veya haber vermek zorunda bırakılması İnsan Haklarına saygılı Hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

18 yaşından küçüklerin Medeni Kanunda çeşitli şekillerde kanuni temsilcinin iznine tabi kılınan bağış, kefalet ve vakıf kurmak (T.M.K madde 449) gibi önemli işler niteliğinde olmayan alelade bir yere gitmesini "yetkili makamları haberdar etmek" veya "kanuni temsilcisinin rızasını" almak şartlarına bağlanması Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırıdır, zira temyiz kudretine sahip olan ancak 18 yaşından büyük olan bir kişi ile yine temyiz kudretine sahip ancak 18 yaşından küçük olan bir kişi arasında eşitsizlik yaratılmaktadır.

5237 sayılı TCK.nun 5560 sayılı Kanun ile eklenen 234/3 maddesi Anayasa'nın 12., 17., 19., 20. ve 23. maddelerine aykırıdır şöyle ki;

Anayasamızın 12. maddesi "herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir" 17. maddesinde ise "herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" 19. maddesinde ise "herkes kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir" demektedir.

Ancak, TCK.nun 234/3 maddesi 18 yaşından küçük kimselerin evinden ayrılırken kanuni temsilcisinin rızasını almak zorunda olması ve rızası olsa dahi evi terk edememesi fiili kişi hak ve hürriyetlere aykırıdır. Kişinin yetkili makamlara haberdar veya kanuni temsilcinin iznine tabi kılınarak evden ayrılması Anayasamızın 17. maddesinde belirtilen "maddi ve manevi varlığını geliştirme" imkanını yerine getirmesine engeldir, kişi hürriyetlerine de aykırıdır. Zira, bu madde ile kişi özgürlüğü ve temel hak ve hürriyetleri

Anayasamızın belirtilen maddelerine aykırı bir şekilde kısıtlamaktadır. Yine kişinin evden ayrılırken yetkili makamları ve ailesini haberdar edilmek zorunda bırakılması Anayasamızın 20. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğine ilişkin Anayasa hükmüne de aykırıdır. Yine Anayasamızın 23. maddesinde yerleşme ve seyahat hürriyeti düzenlenmiştir. Oysa ki; TCK.nun 234/3 maddesi 18 yaşından küçük olan ancak temyiz kudretine sahip olan bir kişinin seyahat edebilmesini yetkili makamı veya aileyi haberdar etme şartına tabi tutulması Anayasa'nın bu hükmüne de aykırıdır.

Anayasamızın 42. maddesinde kimse eğitim ve öğretim hakkından yoksun bırakılamaz dedikten sonra 42/5 fıkrası ile ilköğretim kız ve erkek bütün vatandaş için zorunludur ve Devlet okulları parasızdır düzenlemesi getirilmiştir. Oysa ki; TCK.nun 234/3 maddesinde kişinin hangi saikle olduğunun tespiti yapılmadan evi terk etmesinin kanuni temsilcisinin rızasına veya onu haberdar etmek şartına veya yetkili makamların haberdar edilmesi şartına bağlanması kişinin Anayasal hakkı olan eğitim ve öğrenim hakkını dahi kısıtlayabilecek niteliktedir. Bu durumda 18 yaşından küçük olan ancak temyiz kudretine sahip olan bir kişi ailesine ve yetkili makamları haberdar etmeksizin bir eğitim faaliyetine katılması halinde eğitim kurumu yetkilileri hakkında soruşturma ihtimali vardır. Bu nedenle bu düzenleme Anayasamızın 42. maddesinde düzenlenen eğitim ve öğrenim hakkını kısıtlayabilecek niteliktedir.

Yine Anayasa'nın 49. maddesinde "çalışma herkesin hakkı ve ödevidir" ancak Anayasa'nın bu hükmü TCK.nun 234/3 maddesi ile adeta kişinin çalışması kanuni temsilcisinin veya yetkili makamların onayına muhtaç hale getirilerek ihlal edilmektedir. İş kanunları çerçevesinde çalışma hakkı olan 15-18 yaş grubu içerisinde olan bir kişinin çalışma mevzuatı açısından bir izne tabi olmadan çalıştığı halde TCK.nun 234/3 maddesinde evden ayrılmasının izin şartına tabi tutulması çalışma hürriyetini de kısıtlar mahiyette görülmüştür.

SONUÇ

5560 sayılı Kanun'un 10. maddesi ile eklenen 5237 sayılı TCK.nun 234/3. maddesinin T.C. Anayasasının 2., 10., 12., 17., 19., 20., 23., 42. ve 49. maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılarak 5560 sayılı Yasa ile eklenen 5237 sayılı TCK.nun 234/3 maddesinin İPTALİ saygı ile arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle eklenen (3) numaralı fıkrasının da yer aldığı 234. maddesi şöyledir:

"(1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.

(3) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 19., 20., 23., 42. ve 49. maddelerine dayanılmış, 41. maddesi ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 30.7.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında itiraz konusu kuralla, 18 yaşından küçük her çocuğun bilimsel ve hukuksal gerçeklere aykırı biçimde gideceği yeri seçme iradesinin olmadığı kabul edilerek tutulan kişi açısından 15 yerine 18 yaş ölçütünün alınmasının, 18 yaşından büyükler ile küçükler arasında farklı uygulamalara neden olunmasının, kişi hak ve hürriyetlerinin gözetilmemesinin, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesinin, eğitim ve öğretim hakkının, özel hayatın ve seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasının, iş mevzuatına göre 15 ila 18 yaş grubundakiler çalışabildikleri halde bunların çalışma hakkının kanuni temsilcilerinin iznine tabi kılınmasının Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 19., 20., 23., 42. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 41. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

5237 sayılı TCK'nın 234. maddesinin (3) numaralı fıkrasında, kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutma, şikâyete bağlı suç olarak kabul edilmiş ve ceza yaptırımına bağlanmıştır.

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde, *"22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 339 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre, 'Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.' Bu hükümle, yaşı ne olursa olsun, çocuğa ana ve babasının bilgisi veya rızası dışında evi terk etmeme hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu hükmü, ana ve babasının bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu yanında bulunduran kişiye çocuğun ana ve babasını veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yüklemek suretiyle tamamlamak gerekir. Çocuğun evi terk etmesinin ana ve babada büyük bir tedirginlik oluşturduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Belirtilen gerekçelerle, Türk Ceza Kanununun, 'Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması' başlıklı 234 üncü maddesine, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa yanında tutan kişiye çocuğun ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yükleyen ve bu yükümlülüğe aykırı davranışı suç olarak tanımlayan bir fıkra eklenmiştir"* denilmiştir.

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 17. maddesinde *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."*; 41. maddesinde ise *"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar."*denilmektedir.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda yasakoyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

Anayasa'nın 17. maddesiyle tanınan herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 41. maddesi ile de Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle çocukların korunması için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü gözetildiğinde, itiraz konusu kuralla, evi terk eden çocuğun ana ve babasını veya yetkili makamları durumdan haberdar etme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiye yaptırım öngörülmesinde, Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır.

Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 12., 19., 20., 23., 42. ve 49. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle eklenen (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 5.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

Esas Sayısı : 2006/123

Karar Sayısı : 2009/43

Karar Günü : 5.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- Genelkurmay Başkanlığı Askeri Mahkemesi (Esas Sayısı: 2006/123)

2- Karşıyaka 5. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2006/132)

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5377 sayılı Yasa'nın 27. maddesi ile değiştirilen 245. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İşlem sonrası hamili tarafından ATM cihazında unutulan banka kartını kullanarak kartın bağlı bulunduğu hesaptan para çektiği iddia olunan sanıklarla, haksız olarak ele geçirdiği kredi kartını kullanmak suretiyle harcama yapan sanık hakkında açılan davalarda, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olduğu kanısına varan mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- 2006/123 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"…Kanunda öngörülen suçların cezaları tespit edilirken kanun koyucunun takdirinin ne şekilde oluşacağının göstergelerinden biri de o suçun toplumda yarattığı infial, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlikelilik-güvensizlik halidir. Maddi olayda olduğu şekilde bir bankamatik kartını sahibinin üzerinden gizlice ya da cebren almaksızın ele geçiren kişilerin bu kartın şifresini de öğrenmeleri sonrasında (bunun için özel bir çaba göstermemiş olabilirler, maddi olayda olduğu şekilde kart bankamatikte bırakılmış olabileceği gibi, şifre kartın üzerine yazılmış ya da yapıştırılmış da olabilir) bankamatik cihazından para çekmeleri ile aynı mağdurun bir yerlerde açıkta bıraktığı cüzdanından para almaları (hırsızlığın basit hali)

arasında, toplumda-kişiler üzerinde yarattığı infial arasında bir farkın bulunmadığı kabul edilmiştir. Başka bir açıdan bakıldığında sanıkların eylemlerinin, geceleyin mağdurun evine girilerek cüzdanından, başucundan parasının alınmasıyla oluşandan daha az infial yarattığı da bir gerçektir.

Zaman içerisinde toplumun geçirdiği çeşitli evrelerde yoğunlaşan bazı suçların önüne geçilmesi maksadıyla kanun koyucunun bu suç için öngörülen cezaları arttırırken, bazılarının cezasını azaltmasının takdirinde olduğu çekişmesizdir. Ancak bu takdir mutlak nitelikte olmayıp, ceza adaletini gözetmesi gereken, benzer suçların cezalarında bir denge kurulmak şartıyla uygulanabilir. Örneğin adam öldürmeye çok, vasıflı adam öldürmeye az ceza öngörülmesi bu takdirin adil yargılama ilkeleri açısından denetleme ve müdahale etme sınırını oluşturmaktadır.

Mahkememizce Anayasaya aykırı olduğu düşünülen bu maddede öngörülen 3 yıldan 6 yıla kadar olan hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasının aynı kanunda benzer eylemler için düzenlenen hükümlerde öngörülen cezalarla karşılaştırılmasında bu davanın sanıkları aleyhine bir eşitsizlik, demokratik toplumda olması gereken adil bir dengenin bulunmadığı kabul edilmiştir.

Kanunumuz yukarıda belirtilen eyleme 3 yıldan 6 yıla kadar bir hapis cezası öngörürken, bir bilişim sisteminin işleyişini engellemek, bozmak suretiyle ya da verileri yok etmek, erişilmez kılmak ya da sisteme veri yerleştirmek suretiyle ve kendisi ya da başkasına yarar sağlamak şeklinde gerçekleşen eyleme 2 yıldan 6 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. (Madde 244/4)

Yine hırsızlığın vasıflı hali olan, kamu kuruluşlarından hırsızlık, binadan, kilitli yerlerden, ulaşım araçlarından, açıkta bırakılmış eşyalar ile ilgili hırsızlık hallerinde bile ceza 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıdır.

Atılı suçta örneğin aynı evde yaşayan ve birbirlerinin kartlarını kullanan karıkocanın resmen ya da fiilen ayrılmaları durumunda bu kartları kullanmaya devam etmeleriyle, vaki bir şikayet durumunda oluşan durumlara dair herhangi bir düzenlemenin olmaması da bir eşitsizlik, dengesizlik sebebidir. Bu da atılı suçta tipikliğin (kanuni tabirde geçen "her ne suretle olursa olsun" sözünün) sonucudur.

Hırsızlık suçlarında malın değerinin azlığı eski Türk Ceza Kanununda özel hükümle cezada indirim sebebi olarak düzenlenmiş olmakla beraber, maddede bu durumun düzenlenmemiş olması, yine mücbir sebeplerle işlenen durumlarda cezada indirimin düzenlenmemiş olması da

mahkememizce bir Anayasaya aykırılık olarak görülmüştür. (Madde 145, 147). Yine Türk Ceza Kanununun 144 üncü maddesinde belirtilen şekilde daha az cezayı gerektiren hallerin düzenlenmemiş olması da ayrı bir Anayasaya aykırılık durumudur. Yine mala karşı cürümlerde etkin pişmanlık halleri düzenlenirken, bu suçta düzenlenmemiş olması (Madde 168) da ayrı bir aykırılık oluşturmaktadır. Şöyle ki; bu maddenin gerekçesinde suç "... hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma ve sahtecilik suçlarının ratio legis'lerinin tümünü de içeren bu fiillerin..." denilmesine ve bu suçun benzerlerini içerdiği kabul edilmişken diğer benzer suçlarda etkin pişmanlık halleri bir indirim sebebi iken, bu suçta olmaması da Anayasaya aykırılığın başka bir görüntüsüdür.

Maddi olaya dönüldüğünde, sanıklara atılı eylem ATM cihazında unutulmuş ve cihaz tarafından sahibince alınması için sinyal verilen bir pozisyonda unutulmuş bir kartı ele geçirerek (şifre kullanmaksızın kartı kullanabilecek halde) 600 YTL.yi sahibinin bilgisi dışında çekmektir.

Türk Ceza Kanununun 245 inci maddesinde düzenlenen suç kanunumuza yeni girmiş eski Türk Ceza Kanunumuzda bulunmayan suçlardandır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun 525 inci maddesinde düzenlenmiş bilişim alanındaki suçlar Anayasaya aykırılık görüşünde olduğumuz bu suça kısmen de olsa benzemektedir. Ancak konunun daha iyi aydınlanması maksadıyla geçmiş yargı içtihatlarının da irdelenmesi gerekmektedir.

Banka kartları ya da kredi kartları ATM.lerde kullanılabilmektedir. İster kredi ister banka kartı olsun bu kartları haksız bulunduran kişilerce ATM.lerde kullanılarak para çekilmesi eylemi bir ayrıma tabi tutulmaksızın Yargıtay tarafından aynı nitelikte eylemler olarak değerlendirilmektedir.

Yargıtay'ın 10 Nisan 2001 tarihli kararıyla benzer eylemlerin 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 525/b-2 maddesinde belirtilen suçu oluşturduğu kabul edilmiştir. Bu suç bilgileri otomatik işleme tabi tutulmuş sistemi kullanarak hukuka aykırı yarar sağlama suçudur.

Askeri Yargıtay içtihatlarında ise konu farklı değerlendirilerek bir bankamatik ya da kredi kartının bir şekilde ele geçirilmesi sonrasında bunun alışveriş ya da benzer maksatlarla kullanılmayıp sadece ATM cihazından para çekilmek suretiyle gerçekleştirilen eylemlerde suçun As.C.K.nun 132 nci maddesinde düzenlenmiş ve hırsızlık suçunun bir türü olan üstünün-astının-arkadaşının parasını çalmak suçunu oluşturduğu belirtilmiştir.

Bu suçta özel bir hafifletici sebep öngörülmemiştir. Ancak bilişim alanında suç olarak kanun koyucu tarafından vasıflandırılan bu eylemin Kanunun 10 uncu bölümünde düzenlenmesi bir takdir olmakla beraber, şifresi bilinen ya da maddi olayda olduğu şekilde bankamatik tarafından sinyalle kartın geri alınması konusunda uyarılan mağdurun olay yerinde olmamasından faydalanarak işleme devam edip para çekme eyleminde kanunun 243 üncü maddesinde belirtilen bir bilişim sistemine girmek ya da bilişim sistemini engellemek gibi unsurların bulunmadığı, yine 245 inci maddenin 2 nci ve 3 üncü fıkralarında belirtilen unsurların da bulunmadığı kabul edilmiştir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; 5237 sayılı Kanunun 245/1 maddesinde belirtilen suçun öngörülen cezasının Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ve 2 nci maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkelerine aykırı olduğu, demokratik bir toplumda uygun görülebilecek bir dengenin atılı suçun cezasında bulunmadığı sonucuna varılmış, Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekmiştir…"

B- 2006/132 esas sayılı itirazın gerekçe bölümü şöyledir:

"…Mahkememizce sanıklar hakkında uygulanmak istenen 5237 sayılı TCK'nun 245 ve devamı maddelerinde etkin pişmanlıkla ilgili bir hüküm bulunmadığı, oysa benzer suçlar olan hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas, karşılıksız yararlanma ve yağma suçlarında bilindiği üzere 5237 sayılı TCK'nun 168. maddesinde etkin pişmanlık düzenlemesinin mevcut olduğu kovuşturma başlamadan önce ve kovuşturma başladıktan sonraki aşamaya göre cezalarda önemli ölçüde indirimler yapıldığı (örneğin kovuşturma başlamadan önceki iade ve zararın giderilmesi durumunda 2/3 oranına kadar)

Yine TCK'nun 247. maddesinde düzenlenen zimmet suçu için TCK'nun 248. maddesinde etkin pişmanlık hükmünün mevcut olduğu, rüşvet suçuyla ilgili olarak TCK 254. maddesindeki etkin pişmanlık hükmünün bulunduğu buna benzer kişilerin ve kurumların mal varlığına karşı işlenen bir çok suçta etkin pişmanlık hükümleri mevcut iken, bu dosyadaki iddianamede bulunan sevk maddesi ile ilgili etkin pişmanlık düzenlemesinin 5237 sayılı TCK'nun 245. ve devamı maddelerinde bulunmamasının 1982 tarihli Anayasa'nın 10. maddesindeki "kanun önünde eşitlik" ve Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen "Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" hükmüne aykırı olduğu görüşüne varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 5377 sayılı Kanunun 27. maddesiyle değiştirilen 245. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"(1) Başkasına ait bir banka veya kredi kartını, her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlarsa, üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi içtüzüğünün 8. maddesi gereğince yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun 5377 sayılı Yasa'nın 27. maddesi ile değiştirilen 245. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2006/132 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2006/123 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2006/123 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 27.9.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında itiraz konusu kuralda öngörülen cezanın benzer nitelikteki suçların cezalarıyla kıyaslandığında fahiş olduğu, özellikle onlara uygulanabilecek etkin pişmanlık hükümlerinin fıkra açısından uygulanamamasının cezayı suçla orantısız hale getirdiği belirtilerek kuralın Anayasanın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, başkasına ait bir banka veya kredi kartını her ne suretle olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimsenin, kart sahibinin veya kartın kendisine verilmesi gereken kişinin rızası olmaksızın bunu kullanarak veya kullandırtarak kendisine veya başkasına yarar sağlaması suç sayılmakta ve yaptırım olarak üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası öngörülmektedir. Fail hakkında hangi hallerde ceza verilmeyeceği, kuralın içinde yer aldığı maddenin dördüncü fıkrasında açıklanmakla birlikte, bunlar arasında etkin pişmanlığa ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Başvuru tarihi itibariyle, Türk Ceza Kanunu'nun 168. maddesindeki etkin pişmanlığa konu olabilecek suçlar arasında banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması suçları da yer almadığından, itiraz konusu kural uyarınca yargılanan sanığın cezasında etkin pişmanlık nedeniyle indirim yapılması mümkün olmamaktadır.

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, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesiyle, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanması, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Hukuk devletinde ceza siyasetinin gereği olarak yasakoyucu, Anayasanın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağına, bunlara verilecek cezanın türü, miktarı, artırım ve indirim nedenleri ve oranları ile suçun takibine ve yargılama usulüne ilişkin koşullar öngörebilir.

Suç sayılan eylemler arasında benzerlikler olduğu gibi farklılıklar da bulunabilir. Kimi benzerliklere rağmen eylemin toplumda yarattığı infial,

kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, işlenme oranındaki artış ve azalma gibi faktörlere bağlı olarak daha ağır cezayla yaptırıma bağlanması veya bu sonucu doğuracak biçimde indirim nedenlerine yer verilmemesi yasa koyucunun takdirindedir.

Banka ve kredi kartlarının hukuka aykırı olarak kullanılması suretiyle çıkar sağlayanlar hakkında üç yıldan altı yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası öngören kurala, Türk Ceza Kanunu'nun bilişim alanında suçlara ilişkin bölümünde yer verilmiştir. Bundan, kartın bağlı bulunduğu hesap sahibinin malvarlığı yanında kişisel verilerinin de hukuki koruma kapsamında olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, kuralın salt malvarlığı aleyhine işlenen suçlara benzemesine rağmen, onlara uygulanan etkin pişmanlık hükümleri içermemesi nedeniyle eşitliğe aykırı olduğu sonucu çıkarılamaz. Cezayı hafifletici sebepler de ceza siyasetine bağlı olarak yasa koyucunun takdirindedir.

Kuralla korunmak istenen hukuki yarar, suçun niteliği ile öngörülen cezanın tür ve miktarı gözetildiğinde kuralda yer alan cezanın adaletsiz ve ölçüsüz olduğundan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasaya aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VII- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesinin, 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 27. maddesiyle değiştirilen (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 5.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2008/3

Karar Sayısı : 2009/44

Karar Günü : 5.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu

İTİRAZIN KONUSU: 30.4.1992 günlü, 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

İdari soruşturma sonucu yapılan atama işleminin iptali istemiyle açılan davaya ilişkin Danıştay 2. Dairesi'nin kararının temyizi aşamasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu iptali ve yürürlüğünün durdurulması için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"(3797 sayılı) Yasanın "Taşra Teşkilatı" başlıklı 53. maddesinde;

Bakanlık, Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun, Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameler ve İl İdaresi Kanunu hükümlerine uygun olarak taşra teşkilatı kurmaya yetkilidir.

Her ilde ve ilçede bir milli eğitim müdürlüğü bulunur, ilçe milli eğitim müdürlükleri görev ve hizmetleri yürütürken, il milli eğitim müdürlüklerine karşı da sorumludur, il ve ilçelerin sosyal ve ekonomik gelişme durumları, nüfusları ve öğrenci sayıları gözönünde bulundurularak bu müdürlükler farklı tip ve statülerde kurulabilir ve farklı yetkiler verebilir. İş durumuna ve

ihtiyaca göre Bakanlık ana hizmet birimleri, milli eğitim müdürlüklerine bağlı olarak ayrı il ve ilçe birimleri de kurabilir.

(Ek:3.4.1998 – 4359/9 md.) İl Milli Eğitim Müdürlükleri bünyesinde ilköğretim Müfettişleri Başkanlığı oluşturulur. İlköğretim Müfettişleri en az dört yıl süreli yüksek öğrenimli öğretmenler arasından yarışma sınavı ile yardımcı olarak mesleğe alınırlar. Bu görevde üç yıllık yetişme dönemini takiben yapılacak yeterlik sınavını başaranlar ilköğretim müfettişi kadrolarına atanırlar, ilköğretim müfettişlerinin ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usulü, nitelikleri, yetişme şekil ve atanmalarına ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir, kuralına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, "Devletin kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.

Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir.

Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları kanunla özel olarak düzenlenir." denilmektedir.

Anayasanın anılan hükmüne göre, kamu hizmetlerini yürüten memurlar ve diğer kamu görevlilerinin örgütlenme ve faaliyet alanlarının, hangi hizmetlerin kimlerce yürütüleceğinin ve personel rejimine ilişkin temel ilke ve esasların yasayla düzenlenmesi Anayasal bir zorunluluktur. Yasama organı, belirtilen konularda, temel ilke ve esasları koyup, konunun çerçevesini çizdikten sonra, sınırlı ve belirli konuları, ölçütlerini belirlemek suretiyle idarenin düzenlenmesine bırakabilir.

3797 sayılı, Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 27. maddesinde Milli Eğitim Bakanlığı müfettişlerinin görev ve yetkileri belirlenmiş olmasına karşın 53. maddesinin 3. fıkrasında; İl Milli Eğitim Müdürlükleri bünyesinde oluşturulan ilköğretim müfettişlerinin nitelikleri ve göreve alınma usullerine ilişkin çerçeve düzenlemeye yer verilirken, ilköğretim müfettişlerinin ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumluluklarının düzenlemesi herhangi bir çerçeve çizilmeksizin, temel ilke ve esaslar konulmaksızın, yönetmeliğe bırakılmıştır.

3797 sayılı Yasa ile verilen yetki uyarınca hazırlanan ve dava konusu işlem tarihinde yürürlükte bulunan Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim

Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliğinin 6. Bölümünde Müfettiş ve Müfettiş Yardımcılarının Görev Alanları, Yetkileri, Görev Emirleri ve İkamet Merkezleri düzenlenmiş bu bölüm altında yer alan; "görev alanları" başlıklı 42. madde de; Müfettiş ve müfettiş yardımcılarının, rehberlik ve iş başında yetiştirme, teftiş ve değerlendirme, inceleme, soruşturma hizmetlerine yönelik olarak;

a) İlköğretim okulları,

b) Yetiştirici ve tamamlayıcı sınıflar ve kurslar,

c) Özel eğitime muhtaç çocuklar için açılmış okullar ve sınıflar,

d) Okul öncesi eğitim kurumları, uygulama sınıfları ile tamamlayıcı sınıflar ve kurslar,

e) Halk eğitim merkezi ve akşam sanat okulları ile bunlara bağlı kurslar,

f) Çıraklık eğitim merkezleri,

g) Eğitim araçları ve donatım merkezi ve akşam sanat okulu müdürlükleri,

h) Rehberlik ve araştırma merkezlerinde ve akşam sanat okulu müdürlükleri,

i) Öğretmenevi ve akşam sanat okulları, öğretmenevi, lokalleri ve sosyal tesisleri,

k) Sağlık eğitim merkezleri,

I) Hizmetiçi Eğitim Enstitüleri ve Akşam Sanat Okulları ile Hizmetiçi Eğitim Merkezleri,

m) Spor ve izcilik eğitim tesisleri,

n) Gençlik ve izcilik eğitim tesisleri,

o) Öğrencileri yetiştirme ve sınavlara hazırlama kursları,

p) Özel öğretim kurumlarına bağlı, dershane ve okulları ile her türlü özel yaygın eğitim kursları,

r) Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı Kur'an kursları,

s) Dernek ve vakıflarca açılan ve Bakanlığın denetimi ve gözetimi altında bulunan gerçek ve tüzel (şirket) kişilere ait öğrenci yurtları,

t) Valilikçe denetimi uygun görülen diğer okul ve kurumlar,

görev alanlarını oluşturur, düzenlemesine yer verilmiş ve "müfettişlerin görev ve yetkileri" başlıklı 43. maddesinin "soruşturma" yan başlığı altındaki d/1 bendinde; il idaresi Kanunu hükümlerine göre, valilikçe verilecek soruşturma emirleri gereğince resmi ve özel okul ile kurumlarda görevli öğretmen, yönetici ve diğer personel hakkında soruşturma yapmak, d/8 bendinde de; soruşturmalarda, muhbir, şikayetçi, sanık ve tanıkların celbi ve dinlenmesi gibi soruşturmanın gerektirdiği her türlü işlemlerin yerine getirilmesinde "Memurun Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat" ile "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu" hükümlerine göre hareket etmek, müfettişin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Bakılan davada; Danıştay İkinci Dairesince, belirtilen düzenlemelere ve ayrıca 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun 9. maddesinin (D) bendi ile 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2, 3 ve 5. maddelerine dayanılarak, Anadolu Lisesinde görev yapan yönetici ve eğitimci konumundaki personelin işledikleri suçlar nedeniyle, denetim konusunda uzmanlaşmış ilköğretim müfettişlerinin statüleri bakımından soruşturma ya da inceleme yapabileceklerine karar verilmiştir. Daire söz konusu kararında ayrıca, lise öğretmenlerinin, branşlarındaki yeterliklerinin tespiti ve bu konuyla ilgili olarak yapılacak soruşturmaların, branşlara yönelik ayrı bir uzmanlık bilgisini gerektirdiği gözönüne alındığında, branş yeterliliğinin tespiti ve soruşturulmasının, ilköğretim müfettişlerinin denetim alanının dışında tutulacağını da belirtmiştir. Görüldüğü üzere, ilköğretim müfettişlerinin 3797 sayılı Yasada görev ve yetkileri ile ilgili açık bir kural öngörülmemiş olması nedeniyle, Daire de söz konusu kararında ilköğretim müfettişlerinin görev ve yetkilerini yorum yoluyla belirlemek zorunda kalmıştır.

İdare Hukuku açısından yetki; kişileri, eşitlik kuralını, temel hak ve hürriyetleri kamusal para ve malları doğrudan ilgilendiren ve kamu gücü kullanımının aracı olan idari işlemin, idari teşkilat içerisindeki herkes tarafından değil, yalnızca Anayasa ve kanunlarla idare adına açıklama yetkisine sahip kılınmış kişilerce, yani hukuk kurallarıyla belirlenmiş ve sınırlanmış idari makamlar tarafından yapılabilme yeteneği olup, idare hukukunda yetki kamu düzenine ilişkin bulunmaktadır.

Özel hukuk işlemlerinden farklı olarak, İdare hukukunda işlem yapmada, kamu görevlilerinin hak ve fiil ehliyetine sahip olmaları yanında, ayrıca mevzuatça yetkilendirilmeleri gerekir. İdari işlem tesis eden kişiler egemenlikten kaynaklanan devlet yetkisini (kamu gücünü) kullanmaktadırlar. Anayasanın 6. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesi

gereğince, bir devlet yetkisi kullanmasında, yetkiyi kullananların kullandıkları yetkinin dayanağının Anayasa olması gerekmektedir. Aynı şekilde Anayasanın 123. maddesi uyarınca, "idare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." Söz konusu anayasal düzenlemeler idare adına yetki kullanacakların kanunla belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Yetki kuralları kişilere hukuki güvence sağlanması amacıyla İdare Hukukunda katı anlamda uygulanan kurallardan olup, kamu hukukunda ve idare hukukunda "yetkisizlik kural, yetkili olma istisnadır" ve bu istisna da yetkinin yasada gösterilen hallerde kullanılmasını ifade eder. Yetki kuralları yorum yoluyla genişletilemez. Yani idari makamlar yapacakları yorumla yetkili olmadıkları alanlarda kendilerini yetkili kılamazlar.

Bu durumda, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen 3797 sayılı Yasanın 53. maddesinde; ilköğretim müfettişi ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumluluklarının temel ilke ve esasları konulup, çerçevesi çizilmeden ve sınırları gösterilmeden, Yönetmeliğe bırakılmasına ilişkin söz konusu düzenleme, Anayasa'nın 6. maddesinin 3., 123. maddesinin 1. ve 128. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olduğu gibi, yasama yetkisinin devredilmesi sonucunu doğurması nedeniyle, Anayasanın 7. maddesine de aykırıdır. Öte yandan, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9. maddesinin (D) bendinde yer alan; Valinin adli ve askeri teşkilat dışında kalan bütün Devlet daire, müessese ve işletmesini denetleyeceği, teftiş edeceği, yine 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde yer verilen; ilçede görevli memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında Valinin soruşturma izni vermeye yetkili olduğu yolundaki düzenlemelerin, Yasa'da açıkça görev ve yetkileri belirtilmemiş olan ilköğretim müfettişlerinin Valinin görevlendirmesi halinde, yetkileri dahilinde olmayan kamu kurumlarında veya kamu görevlileri hakkında denetim yapabilmelerine olanak tanıdığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle… 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Yasanın 53. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'nın 7. ve 128. maddesinin 2. fıkrasına aykırı olduğu kanısına ulaşması nedeniyle, Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralın Anayasaya aykırılığı, uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğurabileceği gözetilerek esas hakkında karar verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 6.12.2007 günü… oyçokluğu ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

30.4.1992 günlü, 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri hakkında Kanun'un iptali istenilen 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasının da yer aldığı 53. maddesi şöyledir:

"Bakanlık, Bakanlıkların Kuruluş ve Görev Esasları Hakkında Kanun, Genel Kadro ve Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameler ve İl İdaresi Kanunu hükümlerine uygun olarak taşra teşkilatı kurmaya yetkilidir.

Her ilde ve ilçede bir milli eğitim müdürlüğü bulunur, ilçe milli eğitim müdürlükleri görev ve hizmetleri yürütürken, il milli eğitim müdürlüklerine karşı da sorumludur. İl ve ilçelerin sosyal ve ekonomik gelişme durumları, nüfusları ve öğrenci sayıları gözönünde bulundurularak bu müdürlükler farklı tip ve statülerde kurulabilir ve farklı yetkiler verilebilir. İş durumuna ve ihtiyaca göre Bakanlık ana hizmet birimleri, milli eğitim müdürlüklerine bağlı olarak ayrı il ve ilçe birimleri de kurabilir.

İl Milli Eğitim Müdürlükleri bünyesinde İlköğretim Müfettişleri Başkanlığı oluşturulur. İlköğretim Müfettişleri en az dört yıl süreli yüksek öğrenimli öğretmenler arasından yarışma sınavı ile yardımcı olarak mesleğe alınırlar. Bu görevde üç yıllık yetişme dönemini takiben yapılacak yeterlik sınavını başaranlar ilköğretim müfettişi kadrolarına atanırlar. İlköğretim müfettişlerinin ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usulü, nitelikleri, yetişme şekli ve atanmalarına ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine Haşim KILIÇ, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE,

24.1.2008 gününde karar verildi.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kamu görevlilerinin egemenlikten kaynaklanan devlet yetkisi kullandıkları, Anayasa'nın 6. maddesine göre, kullanılan devlet yetkisinin dayanağının Anayasa olduğu, Anayasa'nın 123. maddesinde kuruluş ve görevleriyle bir bütün olan idarenin yasallığı ilkesinin kabul edildiği, Anayasa'nın 128. maddesinde de memurlar ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesinin zorunlu olduğu, 3797 sayılı Yasa'nın 53. maddesine 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasında İl Millî Eğitim Müdürlükleri bünyesinde oluşturulan İlköğretim Müfettişleri Başkanlığında görevli ilköğretim müfettişi ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumluluklarının yasayla düzenlenmediği gibi yasada temel ilke ve esaslara ilişkin sınırlar çizilmeksizin yasama yetkisinin devri niteliğinde konunun yönetmeliğe bırakıldığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3797 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü tümceleriyle, Milli Eğitim Bakanlığı taşra teşkilatında İlköğretim Müfettişleri Başkanlığı oluşturulmakta, Başkanlığa bağlı ilköğretim müfettişliği kadrolarına atanmak için en az dört yıl yüksek öğrenim görmüş olmak, öğretmen olmak, yarışma sınavını kazanmak, üç yıl staj yapmak ve staj sonunda yeterlik sınavını başarmak koşulları getirilmekte, son tümceyle de ilköğretim müfettişlerinin görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usulü, nitelikleri, yetişme şekli ve atanmalarına ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle düzenleneceği kurala bağlanmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin bütünlüğü ve yasallığı ilkesi kabul edilmektedir. İdarenin yasallığı ilkesinin bir sonucu olarak Anayasa'nın 128. maddesinde de "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer*

kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir." denilmektedir.

Anayasa'nın 7. 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 Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu, gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir.

İlköğretim müfettişlerinin Milli Eğitim Bakanlığı ile statüer ilişkileri, 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa ile eğitim-öğretim hizmetleri sınıfında belirlenen kadroları ve nitelikleri gözetildiğinde Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında devletin genel idare esaslarına göre yükümlü olduğu asli ve sürekli görevleri yürüten kamu görevlisi oldukları kuşkusuzdur. İtiraz konusu kuralın birinci, ikinci ve üçüncü tümceleriyle, Anayasa'nın 123. maddesi hükmünün gereği olarak merkezi idarenin taşra teşkilatında yasayla oluşturulan İlköğretim Müfettişleri Başkanlıklarına bağlı kadrolara dört yıllık yüksek öğrenim mezunu öğretmenlerden yarışma sınavını kazananlardan üç yıllık staj sonucunda yeterlik sınavında başarılı olanların atanması öngörülmektedir. Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün gereği olarak 3797 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci, ikinci ve üçüncü tümcelerinde ilköğretim müfettişlerinin ve yardımcılarının nitelikleri yasayla belirtildiğinden Anayasa'ya aykırılık yoktur, iptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu Yasa'nın 53. maddesinin üçüncü fıkrasının son tümcesinde ise, Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası gereğince yasayla düzenlenmesi zorunlu olan ilköğretim müfettişlerinin ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usulü, nitelikleri, yetişme şekli ve atanmalarına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmaktadır. Anayasa'nın 7. maddesi gereğince yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız, belirsiz bir alanı, yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

10.6.1949 günlü, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9. maddesinin (D) bendi gereğince, vali, ilde devletin ve hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtası olması sıfatıyla, adli ve askeri teşkilat dışında kalan bütün devlet daire, müessese ve işletmelerini, özel işyerlerini, özel idare, belediye, köy idareleriyle bunlara bağlı tekmil müesseseleri denetler, teftiş eder. Bu denetleme ve teftişi Bakanlık veya genel müdürlük müfettişleriyle veya bu dairelerin amir ve memurlarıyla da yaptırabilir. 2.12.1999 günlü, 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun gereğince, devletin ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürüttükleri kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri ifa eden memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında yapılacak ön incelemede, ilköğretim müfettişlerinin de görevli olmaları mümkündür. 5422 ve 4483 sayılı Yasalar gereğince ilköğretim müfettişlerine verilen kimi yetki ve görevlerin, ilköğretim müfettişliğinin görev, yetki ve sorumluluk alanının çerçevesini belirlediği söylenemez.

Açıklanan nedenlerle 3797 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin üçüncü fıkrasının *"…İlköğretim müfettişlerinin ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usulü, nitelikleri, yetişme şekli ve atanmalarına ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir. "*şeklindeki son tümcesi Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırıdır ve iptali gerekir.

Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu düşüncelere katılmamıştır.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

30.4.1992 günlü, 3797 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (13.12.1983 Tarihli ve 179 Sayılı, 8.6.1984 Tarihli ve 208 Sayılı, 23.10.1989 Tarihli ve 385 Sayılı, 9.4.1990 Tarihli ve 419 Sayılı, 28.8.1991 Tarihli ve 454 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun)'un 53. maddesinin, 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle eklenen üçüncü fıkrasının;

1- Son tümcesine ilişkin iptal hükmünün, süre verilerek yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu tümceye yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

2- Kalan bölümüne yönelik iptal istemi, 5.3.2009 günlü, E. 2008/3, K. 2009/44 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

5.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

30.4.1992 günlü, 3797 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun (13.12.1983 Tarihli ve 179 Sayılı, 8.6.1984 Tarihli ve 208 Sayılı, 23.10.1989 Tarihli ve 385 Sayılı, 9.4.1990 Tarihli ve 419 Sayılı, 28.8.1991 Tarihli ve 454 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun)'un:

A- 53. maddesinin, 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle eklenen üçüncü fıkrasının;

1- Son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Sacit ADALI, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 53. maddesinin, 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa'nın 9. maddesiyle eklenen üçüncü fıkrasının son tümcesinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu tümceye ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5.3.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz başvurusuna konu kural 30.4.1992 günlü, 3797 sayılı Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin değişik üçüncü fıkrasının iptali olup; bu fıkrada ilköğretim müfettişleri statüsünün düzenlendiği ve ilköğretim müfettişleri ve yardımcılarının görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usulü, nitelikleri, yetişme şekli ve atanmalarına ilişkin esas ve usullerin yönetmelikle düzenleneceği hususunun belirtildiği görülmektedir. Oysa itiraza esas teşkil eden ve Danıştay 2. Dairesi'nde açılan davanın konusu, Milli Eğitim Bakanlığı Anadolu Liseleri Öğretmenlerinin Seçimi ve Atamalarına İlişkin Yönetmeliğin 19. maddesinin üçüncü fıkrasının "…haklarında yapılan adli veya idari soruşturma sonucu görev yerlerinin değiştirilmesi uygun görülenler… herhangi bir koşula bağlı olmaksızın kapsam dışında bulunan okullara değiştirilir…" şeklindeki kuralının ve bu kural gereği, öğretmen olan davacının il içinde bir başka okula atanmasına ilişkin işleminin iptali isteminden ibarettir. İtiraz başvurusunda bulunan Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu ise davacı tarafından iptal davasına konu yapılmayan bir başka Yönetmeliğin (Milli Eğitim Bakanlığı İlköğretim Müfettişleri Başkanlıkları Yönetmeliği) 42. maddesinin (t) bendindeki "Valilikçe denetimi uygun görülen diğer okul ve kurum"ların ilköğretim müfettişlerinin görev alanında olduğuna ilişkin düzenlemeden hareketle, Anadolu Lisesi öğretmeni olan davacı hakkında valilik görevlendirmesiyle bir ilköğretim müfettişince idari soruşturma yapılıp rapor düzenlenmesi olgusunun etkisiyle atama işlemi tesis edilmesinde, iptal davasına konu edilmeyen, bir başka yönetmeliğe dayanak teşkil eden yasa hükmünün Anayasa'ya aykırılığı iddiasında bulunmaktadır.

Bu somut tespit karşısında, itiraza konu kuralın, Danıştay'daki davada "uygulanacak yasa kuralı" olarak kabul edilmesi mümkün olmadığı gibi; aksine bir kabul dolaylı yoldan ilgili – ilgisiz bir çok yasa kuralının, yetkili olmayan mahkemelerce itiraz davasına konu yapılması sonucunu doğuracaktır. Davanın somutunda, davacının il içinde okul değiştirmesine yol açan kural bir yana bırakılarak, iptale konu yapılmayan bir yönetmelikten hareketle, bu yönetmeliğin ilgili hükmünün dayanağı olan yasa kuralının iptali isteminde bulunulduğundan; itiraz yoluyla Mahkememiz önüne getirilen kuralın, itiraz başvurusunu yapan mahkemenin önündeki davada uygulanacak yasa kuralı olmadığı, dolayısıyla söz konusu başvurunun, başvuran mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerektiği kanısındayız.

Açıklanan nedenlerle, davanın esasına geçilmesine ilişkin çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Ahmet AKYALÇIN
Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9. maddesinin (D) bendinde, valinin, adli ve askeri teşkilat dışında kalan bütün Devlet daire, müessese ve işletmesini denetleyeceği, teftiş edeceği hususu valilerin görev ve yetkileri arasında hüküm altına alınmıştır.

4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 2., 3. ve 5. maddelerinde memurlar ve diğer kamu görevlilerinin görevleri sebebiyle işledikleri suçlar hakkında bu kanun hükümlerinin uygulanacağı, bu konuda izin vermeye yetkili merciin bir ön inceleme başlatacağı, bu incelemenin izin vermeye yetkili mercii tarafından bizzat yapılabileceği gibi, görevlendirdiği bir veya birkaç denetim elemanı veya hakkında inceleme yapılanın üstü konumundaki memur veya kamu görevlilerinin biri veya birkaçı eliyle yaptırabileceği belirtilmiştir.

222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu'nun 23. maddesindeki ilköğretim müfettişlerinin görev ve yetkilerinin, ilköğretim ve ilköğretim öğretmenleri ile sınırlandırılmasına ilişkin hüküm ise 4359 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2- Açıklanan mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden; valilikçe uygun görülen tüm eğitim kurumlarında, konusu disiplin ya da cezai yönden suç teşkil eden hususların soruşturulmasında ilköğretim müfettişlerinin yetkili oldukları tartışmasızdır.

Kaldı ki 4483 sayılı Kanunda, bu kanun kapsamındaki memurlar hakkında ön inceleme yapılması konusunda, kurumsal açıdan herhangi bir ayırıma da gidilmediği görülmektedir. Ön incelemenin ne şekilde yapılacağı ise aynı Kanun'un 5. ve 6. maddelerinde detaylı olarak düzenlenmiştir.

3- Devlet memurluğu statüsüne ilişkin esaslı kural ve düzenlemeler ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yer almaktadır. Özellikle anılan Kanun'un 36. maddesinde hizmet sınıfları ve bu sınıfların statüer kuralları

çok detaylı biçimde yer almaktadır. Anılan maddede ilköğretim müfettişleri yönünden özel bir düzenleme de bulunmaktadır. Eğitim ve öğretim hizmetleri sınıfının genel özelliklerini haiz olmak koşuluyla, diğer detay ve teknik düzenlemelerin düzenleyici tasarruflara bırakılması ise doğru ve hukuka uygun bir davranış biçimidir.

4- Sayılan tüm bu mevzuat hükümleri, ilköğretim müfettişlerinin statülerinin çerçevesinin değişik yasa hükümleri ile yeterince çizilmiş olduğunu, itiraza konu 3797 sayılı Kanun'un 53. maddesinin son fıkrasının öngördüğü düzenlemenin ise tamamen teknik ve detaya ilişkin hususlara yönelik bir içerik taşıması nedeniyle, sınırsız ve belirsiz bir alanı idarenin düzenlemesine bıraktığından söz edilemeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, anılan fıkranın, Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 3797 sayılı Kanun'un 53. maddesinin son fıkrasının iptaline yönelik itiraz başvurusunun reddine karar verilmesi gerektiği kanısına vardığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılamıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Sacit ADALI	Serdar ÖZGÜLDÜR	Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2008/92

Karar Sayısı : 2009/45

Karar Günü : 5.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Diyarbakır 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2003 günlü, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun geçici 2. maddesinin, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının *"… bu personelin eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde; bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutar esas alınır. Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihten sonra geçecek süre içerisinde ilgililerin eski pozisyonlarının malî haklarının tespitinde de belirlenecek bu tutar dikkate alınır."* bölümünün, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'nin özelleştirilmesi nedeniyle 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi uyarınca naklen ataması yapılan davacının, maaşının eksik hesaplandığı iddiasıyla açmış olduğu davada itiraz konusu bölümün Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"ANAYASA'YA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ:

1- ANAYASA'NIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN

Anayasa'nın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk

milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmüne yer verilmiştir.

Hukuk Devleti olma ilkesi, devletin demokratik, sosyal ve laik olma ilkelerinin tümünü kapsayan, bir yandan kişi hürriyeti ve güvenliğini esas alırken diğer yandan da bireyleri idarenin eylem ve işlemlerine karşı korumayı amaçlayan bir düzenlemedir.

Bir devletin hukuk devleti olması sonucu vatandaşlarının hem bedensel hem de maddi varlıklarını koruması gerektiği açıktır. Bu anlamda belli bir maddi olanağa kavuşan bireylerin bu olanaklarının belli şartlar altında korunması gerekir. Bu itibarla TÜPRAŞ'ın 2003 yılında özelleştirilmesi üzerine kanun koyucu tarafından söz konusu kuruluştan nakledilecek personelin özlük hakları ile ilgili düzenleme yapmak amacıyla kabul edilen 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun Geçici 2. maddesinin, söz konusu özelleştirmenin yargı kararı ile iptal edilmesi ve daha sonra 2005 yılında özelleştirilmenin tekrarlanması üzerine tekrar düzenlenmesi gerektiği açıktır. Zira söz konusu hükme göre özelleştirme sonucu TÜPRAŞ'tan ayrılacak personelin 15.11.2003 tarihindeki ücret ve diğer malî haklarının temel alınması ve bu süreçte özelleştirmenin yargı kararı nedeniyle uzaması karşısında yeni bir düzenleme yapılması gerekirken, mevcut düzenlemenin TÜPRAŞ'tan ayrılan personele uygulanmasında hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunduğu açıktır.

2- ANAYASA'NIN 5. MADDESİ YÖNÜNDEN

Anayasa'nın 5. maddesinde "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumu refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." hükmü yer almaktadır.

Anılan hüküm "Sosyal Devlet" ilkesinin bir gereğidir. Bu hükümle devlet ülkede yaşayan tüm vatandaşlarının siyasal, ekonomik ve sosyal koşullardan eşit şekilde yararlandırmak ve bunun için gerekli olan önlemleri almakla görevli kılınmıştır.

Bu hükme göre Devlet değişen koşulları değerlendirip yeni düzenlemeler yapmak zorundadır. Ayrıca vatandaşları arasında aynı durumda olanlara aynı hükümleri uygulamakla yükümlüdür. Bu nedenle

özelleştirilen kurumlar arasında farklılık oluşturulması ve özelleştirilen kurumlardan ayrılan personellere farklı hükümlerin uygulanması sosyal devlet ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

3- ANAYASA'NIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN

Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (Ek: 7.5.2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre Devlet vatandaşlar arasında eşit muamelede bulunmak zorundadır. Oysa 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin beşinci fıkrası ile 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun Geçici 2. maddesinin değerlendirilmesinden, özelleştirilen kuruluşlarda çalışan personeller arasında farklı uygulamalara gidilmekte, çoğunlukla özelleştirilen kuruluşlardan istihdam fazlası personel olarak ayrılıp, başka kamu kurumlarına atanan personelin yeni kurumlarındaki ücret ve diğer malî hakları belirlenirken özelleştirilen kuruluştaki son olarak aldığı ücret ve diğer malî hakları dikkate alınırken, Petrol Piyasası Kanunu'na tâbi konularda faaliyet gösteren kuruluşların özelleştirilmesi sonucu istihdam fazlası olarak belirlenip kamu kurumlarına atanan personelin yeni kurumlarındaki özlük haklarının ödenmesinde 15.11.2003 tarihindeki ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığı'na bildirim tarihine kadarki maaş artış oranlarının dikkate alınarak ortaya çıkan miktarın dikkate alındığı görülmektedir. Bu durum vatandaşlar arasında farklı uygulamalara neden olmakta, sadece 5015 sayılı Kanun'a tâbi kuruluşlarda çalışıp buradan başka kamu kurumlarına nakledildikleri için bu personel hak kaybına uğramaktadır. Bu açıdan söz konusu hükmün Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu açıktır.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "bu personelin eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmak

suretiyle bulunacak tutar esas alınır. Devlet Personel Başkanlığı'na bildirildikleri tarihten sonra geçecek süre içerisinde ilgililerin eski pozisyonlarının malî haklarının tespitinde de belirlenecek bu tutar esas alınır" ibaresinin Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu kanaati ile iptalinin talep edilmesine, dava dosyasının tüm belgeleriyle onaylı suretlerinin oluşturularak Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına, iş bu karar ile dosya suretinin Yüksek Mahkeme'ye tebliğinden itibaren 5 ay beklenilmesine, 5 ay içinde sonuç gelmezse mevcut mevzuata göre davanın görülmesine, 7.6.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun geçici 2. maddesinin, iptali istenilen bölümü de içeren 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte lisansa tâbi konularda faaliyet gösteren özelleştirme kapsamındaki kuruluşlar, özelleştirilinceye kadar üretim ve ticari faaliyetleri yönünden, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi değildir. Bu kuruluşlarda çalışan kapsam dışı personelin ücret ve diğer malî haklarının net aylık toplamını, Başbakanlık Müsteşarının ortalama net aylığının iki katını geçmemek üzere belirlemeye kuruluş yönetim kurulu yetkilidir. Ancak, ücret ve malî hakları bu fıkraya göre belirlenen kapsam dışı personelin, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesi uyarınca başka kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmeleri halinde, aynı maddenin beşinci fıkrası uygulanırken **bu personelin eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde; bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutar esas alınır. Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihten sonra geçecek süre içerisinde ilgililerin eski pozisyonlarının malî haklarının tespitinde de belirlenecek bu tutar dikkate alınır."**

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 5398 sayılı Yasa ile değiştirilen 22. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

"Bu madde hükümlerine göre kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen sözleşmeli personel ile iş kanunlarına tâbi personele, Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları sözleşme ücreti, ücret (fazla mesai ücreti hariç), ikramiye, bankacılık tazminatı, ek ücret, ek ödeme, teşvik ödemesi ve benzeri adlarla yapılan ödemelerin toplam net tutarının (bu tutar sabit bir değer olarak esas alınır); nakledildiği kurum veya kuruluştaki kadro veya pozisyonlara ilişkin olarak yapılan aylık, ek gösterge, ikramiye, her türlü zam ve tazminatları (ek tazminat ve bankacılık tazminatı dâhil), makam tazminatı, temsil tazminatı, görev tazminatı, sözleşme ücreti, ücret, ek ücret, ek ödeme, teşvik ödemesi, döner sermaye payı ve benzeri adlarla yapılan her türlü ödemelerin (fazla mesai ücreti, fiilen yapılan ders karşılığı ödenen ek ders ücreti hariç) toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarı, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenir. Atandıkları kurumdaki kadro unvanı veya pozisyonlarında isteğe bağlı olarak herhangi bir değişiklik olanlarla, başka kurumlara geçenlere fark tazminatı ödenmesine son verilir."

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 27.10.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anlam ve Kapsam

Özelleştirme nedeniyle diğer kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilecek olan personelin malî hakları genel olarak 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 22. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede, nakledilen sözleşmeli personel ile iş kanunlarına tâbi personelin Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibarıyla almakta oldukları ücret ve diğer malî haklarının toplam tutarının, nakledildiği kurum veya kuruluştaki kadro veya pozisyonlara ilişkin olarak yapılan ödemelerin toplam net tutarından fazla olması halinde aradaki fark tutarın, herhangi bir vergi ve kesintiye tâbi tutulmaksızın fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak söz konusu personele ödenmesi öngörülmüştür.

4.12.2003 günlü, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun geçici 2. maddesi ile bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte lisansa tâbi konularda faaliyet gösteren özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan kapsam dışı personelin ücret ve malî haklarının belirlenmesi konusunda özel bir hükme yer verilmiş ve Başbakanlık Müsteşarının ortalama net aylığının iki katını geçmemek üzere kapsam dışı personelin ücret ve diğer malî haklarının net aylık toplamını belirlemeye kuruluş yönetim kurulu yetkili kılınmıştır. Bu yetkinin kuruluş yönetim kurulunca kullanılarak kapsam dışı personelin ücret ve malî haklarının bu maddeye göre belirlenmesi ve sonrasında söz konusu personelin 4046 sayılı Yasa'nın 22. maddesi uyarınca başka kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmeleri halinde, 4046 sayılı Yasanın 22. maddesinin 5. fıkrasının uygulanmasında bu personelin eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının nasıl belirleneceği hususu itiraz konusu bölüm ile özel olarak düzenlenmiş ve bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarlarının uygulanmak suretiyle bulunacak tutarın esas alınacağı belirtilmiştir. Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihten sonra geçecek süre içerisinde ilgililerin eski pozisyonlarının malî haklarının tespitinde de belirlenecek bu tutar dikkate alınacaktır.

B- Anayasaya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Devletin vatandaşlarına eşit muamelede bulunmak zorunda olduğu, özelleştirme nedeniyle nakle tâbi personelin malî haklarının 4046 sayılı Yasa ile 5015 sayılı Yasa'da farklı belirlendiği, kural olarak nakle tâbi personelin ücret ve diğer malî haklarının özelleştirilen kuruluşta aldığı son ücret ve haklar gözetilerek belirlenirken Petrol Piyasası Kanunu'na tâbi konularda faaliyet gösteren kuruluşlarda nakle tâbi personelin ücreti belirlenirken geriye dönük olarak 15.11.2003 tarihinin esas alınmasının farklı uygulamalara ve hak kayıplarına neden olduğu ve eşitlik ilkesi ile sosyal devlet ilkesine aykırılık oluşturduğu, hukuk devletinde bireylerin bedensel ve maddi varlıklarının korunması gerektiği, belirli bir maddi olanağa kavuşan bireylerin bu olanaklarının belirli şartlar altında korunması gerektiği, nakle tâbi personelin özlük haklarının belirlenmesinde 15.11.2003 tarihinin esas alınma nedeninin 2003 yılında TÜPRAŞ'ın özelleştirilmesi olduğu, söz konusu özelleştirme işleminin yargı kararıyla iptal edilmesinden sonra personelin özlük haklarının yeniden düzenlenmesi gerekirken mevcut düzenlemenin korunmasının hukuk devleti ilkesine aykırı bulunduğu, bu nedenle itiraz konusu bölümün Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan; sosyal devlet ise kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için önlemler alarak çalışanları koruyan devlettir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuki güvenlik, kural olarak yasaların geriye yürümemesini gerekli kılar. Yasalar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar.

4.12.2003 günlü, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu, 20.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. İptali istenilen bölümde esas alınan "15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklar", bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte ilgililerin almakta oldukları ücret ve diğer malî hakları ifade etmektedir. Diğer bir deyişle itiraz konusu bölümde, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte kapsam dışı personelin almakta

olduğu ücret ve diğer malî haklardan farklı bir ücret ve malî hak esas alınmadığından, yasanın geriye yürümesinden söz edilemez. Kaldı ki 5015 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi kapsamındaki personelin, ücret ve diğer malî hakları belirlenirken, 15.11.2003 tarihindeki ücret ve diğer malî hakları sabit olarak esas alınmamakta, bu tutara 15.11.2003 tarihinden Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmaktadır.

Bu değerlendirme kazanılmış hak ilkesi bakımından da geçerlidir. Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, bir hak sağlamaya elverişli nesnel yasa kurallarının bireylere uygulanması ile onlar için doğan öznel hakkın korunması anlamını taşımaktadır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekmektedir. Kazanılmış hak, kişinin bulunduğu statüden doğan, kendisi yönünden kesinleşmiş ve kişisel niteliğe dönüşmüş haktır.

5015 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi, ilgili kuruluş yönetim kuruluna kapsam dışı personelin ücret ve diğer malî haklarını belirleme yetkisi tanıyan bir düzenleme niteliği de taşıdığından, tanınan bu yetkinin yönetim kurulunca kullanılması sonucu kapsam dışı personelin yeniden belirlenecek olan ücret ve diğer malî hakları, Yasa'dan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla elde edilmiş bir hak niteliğinde bulunmadığından, kazanılmış bir hakkın ihlali söz konusu değildir.

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

527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 31. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, *"233 ve 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname kapsamı dışında kalan kamuya ait bankalarla 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin geçici 9 ve ek 1 inci maddelerinde belirlenen kuruluşlardan yönetim kademelerinde*

sözleşmeli statüde personel çalıştıranların genel müdür, genel müdür yardımcısı, daire başkanı, müdür, grup başkanı, müdür ve başkan yardımcısı, şef ve memur gibi unvanlarla çalışan yönetim personelinin (kapsam dışı personel dahil) mevzuatlarına göre tespit edilecek sözleşme ücretlerinin yürürlüğe konulabilmesi için ilgili Bakanlıkça ayrıca Yüksek Planlama Kurulunun uygun görüşünün alınması şart olup sözkonusu ücretlerde gerektiğinde düzenleme yapmaya Yüksek Planlama Kurulu yetkilidir." hükmü uyarınca bu madde kapsamındaki kuruluşlarda çalışan kapsam dışı personelin ücretleri Yüksek Planlama Kurulu kararları doğrultusunda belirlenmekte ve bu ücretlerde Yüksek Planlama Kurulu kararlarına göre artış yapılmaktadır.

5015 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi ile bu Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte lisansa tâbi konularda faaliyet gösteren özelleştirme kapsamındaki kuruluşlarda çalışan personelin ücret ve diğer malî haklarının net aylık toplamının, Başbakanlık Müsteşarının ortalama net aylığının iki katını geçmemek üzere yeniden belirlenmesi konusunda kuruluş yönetim kuruluna yetki tanınmak suretiyle söz konusu kuruluşların personelinin 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin anılan hükmü kapsamı dışına çıkarılabilmesine olanak tanınmıştır. Buna göre ücret ve özlük haklarının, 5015 sayılı Yasa'nın geçici 2. maddesi uyarınca kuruluş yönetim kurulu tarafından belirlenmesi halinde, ücret ve diğer malî hakları yeniden belirlenen kapsam dışı personelin "ücret rejimi" yönünden farklı bir hukuki konuma gelecekleri açıktır.

Ücret rejimi yönünden farklı hukuki kurallara tâbi tutulan ve ücret ile diğer malî hakları kuruluş yönetim kurulunca belirlenen, bu yönüyle nakle tâbi 4046 sayılı Yasada öngörülen diğer kapsam dışı personelden farklı hukuki konumda bulunan personelin, özelleştirme nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmelerinden sonra ücret ve diğer malî hakları belirlenirken farklı kurallara tâbi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Kaldı ki 15.11.2003 tarihinde alınmakta olan ücret ve diğer malî haklara bu tarihten sonra uygulanması öngörülen kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarlarının, Yüksek Planlama Kurulu kararlarında öngörülen ücret artışları ile eşit olduğu da anlaşılmaktadır.

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

Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU ile Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 5. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.12.2003 günlü, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun geçici 2. maddesinin, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının "… bu personelin eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde; bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutar esas alınır. Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihten sonra geçecek süre içerisinde ilgililerin eski pozisyonlarının malî haklarının tespitinde de belirlenecek bu tutar dikkate alınır." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 5.3.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

24.11.1994 günlü ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un "Kuruluşlardaki Personelin Nakli" başlıklı 22. maddesi, özelleştirme programına alınan kuruluşlarda ilgili kuruluş veya idare tarafından istihdam fazlası personel olarak belirlenerek, bu madde hükümlerine göre kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen sözleşmeli personel ile iş kanunlarına tâbi personelin yeni kurumlarındaki ücret ve diğer mali hakları belirlenirken, özelleştirilen kuruluştaki son olarak aldığı ücret ve diğer mali haklarının esas alınması gerektiğini öngörmektedir.

Bir kamu kurumu niteliğinde iken 2003 yılında özelleştirme programına alınan TÜPRAŞ'ta görev yapıp istihdam fazlası oldukları için gerçekte 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesi uyarınca işlem görmesi gereken personel bakımından farklı bir uygulama öngörülmüş ve 4.12.2003 tarih ve 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'na eklenen Geçici 2. madde ile bu konumdaki personele yeni kurumlarındaki özlük haklarının belirlenmesinde 15.11.2003 tarihinde almakta oldukları ücret ve diğer mali hakları baz olarak belirlenmiş; bu baz tutarlara bu tarihten itibaren kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve miktarlarının ilavesi esası getirilmiştir. 5015 sayılı Yasa'nın Geçici 2. maddesi TÜPRAŞ'ın özelleştirildiği tarihi esas almakla birlikte, daha sonra Danıştay'ca bu işlemin iptali üzerine özelleştirme işlemi tekrarlanmış ve ancak Ocak 2006 tarihinde TÜPRAŞ özelleştirilebilmiştir. Davanın somutunda, kapsam dışı personel olarak bu kurumda çalışmakta olan ilgili Mayıs 2006 tarihine kadar TÜPRAŞ'ta çalışmaya devam etmiş ve bu tarihte bir başka kamu kurumuna naklen atanarak göreve başlamıştır. İlgilinin yeni kurumundaki aylık baremi belirlenirken, 5015 sayılı Kanun'un kabulünden sonraki iki yıllık dönem hiç dikkate alınmamış ve 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesindeki mantık ve düzenlemenin tamamen dışına çıkılarak, yargı kararı ile iptal edilmiş bir özelleştirme tarihi esas alınarak aylık ve özlük hakları belirlemesi yapılmıştır.

Bir hukuk devletinde yasa koyucunun yargı kararıyla ortaya çıkan bu durumu dikkate alarak, yeni özelleştirme sürecini esas alan yeni bir yasal düzenleme yaparak TÜPRAŞ'ta bu konumdaki personelin özlük haklarını düzenlemesi ya da ilgili yasal düzenlemeyi (5015 sayılı Kanun'un Geçici 2. maddesini) yürürlükten kaldırarak ilgili personeli tüm özelleştirmeler için genel kural öngören 4046 sayılı Kanun'un 22. maddesine tâbi tutması gerekirken; bu hukuki lazımeye uyulmadığı açıkça görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı düştüğü, ayrıca aynı hukuki konumdaki (özelleştirme kapsamına alınan kurumlarda çalışan kapsam dışı personel) kişiler arasında farklı özlük hakları düzenlemesi sonucunu doğurması karşısında Anayasa'nın 10. maddesine de aykırı olduğu ve bu nedenle iptali gerektiği kanısına vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Sacit ADALI	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR

KARŞIOY GEREKÇESİ

5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nun Geçici 2. maddesinin 5398 sayılı Yasa ile değiştirilen ikinci fıkrasında, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte lisansa tâbi konularda faaliyet gösteren özelleştirme kapsamındaki kuruluşlar, özelleştirilinceye kadar üretim ve ticari faaliyetleri yönünden, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununa tâbi değildir. Bu kuruluşlarda çalışan kapsam dışı personelin ücret ve diğer malî haklarının net aylık toplamını, Başbakanlık Müsteşarının ortalama net aylığının iki katını geçmemek üzere belirlemeye kuruluş yönetim kurulu yetkilidir. Ancak, ücret ve malî hakları bu fıkraya göre belirlenen kapsam dışı personelin, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Kanunun 22 nci maddesi uyarınca başka kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmeleri halinde, aynı maddenin beşinci fıkrası uygulanırken bu personelin eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde; bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutar esas alınır. (Ek cümle: 3/7/2005 – 5398/18 md.) Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihten sonra geçecek süre içerisinde ilgililerin eski pozisyonlarının malî haklarının tespitinde de belirlenecek bu tutar dikkate alınır." denilmektedir. Buna göre, Fıkra'da belirtilen kuruluşlarda çalışan kapsam dışı personelin ücret ve diğer malî haklarının net aylık toplamını, Başbakanlık Müsteşarının ortalama net aylığının iki katını geçmemek üzere belirlemeye kuruluş yönetim kurulu yetkili kılınmış, ancak, itiraz konusu bölümü oluşturan ücret ve malî hakları bu fıkraya göre belirlenen kapsam dışı personelin, başka kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilmeleri halinde 4046 sayılı Yasa uygulanırken, eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde; başka bir anlatımla 20.12.2003 tarihinde yürürlüğe giren 5015 sayılı Yasanın kuruluş yönetim kurullarına verdiği yetkinin kullanılmasından önce uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutarın esas alınması kabul edilmiştir. Böylece, Yasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra kuruluş yönetim kurullarınca tespit edilen miktarlar üzerinden maaş alacak söz konusu personelin, nakilleri halinde bu maaşın kazanılmış hak

oluşturmayacağı öngörülerek, yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi bunların, nakledilen statüde çalışmakta olan personelin aldığı malî hakların üstünde oluşabilecek haklara sahip olmaları engellenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eşitlik temelinde adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirmekle yükümlüdür. Kazanılmış hakların korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması da hukuk devleti olmanın gereğidir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a göre özelleştirme nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen "iş kanunlarına tâbi personelin", alacağı ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde, Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadrolarına ilişkin olarak bildirim tarihi itibariyle almakta oldukları ücret ve diğer malî hakları toplam net tutarı esas alınmakta, bunun nakil sonucu gerçekleşecek tutardan fazla olması halinde aradaki fark tutarı, bu fark kapanıncaya kadar ayrıca tazminat olarak ödenmektedir.

Geçici 2. maddeye göre, kuruluş yönetim kurullarınca, ücret ve malî haklar belirlenerek, nakle tâbi personel için Yasa'nın yürürlük tarihinden önceki bir tarihte geçerli olan malî hakların esas alınıp, buna bazı artışların ilâvesiyle ödeme yapılacağının öngörülmesi, bu kişilerin önceden kişisel hakka dönüşmüş daha yüksek bir ücret almamaları nedeniyle müktesep hak ihlâli olarak değerlendirilemez. Ancak, nakil kapsamına giren söz konusu personele aksine bir hüküm olmaması nedeniyle nakil tarihine kadar geçen sürede, kuruluş yönetim kurullarınca belirlenen ücret ve malî haklar ödeneceğinden, nakil sonrası bu kişilerin gelirlerinin önemli ölçüde azalması kaçınılmaz hale gelecektir. Kişilerin öngöremeyecekleri ya da iradeleri dışında malî hak kaybına uğrayacakları durumlarla karşı karşıya bırakılmalarının, hukuk güvenliğini zedelediği gibi sosyal hukuk devleti anlayışıyla da bağdaşmayacağı açıktır. Ayrıca özelleştirme nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarına nakledilen "iş kanunlarına tâbi personel" arasında kurumları nedeniyle farklılık yaratılmasının eşit ve adil bir uygulama olarak kabulü de olanaklı değildir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın iptali gerektiği kanısıyla çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Esas Sayısı : 2009/16

Karar Sayısı : 2009/46

Karar Günü : 12.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 1. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 24.6.1995 günlü, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin, Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Coğrafi işaret hakkının ihlali suçundan dolayı 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24/A-c maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle sanık hakkında açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İzmir Cumhuriyet Başsavcılığının 15.06.2007 Tarih, 2007/20387 esas, 2006/638 iddianame numaralı iddianamesi ile Sanık Muzaffer Egi hakkında 555 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 4128 Sayılı Kanunla eklenen 5194 Sayılı Kanun ile değişik 24/A-c maddesi uyarınca cezalandırılması istenerek Mahkememizde 2007/816 esas sayılı kamu davası açılmıştır.

İddianamede: Sanığın işyerinde yapılan arama sonucunda, şikayetçiye ait menşe adı olarak tescilli coğrafi işaretin sanığın işyerinde ele geçen peynirlerde kullanıldığı iddia edilmiş sanığın coğrafi işaret hakkının ihlalinden dolayı cezalandırılması istenmiştir.

Müdafi Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Cumhuriyet Savcısı iddianın ciddi olduğunu bildirmiştir.

Mahkememiz Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6l/d maddesinin iptaline ilişkin aşağıda açıklanan gerekçesindeki nedenlerle bu iddiayı ciddi bulmuştur. Anayasa Mahkemesinin kararındaki gerekçede:

"Yasa koyucu, ceza hukuku alanında yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımları ile karşılanmaları gerektiği ve hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

Zaman içinde toplumsal gereksinimleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak alınan önlemlerin etkisini artırmak ya da bunları hafifletmek veya ortadan kaldırmak yetkisi yasa koyucuya aittir.

Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin İlk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Bakanlar Kurulu'na kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak 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 siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

İtiraz konusu 556 sayılı KHK'nin 61. maddesinde, 61/A maddesinde ceza öngörülen eylemler düzenlenmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı değildir.

Bu nedenle, itiraz konusu 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesinin (d) bendi Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir."

denmiştir.

Aynı şekilde 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 9/l, b-9/2, b-6l/c bentlerinin iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin 03.01.2008 Tarih 2005/15 esas, 2008/2 karar sayılı kararındaki gerekçede de idarenin düzenleyici işlemleri ile suç yaratılamayacağı belirtilmiştir.

İddianameyle sanık hakkında 555 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24/A maddesinin c bendinin uygulanması istenmiş ise de bu maddenin 555 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin ihlalinden dolayı uygulanması gerekecektir.

Mahkememizce, Anayasa Mahkemesinin 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 61. maddesinin d bendini iptal ederken gösterdiği yukarıdaki gerekçenin, olaya uygulanması gereken 556 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 48. maddesinin a bendi bakımından da geçerli olduğu düşünüldüğünden, Müdafiin ve Cumhuriyet Savcısının ciddi bulunan Anayasaya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesi tarafından itiraz yoluyla incelenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.

DELİLLER: 1- Dava dosyasının konuya ilişkin kısımlarının onaylı örnekleri, 2- Bilimsel görüşler, 3- Anayasa Mahkemesinin örnek kararları, 4- Diğer deliller,

HUKUKİ SEBEPLER: Anayasanın 146-153. maddeleri ile 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesi ve ilgili diğer hükümleri

SONUÇ: Mahkememizin bakmakta olduğu davada 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24/A maddesinin (c) bendindeki ceza yaptırımın dayanağı olan ve suçun maddi unsurunu teşkil eden 555 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24. maddesinin (a) ve (c) bendinin Anayasanın 38. ve 91. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi saygı ile arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

İtiraz konusu kuralların da içerisinde bulunduğu 24.6.1995 günlü, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin "Coğrafi İşaret Hakkında Tecavüz Sayılan Fiiller" başlıklı 24. maddesi şöyledir:

"**MADDE 24-** Tescil edilmiş coğrafi işaretler, bunların kullanım hakkına sahip olmayan üçüncü kişiler tarafından aşağıda yazılı biçimde kullanımları coğrafi işaret hakkına tecavüz sayılır:

a) Tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımlar veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran yada çağrıştırabilen ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı,

b) Sözcük olarak gerçek coğrafi yeri ifade etmekle birlikte halkta haksız biçimde ürünün başka yer kaynaklı olduğu izlenimini bırakan kullanımı veya korunan adın tercümesinin kullanımı veya "stilinde", "tarzında", "tipinde", "türünde", "yöntemiyle", orada üretildiği biçimde veya benzeri diğer açıklama veya terimlerle birlikte kullanımı,

c) Ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede doğal veya esas nitelik ve özellikleri ile menşei konusunda yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiye yer verilmesi,

d) Ürünün menşei konusunda halkı yanıltabilecek biçimde ambalajlanması veya yanılgı yaratabilecek diğer herhangi bir biçimde sunulması,

e) Bu maddenin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yazılı fiillere iştirak veya yardım veya bunları teşvik etmek veya hangi şekil ve şartlarda olursa olsun bu fiillerin yapılmasını kolaylaştırmak,

f) Kendisinde bulunan ve haksız olarak üretilen veya ticaret alanına çıkarılan coğrafi işarete sahip malın nereden alındığını veya nasıl sağlandığını bildirmekten kaçınmak.

Coğrafi işaret başvurusu bu Kanun Hükmünde Kararnamenin 9 uncu maddesine göre yayınlandığı takdirde, başvuru sahibi, coğrafi işarete vaki tecavüzlerden dolayı hukuk ve ceza davası açmaya yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 12.3.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralı, 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 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralları ile sınırlı tutulmuştur.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme 24.6.1995 günlü, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin Anayasa'ya aykırılığını ileri sürerek iptalini istemektedir.

Ancak, davada uygulanacak olan 24. maddenin (a) ve (c) bentlerinde belirtilen eylemler için cezai yaptırımı düzenleyen kural 24/A maddesinin (c) bendinde yer almaktadır. Somut olayda dava, 24. maddenin (a) ve (c) bentlerinde belirtilen eyleme ilişkin bulunduğundan 24.6.1995 günlü, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin esasına ilişkin incelemenin, aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle değiştirilen 24/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden sınırlı olarak yapılması gerekir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru dilekçesinde, Anayasa'nın 38. maddesinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağının, 91. maddesinde ise 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 ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceğinin belirtildiği, bu nedenle kanun hükmünde kararnamelerle ceza hukuku alanında düzenlemeler yapılmasının yasama yetkisinin yasama organına ait olduğuna ilişkin Anayasa kurallarına ve kanunilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraza konu 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) bendinde tescilli adın ününden herhangi bir biçimde yarar sağlayacak kullanımlar veya tescil kapsamındaki ürünleri andıran ya da çağrıştırabilen ürünlerle ilgili olarak tescilli adın dolaylı veya dolaysız olarak ticari amaçlı kullanımı, (c) bendinde ise ürünün iç veya dış ambalajında, tanıtım ve reklamında veya ürünle ilgili herhangi bir yazılı belgede doğal

veya esas nitelik ve özellikleri ile menşei konusunda yanlış veya yanıltıcı herhangi bir açıklama veya belirtiye yer verilmesi coğrafi işaretten doğan hakka tecavüz sayılmıştır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında kimsenin, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı, üçüncü fıkrasında da ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmiş, 91. maddesinin ilk fıkrasında da, Türkiye Büyük Millet Meclisinin Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebileceği, ancak sıkıyönetim ve olağanüstü hâller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasî haklar ve ödevlerin kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği öngörülmüştür.

555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde belirtilen eylemlere bu Kanun Hükmünde Kararname'nin 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 24/A maddesinde ceza yaptırımı öngörülmektedir. Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38. madde Anayasa'nın ikinci kısmının ikinci bölümünde yer aldığından bu konudaki düzenlemelerin kanun hükmünde kararname ile yapılması olanaklı olmadığı gibi, bu eylemlere ceza öngören maddenin yasayla düzenlenmesi de bu sonucu değiştirmez.

Bu nedenlerle, itiraz konusu 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden incelenen aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentleri Anayasa'nın 38. ve 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Mehmet ERTEN ve A.Necmi ÖZLER bu görüşe katılmamışlardır.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, "*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*" denilmekte, 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal sonucunda meydana

gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde yer alan kuralların iptal edilmesi nedeniyle doğan hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, iptal kararının, Resmî Gazetede yayınlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

24.6.1995 günlü, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin;

1- 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin, aynı Kanun Hükmünde Kararname'nin 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle değiştirilen 24/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince, bu bentlere ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

12.3.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

24.6.1995 günlü, 555 sayılı Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkındaki Kanun Hükmündeki Kararnamenin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinde suç olarak yer alan fiillerin kararname ile düzenlenmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek itiraz yoluyla iptalleri istenilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin benzer nitelikteki bir başvuruyla ilgili olarak verdiği 14.05.2004 tarih ve 25462 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 02.03.2004 gün ve K.2004/25-E.2002/92 sayılı kararında yer alan karşı oy yazısında açıklanan gerekçe uyarınca, 555 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin, 24/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve iptal edilmesi gerektiğine ilişkin çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Mehmet ERTEN	A. Necmi ÖZLER

Esas Sayısı : 2009/17

Karar Sayısı : 2009/47

Karar Günü : 12.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Düzce 1. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "fili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış bulunanlar" bölümü,

2- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (7) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 10., 11., 30. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

6136 sayılı Kanuna muhalefet suçundan sanık hakkında açılan kamu davasında itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasamıza esas yönünden aykırılık; kanun koyucunun korunmasını öngördüğü hukuksal değerin, ihlal neticesini önlemesini istemedeki SEBEBİ hukuksal değerin korunmasındaki AMAÇ (maksat) ve eşitlik, kanunilik ile hakkaniyet, nüsfet ilkelerini ihlal eden düzenleme KONU yönünden AY. m. 2, 10, 11/2, 30, 38 normlarının ve Anayasanın genel bütünlüğünü ihlal ettiğinden iptali gerekmektedir.

Dava konusu olayımızda sanığın 6136 Sayılı Yasanın 4. maddesi uyarınca yasak vasıfta bıçağı taşıma eylemine uyan 6136 Sayılı Yasanın 15/1, 31/3, 54. maddeleri uyarınca cezalandırılması istenmiş ve yapılan yargılama sonunda hüküm aşamasına gelinmiş ise de;

- 5237 Sayılı TCK.nun 50/1-3. maddesi uyarınca; "18 yaşından küçüklerin işledikleri suçtan dolayı verilecek 1 yıl veya daha az süreli hapis cezaları 50/1. maddesindeki seçenek yaptırımlardan birisine ÇEVRİLMESİ ZORUNLU" olduğundan, ancak 5271 Sayılı CMK.nun 231/7. maddesi uyarınca ise; "hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğinde mahkum olunan hapis cezası ertelenemeyecek veya kısa süreli olması halinde SEÇENEK YAPTIRIMLARA ÇEVRİLEMEZ" yönünde iki hüküm de emredici olup, uygulamada yaşı küçük sanıklar yönünden tamamen birbiriyle çeliştiğinden, zira yukarıda madde metinleri yazıldığı üzere yaşı küçük sanığın kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezası seçenek yaptırıma çevrilmesi zorunlu ancak bu durumda lehine hükmün açıklanmasının ertelenmesine hükmedilemeyecek olup, ayrıca kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza seçenek yaptırımlardan adli para cezasına çevrildiğinde 5237 Sayılı TCK.nun 51. maddesi uyarınca erteleme hükümleri de uygulanmayacağından, sanığın aleyhine hükmedilen kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza yönünden direk hükmün açıklanmasının ertelenmesine karar verildiğinde ise 5237 Sayılı TCK.nun 50/3. maddesindeki emredici hüküm ihlal edilmiş olunmak zorunda kalınacağından, bu tarihe kadar gerek mahkememizce, gerek uygulamada gözlenen diğer mahkemelerde hem kararların kendi içlerinde, hem de birbirleri ile tamamen zıt gerekçelerle çelişkili ve her halükarda yukarıdaki iki emredici hükümden birini ihlal mahiyetinde karar verilmek zorunda kalındığından; Yüce Mahkemenin resen bulacağı gerekçelerle; Anayasamıza esas, maksat, amaç unsurları yönünden aykırı, Türk Ceza Kanununun ve Anayasanın eşitlik, hakkaniyet, nısfet ilkelerini ihlal eden, Ceza Hukuku Genel teorisinin ne irade, ne hareket, ne de netice teorileriyle bağdaşmayan 19.12.2006 tarih ve 5560 SY. ile değişik 5271 Sayılı CMK.nun 231/7. bendinin veya 5237 Sayılı TCK.nun 50/3. maddesinin Anayasamızın 152. maddesi uyarınca iptali yönünde karar verilmesi için Yüce Anayasa Mahkemesine müracaatta bulunulması zorunluluk görüldüğünden;

NETİCEİ TALEP; Yukarıda belirtilen gerekçe uyarınca veya Yüce Mahkemenin resen bulacağı gerekçelerle; Anayasamıza esas, maksat, amaç unsurları yönünden aykırı, Türk Ceza Kanununun ve Anayasanın eşitlik, hakkaniyet, nısfet ilkelerini ihlal eden, Ceza Hukuku Genel teorisinin ne irade, ne hareket, nede netice teorileriyle bağdaşmayan 5237 sayılı TCK.nun 50/3, 5271 sayılı CMK.nun 231/7. maddelerinin tamamen birbiriyle zıt emredici hükümler içerdiğinden iptalleri talep olunur. 10.02.2009"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu bölümü de içeren 50. maddesi şöyledir:

"MADDE 50- (1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;

a) Adlî para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

Çevrilebilir.

(2) Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez.

(3) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

(4) Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine

göre adlî para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz.

(5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir.

(6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek (Değişik ibare: 5739 - 26.2.2008/ m.4) "tedbirin" gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir."

2. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da içeren 231. maddesi şöyledir:

"Madde 231- (1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, (Değişik ibare: 5728-23.1.2008/m.562) "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006-5560 S.K.23.md;Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 11., 30. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 12.3.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (7) numaralı fıkrasındaki düzenleme ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan, "fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış bulunanların mahkum edildiği bir yıl ve daha az süreli hapis cezalarının birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlara çevrileceğine" ilişkin düzenlemenin birbiriyle çeliştiği, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uygulandığında Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yazılı emredici kuralın ihlal edilmiş olacağı belirtilerek itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların düzenlendiği 50. maddesinin itiraz konusu bölümü de içeren (3) numaralı fıkrasına göre, daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrileceği öngörülmüş ve hakime seçenek yaptırıma karar verme zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Hakime seçenek yaptırımın türünü belirleme konusunda takdir yetkisi tanınmıştır.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre, hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezası olarak adlandırılmaktadır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (7) numaralı fıkrasında ise, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezasının ertelenemeyeceği ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği belirtilmiştir.

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

Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği; hangi hal ve hareketlerin

ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu, günün şartlarına ve toplum ihtiyaçlarına göre suç teşkil edecek fiilleri tesbit edecek ve suçların işlenmesini önleyecek ve suç işleyenleri topluma kazandıracak cezaları kanunlaştıracaktır.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (7) numaralı fıkrası Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrasından farklı bir durumu düzenleyen ve nihai karar verilirken gözetilmesi gereken bir hükümdür. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde hakkında hüküm kurulmuş olan kişi henüz sanık konumundadır. Bu hükme bağlı olarak bu aşamada sanık hakkında herhangi bir hak yoksunluğu sözkonusu değildir.

Mahkemece hükmün açıklaması ertelendikten sonra, sanığın yeniden suç işlemesi ve erteleme koşullarına aykırı davranması halinde kurulacak yeni hükümde Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası gözetilecektir. Hükmün açıklanmasının ertelenmesi sırasında seçenek yaptırımlara çevirme yasağı önleme ve caydırıcılık amacıyla getirilen bir düzenleme olup, deneme süresinin koşullara uygun geçirilmesi halinde açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak davanın düşmesi kararı verilecek, koşullara uyulmaması halinde ise hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar verilebilecektir.

Bu durumda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası arasında bir çelişkinin değil uygulanma önceliğinin bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Mahkeme koşullarının bulunması halinde öncelikle hükmün açıklanması kurumu ile ilgili 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre uygulama yaparak sanık hakkındaki hükmün açıklanmasını erteleyecek, deneme süresinin suç işlenmeden ve yükümlülüklere uygun şekilde geçirilmesi halinde kamu davası düşürülecek; aksine davranılması halinde ise, Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası da gözetilmek suretiyle sanık hakkında hüküm kurulacaktır.

Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrası çelişki iddiasından bağımsız olarak düşünüldüğünde daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış veya altmışbeş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az

süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesini öngören bir düzenlemedir.

Kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan kişinin infaz kurumuna girmesini önleyecek seçenek yaptırımlara hükmedilmesini sağlayan ve bu amaçla kimi halleri kısa süreli hapis cezasının adli para cezası veya diğer seçenek tedbirlerden birine çevrilmesi açısından mahkemenin takdir yetkisinin olmadığı hâller olarak belirleyen Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan kural yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında bulunduğundan değerlendirilmesi gereken ve Anayasa'da belirlenen temel ilkelere aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

12.3.2009 günlü, E. 2007/14, K.2009/48 sayılı karardaki konuya ilişkin gerekçeler, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (7) numaralı fıkrası için de geçerli olduğundan Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin(3) numaralı fıkrasının "… fiili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış …" bölümünün,

2- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesi ile eklenen (7) numaralı fıkranın,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 12.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2007/14

Karar Sayısı : 2009/48

Karar Günü : 12.3.2009

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali Topuz ve Haluk Koç ile birlikte 124 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

1- 21. maddesiyle değiştirilen, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının,

2- 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının,

3- 23. maddesiyle 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin;

a- Değiştirilen başlığında yer alan "… ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresinin,

b- Eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14). fıkralarının,

4- 24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin,

5- 25. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesinin,

6- 30. maddesiyle, 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

5.2.2007 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"I. OLAY

Türk Ceza Kanunu, Kabahatlar Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Adli Sicil Kanunu, Çocuk Koruma Kanunu ve Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kuralları Kanununun uygulanmasında ortaya çıkan bazı tereddütlerin giderilmesi ve farklı uygulamaların ortadan kaldırılması yönünde sözü edilen kanunlarda değişiklikler yapan 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun 19.12.2006 tarihli ve 26381 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu Kanunda Anayasaya aykırı düşen hükümlere yer verildiğinden bu hükümlerin iptalleri için, yürürlüklerinin de durdurulması istemiyle Yüksek Mahkemenize başvurulması zorunlu görülmüştür.

Aşağıda önce, 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun iptali istenen hükümlerine yer verildikten sonra, iptali istenen hükümlerle ilgili olarak Anayasaya aykırılık gerekçeleri açıklanmıştır.

II. İPTALİ İSTENEN HÜKÜMLER

1) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 21 inci Maddesinin Değiştirdiği 5271 Sayılı Kanunun 150 nci Maddesinin Üç ve Dört Numaralı Fıkraları

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 21 inci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 150 nci maddesinin üç ve dört Numaralı fıkraları aynen şöyledir:

"(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

"(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

2) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 22 nci Maddesinin Değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 171 inci Maddesinin (2), (3), (4) ve (5) Numaralı Fıkraları

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 22 nci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 171 inci maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları aynen şöyledir:

"(2) 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

(5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."»

3) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 23 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasındaki "ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını" İbaresi ile 5271 Sayılı Kanunun 231 inci Maddesine eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) Numaralı Fıkraları

5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesinin başlığını değiştiren ve bu maddeye fıkralar ekleyen 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 23 üncü maddesinin birinci fıkrası aynen şöyledir:

"5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesinin başlığı "Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" şeklinde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir."

İptali istenen, "ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresidir.

23 üncü maddenin 5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesine eklediği iptali istenen diğer fıkralar ise aynen şöyledir:

"(5) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, bir yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir."

(13) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir."

4) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 24 üncü Maddesinin Değiştirdiği 5271 Sayılı Kanunun 253 üncü Maddesi

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 24 üncü maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 253 üncü maddesi aynen şöyledir:

"MADDE 253- (1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.

(12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafi ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

(14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.

(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin

düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

(18) Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

(19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir."

5) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 25 inci Maddesinin Değiştirdiği 5271 Sayılı Kanunun 254 üncü Maddesi

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 25 inci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 254 üncü maddesi aynen şöyledir:

"5271 sayılı Kanunun 254 üncü maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

"MADDE 254- (1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır."

6) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 30 uncu Maddesinin Kenar Başlığı ile Birlikte Değiştirdiği 5230 Sayılı Kanunun 13 üncü Maddesi

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 30 uncu maddesinin kenar başlığı ile birlikte değiştirdiği 5230 sayılı Kanunun 13 üncü maddesi aynen şöyledir:

"Müdafi ve vekil ücreti

MADDE 13- (1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.

(2) Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usûl ve esaslar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

III. GEREKÇE

1) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 21 inci Maddesinin Değiştirdiği 5271 Sayılı Kanunun 150 nci Maddesinin Üç ve Dört Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 21 inci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 150 nci maddesinin üçüncü fıkrasında, alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmünün uygulanacağı; dördüncü fıkrasında da, zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususların, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 150/3 üncü maddesindeki istem aranmaksızın müdafi görevlendirilmesi gerektiren (zorunlu müdafilik) suçların alt sınırını beş yıldan fazla suçlar olarak sınırlayan düzenleme, kişinin Anayasanın 36 nci maddesinde belirtilen savunma hakkını Anayasanın 13 üncü maddesinde ifade edilen ilkelere aykırı olarak ölçüsüzce ve özünden zedelemekte ve bu nedenle Anayasanın 13 üncü ve 36 nci maddelerine aykırı düşmektedir. Zorunlu müdafilikle ilgili hususların düzenlenmesi yetkisini Türkiye Barolar birliğinden alan (4) numaralı fıkra ise savunma ve adil yargılanma hakkını yürütmenin denetimi, diğer bir anlatımla vesayeti altına sokmaktadır. Bu durum hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı,eşitlik ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmadığından aşağıda (2) ve (6) numaralı başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 22 nci Maddesinin Değiştirdiği 5271 Sayılı Kanunun 171 inci Maddesinin (2), (3), (4) ve (5) Numaralı Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 22 nci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 171 inci maddesinin iptali istenen (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları ile; Ceza

Yargılaması Hukukumuza "kamu davasının açılmasının ertelenmesi" adı altında yeni bir müessese getirilmiştir.

5560 sayılı Kanunun 22 nci maddesi ile yapılan düzenlemeye göre; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yine 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanunun iptali istenen 24 üncü maddesi ile değiştirilen 253 üncü maddesinin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısının, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilmesi öngörülmüştür.

Anayasanın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36 nci maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı kimliğiyle sav ve savunma hakkına sahip olduğu; 13 üncü maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği öngörülmüştür.

İptali istenen kural ile yapılan düzenleme, Anayasa md. 36'da ifade edilen "hak arama hürriyeti" ni ölçüsüzce sınırlandıran ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md. 6'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkına açıkça aykırı düşen ve dolayısıyla Anayasanın 90'ıncı maddesiyle de bağdaşmayan bir düzenlemedir. Değişiklikten önceki hükümlere göre, kuvvetli delil ve şüphe bulunduğunda kamu davasının açılması zorunluyken, yeni getirilen sistemle yeterli şüphenin varlığına rağmen, diğer bir anlatımla değişiklikten önceki koşullar gerçekleşmiş olsa bile kamu davasının açılması ertelenebilecektir.

04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe konulmasına ve uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri belirleyen 23.03.2005 tarih ve 5230 tarihli Kanunun 9 uncu maddesi ile "şahsi dava" açma hakkı kaldırılmış, özel kanunlarda öngörülen şahsi davaların kamu davasına dönüşeceği halen şahsi dava usulüne göre yürütülen davaların da kamu davası olarak sürdürüleceği şahsi davacıların, katılan sıfatını alacağı öngörülmüştür. Bu durumda, iptali istenen söz konusu ikinci fıkra ile yapılan düzenlemeye göre; Cumhuriyet savcısının, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar vermesi halinde bu hüküm kapsamına giren suçtan zarar görenlerin haklarını aramaları için başka hiçbir yol kalmayacaktır. Suçtan zarar

görenin, Yasanın 173 üncü maddesine göre itiraz hakkını kullanması da sonucu değiştirmeyecektir. Zira, yine iptali istenen üçüncü fıkrada belirtilen erteleme koşullarının bulunması halinde yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılması ertelenebilecektir.

Böyle bir durumun ise Anayasanın 36 ncı maddesinde ifade edilen hak arama özgürlüğü ile bağdaşmayacağı ve hak arama özgürlüğünü Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen ilkelere aykırı olarak ölçüsüzce ve özünden zedeleyerek sınırlandırmak anlamına geleceği açıktır.

Diğer taraftan hapis cezası, kamu davasının açılması sonucunda mahkemece uygulanan bir yaptırımdır ve suçun işlenmesinde önleyicilik ve caydırıcılık ögelerini taşır. Anayasa Mahkemesinin 15.08.1995 gün ve Esas No: 1995/21, Karar No: 1995/36 sayılı kararına karşı kullanılan karşı oy yazısında, "... Cezanın amacı, suçları önlemektir. Cezanın önleyici etkisini sağlayabilmesi, kişilerin suç işlerse ne gibi ceza yaptırımı ile karşılanabileceğini önceden bilmeleri ile olanaklıdır." denilmiştir. Ancak bunun sağlanması için suç ve cezanın yasada açıkça belirlenmesi yeterli olmayıp, bir suç işlendiğinde karşılığı olan cezanın uygulanacağının da bilinmesi gerekir. İptali istenen kural ise, böyle bir gerekliliği karşılamayacağı için madde kapsamındaki suçların yaptırımlarının caydırıcı bir nitelik taşımamasına yol açacaktır.

Bunun ise, hak arama özgürlüğünün özünden zedelenmesinin yanısıra, hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin gerçekleşmesini olanaksızlaştırılması gibi sonuçlara neden olacağı açıktır.

Bu nedenlerle 5560 sayılı Kanunun 22 nci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 171 inci maddesinin iptali istenen ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci, 13 üncü ve 36 nci maddelerine aykırıdır.

Öte yandan iptali istenen bu kural, Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade edilen "eşitlik ilkesi" ile de bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 10 uncu maddesine göre, herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî 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.

Bu madde ile amaçlanan, mutlak değil hukuksal eşitliktir. "Yasa önünde eşitlik" ilkesi, yasalar karşısında herkesin eşit olmasını, ayırım yapılmamasını, kimseye ayrıcalık tanınmamasını gerektirir.

Durumlarındaki farklılıklar, kimi kişi ve toplulukların değişik kurallara bağlı tutulmasına neden olabilirse de, farklılık özelliklere dayandığı için, bu tür düzenlemeler eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Oysa iptali istenen kural; "suçtan zarar gören" ve sanık sıfatıyla aynı hukuki durumda olanları takip usulüne ve cezanın üst sınırına göre farklı hükümlere tâbi tutmuştur ve bu farklı uygulamayı haklı kılacak bir neden de yoktur. Bu nedenle söz konusu kural; suçtan zarar görenlere ve sanıklara erteleme kararı verilip verilmemesi farklı hak ve yükümlülükler getirdiği, aynı hukuki durumdaki kimseler arasında ayırım yapılmasına imkan verdiği için, Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10 uncu maddesine aykırıdır.

Anayasanın 5 inci maddesi, Devletin temel amaç ve görevlerini belirlerken, Devlete, kişilerin 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, insana maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak görevini vermiştir.

Bu maddenin gerekçesinde de "*…Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertleri mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür.*" ifadesine yer verilmiştir. O halde, Devlet, toplumsal barışı, kamu düzenini, bireylerin güven ve huzurunu sağlayacak; kimi durumlarda bu yükümlülüğünü alacağı ceza önlemleri ile yerine getirmeye çalışacaktır. "Yeterli şüphenin varlığına rağmen", kamu davasının açılmasının ertelenmesi halinde ise yaptırımların etkinliği kalmaz, suç işlenmesine özendirici bir etki yaratılır. Bunun yanı sıra suçtan zarar görenler korunamadığı gibi suçlu suçsuza karşı daha güvenceli ve ayrıcalıklı bir konuma girer. Böyle bir durumu ise kamu yararı ve hukuk devleti anlayışının yanı sıra, Anayasanın 5 inci maddesinde Devlete verilen görevlerle de bağdaştırmak mümkün değildir.

Bu nedenle, iptali istenen kural Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerine de aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı olan (2) numaralı fıkranın iptali gerekmektedir.

5271 sayılı Kanunun 171 inci maddesini değiştiren 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 22 nci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 171 inci maddesinin iki numaralı fıkrası ile üç, dört ve beş numaralı fıkraları arasında uygulama bakımından ayrılmaz bir beraberlik vardır. Bu nedenle bu fıkraların da (2) numaralı fıkra için belirtilen gerekçelerle iptal edilmesi gerekmektedir.

3) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 23 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasındaki "ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını" İbaresi ile 5271 Sayılı Kanunun 231 inci Maddesine eklediği (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) Numaralı Fıkraların Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen kurallar ile yapılan düzenlemelerle; sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza 1 yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıysa, mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebileceği, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade edeceği ve bu durumda sanığın 5 yıl denetim süresine tabi tutulacağı, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği takdirde hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verileceği esasları getirilmiştir.

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 23 üncü Maddesi ile 5271 sayılı Kanunun 231 inci Maddesine eklenen iptali istenen beşinci fıkrada, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade edeceği belirtilmiştir. Bunun anlamı, hükmolunan ceza 1 yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise suçlu hakkında bu cezanın uygulanmayacağıdır. Böyle bir hükmün ise, yukarıda (1) numaralı başlık altında etraflıca açıklanan nedenlerle hak arama hürriyetini özünden zedelediğinden Anayasanın 13 üncü ve 36 ncı maddelerine; eşitlik ilkesine aykırı olduğundan Anayasanın 10 uncu maddesine; toplum barışını, bireylerin güven ve huzurunu sağlamadığından ve kamu yararına dayanmadığından Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerine; Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmadığından Anayasanın 11 inci maddesine aykırı düştüğü açıktır. Bu nedenle söz konusu beşinci fıkranın iptali gerekmektedir.

5560 sayılı Kanunun 23 üncü maddesinin 5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesine eklediği beşinci fıkra ile, yine 231 inci maddeye eklediği (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkralar ve 23 üncü maddenin birinci fıkrasında yer alan "ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresi arasında uygulama bakımından ayrılamaz bir beraberlik olduğu için, beşinci fıkra için söz konusu olan Anayasaya aykırılık nedenleri, bu fıkralar açısından da geçerlik kazanmakta; bu nedenle de iptal edilmeleri gerekmektedir.

4) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 24 üncü Maddesinin Değiştirdiği 5271 Sayılı Kanunun 253 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 253 üncü madde ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "uzlaşma" başlığını taşıyan 253 üncü maddesinde değişiklik yapılmakta; TCK'daki uzlaşma ile ilgili hükümler çıkarılarak uzlaşma kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu içinde düzenlenmekte; soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçlar ile şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın aile içi şiddet hariç TCK'nın "kasten yaralama", "taksirle yaralama", "konut dokunulmazlığının ihlali", "çocuğun kaçırılması ve alıkonulması", "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" suçları uzlaşma kapsamına alınmaktadır.

253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrasında "Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, uzlaşma müessesi de, kamu davasının açılmaması, başka bir anlatımla ceza yaptırımının uygulanmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda yukarıda (1) numaralı başlık altında etraflıca açıkladığımız nedenlerle iptali istediğimiz bu kural da, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı düşmektedir.

İptali istenen bu düzenleme ile getirilen uzlaşma müessesesinin parası olana suçu satın alma olanağını verdiği de yadsınamaz. Böyle bir durumu hukuk devletinin gerekleriyle bağdaştırma olanağı yoktur. Zengin ve fakir arasında kanunun uygulanmasında farklılık yaratmak, parası olana kimi ceza kanunu maddelerini uygulamamak, toplumsal barışı bozucu nitelikte olduğundan yasaların kamu yararına dayanması ilkesi ile de bağdaşmaz ve

dolayısıyla bu nedenle de Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesine ters düşer.

Öte yandan bu maddenin yirmiikinci fıkrasının son cümlesinde, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, bu giderlerin Devlet Hazinesi tarafından karşılanacağı öngörülmüş, ancak uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde söz konusu giderlerin ne şekilde karşılanacağı bu maddede belirtilmemiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Bu durumda, iptali istenen bu hüküm, belirlilik ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır.

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 24 üncü maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 253 üncü maddesinin ondokuzuncu fıkrası ile 253 üncü maddenin diğer ve iptali istenen fıkraları arasında uygulama bakımından ayrılamaz bir beraberlik vardır. Bu nedenle bu fıkraların da (19) numaralı fıkra için belirtilen gerekçelerle iptal edilmesi gerekmektedir.

5) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 25 inci Maddesinin Değiştirdiği 5271 Sayılı Kanunun 254 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 25 inci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 24 üncü maddesinde kamu davası açıldıktan sonra, kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılması öngörülmektedir.

İptali istenen bu madde de, yukarıda (2) ve (4) numaralı başlık altında etraflıca açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı olan uzlaşma kurumunu düzenlediği için, (2) ve (4) numaralı başlık altında açıklanan nedenlerle Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı düşüp, iptali gerekmektedir.

6) 06.12.2006 Tarih ve 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 30 uncu Maddesinin Kenar Başlığı ile

Birlikte Değiştirdiği 5230 sayılı Ceza Muhakemesi Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

23.03.2005 tarih ve 5230 sayılı Ceza Muhakemesi Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13 üncü maddesi başlığı ile birlikte, 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun 30 uncu maddesi tarafından değiştirilmiştir.

İptali istenen 13 üncü madde ile yapılan düzenlemede, Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince, soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine Baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile ödenecek ücret tarifesini hazırlama yetkisi Türkiye Barolar Birliğinden alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıklarına verilmiş; bu ücretlerin doğrudan Adalet Bakanlığı tarafından avukatlara ödenmesi öngörülmek suretiyle Türkiye Barolar Birliği bu konuda devreden çıkarılmış ve yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin esasları belirlemek üzere yönetmelik hazırlama görev ve yetkisi Türkiye Barolar Birliğinden alınarak Adalet Bakanlığına verilmiştir.

Görüldüğü üzere iptali istenen bu kurala göre; avukatı barolar atayacak ve görevlendirecek, ancak kendisine ödenecek ücreti Adalet ve Maliye Bakanlıkları belirleyecek, belirlenen bu ücreti de soruşma ve kovuşturma organları (Cumhuriyet Savcılıkları ve mahkemeler) ödeyecektir.

Böyle bir düzenleme ise, ülkemizin de taraf olduğu ve Anayasanın 90'ıncı maddesi gereği iç hukuk kuralı olarak uygulanması gereken Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 nci maddesinde tanımı yapılan ve Anayasamızın 36 ncı maddesine 4709 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle eklenen "adil yargılanma hakkı ve savunma hakkı" nın özüne bir müdahale olup; bu durum Avrupa Birliği Komisyonu'nun bütün İstişari Raporlarında getirilen, "barolar ve Türkiye Barolar Birliği üzerindeki Adalet Bakanlığı vesayeti" eleştirisini bir kez daha gündeme taşıyacak, yargı bağımsızlığının en önemli parçası olan "savunmanın bağımsızlığı" nı önemli ölçüde zedeleyecek ve bu husus bağımsız savunmayı temsil eden avukatların yürütmeye ve idareye bağlı ve adeta "idarenin memurları" durumuna düşmesine neden olacaktır. Bunun ise, yargının ve özellikle "savunmanın bağımsızlığı" ilkesini ne denli zedeleyeceği ortadadır.

Anayasanın 36 nci maddesi "Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" hükmünü içermektedir. Bu madde hükmüne göre sanık konumunda bulunan kişilerin mahkeme önünde savunma yapma ve adil yargılanma hakkı

bulunmaktadır. Savunma hakkı Anayasanın Kişinin Hakları ve Ödevleri'ni belirleyen bölümünde yer alan temel haklardandır. Savunma hakkı yargılama işlevinin de ayrılmaz bir parçasıdır. Sanık, ceza yargılamasında suçlu olduğu sanılan, yoğun kuşku altında bulunan kimsedir. Bu kuşkunun giderilmesi ve sanığın suçlu da olsa yasada gösterilen cezadan daha fazla bir ceza ile cezalandırılmaması gerekir. Savunma hakkı adil yargılamanın vazgeçilemez bir koşuludur.

Anayasanın 13 üncü maddesi "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." hükmünü içermektedir.

Savunma ve adil yargılanma hakkını yürütmenin denetimine diğer bir anlatımla vesayeti altına soktuğu açık olan iptali istenen kuralın, Anayasanın 13 üncü maddesinde ifade edilen ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacak biçimde, savunma hakkını ölçüsüzce sınırlandırdığı da açıktır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesinin 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun bazı maddelerinin iptali için açılan davaya ilişkin 01.03.1985 tarih ve E.1984/12, K.1985/6 sayılı kararında, "Avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin herşeyden önce bir serbest meslek olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Avukatlık bir kamu hizmeti addedilmiş olsa dahi, kamusal yönü çok yoğun olan Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görülüp aynı ölçülere tabi kılınamaz." yorumunda bulunulmuş ve bu yorum, Anayasa Mahkemesinin 23.06.1989 tarih ve E.1988/50, K.1989/27 sayılı kararında da aynen yinelenmiştir.

Bu durumda, avukatlara ödenecek ücretin belirlenmesini, Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görüp aynı ölçülere tabi kılan iptali istenen kuralın Anayasa Mahkemesinin açıklanan yorumuyla da bağdaşmadığı açıktır.

Anayasamızın 2 nci maddesinde; Türkiye Cumhuriyetinin bir Hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk Devletinde hukukun üstünlüğü ve evrensel hukuk kurallarının geçerliliği tartışmasız kabul edilmesi gereken bir gerçektir. Hukuk Devleti; insan haklarına saygılı, bu hakları koruyan, adaletli bir hukuk düzeni kurup sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün etkinliklerinde, işlem ve eylemlerinde hukuk kurallarına bağlı olan devlet demektir. İptali istenen düzenleme ile uygulama yapıldığında

hukuka uygun ve adaletli bir sonuç elde etmek imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu düzenleme Anayasamızın, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir Hukuk Devleti olduğu ilkesine de aykırıdır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 11 nci maddesinde ifade edilmiş olan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 36 ncı ve 90'ıncı maddelerine aykırı olan 5560 sayılı Kanunun 30 uncu maddesinin değiştirdiği 23.03.2005 tarih ve 5230 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun iptali istenen kuralları ile getirilen söz konusu müesseseler (kamu davasının açılmasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, uzlaşma) bu Kanunun toplumda haklı olarak suça teşvik yasası adıyla anılmasına neden olmuştur. Hukuk devleti, suçla mücadele eden devlettir. Suçun artışına olanak veren devlet, hukuk devleti değildir. Bu düzenlemeler, suçu, suç işlenişini artıran, hak arama hürriyetini sınırlayan, dolayısıyla ihkakı hakka yol açan düzenlemelerdir.

Anayasaya aykırı oldukları gerekçemizde açıkça gösterilen söz konusu hükümlerin uygulanması halinde giderilmesi olanaksız durum ve zararlar ortaya çıkabilecektir. Bu durum ve zararların önlenmesi, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunması ve Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereği olduğundan, bu hükümlerin, yürürlüklerinin iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması da istenerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanununun;

1) 21 inci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 150 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının, Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 22 nci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 171 inci maddesinin ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 23 üncü maddesinin birinci fıkrasındaki "ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını" ibaresinin ve 5271 sayılı Kanunun 231 inci maddesine eklediği 5 inci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 9 uncu, 10 uncu, 11 inci, 12 nci, 13 üncü, 14 üncü fıkralarının Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 24 üncü maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 253 üncü maddesinin Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 25 inci maddesinin değiştirdiği 5271 sayılı Kanunun 254 üncü maddesinin Anayasanın 2 nci, 5 inci, 10 uncu, 11 inci ve 36 nci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 30 uncu maddesinin kenar başlığı ile birlikte değiştirdiği 5230 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 13 üncü, 36 ncı ve 90'ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

İptali istenilen kuralları içeren 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

1- 21. maddesiyle değiştirilen, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesi şöyledir:

"Madde 150- (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.21.md)

(1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

2- 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesi şöyledir:

"Madde 171- (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.21.md)

(1) Cezayı kaldıran şahsî sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsî cezasızlık sebebinin varlığı halinde, Cumhuriyet savcısı kovuşturmaya yer olmadığı kararı verebilir.

(2) 253 üncü maddenin ondokuzuncu fıkrası hükümleri saklı kalmak üzere, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verebilir. Suçtan zarar gören, bu karara 173 üncü madde hükümlerine göre itiraz edebilir.

(3) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere;

a) Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

b) Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

c) Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

d) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekir.

(4) Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Erteleme süresi içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde kamu davası açılır. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez.

(5) Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma

veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir."

3- 23. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesi şöyledir:

"HÜKMÜN AÇIKLANMASI **VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI**

Madde 231- (1) Duruşma sonunda, 232 nci Maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl* veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu

kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md;Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

4- 24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesi şöyledir:

"Madde 253 - (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.24.md)

(1) Aşağıdaki suçlarda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması girişiminde bulunulur:

a) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlar.

b) Şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88),

2. Taksirle yaralama (madde 89),

3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116),

4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234),

5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239),

suçları.

(2) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olanlar hariç olmak üzere; diğer kanunlarda yer alan suçlarla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, kanunda açık hüküm bulunması gerekir.

(3) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, etkin pişmanlık hükümlerine yer verilen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, uzlaştırma yoluna gidilemez.

(4) Soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma

teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar gören, kendisine uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren üç gün içinde kararını bildirmediği takdirde, teklifi reddetmiş sayılır.

(5) Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır.

(6) Resmî mercilere beyan edilmiş olup da soruşturma dosyasında yer alan adreste bulunmama veya yurt dışında olma ya da başka bir nedenle mağdura, suçtan zarar görene, şüpheliye veya bunların kanunî temsilcisine ulaşılamaması halinde, uzlaştırma yoluna gidilmeksizin soruşturma sonuçlandırılır.

(7) Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir.

(8) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir.

(9) Şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, Cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir.

(10) Bu Kanunda belirlenen hâkimin davaya bakamayacağı haller ile reddi sebepleri, uzlaştırmacı görevlendirilmesi ile ilgili olarak göz önünde bulundurulur.

(11) Görevlendirilen uzlaştırmacıya soruşturma dosyasında yer alan ve Cumhuriyet savcısınca uygun görülen belgelerin birer örneği verilir. Cumhuriyet savcısı uzlaştırmacıya, soruşturmanın gizliliği ilkesine uygun davranmakla yükümlü olduğunu hatırlatır.

(12) Uzlaştırmacı, dosya içindeki belgelerin birer örneği kendisine verildikten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaştırma işlemlerini sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bu süreyi en çok yirmi gün daha uzatabilir.

(13) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafi ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır.

(14) Uzlaştırmacı, müzakereler sırasında izlenmesi gereken yöntemle ilgili olarak Cumhuriyet savcısıyla görüşebilir; Cumhuriyet savcısı, uzlaştırmacıya talimat verebilir.

(15) Uzlaşma müzakereleri sonunda uzlaştırmacı, bir rapor hazırlayarak kendisine verilen belge örnekleriyle birlikte Cumhuriyet savcısına verir. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, tarafların imzalarını da içeren raporda, ne suretle uzlaşıldığı ayrıntılı olarak açıklanır.

(16) Uzlaşma teklifinin reddedilmesine rağmen, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler.

(17) Cumhuriyet savcısı, uzlaşmanın, tarafların özgür iradelerine dayandığını ve edimin hukuka uygun olduğunu belirlerse raporu veya belgeyi mühür ve imza altına alarak soruşturma dosyasında muhafaza eder.

(18) Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez.

(19) Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde, 171 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince zamanaşımı işlemez. Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararından sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, 171 inci maddenin dördüncü fıkrasındaki şart aranmaksızın, kamu davası açılır. Uzlaşmanın sağlanması halinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılamaz; açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. Şüphelinin, edimini yerine getirmemesi halinde uzlaşma raporu veya belgesi, 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilam mahiyetini haiz belgelerden sayılır.

(20) Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz.

(21) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduğu tarihten itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç, uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihe kadar dava zamanaşımı ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez.

(22) Uzlaştırmacıya Cumhuriyet savcısı tarafından çalışma ve masraflarıyla orantılı bir ücret takdir edilerek ödenir. Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri, yargılama giderlerinden sayılır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde bu giderler Devlet Hazinesi tarafından karşılanır.

(23) Uzlaşma sonucunda verilecek kararlarla ilgili olarak bu Kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilir.

(24) Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir."

5- 25. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesi şöyledir:

"Madde 254 - (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.25.md)

(1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir. Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır."

6- 30. maddesiyle 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesi şöyledir:

"MÜDAFİ VE VEKİL ÜCRETİ

Madde 13- (Değişik madde: 06/12/2006 - 5560 S.K.30.md)

(1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.

(2) Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usûl ve esaslar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava diekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 27.2.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- 5271 sayılı Yasa'nın Değiştirilen 150. Maddesinin (3) ve (4) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, zorunlu müdafiliğe tabi olan suçları "alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlar"la sınırlayan düzenlemenin, savunma hakkının özünü zedelediği, zorunlu müdafilikle ilgili düzenleme yetkisinin Türkiye Barolar Birliğinden alınarak yürütmeye verilmesinin savunma ve adil yargılanma hakkını yürütmenin denetimi ve vesayeti altına sokacağı, bu niteliğiyle düzenlemenin hukuk devleti, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı, eşitlik ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmadığı

gerekçesiyle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1- (3) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

İptali istenilen kuralla yapılan değişiklikle birlikte zorunlu müdafilikle ilgili uygulamanın kapsamı daraltılmıştır. Önceki düzenlemede, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar bu kapsamdayken, yeni düzenlemeyle alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda zorunlu müdafilik uygulaması yapılacaktır.

Yasaya göre, şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsizse, istemi aranmaksızın müdafi görevlendirilecektir. Zorunlu müdafi görevlendirilmesi, alt sınırı beş yıldan fazla hapis gerektiren suçlar için yapılacaktır.

5271 sayılı Yasa ile ilgili Adalet Komisyonu görüşmelerinde, üst sınırı beş yıl olan tüm suçlarda zorunlu müdafilik getirilmesinin bütçe olanaklarının yetersizliği, müdafilere ödenecek ücretin yetersizliği, avukatlık mesleği üzerinde oluşturacağı olumsuz imaj, yaşanabilecek olası usuli aksaklık ve gecikmeler nedeniyle eleştirildiği görülmektedir. Bu dönemde, zorunlu müdafiliğin üst sınırı on yıl ve daha üzeri olan suçlarda veya yalnızca ağır ceza mahkemesinin görevine giren suçlarda kabul edilmesi yönündeki teklifler ise kabul edilmemiştir. Madde gerekçesinde de "aslında ceza davasında bir avukattan yararlanılabilmesinin temel bir hak olduğu, ancak bunun sağlanmasının ülkenin koşullarıyla doğru orantılı olduğu" ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve insan haklarının korunması alanındaki diğer uluslararası temel belgelerde müdafi ücretini ödeme olanağı bulunmayan kişilerin ücretsiz olarak müdafi yardımından yararlanma haklarının bulunduğu belirtilmiştir.

İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) paragrafında; her sanığın "kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafiin veya eğer bir müdafi tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek" hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmenin 14/3-d maddesi ile de benzer biçimde, sanığın müdafiden yararlanması konusunda açık hüküm getirilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki genel uygulama "isteğe bağlı müdafilik" sistemine dayandırılmıştır. "Zorunlu müdafilik" ise istisna olarak düzenlenmiştir. 5271 sayılı Yasa bu istisnaya, hakkında uygulanması istenen yasa maddesindeki cezanın alt sınırı beş yıldan fazla olanları da eklemiştir.

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

Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir denilmektedir.

Hukuk devletinde yasakoyucu, ceza hukuku alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149. maddesinde, şüpheli veya sanığın, soruşturma ve kovuşturmanın her aşamasında bir veya birden fazla müdafiin yardımından yararlanabileceği, kanuni temsilcisi varsa, onun da şüpheliye veya sanığa müdafi seçebileceği belirtilmiş; 150. maddenin (1) numaralı fıkrasında da şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesinin isteneceği, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirileceği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla iptali istenilen düzenleme ile, bir yargılama faaliyeti içerisinde bulunan kişinin bizzat savunma yapması veya istediği bir avukat yardımından yararlanma hakları elinden alınmış değildir. Bu nedenle iptali istenilen düzenleme ile savunma hakkının özünün zedelendiği ve kullanılamaz hale geldiği iddiaları yerinde görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerle zorunlu müdafiliğe tabi olan suçları, "alt sınırını beş yıldan fazla suçlar"la sınırlayan düzenleme, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın 5., 10., ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- (4) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

Yasa'nın 150. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, müdafilikle ilgili diğer hususların, Türkiye Barolar Birliğinin de görüşü alınarak çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın "yasama yetkisi" kenar başlıklı 7. maddesinde "yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez" denilmekte; 38. maddesinin üçüncü fıkrasında da, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmektedir.

Yasama yetkisi genel ve asli bir yetkidir. Hukukumuzda yasama yetkisinin genelliği, kanunla düzenleme alanının konu bakımından sınırlı olmadığı, Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla her konunun düzenlenebileceği anlamına gelir. Bu çerçevede yasama organı, genel ilkeleri belirledikten sonra ayrıntılı ve açıklayıcı düzenlemeleri yürütme organına bırakabilir. İptali istenilen kuralla zorunlu müdafilikle ilgili genel ilkeler belirlendikten sonra usul ve işleyişle ilgili ayrıntılı hususların belirlenmesi amacıyla idareye yönetmelikle düzenleme yetkisi verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Dava dilekçesinde zorunlu müdafilikle ilgili düzenleme yetkisinin Barolardan alınarak yürütmeye verilmesinin savunma ve adil yargılanma hakkını yürütmenin denetimi altına soktuğu ileri sürülmekte ise de, burada savunma ve adil yargılanma hakkı denetim altına alınmamakta, zorunlu müdafilik sisteminin işleyişiyle ilgili ayrıntılı kuralların belirlenmesine zemin hazırlanmaktadır. Müdafilikle ilgili sorunların daha ziyade yargılama usulü ve işleyişiyle ilgili olması karşısında Barolar Birliğinin görüşü de alındıktan sonra zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususların yürütmeye bırakılmasında Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 7., 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

B- 171. Maddenin (2), (3), (4) ve (5) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, değişiklikten önceki durumda, kuvvetli delil ve şüphe bulunması halinde kamu davası açılması zorunlu iken, yeni sistemde yeterli delil ve şüphe bulunsa dahi kamu davasının açılmasının ertelenebileceğinin hüküm altına alındığı, şahsi dava uygulamasının kaldırılması nedeniyle,

Cumhuriyet savcısının soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olup da üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yeterli şüphenin varlığına rağmen kamu davasının açılmasını beş yıl süreyle ertelemesi halinde suçtan zarar görenlerin haklarını aramaları için başka hiçbir yol kalmayacağı, bunun da hak arama hürriyetini aşırı biçimde sınırlama anlamına geleceği, suçtan zarar gören ve sanık sıfatıyla aynı hukuki durumda olanlar arasında takip usulü yönünden cezanın üst sınırına göre farklılık yaratıldığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen fıkralarla ceza muhakemesi sistemine, "kamu davasının açılmasının ertelenmesi" şeklinde yeni bir kurum getirilmiştir. Böylece, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 19. maddesiyle yalnızca çocuklar hakkında öngörülen kurum yetişkinler hakkında da uygulama kapsamına alınmıştır. Çocuğa yüklenen suçtan dolayı kamu davasının açılmasının ertelenmesi ile ilgili düzenleme içeren Çocuk Koruma Kanunu'nun 19. maddesi de 5560 sayılı Yasa ile değiştirilmiş, çocuklar hakkında da Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki koşulların varlığı halinde kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebileceği, ancak bu kişiler açısından erteleme süresinin üç yıl olarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Bu konudaki düzenleme, kamu davasının mecburiliğinin yeni bir istisnası olarak, "kamu davası açmada takdir yetkisi" başlıklı 171. maddeye eklenen dört fıkrada yer almaktadır.

Buna göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı ve üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlarda, yeterli şüphe bulunmasına rağmen, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karar verilebilecektir. Ayrıca, bu suçlardan dolayı ertelemeye karar verilebilmesi için;

- Şüphelinin daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezası ile mahkûm olmamış bulunması,

- Yapılan soruşturmanın, kamu davası açılmasının ertelenmesi halinde şüphelinin suç işlemekten çekineceği kanaatini vermesi,

- Kamu davası açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı olması,

- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

koşullarının birlikte gerçekleşmiş olması aranacaktır.

Erteleme süresi olan beş yıl içerisinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecek, aksi takdirde şüpheli hakkında kamu davası açılacaktır. Erteleme kararına karşı suçtan zarar gören 173. madde hükümlerine göre itiraz edebilecektir. Erteleme süresince zamanaşımı süresi işlemeyecektir.

Maddenin (5) numaralı fıkrasında yer alan kurala göre, ertelemeye ilişkin kararlar ayrı bir yerde kaydedilecek, bu kayıtlar ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenebilecek ve bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilecektir.

Suç ve suçlulukla mücadele konusundaki yasal düzenlemeler Anayasal ilkelere aykırı olmamak koşuluyla yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamındadır. Yasakoyucu, ülkenin koşulları, toplumsal ihtiyaçlar ve uygulamalardaki aksaklıkları dikkate alarak, hangi eylemlerin suç sayılarak cezalandırılacağını, hangi eylemler için ne tür cezalar verileceğini, bu suçlarla ilgili takip yöntemlerinin nasıl olacağını belirleme yetkisine sahiptir. Suç teşkil eden her eylemin mutlaka ceza yaptırımı ile karşılanması, cezanın suçtan zarar görenin tatmin aracı olarak kullanılması eski hukuk anlayışlarında kabul edilmesine karşın, çağdaş gelişim her suçlunun hemen bir ceza yaptırımı ile karşılanması yerine, topluma karşı sorumluluklarını gözden geçirmesine olanak vermek üzere belirli sürelerle gözetim ve denetimini öngören ve mümkün olduğunca suçtan zarar görenin tatminini de içeren uygulamalara yönelmiş bulunmaktadır. İptali istenilen kuralın da bu yaklaşıma uygun olarak getirildiği anlaşılmaktadır. Sosyolojik, psikolojik ve hukuki tecrübelerin çoğu zaman salt ceza vermenin toplum açısından beklenen neticenin gerçekleşmesine yetmediğini, tam aksine bir sonucun ortaya çıkmasına yolaçtığını, çoğu zaman önemsiz görülebilecek suçlarla ilgili cezai müeyyidelerin daha nitelikli ve yoğun biçimde suç işlenme nedeni olabildiğini gözettiği anlaşılan yasakoyucunun, maddedeki koşulların gerçekleşmesi halinde, suç işleyen kişinin belli bir süre toplumla uyumlu davranmasına bağlı olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesini öngörmesi takdir yetkisi içerisindedir.

Öte yandan suçtan zarar görenlerin de Cumhuriyet savcısının kararına karşı kanun yoluna başvurmaları mümkün olduğundan hak arama özgürlüğünün engellendiğinden söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kuralların Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

C- 231. Maddenin Başlığında Yer Alan "… Ve Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması" İbaresi İle (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) Numaralı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, hükmün sanık hakkında hukuki bir sonuç doğurmaması anlamına geleceğinden hak arama hürriyetini ve eşitliği zedelediği, toplum barışını, bireylerin güven ve huzurunu sağlamadığı ve kamu yararına dayanmadığı bu nedenle Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (5) ve (14) numaralı fıkraları iptal başvurusundan ve bu başvuru ile ilgili ilk inceleme toplantısının yapılmasından sonra çıkarılan ve 8.2.2008 günlü, 26781 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 562. maddesiyle değiştirilmiştir. Yapılan değişiklikle önceki yasa metninde (5) numaralı fıkrada belirlenen "bir yıl" ibaresi "iki yıl" olarak değiştirilmiş ve böylece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunun uygulama alanı genişletilmiştir. Ayrıca, (14) numaralı fıkrada şikayete tabi olmayan suçlar kapsama alınırken, Anayasa'nın 174. maddesinde koruma altına alınan inkılap kanunlarında yer alan suçlar kapsam dışında tutulmuştur.

Böylece (5) numaralı fıkranın birinci tümcesinde yer alan "…bir yıl…" ibaresi ile (14) numaralı fıkrası 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesi ile değiştirildiğinden konusu kalmayan istemler hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmesi gerekir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu batı ülkelerinde genellikle kabul edilmiş olan bir kurumdur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu Anglo-Sakson hukuk sisteminde, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması (probation) esasına dayanır. Hakim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta

ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Davranışları, tabi tutulduğu denetim süresi içinde olumlu bulunduğu takdirde suçlu için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan suçlu, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır.

Fransız hukukunda bu kurum, ilk önce 2.2.1945 tarihli Kanun'la çocuk suçlular hakkında uygulanmaya başlanmış, daha sonra 1975 yılında yapılan değişiklikle yetişkinleri de kapsamına almıştır. Belçika'da aynı kurum 29.6.1964 tarihli bir Kanun'la hukuk sistemine getirilmiştir. Bu örneği, Hollanda, Japonya, Polonya, İsviçre gibi ülkelerde de görmek olanaklıdır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin dava konusu fıkralarında hükmün açıklanmasının ertelenmesinin koşulları, denetimli serbestlik tedbirleri, denetimli serbestlik koşullarına uygun davranılması veya ihlal edilmesi hallerinde ne tür bir uygulama yapılması gerektiğine ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

(5) numaralı fıkra ile hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu düzenlenmiş, uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuş, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade edeceği belirtilmiştir.

(6) numaralı fıkra uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) numaralı fıkraya göre, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) numaralı fıkraya göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) numaralı fıkraya göre, (6) numaralı fıkrasının (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) numaralı fıkraya göre, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) numaralı fıkraya göre, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) numaralı fıkraya göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) numaralı fıkraya göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) numaralı fıkraya göre, bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarla ilgili olarak uygulanabilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasakoyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Öte yandan, (12) numaralı fıkrada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle hükmün açıklanması ile ilgili kuralları oluşturan 231. maddenin (5) numaralı fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "…bir yıl…" ibaresi dışında kalan bölümünün, başlığında yer alan "… ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresi ile maddenin (6), (7), (8), (9), (10),

(11), (12) ve (13) numaralı fıkraları Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

231. maddenin (12) numaralı fıkrası ile ilgili görüşlere Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A.Necmi ÖZLER katılmamışlardır.

D- 253. ve 254. Maddelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, uzlaşma kurumunun kamu davasının açılmamasının ceza yaptırımının uygulanmaması sonucunu doğuracağı, parası olana suçu satın alma olanağını vereceği, uzlaşmanın gerçekleşmesi halinde, bu giderlerin Devlet Hazinesinden karşılanacağı öngörülmesine karşın uzlaşmanın gerçekleşmemesi halinde giderin ne şekilde karşılanacağının belirtilmemiş olması nedeniyle, kuralın belirlilik ve öngörülebilirlik özelliklerini taşımadığı ve bu yapısıyla Anayasa'nın 2., 5., 10., 11. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural uzlaşma kurumu ile ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda gerçekleştirilen kapsamlı değişikliklerden birisini oluşturmaktadır. Kuralla soruşturma evresindeki uzlaşmayla ilgili değişiklikler yapılmıştır. Soruşturma evresindeki uzlaşmayı düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesi yeniden düzenlenmiş, sekiz fıkradan ibaret olan madde 24 fıkrayı içerir hale getirilmiştir.

Ceza hukukumuzda uzlaşma kurumunun uygulanma kapsamını ilk olarak düzenleyen 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrasında *"Suçtan zarar gören gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olup soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı bulunan suçlarda, failin suçu kabullenmesi veya doğmuş olan zararın tümünü veya büyük kısmını ödemesi veya gidermesi koşuluyla mağdur ile fail özgür iradeleriyle uzlaştıklarında veya bu husus Cumhuriyet savcısı veya hakim tarafından saptandığında kamu davası açılmaz veya davanın düşürülmesine karar verilir."* hükmüne yer verilmişken 5560 sayılı Yasa'nın 45. maddesi ile fıkra yürürlükten kaldırılarak, iptali istenilen kuralla Ceza Muhakemesi Kanunu'na dahil edilmiştir. Başka bir anlatımla, iptali istenilen kuralla, Türk Ceza Kanunu'ndaki uzlaşma ile ilgili hükümleri çıkarılarak, uzlaşma kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu içinde yer almıştır. Uzlaşmanın kapsamına giren suçların bulunduğu Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin (8) numaralı fıkrasındaki düzenlemenin yürürlükten kaldırılması üzerine, uzlaşma kurumu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde kapsamı genişletilerek yeniden düzenlenmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde yer alan düzenleme ile Türk Ceza Kanunu'nda veya diğer ceza kanunlarındaki soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı suçların yanı sıra, şikayete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın aile içi şiddet hariç olmak üzere "kasten yaralama", "taksirle yaralama", "konut dokunulmazlığının ihlali", "çocuğun kaçırılması ve alıkonulması" ve "ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması" suçları ile diğer ceza kanunlarında bu konuda açık hüküm bulunan suçlar açısından uzlaşmaya ilişkin hükümler getirilmiştir.

254. maddesinde, kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemlerinin 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılacağı, uzlaşma gerçekleştiği takdirde sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verileceği, edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde ise sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verileceği, geri bırakma süresince zamanaşımının işlemeyeceği, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanacağı belirtilmiştir.

171. maddeye ilişkin gerekçeler iptali istenilen 253. ve 254. maddeler için de geçerli olduğundan Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

253. maddenin (24) numaralı fıkrası yönünden Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

E- 23.3.2005 Günlü, 5320 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, avukatın baro tarafından görevlendirilmesine rağmen avukata ödenecek ücretin Adalet ve Maliye Bakanlıklarınca belirlenmesinin ve bu ücretin de soruşturma ve kovuşturma organları tarafından ödenecek olmasının, Anayasa'nın 90. maddesi gereği iç hukuk kuralı haline gelen AİHS.'nin 6. maddesinde tanımı yapılan adil yargılanma hakkı ve savunma hakkının özüne bir müdahale olduğu gibi savunma

hakkının bağımsızlığını da önemli ölçüde zedelediği, Anayasa Mahkemesi'nin "avukatlık mesleği ile ilgili bir düzenleme yapılırken bu mesleğin her şeyden önce bir serbest meslek olduğunun gözden uzak tutulmaması gerektiği", "avukatlığın bir kamu hizmeti sayılmış olsa dahi, kamusal yönü çok yoğun olan Devlet memuriyeti görev ve hizmetleriyle aynı nitelikte görülüp aynı ölçülere tabi kılınamayacağı"na ilişkin 1.3.1985 günlü, E:1984/12, K:1985/6 ve 23.6.1989 günlü, E:1988/50, K:1989/27 sayılı kararlarında belirtilen yorumu ile bağdaşmadığı, iptali istenilen düzenleme ile uygulama yapıldığında hukuka uygun ve adaletli bir sonuç elde etme imkanının bulunmadığı ve bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kural müdafi ve vekil ücretini düzenlemektedir. Buna göre zorunlu müdafilik ve vekillik için, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten karşılanacaktır. Müdafi ve vekile ödenecek ücret yargılama giderlerinden sayılmış ve böylece mahkumiyet halinde sanıktan tahsil edilerek bütçeye geri dönüşünün sağlanması amaçlanmıştır. Bu konudaki ödeme ve uygulamaların ayrıntıları Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenecektir.

Düzenlemenin amacının, önceki dönemde ödeme ile ilgili ortaya çıkan sıkıntıların giderilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Barolar Birliği tarafından görevlendirilen müdafilere ödenecek ücretler Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından aktarılacak kaynaklarla karşılanabilecektir.

Ücretin belirlenmesi, ödenmesi ve buna ilişkin uygulamaların Adalet ve Maliye Bakanlıklarınca yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa'nın 36. maddesinde yer verilen savunma ve adil yargılanma hakkı ile ilgisi kurulamadığından kural Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN bu görüşlere değişik gerekçeyle katılmıştır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

1- 21. maddesiyle değiştirilen 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının,

2- 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının,

3- 23. maddesiyle 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin;

a- Değiştirilen başlığında yer alan "… ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresinin,

b- Eklenen (5), (6)., (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) fıkralarının,

4- 24. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin,

5- 25. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesinin,

6- 30. maddesiyle 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin,

yürürlüklerinin durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 27.2.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un:

A- 21. maddesiyle değiştirilen 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin;

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

2- (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 23. maddesiyle;

1- 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin değiştirilen başlığında yer alan "… ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine eklenen;

a- (5) numaralı fıkranın;

aa- Birinci tümcesinde yer alan "… bir yıl …" ibaresi, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle değiştirildiğinden, bu ibareye ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

bb- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- (6), (7), (8), (9), (10) ve (11) numaralı fıkraların Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

c- (12) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

d- (13) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

e- (14) numaralı fıkra, 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle değiştirildiğinden, bu fıkraya ilişkin KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

D- 24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin;

1- (24) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Şevket APALAK ile Zehra Ayla PERKTAŞ'In karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 25. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 30. maddesiyle, 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

12.3.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY YAZISI

5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının Anayasaya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine aşağıdaki nedenlerle karşıyım:

1. Cumhuriyet savcısına verilen yetki yönünden

Savcılık kurumu, adaletin yerine getirilmesi için maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlamakla görevli ve varlık nedenini bu ihtiyaçtan alan bir kurumdur. Çağdaş ceza yargılamasında savcının, şüpheli veya sanığın üzerinde bir makam olmayıp, bağımsız mahkeme tarafından sonuca bağlanacak sav ve savunma sürecinde savunma konumunda olan tarafla kamu adına "silahların eşitliği" ilkesi gereğince yargısal bir ilişki içinde bulunan taraf olduğu kabul edilmektedir. İnsan haklarına dayanan çağdaş ceza sistemlerinde bu ilişkinin niteliğine o denli önem verilmektedir ki, duruşmanın yapıldığı mekanda savunma tarafı ile savcının yer aldığı kürsünün konumu ve yüksekliği dahi adil yargılama ilkesi çerçevesinde değerlendirilmekte; savcının hakimle aynı kürsüde yer alması, buna karşılık avukatların daha aşağı bir konumda oturmaları ve savunmayı oradan yapmalarının adil yargılama ile bağdaşmadığı kabul edilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 170. maddesinin (1) numaralı fıkrasında kamu davasını açma görevinin Cumhuriyet savcısı tarafından yerine getirileceği, (2) numaralı fıkrasında soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa, Cumhuriyet savcısının bir iddianame düzenleyeceği, (5) numaralı fıkrasında iddianamenin sonuç kısmında şüphelinin sadece aleyhine olan hususların

değil, lehine olan hususların da ileri sürüleceği belirtilmektedir. Kanunun "Kamu davasını açmada takdir yetkisi" başlıklı 171. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise *"Cezanın ortadan kaldırılmasını gerektiren şahsi sebep olarak etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanmasını gerektiren koşulların ya da şahsi cezasızlık sebebinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısı kamu davası açmayabilir"* denilerek, savcının dava açmayabileceği haller belirlenmiş olup, bu hallerin dışında, yeterli şüphenin varlığı halinde kamu davası açmak savcının görevidir. 171. maddeye eklenen iptali istenen kurallarla getirilen düzenleme ise bu genel ilkeden bir sapma oluşturmaktadır. Sanık hakkında savlarını ve kanıtlarını ortaya koymanın ötesinde bir görev ve yetkisi bulunmayan savcının, sanığı yargılamadan kurtarma, yargılanmasını önleme veya yargılanmasını erteleme gibi bir lütuf veya atıfet hakkı olamaz.

İptali istenen düzenlemeler arasında yer alan kurallardan özellikle kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilebilmesi için CMK 171. maddesinin (3) numaralı fıkrasının c) bendinde yer alan *"Kamu davasının açılmasının ertelenmesinin, şüpheli ve toplum açısından daha yararlı olması"* koşulu önemli sakıncalar taşımaktadır. Bu kuralla, savcılara, gerekçesiz ve sübjektif takdire dayalı olarak, neyin toplum için daha yararlı olduğuna karar verme yetkisi tanınmaktadır.

Anayasanın 9. maddesine göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. Yargı erkinin Millet adına kullanılmasında toplum yararının da gözetilmesi bu yetkinin doğasından kaynaklanan bir zorunluluk olmakla birlikte, bu hususun takdiri yetkisi Anayasanın 9. maddesi ile mahkemelere verilmiş olup, aynı yetkinin savcılara da teşmil edilmesi Anayasaya aykırıdır.

2. Savcı bağımsızlığı yönünden

Hukuk sistemimizde savcı bağımsızlığından söz edilemeyeceği yolunda genel bir kabul ve anlayış bulunduğu yadsınamaz. Anayasanın 138. maddesinde yer alan mahkemelerin bağımsızlığı, 139. maddesinde düzenlenen hakimlik ve savcılık teminatı ve 140. maddesindeki hakimlik ve savcılık mesleğine ilişkin ilkeler ile ilgili yasalarda yer alan güvenceler hakimler yönünden dahi yetersiz iken, hakimlerle aynı güvencelere sahip olmayan savcıların tam bir bağımsızlık ve tarafsızlık ortamında görev yaptıklarından söz edilemez. Kovuşturulması ve soruşturulması şikayete bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı *"şüpheli ve toplum açısından kamu davası açılmasından daha yararlı"* olacağı düşüncesiyle kamu davası açılmasını beş yıl süreyle erteleme kararı verecek olan savcının her türlü dış etkilerden uzak şekilde karar

verebilme olanağına sahip olması gerekir. Gerçek durumun, bundan uzak olduğu açıktır.

Türk Ceza Kanununun 86. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen basit tıbbi müdahaleyle etkisi giderilebilecek yaralama; 116. maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki konut dokunulmazlığının ihlali; 123. maddesindeki kişilerin huzur ve sükununu bozma; 133. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkralarındaki kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması; 209. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki açığa imzanın kötüye kullanılması; 233. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali; 234. maddesinin (3) numaralı fıkrasındaki çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları, şüphelisi hakkında kamu davası açılması ertelenebilecek suçlardandır. Bu tür suçlar, toplumda sıkça rastlanabilecek, her sosyal ve ekonomik düzeyden kişilerin işleyebileceği suçlar olmakla birlikte, esasen şikayete bağlı olmaları nedeniyle çoğu kez soruşturma ve kovuşturma konusu olmamaktadır. Ancak, suçtan zarar gören şikayetçi olmuş ise işin ciddiyetle takibi de hukuk devletinin gereğidir. Bu tür durumlarda suçu işleyenin veya zarar görenin toplumca tanınmış, sanat, bilim, kültür, spor, siyaset vb. alanlarda ismi kamu oyunca bilinen kişilerden olması veya konunun medya tarafından öğrenilip sürekli izlenmesi halinde, Cumhuriyet savcısının kamu davasının açılmasının ertelenmesi yönünde olsun, aksi yönde olsun, verebileceği her karar farklı yorum veya eleştiri konusu yapılabilecek, toplumda yargıya güvenin aşınmasına yol açabilecektir.

Yasaların, devletin ve yargının güvenilirliğine, toplumda adalet inancına zarar verebilecek kurallar içermemesi, Anayasanın 2. maddesinde esasları belirlenen hukuk devletinin gereğidir. İptali istenen düzenlemeler, Anayasanın 2. maddesine aykırıdır.

3. Adil yargılanma hakkı yönünden

Eski ceza sistemimizde mevcut olan kişisel dava hakkına, "ceza hukuku reformu" kapsamında kabul edilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunlarında yer verilmemiştir. Buna göre, ister şikayete bağlı olsun, ister resen soruşturulsun ve kovuşturulsun, suçların topluma ve kişilere verdiği zararların önlenmesi, mağdurların çektiği maddi ve manevi acının giderilmesi, bunun yanı sıra suçlunun ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması, tümüyle Devletin sorumluluğunda bulunmaktadır.

Anayasanın 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 belirtilmiştir.

5271 sayılı Yasanın iptali istenen hükümleri arasında (3) numaralı fıkranın (d) bendinde, diğer koşulların yanı sıra, suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşulunun aranmış olmasından, bunların gerçekleşmesi halinde şikayet nedeninin ortadan kalkmış olacağının varsayıldığı sonucu çıkarılabilir ise de; kuralda şikayetin geri alınmasından söz edilmeyip, koşulun yerine gelmiş olup olmadığı hususundaki değerlendirmenin savcıya bırakıldığı, bu itibarla suçtan zarar görenin iradesine yer verilmediği anlaşılmaktadır. Öte yandan Kanunun 253. maddesinde düzenlenen uzlaşma kurumu suçtan zarar görenin serbest iradesine dayanmakta, ancak iptali istenen kurallarla çelişmektedir.

Suçtan zarar görenin şahsi dava açamadığı, Cumhuriyet savcısına yaptığı şikayetinin karşılığını alamadığı, kendince mağduriyetinin giderildiğine ikna olmadığı bir durumda konunun beş yıl süreyle askıda bırakılması hak arama hürriyetine aykırıdır. Bu durumun suçtan zarar görenin hukuk yollarına başvurabileceği veya kanun yoluna gidebileceği gerekçesiyle açıklanması mümkün değildir. Bir başka hakkın kullanılabiliyor olmasının, Anayasadan kaynaklanan bir diğer hakkın kullanılamamasındaki Anayasaya aykırılığı ortadan kaldırmasından söz edilemez. Kaldı ki, kamu davasının açılmasının beş yıl süreyle ertelenmesine karşı etkin kanun yolu da bulunmamaktadır. İptali istenen 171. maddenin (4) numaralı fıkrasında erteleme süresi (beş yıl) içinde kasıtlı bir suç işlenmediği takdirde "kovuşturmaya yer olmadığına karar verileceği" belirtilmiş, (5) numaralı fıkrasında *"Kamu davasının açılmasının ertelenmesine ilişkin kararlar, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma ve kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir"* kuralı getirilmiştir. Buna göre, beş yıl süreyle kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilemeyeceği ve Ceza Muhakemesi Kanununun 172. maddesi gereğince karar, suçtan zarar görene bildirilip itiraz hakkı, süresi ve mercii gösterilemeyeceği gibi, özel sisteme kaydedilmiş karar da açıklanmayacaktır. Bu durumda suçtan zarar görenin itiraz hakkı da beş yıl sonra kullanılabilir hale gelmektedir ki, sürenin uzunluğu karşısında hak arama hürriyetinin zedelendiği açıktır.

Öte yandan, yargılanma halinde beraat, erteleme, para cezasına çevrilme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması, ceza alma halinde seçenek yaptırımlara çevrilme gibi olasılıklar gözetildiğinde, şüpheli yönünden de kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumu, beş yıl süreyle yaratacağı belirsizlik ve tedirginlik nedeniyle, davanın açılarak süratle sonuçlandırılması seçeneğine oranla çok tercih edilebilecek bir durum olmayabilir. İptali istenen düzenlemelerde bu konuda da şüphelinin serbest iradesi dikkate alınmamaktadır. Nitekim iptali istenen kurallara ilişkin yasa değişikliğinin gerekçesinde *"… mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşmayı kabul etmesine rağmen şüphelinin kabul etmemesi halinde ise; bu maddedeki şartlar gerçekleşmiş olsa bile, şüpheli hakkında soruşturma konusu suçla ilgili olarak kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilebilecektir"* denilmiştir. Beraat olasılığını da içeren kovuşturma aşamasına geçilmesi yerine beş yıl askıda tutulan bir soruşturmanın şüphelisi olarak kalmanın adil yargılanma hakkına uygun olduğu söylenemez.

Bu nedenle, kurallar, Anayasanın 36. maddesine aykırıdır.

Ceza yargılaması sisteminde gerçek adalet ihtiyaçlarına hizmet etmeyen, diğer ceza hukuku kurumlarının esasen sağladığı seçeneklere önemli bir katkı sağlamayan, buna karşılık somut olaylarda farklı yorumlara ve toplumdaki adalet inancını yıpratıcı algılamalara yol açabilecek bir kurumun, Anayasanın 5. maddesiyle de ters düşeceği açıktır.

Yukarıdaki nedenlerle iptali istenen kuralların Anayasanın 2., 5., 9. ve 36. maddelerine aykırılıktan ötürü iptal edilmeleri gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmamaktayım.

Başkanvekili
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 5271 sayılı Yasa'nın değiştirilen 150. maddesinin (4) numaralı fıkrası:

5271 sayılı Yasa'nın 5560 sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile değiştirilen 150. maddesinin ilk fıkrasında, isteğe bağlı müdafilik; iki ve üç numaralı fıkralarında da zorunlu müdafilikle ilgili kuralla yer verilmiş, dört numaralı fıkrasında ise zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususların, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 142. maddesinde, Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği

öngörülmüştür. Buna göre, yargılama usullerine ilişkin hususların idari tasarruf olan yönetmeliklerle düzenlenmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Müdafi yardımından yararlanmanın, savunma hakkının kullanılmasının temel unsurlarından biri olduğu kuşkusuzdur. Savunma hakkından ayrı düşünülmesine olanak bulunmayan zorunlu müdafilikle ilgili düzenlemelerin yargılama usulleri kapsamında olduğu ve Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerektiği açıktır.

Yasa'nın 150. maddesinde zorunlu müdafilikle ilgili esaslara yer verildikten sonra (4) numaralı fıkrasında diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilerek idare tarafından yeni esasların düzenlenmesine olanak verilmesi Anayasa'nın yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğine ilişkin 142. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle (4) numaralı fıkranın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

2- 5271 sayılı Yasa'nın değiştirilen 231. maddesinin (12) numaralı fıkrası:

5560 sayılı Yasa ile 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine fıkralar eklenerek "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" adı altında yeni düzenlemelere yer verilmiştir.

Ceza hukukundaki çağdaş gelişmelere uygun olarak, daha hafif kabul edilebilecek suçlar yönünden, her suçlunun hemen cezalandırılması yerine davranışlarının sonuçlarını, topluma karşı sorumluluklarını yeniden değerlendirebilmesi için bir denetim sürecinden geçirilmesine olanak tanınması, bu arada suçtan zarar görenin tatmininin de sağlanmasını içeren düzenlemelere yer verilmesi, insan onurunu öne çıkaran devlet anlayışı içinde önemli bir yeniliktir. Ancak, belirtilen amaç ve anlayış çerçevesinde getirildiği anlaşılan ve bu nedenle de kişi ve hak ve özgürlükleri bakımından ileri bir aşamayı oluşturan dava konusu düzenlemenin, Anayasa ile uyumlu olabilmesi için, hukuk devletinde vazgeçilemez kabul edilen sav, savunma ve adil yargılanma hakkı gibi, bazı temel hak güvenceleri konusunda duraksamaya yol açmaması gerekir.

231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir" denilmektedir. 5271 sayılı Yasa'nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen "temyiz"

yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından "itiraz", diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükme karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289. maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlâllerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir. Anayasa aykırılığın hangi şekilde giderileceği ise kuşkusuz, yasakoyucunun takdirinde olan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle Yasa'daki düzenleme biçimiyle Anayasa'nın 2 ve 36. maddelerine aykırı olan (12) numaralı fıkranın, iptali ve yeniden düzenleme yapılması için yasakoyucuya süre verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

3- 5271 sayılı Yasa'nın değiştirilen 253. maddesinin (24) numaralı fıkrası:

5271 sayılı Yasa'nın "özel yargılama usulleri"ni düzenleyen beşinci kitabının "uzlaşma ve müsadere" başlıklı ikinci kısımında yer alan ve 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen dava konusu 253. maddesinin (24) numaralı fıkrasında, uzlaşmanın uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir" denilerek yargılama usulleri kapsamında bulunduğu açık olan hususların düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır.

Belirtilen nedenle, yargılama usullerinin kanunla düzenleneceğini öngören Anayasa'nın 142. maddesine aykırılık oluşturan Kural'ın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme 171. maddenin itiraz konusu fıkralarının Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyorum. 12.3.2009

Üye
Ahmet AKYALÇIN

KARŞIOY ve DEĞİŞİK GEREKÇE

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

1- 21. maddesiyle değiştirilen 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin iptali istenen (4) numaralı fıkrasının Anayasaya uygunluk denetimi:

Söz konusu fıkrada *"Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir"* denilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlenmeler yer almaktadır. Ceza muhakemesi yargısında şüpheli veya sanığa zorunlu müdafii görevlendirilmesinin ve onun tarafından yapılacak hukuki yardımın, ceza muhakemesinin savunma bölümünü oluşturması nedeniyle yargılama usullerinden olduğu konusunda duraksama bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 142. maddesinde *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"* denilerek, yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin aykırılığı ileri sürülen (4) numaralı fıkrasında, yargılama sürecine katılarak hukuki yardımda bulunması öngörülen zorunlu müdafilik ile ilgili diğer hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilerek, idareye yargılama usullerini yönetmelikle düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu durum, yargılama usullerinin kanun ile yapılmasını öngören Anayasa'nın 142. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (4) numaralı fıkrasının iptali gerekir.

2- 23. maddesiyle 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine eklenen ve iptali istenen (12) numaralı fıkrasının Anayasaya uygunluk denetimi:

(12) numaralı fıkrada *"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir"* denilerek, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267. ila 271. maddelerinde esas ve usulleri belirtilen itiraz yoluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının incelenmesinin istenebileceği öngörülmüştür.

Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen 231. maddenin;

(5) numaralı fıkrasında, yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması halinde mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile kurulan hükmün hukuki sonuç doğurmayacağı;

(6) numaralı fıkrasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamasının,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmasının,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesinin,

aranacağı;

(8) numaralı fıkrasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanığın, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulacağı, bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebileceği;

(9) numaralı fıkrasında da altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen < *Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,…*> ne ilişkin koşul derhal yerine getirilemediği takdirde, verilen zarar denetim süresince aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesi şartıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği;

ifade edilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için öncelikle; Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen kovuşturmaya ilişkin yargılama usulü uygulanıp iddia, savunma ve deliller değerlendirildikten sonra, isnat edilen eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin, eylemin suç teşkil ettiğinin ve bu suça göre hükmedilecek cezanın da iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olduğunun saptanarak yargılamanın bitirilmesi gerekmektedir. İkinci olarak (6) numaralı fıkradaki koşulların varlığı saptandıktan sonra, beş yıllık denetim süresine tabi tutularak, bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemece takdir edilmek koşulu ile denetimli serbestlik tedbiri olarak, meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak için eğitim programına devam etmesine, meslek veya sanat sahibi ise kamu kurumunda veya aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, zararın derhal yerine getirilememesi halinde ise zararın denetim süresince aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesine de karar verilerek asıl suça ilişkin mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Böylece, ortada sabit olduğu kabul edilen suçtan verilmiş, ancak kesinleşmemiş bir mahkumiyet hükmü bulunmaktadır. Bu hükümle birlikte, bir yıldan fazla olamamak üzere verilmesi mümkün olan denetimli serbestlik tedbirlerinin, kişinin davranış özgürlüğüne müdahale eden kurallar olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Denetimli serbestlik tedbirlerinin bu yönü ile açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kesinleşmemiş bir mahkumiyet kararına dayanılarak kişinin davranış özgürlüğüne müdahale edildiği ortaya çıkmaktadır. Böyle bir uygulamaya neden olan kararın, yasaya uygunluğunun denetiminin, kuralda yalnızca *"itiraz"* yoluyla sağlanabileceği öngörülmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen ve olağan kanun yolu olan itiraz, istinaf veya temyiz yolunda olduğu gibi kovuşturma sonucu verilen nihai bir hükmün esasına ilişkin bir inceleme yapmayı sağlayamamakta, daha çok yargılama yöntemi ve dava şartları gibi usul hükümlerine yönelik uygulamaların denetimine olanak vermektedir. Nitekim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılacak itiraz ile de itiraza bakmaya yetkili merci verilen cezanın süresi, adli para cezası olup olmadığı, aranan diğer koşulların bulunup bulunmadığı, denetimli serbestliğin yasaya uygun olarak verilip verilmediği gibi konuları incelemekle yetinecek ancak,

hükmün istinaf veya temyizde olduğu gibi esasıyla ilgili herhangi bir inceleme yapamayacak, dolayısıyla suçluluğun hükmen sabit olduğu hukuki anlamda ortaya çıkmayacağı için kesin hüküm olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kesinleşmiş bir hükümle suçluluğu sabit olmayan bir kişi hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir. Denetimli serbestlik tedbirinin bir hükmün sonucu olarak uygulandığı dikkate alındığında, o hükmün esasının da incelenmesine imkan veren bir kanun yolunun öngörülmesi gerekir. Aksi halde, sübut, suçun niteliği, zaman aşımı gibi hükmün esasını ilgilendiren konularda yapılması muhtemel adli hatalar, denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasından sonra incelenebilecek, hata yapıldığı saptandığında da denetimli serbestlik tedbirinin haksız yere uygulandığı ortaya çıkacaktır. Böyle bir adli hatanın ise hukuki güvenliği zedeleyeceği izahtan varestedir.

Yasa koyucu, suç ve suçlu ile mücadelede ihtiyaç duyduğu yasal düzenlemeleri yapmakta geniş takdir yetkisine sahip ise de bu yetkisini, Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalarak yerine getirmesi gerekmemektedir.

Ceza sistemine yeni getirilen ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı olarak uygulanan denetimli serbestlik kurumunun dayanağı olan mahkumiyet hükmünün esasının incelenmesine olanak vermeyen, *"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir"* biçimindeki (12) numaralı fıkranın Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz"* kuralına aykırıdır.

İptali gerekir.

3- 24. maddesiyle değiştirilen 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin iptali istenen (24) numaralı fıkrasının Anayasaya uygunluk denetimi:

(24) numaralı fıkrada *"Uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin hususlar, yönetmelikle düzenlenir"* denilmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, ceza muhakemesinin nasıl yapılacağı hususundaki kurallar ile bu sürece katılan kişilerin hak, yetki ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlenmeler yer almaktadır. Aynı Kanunun 253. ve 254. maddelerinde yer alan uzlaşma ile ilgili kurallar uyarınca, yasada belirtilen kimi suçlarda şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisinin uzlaştırılması için, soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısının veya talimatı üzerine adli kolluk görevlisinin, kovuşturma aşamasında ise

hakimin, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifi girişiminde bulunacağı ve uzlaşma gerçekleştiğinde de şüpheli hakkında soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığına, kovuşturma aşamasında ise davanın düşmesine karar verileceği öngörülmüştür. Uzlaşmanın, kamu davasının açılmamasına veya açılmışsa düşmesine neden olan sonuçlar doğurması nedeniyle mahkemelerin görev ve yetkileriyle işleyiş ve yargılama usullerinden olduğu konusunda, uzlaşmanın uygulanmasının da bu kapsamda kabul edilmesi gerektiğinde tereddüt bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 142. maddesinde *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"* denilerek, yargılama usullerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmiştir. 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinin aykırılığı ileri sürülen (24) numaralı fıkrasında, kamu davasının açılmamasına, açılmışsa düşmesine neden olan ve bu yönüyle de mahkemelerin görev ve yetkileriyle işleyiş ve yargılama usullerinden sayılan uzlaşma kurumunun, uygulanması ile ilgili hususlarda idareye yönetmelikle düzenleme yetkisi verilmiştir. Bu durum, yargılama usullerinin kanun ile yapılmasını öngören Anayasa'nın 142. maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin (24) numaralı fıkrasının iptali gerekir.

4- 30. maddesiyle değiştirilen 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istenen ikinci tümcesinin Anayasaya uygunluk denetimi:

Kanunun 13. maddesinin iptali istenen ikinci tümcenin de bulunduğu (1) numaralı fıkrasında *"Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir.* ***Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.****"* denilmekte, Ceza Muhakemesi Kanunun 325. maddesinde de *"Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi halinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir"* kuralına yer verilmektedir. Buna göre, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak tespit edilen tarife uyarınca müdafie ödenen ücret yargılama giderlerinden sayılarak mahkûm edilen sanıktan tahsil edilmesinin yolu açılmış olmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin 3 numaralı fıkrasının konuyla ilgili c) bendinde ise;

"… Her sanık en azından…

…

c) Kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve ***eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek****;*

…"

hakkına sahip olduğu ifade edilmekte,

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında da *"…Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır"*denilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu, şüpheli veya sanığın doğrudan müdafii seçebilmelerine olanak tanıdığı gibi müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederek istemde bulunan şüpheli veya sanığa isteğe bağlı olarak, kimi koşulların bulunması durumda da zorunlu olarak müdafii görevlendirilebileceğini kurala bağlamıştır. İsteğe bağlı görevlendirmedeki koşullardan biri olan müdafi seçebilecek durumda olmadığına ilişkin beyan, mali olanaktan yoksun bulunmanın yanı sıra, başka nedenleri de kapsayan daha geniş bir kavram olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, 6/3-c maddesi para ödemeksizin müdafi yardımından yararlanabilmeyi, mali olanaktan yoksun olma ve adaletin selameti bakımından gerekli bulunma koşullarına bağlamış, doğrudan, isteğe bağlı ve zorunlu müdafii gibi başka nedenlerle görevlendirilmeleri bu kapsamın dışında tutmuştur.

İptali istenilen ***"Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır"*** tümcesi ise müdafilerin bütününe ödenen ücreti kapsayan kural niteliğindedir. Yargılama giderlerinden sayılan ve sanığa yükletilmesi de yargılama sürecinin tamamlanıp mahkumiyete ilişkin hükmün kesinleşmesinden sonra mümkün olan bu ücretin, yargılama süreci devam ederken sanıktan tahsil edilmesi hukuken mümkün olmadığı için, adil yargılanma hakkını ihlal

etmediği ve bu nedenle de Anayasa'ya aykırılıktan söz edilemeyeceği açıktır. Ancak, mali olanaktan yoksun olma ve adaletin selameti bakımından gerekli bulunma koşulları ile görevlendirilen müdafilere ödenen ücretin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-c maddesi uyarınca sanıklara yükletilmesinin mümkün olmadığı ve bu yönüyle de sözleşme ile iptali istenilen kuralın aynı konuda farklı hükümler içerdiği, uygulanması gereken kuralın ise Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca sözleşme hükmü olduğu gözetildiğinde, bu şekilde müdafii yardımı alan sanıklara, mahkum olsalar bile ödenen müdafi ücreti kendilerine yargılama gideri olarak yükletilemeyecektir. İptal isteminin bu gerekçe ile reddi gerekir.

Sonuç olarak;

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un;

- 21. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin (4),

- 23. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesine eklenen (12),

- 24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Kanun'un 253. maddesinin (24), numaralı fıkrarının iptallerine,

- 30. maddesiyle değiştirilen, 5320 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin ise iptal isteminin reddine,

Karar verilmesi gerekir. Bu gerekçelerle çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği öngörülmüştür.

Anılan maddenin diğer fıkralarına göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulandığı davalarda, sanık hakkında mahkumiyet kararı tesis edildikten sonra, mahkemece bu kararın açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin ikinci bir karar verilmektedir. Bu kararın verilmesi, mahkumiyet kararının hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulmakta ve hakkında (8)

numaralı fıkrada belirtilen denetimli serbestlik tedbirleri uygulanabilmektedir.

İtiraz kanun yolunda itirazı inceleyecek merci, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267. ve müteakip maddeleri uyarınca itiraz konusu hakkında inceleme yapmak ve karar vermek durumunda olduğundan, yalnız itiraz edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının isabetli olup olmadığı konusunda karar verecektir. Sanık hakkında verilen ilk karar, diğer bir deyişle mahkumiyet kararının esası ise incelenemeyecektir. Bu suretle, bir yıla kadar (5728 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe göre iki yıla kadar) hapis cezası içeren bir mahkumiyet kararında, maddi olayın ve sanığa yüklenen suçun sübuta erip ermediği hususu bir üst mahkemenin denetiminden yoksun bırakılmış olacaktır. Bu durumda, kanun yolu muhakemesi sonucunda beraat etmesi mümkün olabilecek bir sanık beş yıl süreyle bu haktan mahrum edilmiş olacak ve ayrıca hakkında beş yıl süreyle (8) numaralı fıkrada belirtilen denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir.

Sanık hakkında tesis olunan mahkumiyet kararı için kanun yolu öngörülmemesi ve yalnız hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz hakkı tanınması; bir ceza yargılamasında mahkum edilen kişinin, mahkumiyet hükmünü daha yüksek bir mahkemeye inceletme hakkından mahrum bırakması nedeniyle hak arama özgürlüğünü engellemekte ve adil yargılanma hakkını ihlâl etmektedir.

Bu nedenlerle, (12) numaralı fıkra Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiği düşüncesinde olduğum için aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
A. Necmi ÖZLER

AZLIK OYU

Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." kuralı yer almaktadır.

Yasama yetkisinin temel oluşunu ve ilk elden kullanılmasını vurgulayan bu kural, anılan yetkinin devredilemez bir nitelik taşıdığını açıklıkla dile getirmektedir. Ancak, teknik ve ayrıntı içeren konularda yasama organı genel ilkeleri belirledikten sonra yürütme organına düzenleme yapma yetkisi verebilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin üçüncü fıkrasında "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." ilkesi öngörülmüştür. Bu kuralla, ceza ile ilgili konuların ancak yasayla düzenlenebileceğinin amaçlandığında kuşku yoktur. Aynı maddenin başlangıcındaki suç ve cezanın yasallığı ilkesi de bu amacı destekleyen ve konunun alanını genişleten bir özü içermektedir.

Öte yandan Anayasa'nın 135. maddesine göre kamu kurumları niteliğindeki meslek kuruluşlarının, mesleğin gereksinimlerini karşılamak, faaliyetlerini kolaylaştırmak ve meslek mensuplarının birbirleriyle ve halka olan ilişkilerinde güveni egemen kılmak gibi ödevleri vardır.

Tüm bu anayasal kurallar birlikte değerlendirildiğinde, suç ve ceza ile dolaylı da olsa ilgili olan konuların yasayla düzenlenmesinin esas olduğu, çerçevesi ve sınırları çizilmeden yasama yetkisinin devredilmesinin olanaksız bulunduğu ve zorunlu avukat atamasıyla ilgili bir görevin temel olarak meslek örgütünün yetki alanı içinde kaldığı anlaşılmaktadır.

Buna karşın, zorunlu müdafilikte bazı konularda düzenleme yapılmasının idareye bırakılması, Türkiye Barolar Birliğinin işlevinin görüş almakla sınırlanması ve uzlaştırmanın uygulanmasına ilişkin olarak yönetmelikle düzenleme öngörülmesi Anayasa'nın ceza ile ilgili yasallık ilkesi ile kamu kurumu niteliğindeki meslek örgütlerine ilişkin yaklaşımlarının aşılması sonucunu doğuracaktır.

Açıklanan nedenlerle 5271 sayılı Yasa'nın itiraza konu 150/4 ve 253/24. maddelerinin iptali gerekeceği oyuyla kararın bu kısımlarına karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

06.12.2006 günlü, 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun;

1) 21. maddesiyle değiştirilen 5271 Sayılı Kanunun "Müdafinin Görevlendirilmesi" başlıklı 150. maddesine eklenen (4) numaralı fıkrada; "Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliği'nin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

2) 24. maddesiyle değiştirilen 5271 Sayılı Kanunun "Uzlaşma" başlıklı 253. maddesine eklenen (24) numaralı fıkrada ise; "Uzlaşma uygulanmasına ilişkin hususlar yönetmelikle düzenlenir" denilmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun "Savunma" başlığı altında düzenlenen altıncı kısım birinci bölümünde yer alan "Müdafiin Görevlendirilmesi" ve "Uzlaşma ve Müsadere" başlığı altında düzenlenen ikinci kısım birinci bölümünde yer alan "Uzlaşma" Ceza Yargılama Usulü ile ilgili düzenlemeler olduğu açıktır.

Anayasa'nın 7. maddesinde; "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez" hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 142. maddesinde ise "Mahkemelerin Kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." denilmektedir. Buna göre yargılama usullerine ilişkin hususların idari tasarruf niteliğinde olan yönetmeliklerle düzenlenmesi mümkün değildir.

Bu durumda yargılama usulüne ilişkin olup, kanunla düzenlenmesi gereken "Müdafiin görevlendirilmesi" ve "Uzlaşma" konularının yönetmelikle düzenlenmesini öngören dava konusu kurallar Anayasa'nın 7. maddesi ve 142. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın yukarıda belirtilen dava konusu kurallarının iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2007/9

Karar Sayısı : 2009/49

Karar Günü : 12.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Boğazlıyan Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile değiştirilen 150. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Kasten orman yakmak suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanık hakkında düzenlenen iddianamenin kabulünden sonra avukatının bulunmadığının belirlenmesi üzerine tensip tarihinde yürürlükte bulunan 5271 sayılı CMK'nun 150/3 md. uyarınca sanığa atılı suç için Kanunda öngörülen cezanın alt sınırı 5 yıldan fazla olduğundan zorunlu müdafii tayini için Baro'ya yazı yazılarak sanığa zorunlu müdafii tayini sağlanmış ve yargılamaya bu zorunlu müdafiin katılımı ile devam edilmiştir.

19.12.2006 tarihinde 5560 Sayılı Yasa ile yapılan değişikliğe rağmen zorunlu müdafi tayini için atılı suç için öngörülen cezasın alt sınırının 5 yıldan fazla olması gerekmekte olup somut olayda iddianamedeki sevk maddesine göre sanığın cezalandırılması istenen 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun 110/4 maddesinde cezanın alt sınırı da 5 yıldan fazla olduğundan yapılan yasa değişikliğine rağmen somut olayda zorunlu müdafi gerekliliği ortadan kalkmamıştır.

Yargılamanın devamı sürecinde sanık Hüseyin Aygar 18.10.2006 ve 27.12.2006 günlü duruşmalarda CMK 150/3 md. uyarınca kendisine zorunlu olarak tayin edilen müdafiin yardımını istemediğini beyan etmiş olmasına rağmen CMK 150/3 maddesindeki düzenlemeye göre bu halde sanığın istemi aranmaksızın kendisine müdafii tayini gerektiğinden, sanığın bu yöndeki isteğine rağmen CMK 150/3 maddesi yürürlükte bulunduğu sürece bu duruşmalara müdafii bulunmaksızın devam edilmesi yasal engel nedeniyle mümkün bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan Hukuk Devleti; tüm eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan. Anayasa'ya aykırı tutum ve davranıştan kaçınan, hukuka uygun davranmanın sadece yargı organlarının değil, tüm devlet kuruluşlarının ödevi olduğunun bilincinde olan, hukukun üstünlüğüne inanan, yargı denetimine açık, bütün yasal kuralların üstünde yasa koyucuyu dahi bağlayan Anayasa ve hukukun temel ilkelerinin bulunduğunu bilen devlet demektir.

Hukuksal durumları aynı olanlar için aynı kuralların uygulanması kuralını getiren Anayasa"nın 10. maddesinde düzenlenen " yasa önünde eşitlik " ilkesinin amacı ise; kişilere yasa karşısında ayrım yapılmasına ve ayrıcalık tanınmasını engellemektir. Aynı konum ve durumlar olanlara farklı kuralların uygulanması ile eşitlik ilkesinin zedeleneceği muhakkaktır.

Anayasa'nın 36. maddesine de; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunun 175. maddesine göre iddianamenin kabulü ile soruşturma aşaması bitmiş ve kovuşturma aşaması başlamış olmakta ve kişi de sanık sıfatını almaktadır. Anayasal eşitlik ilkesi uyarınca her sanığın aynı statüye ve haklara sahip olması gerekmektedir. Anayasa'nın 36. maddesinde tanımlanan "adil yargılanma hakkı " ile birlikte değerlendirildiğinde sanık sıfatını almış herkesin diğer tüm sanıklarla eşit koşullarda mahkeme önüne çıkması Anayasal bir zorunluluktur. Bu durum sanığın (yasal çerçevede) istediği her türlü yöntemle mahkeme önünde suçsuzluğunu ispat hakkının ona tanınmasını gerektirdiği gibi isteği dışında her türlü engel ve zorlamadan da uzak tutulmasını gerektirir. Sanık açıkça avukat yardımından yararlanmayı istemediğini belirtmesine rağmen isteği dışında ona zorla avukat tayin edilmesi yukarıda özetlenen Anayasa'nın hukuk devleti ve eşitlik ilkeleri ile özellikle 36. maddede düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturmaktadır. Sanığın ağır sayılabilecek

nitelikteki cezaya muhatap olma ihtimali bulunan davalarda istemi halinde avukat yardımından yararlandırılması olağan sayılabilir ancak sanığın bu tür bir yardım istemediğini söylemesine rağmen (kendisini savunamayacak durumda malul, sağır, dilsiz veya çocuk da olmadığı hallerde) bu iradesi yok sayılarak duruşmada avukat bulundurulması Anayasa'nın 2, 10 ve 36. maddelerine ayrılık oluşturduğundan 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 5560 Sayılı Yasanın 21. maddesi ile değişik 150. maddesinin 3. fıkrasının Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca iptali yoluna gidilmesi gerektiği kanaatiyle aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere;

1- Sanığın ve C.Savcısının talebi de göz önüne alınarak kasten orman yakmak suçundan yargılanan sanık Hüseyin Aygar'a, CMK.nun (5560 Sayılı Kanunla değişik) 150/3 maddesi uyarınca atılı suç için kanunda öngörülen ceza süresi gözetilerek zorunlu müdafii tayin edilmiş olup, sanık tarafından kendisine isteği dışında müdafii tayin edilmesine karşı çıkıldığından bu konuda karar verilebilmesi için zorunlu müdafii tayininin dayanağını oluşturan CMK.nun 150/3 maddesindeki düzenlemenin Anayasanın 2, 10 ve 36. maddelerine aykırı olduğu yönündeki iddia Mahkememizce de ciddi bulunduğundan bu düzenlemenin iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmasına,

2- 2949 Sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca dosyadaki belgelerden onaylı birer örneğin alınarak dosya aslının Mahkememizde saklanmasına, onaylı suretlerin ise iptal başvurusu ile birlikte Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

3- Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar YARGILAMANIN GERİ BIRAKILMASINA,

4- Dosyanın Anayasa Mahkemesine ulaştığı günden itibaren 5 ay içerisinde karara bağlanmaması halinde, bu.süre sonunda dosyanın tekrar ele alınarak yürürlükteki Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına,

5- Dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesi için C. Başsavcılığına tevdii edilmesine, mütalaya uygun olarak oybirliği ile karar verildi. 27/12/2004"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da içeren 6.12.2006 günlü ve 5560 sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile değişik 150. maddesi şöyledir:

"(1) Şüpheli veya sanıktan kendisine bir müdafi seçmesi istenir. Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirilir.

(2) Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir.

(3) Alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada ikinci fıkra hükmü uygulanır.

(4) Zorunlu müdafilikle ilgili diğer hususlar, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü alınarak çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 7.2.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, eşitlik ve adil yargılanma ilkeleri uyarınca sanık sıfatını alan herkesin diğer tüm sanıklarla aynı statü ve haklara sahip

olmasının ve eşit koşullarda mahkeme önüne çıkmasının anayasal bir zorunluluk olduğu, bu durumun, sanığın yasal çerçevede istediği her türlü yöntemle mahkeme önünde suçsuzluğunu ispat etme hakkını ve isteği dışında her türlü engel ve zorlamadan uzak tutulmasını gerektirdiği, bu nedenle sanığın ağır nitelikli ceza gerektiren suçlar bakımından istemi halinde avukat yardımından yararlandırılması olağan sayılabilirse de, sanığın bu tür bir yardım istemediğini ifade etmesine rağmen bu iradesi yok sayılarak duruşmada avukat bulundurulmasının eşitlik, hukuk devleti ve adil yargılanma ilkelerine, dolayısıyla Anayasanın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu 4.12.2004 günlü ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 6.12.2006 günlü ve 5560 sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile değişik 150. maddesinin (3) numaralı fıkrası alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda şüpheli veya sanığın istemi aranmaksızın kendisine müdafi görevlendirilmesini öngörmektedir.

Fıkrada 5560 sayılı Kanunla değişiklik yapılmadan önce müdafi tayinini gerektiren suçlar "üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar" olarak belirlenmiş, yapılan değişiklikle kapsam daraltılarak "alt sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlar" için müdafi tayini öngörülmüştür.

İtiraz konusu kuralı da içeren madde gerekçesinde, istem aranmaksızın müdafi görevlendirilmesi uygulamasının etkin hale getirilmesinin amaçlandığı, fıkrada öngörülen şartların gerçekleşmesi kaydıyla, herhangi bir ceza sınırlamasına tabi olmaksızın müdafi görevlendirilmesinin her zaman mümkün bulunduğu, aslında ceza davasında bir avukattan yararlanılabilmesinin temel bir hak olup ancak bunun sağlanmasının ülkenin koşullarıyla doğru orantılı olduğu belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve insan haklarının korunması alanında diğer uluslararası temel belgelerde kişilerin müdafi yardımından yararlanma hakkı olduğu, kişinin müdafi ücretini ödeme olanağı yoksa ücretsiz olarak sağlanacak müdafi yardımı ile savunma hakkına sahip olacağı yönünde düzenlemeler bulunmaktadır.

İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3 maddesinin c paragrafında; her sanığın "kendi kendini müdafaa etmek veya kendi seçeceği bir müdafiin veya eğer bir müdafi tayin için mali imkanlardan mahrum bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkeme tarafından tayin edilecek bir avukatın meccani yardımından istifade etmek" hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası

Sözleşmenin 14/3-d maddesi ile de benzer biçimde, sanığın müdafiden yararlanması konusunda açık hüküm getirilmiştir.

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, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Yasakoyucu ceza hukuku ve ceza yargılaması alanında yasama yetkisini kullanırken, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılarak cezalandırılacağını, hangi eylemler için ne tür cezalar verileceğini, bu suçlarla ilgili soruşturma ve kovuşturma yöntemlerini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu kuralla, kişilerin müdafi yardımından yararlanma hakkı olduğuna ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer insan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası temel belgelerde yer alan kurallar, İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3 maddesinin c paragrafındaki avukat yardımından istifade etme" hakkına ilişkin kural ve benzer düzenleme içeren Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme de gözetilerek belirli miktarın üstünde ceza gerektiren suçlardan dolayı soruşturma veya kovuşturma geçiren sanığın müdafi yardımından yararlanması sağlanmak istenmiştir. İtiraz konusu kuralla, bir yargılama faaliyeti içerisinde bulunan kişinin bizzat savunma yapması veya istediği bir avukat yardımından yararlanma hakları elinden alınmış değildir. Müdafi görevlendirilmesine rağmen, sanık savunmasını bizzat yapabilecektir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'da belirtilen savunma hakkı, adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti ilkelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

VI- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 21. maddesiyle değiştirilen 150. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 12.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

Esas Sayısı : 2007/42

Karar Sayısı : 2009/50

Karar Günü : 12.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1 - Tufanbeyli Asliye Ceza Mahkemesi (Esas: 2007/42)

2 - Türkoğlu Sulh Ceza Mahkemesi (Esas: 2008/23)

3 - İzmir 26. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas: 2009/2)

İTİRAZLARIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (7) numaralı fıkrası ve (11) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2., 11., 12., 13. ve 141. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının Anayasa'nın 141. maddesi gereğince yargının görevleri arasında bulunduğu, itiraz konusu kurallarla getirilen düzenleme ile sanıklar hakkındaki davanın deneme süresi kadar uzatılmasının sanığın durumunda belirsizliğe yol açtığı, hukuk devletinde yurttaşların haklarındaki yargılamaların bir an önce sonuçlandırılıp hukuki durumlarının kesinliğe kavuşturulmasını isteme haklarının adil yargılanma hakkının bir parçası olarak görülmesi gerektiği, hakkında hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verilen sanığın eylemi karşılığında aldığı veya alacağı cezanın belirsiz olduğu, erteleme koşullarına uygun davranılmaması halinde hakkında hangi tür cezanın verileceği, verilen cezanın ertelenip ertelenmeyeceği, seçenek yaptırımların uygulanıp uygulanamayacağı gibi hususların sanık tarafından bilinemeyeceği, beş yıl gibi uzun bir süreyle bu belirsizliğin

sürdürülmesinin adil yargılanma ilkesine aykırı olduğu, deneme süresi içerisinde suç işlenmesi halinde duruşma açılarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesinin gerektiği, bu durumda ise daha önce sanık lehine uygulanması düşünülebilecek hükümlerin ikinci yargılamada uygulanma koşullarını yitirebileceği, itiraz konusu kural ile Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesindeki düzenlemenin birbiriyle çeliştiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 12., 13. ve 141. maddelerine son fıkrasına aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu kuralları da içeren 231. maddesi şöyledir:

"Madde 231- (1) Duruşma sonunda, 232 nci Maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, (Değişik ibare: 5728 - 23.1.2008 / m.562) "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. **Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği**

bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md; Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 11., 12., 13. ve 141. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, 11.4.2007, 27.3.2008 ve 29.1.2009 günlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

Türkoğlu Sulh Ceza Mahkemesinin başvurusuna ilişkin 2008/23 Esas sayılı dava ile İzmir 26. Asliye Ceza Mahkemesinin başvurusuna ilişkin 2009/2 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2007/42 Esas sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin 2007/42 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının Anayasa'nın 141. maddesi gereğince yargının görevleri arasında bulunduğu, itiraz konusu kurallarla getirilen düzenleme ile sanıklar hakkındaki davanın beş yıl gibi bir süreye uzatılmasının sanığın durumunda belirsizliğe yol açtığı, hukuk devletinde yurttaşların haklarındaki yargılamaların bir an önce sonuçlandırılıp hukuki durumlarının bir kesinliğe kavuşturulmasını isteme haklarının adil yargılanma hakkının bir parçası olarak görülmesi gerektiği, hakkında hükmün açıklanmasının ertelenmesi kararı verilen sanığın eylemi karşılığında aldığı veya alacağı cezanın belirsiz olduğu, erteleme koşullarına uygun davranılmaması halinde hakkında hangi tür cezanın verileceği, verilen cezanın ertelenip ertelenmeyeceği, seçenek yaptırımların uygulanıp uygulanamayacağı gibi hususların sanık tarafından bilinemeyeceği, beş yıl gibi uzun bir süreyle bu belirsizliğin sürdürülmesinin adil yargılanma ilkesine aykırı olduğu, deneme süresi içerisinde suç işlenmesi halinde duruşma açarak sanığın hukuki durumunun belirlenmesinin gerektiği, bu durumda ise daha önce sanık lehine uygulanması düşünülebilecek hükümlerin ikinci yargılamada uygulanma koşullarını yitirebileceği, itiraz konusu kural ile Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesindeki düzenlemenin birbiriyle çeliştiği, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 12., 13. ve 141. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi ile getirilen düzenlemeye göre, mahkeme, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza bir yıl (5728 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle iki yıl) veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıysa, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda, sanık beş yıl denetim süresine tabi tutulacak, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği takdirde hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için;

- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. (9) numaralı fıkraya göre, zarar derhal giderilemiyorsa, mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler

halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeden önce, sanığın kendisine yüklenen suçu işlediğinin sabit görülmesi ve işlediği suç dolayısıyla hakkında cezaya hükmolunması gerekir. Ancak, mahkeme sanık hakkında mahkumiyet kararını kurduktan sonra vereceği kararla, bu mahkumiyet karanının açıklanmasını geri bırakacaktır.

231. maddenin itiraz konusu (7) numaralı fıkrasına göre, açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkum olunan hapis cezası ertelenemeyecek ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemeyecek; (11) numaralı fıkrasına göre de beş yıllık denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verilecektir. Aksi takdirde, mahkeme hükmü açıklayacak, ancak bu durumda mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşulların varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkumiyet hükmü kuracaktır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz yoluna başvurulabilir. Geri bırakma süreci içerisinde dava zamanaşımı süresi durur. Sözkonusu kararlar ayrı bir sisteme kaydedilir ve bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre adından da anlaşıldığı gibi bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

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, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Yasakoyucunun itiraz konusu kurallarla suç ve suçlulukla mücadelede, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesini amaçladığı anlaşıldığından takdir yetkisini bu yönde kullanmasında Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık görülmemiştir, iptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 12., 13. ve 141. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (7) numaralı fıkrası ve (11) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

12.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2007/43

Karar Sayısı : 2009/51

Karar Günü : 12.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- İzmir 22. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas: 2007/43)

2- Sındırgı Asliye Ceza(Çocuk) Mahkemesi (Esas: 2008/90)

İTİRAZLARIN KONUSU: 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 30. maddesi ile değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır" biçimindeki son tümcesinin, Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bakılmakta olan davalarda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, Anayasanın 36. maddesine göre herkesin savunma ve adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu, AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde sanık bakımından "kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilme"nin adil yargılanmanın gereklerinden biri olarak sayıldığı, AİHS'nin bu hükmünün Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereği uyulması gereken bir kural olduğu, itiraza konu kuralla, sanık müdafiine ödenen ücretin yargılama giderinden sayılmasının öngörülmesi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 325. maddesinin (1) numaralı fıkrasında cezaya veya güvenlik tedbirine mahkum edilmesi halinde bütün

yargılama giderlerinin sanığa yükleneceğinin hükme bağlanması nedeniyle, kanuni nedenlerle zorunlu olarak kendisine müdafi tayin edilen veya müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan eden ve müdafi istemi olan sanık için görevlendirilecek müdafiye ödenen ücretin mahkumiyeti halinde yargılama gideri adı altında sanıktan tahsil edileceği, bu uygulamanın ise Anayasa'nın 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma ilkesine ve AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen ve itiraz konusu tümceyi de içeren 13. maddesi şöyledir:

"(1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir. **Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.**

(2) Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usul ve esaslar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir".

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- İzmir 22. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2007/43 Esas sayılı başvurusu ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 7.5.2007 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Sındırgı Asliye Ceza(Çocuk) Mahkemesi'nin 2008/90 Esas sayılı başvurusu ile ilgili olarak, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 14.10.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz konusunun müdafi ve vekile ödenecek ücretin yargılama giderinden sayılmasına ilişkin olması nedeniyle, 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ilk tümcesinde, baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile ödenecek ücretin tesbitini düzenleyen kuralın itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu tümceye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

Dosyada eksiklik bulunmadığından, 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır." biçimindeki son tümcesinin esasının incelenmesine,

C- Sındırgı Asliye Ceza(Çocuk) Mahkemesi'nin başvurusuna ilişkin 2008/90 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2007/43 sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davaların esaslarının

kapatılmasına, esas incelemenin 2007/43 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine,

oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, Anayasanın 36. maddesinde herkesin savunma ve adil yargılanma hakkına sahip bulunduğunun belirtildiği, AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde ise sanık bakımından "kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilme"nin adil yargılanmanın gereklerinden biri olarak sayıldığı, AİHS'nin bu hükmünün Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereği uyulması gereken bir kural olduğu, itiraza konu kuralla, sanık müdafiine ödenen ücretin yargılama giderinden sayılmasının öngörülmesi ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 325. maddesinin (1) numaralı fıkrasında cezaya veya güvenlik tedbirine mahkum edilmesi halinde bütün yargılama giderlerinin sanığa yükleneceğinin hükme bağlanması nedeniyle, kanuni nedenlerle zorunlu olarak kendisine müdafi tayin edilen veya müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan eden ve müdafi istemi olan sanık için görevlendirilecek müdafiye ödenen ücretin mahkumiyet halinde yargılama gideri adı altında sanıktan tahsil edileceği, bu uygulamanın ise Anayasa'nın 36. maddesine ve AİHS'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 13. maddesinin itiraz konusu kuralın da bulunduğu birinci fıkrasında müdafi ve vekil ücreti düzenlenmektedir. Buna göre, Baro tarafından bu kapsamda görevlendirilen müdafi ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrı olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye Bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, Adalet Bakanlığı bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenecek ve itiraz konusu kural gereğince bu ücret yargılama giderlerinden sayılacak, böylece mahkumiyet halinde sanıktan tahsil edilerek bütçeye geri dönüşü sağlanacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "ifade ve sorgunun tarzı" başlıklı 147. maddesinde, şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesi sırasında "müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirileceği" kurala bağlanmıştır. "Müdafiin görevlendirilmesi" başlıklı 150. maddesindeki düzenlemeye göre, şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi hâlinde bir müdafi görevlendirilecektir. Onsekiz yaşını doldurmamış ya da sağır veya dilsiz veya kendisini savunamayacak derecede malûl, şüpheli veya sanıklar hakkındaki soruşturma ve kovuşturmalar ile üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmalarda bir müdafii bulunmayan şüpheli veya sanığa istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilecektir. Zorunlu müdafilik sistemine dahil olmayan ve ödeme gücü olmamakla birlikte müdafi yardımı isteyen şüpheli ve sanıkların müdafi yardımından yararlanabilmeleri için "müdafi seçebilecek durumda olmadıklarını beyan etmeleri" yeterli olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 325. maddesine göre, cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenecektir. Devam eden maddelerde verilecek kararların niteliğine göre yargılama giderlerinin nasıl karşılanacağı düzenlenmiştir. Müdafi yardımı kapsamında görevlendirilen müdafi veya vekile ödenecek ücret de yargılama giderlerinden sayıldığından, cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi ve giderlerin yükletilmesini gerektirecek bir karar verilmesi hâlinde hükümlüden tahsil edilecektir.

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, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine

ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Anayasanın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir.

Buna paralel olarak düzenlenen Ceza Muhakemesi Kanununa göre, yargılama sürecinde hüküm kesinleşinceye kadar şüpheli veya sanıktan müdafi ücreti istenmemektedir. Hüküm kesinleştikten sonra ise kendisinden yargılama giderleri içerisinde müdafi ücreti istenen kimse şüpheli veya sanık değil artık hükümlü sıfatını taşımaktadır. Düzenleme ile amaçlanan sanığa adil bir şekilde savunma imkanlarının sağlanmasıdır. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde bu imkan sağlandıktan sonra, yardım kapsamında ödenen ücretin yargılama gideri olarak hükümlüden tahsilinin öngörülmesinin Anayasanın adil yargılanma hakkına aykırılığından sözedilemez.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde, her sanığın "kendi kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek" hakkına sahip bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşmede ücretsiz müdafi yardımından yararlanma koşula bağlı tutulduğundan bu hak mutlak bir hak niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN bu sonuca farklı gerekçeyle katılmıştır.

VI- SONUÇ

23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 30. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Bu ücret,

yargılama giderlerinden sayılır." biçimindeki son tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 12.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

KARŞI OY

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 30. maddesiyle 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının son tümcesinin E.2007/14, K.2009/48 sayılı, 12.3.2009 günlü Anayasa Mahkemesi Kararı'ndaki karşı oy yazımın 4 numaralı bendinde belirttiğim gerekçeyle redde ilişkin karara katılıyorum.

Üye
Mehmet ERTEN

Esas Sayısı : 2008/45

Karar Sayısı : 2009/53

Karar Günü : 12.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Şuhut Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (8) ve (12) numaralı fıkraların Anayasa'nın 2., 12., 13., 15., 19., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- OLAY

Suçluyu kayırma suçundan Türk Ceza Kanunu'nun 283/1, 53/1.a,b,c,d,e bendlerinde yer alan kurallar ile cezalandırılması istemiyle sanık hakkında açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Kişi hürriyeti uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk kuralları ile koruma altına alınmış, kısıtlanması için gerekli ölçüt ve istisnalar da yine uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelere -belirli medeniyet seviyesine ulaşma gayesi içinde- uygun yapılan yasalarla belirlenmiştir. Anayasamızın 19. maddesi çerçeve şeklinde kişi hürriyetinin kısıtlanabileceği halleri belirlemiştir. Maddeden anlaşılacağı üzere bazı durumlarda kişi hürriyeti mahkeme kararı ile kısıtlanabilecektir. Mahkeme kararından anlaşılması gereken hukuk devleti olma ilkesi ve adil yargılanma hakkı gereği kanun yoluna gidilebilen mahkeme kararlarıdır. CMK.nin 231 maddesinde ifadesini bulan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları CMK.nin 231/12 maddesi gereğince "itiraz" kanun yoluna tabidir. Varsayım olarak, ilk derece mahkemesi beraat etmesi gerekli sanığı mahkum ettiyse ve mahkumiyet hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamında ise mahkeme hükmün açıklanmasını geri bırakacaktır. Sanık CMK.nin 231/8.

maddesi gereği 5 yıl denetim süresine tabi olacaktır. Sanık CMK.nin 231/12. maddesi gereğince itiraz kanun yoluna başvurunca kanun yolu mahkemesi temyiz merci gibi inceleme yapamayacak; ilk derece mahkemesinin kararı usule uygun ise itiraz reddedilecek; sanık gerçekte beraat edebilecekken hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümleri gereği haksız yere 5 yıl denetim süresine tabi olabilecektir. Durum Anayasamızın 2, 5, 36 maddeleri ile hukukumuza giren adil yargılanma hakkı ve hukuk devleti olma ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Yine CMK.nin 231/8-a,b,c maddesi gereği mahkeme, denetimli serbestlik tedbiri olarak sanığa kişi hürriyetini kısıtlayan yükümlülükler yükleyebilecektir. 5 yıllık denetimli serbestlik süresi içinde sanık kasıtlı suç işlerse açıklanması geri bırakılan hüküm açıklanacaktır. Sanık açıklanan hükmü temyiz edecek ve sonucunda beraat edecek olursa, beraat eden sanığın açıklanması geri bırakılan hüküm nedeniyle haksız yere kişi hürriyeti kısıtlanmış, sanığa haksız yere denetimli serbestlik tedbiri olarak yükümlülük yüklenmiş olacaktır. Bu durum Anayasamızın 38. maddesinde "Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" cümlesi ile ifade edilen masumiyet karinesine aykırılık teşkil etmektedir. İstisnaları saklı olmak üzere ancak suçluluğu hükmen sabit olanlar ceza ve güvenlik tedbirleri ile hürriyetlerinden kısıtlanırlar.

Yukarıda açıklanan tüm nedenlerle de iş bu iptal başvurusunda bulunma zorunluluğu hasıl olmuştur.

İSTEM SONUCU: Yukarıda arz ve izah olunan nedenlerle,

5271 Sayılı CMK.nun Hükmün Açıklanması ve Hükmün açıklanmasının geri Bırakılması başlıklı 231. Md.'sinin 8. fıkrası ve bentleri ve 12. fıkrasının T.C. Anayasa'sının 2, 12, 13, 15, 19, 36, 38 md.'lerine aykırı olduğu kanaatine Mahkememizce varılmış olmakla T.C. Anayasa'sının 152. md.'si uyarınca 5271 Sayılı CMK.nun Hükmün Açıklanması ve Hükmün açıklanmasının geri Bırakılması başlıklı 231. Md.'sinin 8. fıkrası ve bentleri ve 12. fıkrasının iptali ve iptal kararı verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulması saygı ile arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu fıkraları da içeren 231. maddesi şöyledir:

"Madde 231- (1) Duruşma sonunda, 232 nci Maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl* veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md; Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 12., 13., 15., 19., 36. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 5.6.2008 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kişi hürriyetinin sözleşmeler ve iç hukuk kuralları ile koruma altına alındığı, kişi hürriyetinin mahkeme kararı ile kısıtlanabileceğinin öngörüldüğü, hukuk devleti ve adil yargılanma ilkelerinin gereği olarak mahkeme kararlarının kanun yoluna tabi kararlar olarak anlaşılması gerektiği, itiraza konu CMK'nun 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararların itiraza tabi olduğu, hakkında beraat kararı verilmesi gereken bir kimse hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde bu karar temyiz edilemeyeceği için sınırlı olarak itiraz yoluyla incelenebileceği, sonradan koşullarının bulunması halinde verilecek bir mahkumiyet kararının temyizi ve bu temyiz sırasında sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği anlaşılırsa beş yıl süre ile denetime tabi tutulan ve hakkında (8) numaralı fıkraya göre yükümlülükler yüklenen kimsenin gereksiz ve haksız yere kişi hürriyetinden mahrum bırakılmış olacağı, bu nedenlerle itiraza konu kuralların Anayasa'nın 2., 12., 13., 15., 19., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (8) numaralı fıkrasına göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde

bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

Maddenin (12) numaralı fıkrasında ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun iptali istenilen kurallarını da içeren 231. maddesindeki düzenleme sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda verilecek mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kuralları içermektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre adından da anlaşılacağı gibi bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasakoyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve

yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Öte yandan, (12) numaralı fıkrada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kurallar, Anayasa'nın 2., 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

(12) numaralı fıkra yönünden Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralların Anayasa'nın 12., 13., 15. ve 19. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (8) ve (12) numaralı fıkralarına yönelik iptal istemi 12.3.2009 günlü, E.2008/45, K.2009/53 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkralara ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 12.3.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen:

1- (8) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (12) numaralı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

12.3.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

5560 sayılı Yasa ile 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine fıkralar eklenerek "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" adı altında yeni düzenlemelere yer verilmiştir.

Ceza hukukundaki çağdaş gelişmelere uygun olarak, daha hafif kabul edilebilecek suçlar yönünden, her suçlunun hemen cezalandırılması yerine davranışlarının sonuçlarını, topluma karşı sorumluluklarını yeniden değerlendirebilmesi için bir denetim sürecinden geçirilmesine olanak tanınması, bu arada suçtan zarar görenin tatmininin de sağlanmasını içeren düzenlemelere yer verilmesi, insan onurunu öne çıkaran devlet anlayışı içinde önemli bir yeniliktir. Ancak, belirtilen amaç ve anlayış çerçevesinde getirildiği anlaşılan ve bu nedenle de kişi ve hak ve özgürlükleri bakımından ileri bir aşamayı oluşturan dava konusu düzenlemenin, Anayasa ile uyumlu olabilmesi için, hukuk devletinde vazgeçilemez kabul edilen sav, savunma ve adil yargılanma hakkı gibi, bazı temel hak güvenceleri konusunda duraksamaya yol açmaması gerekir.

231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir" denilmektedir. 5271 sayılı Yasa'nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen "temyiz" yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış

uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından "itiraz", diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükme karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289. maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlâllerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir. Anayasa aykırılığın hangi şekilde giderileceği ise kuşkusuz, yasakoyucunun takdirinde olan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle Yasa'daki düzenleme biçimiyle Anayasa'nın 2 ve 36. maddelerine aykırı olan itiraz konusu (12) numaralı fıkranın, iptali ve yeniden düzenleme yapılması için yasakoyucuya süre verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 23. maddesiyle 4.12.2004 günlü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine eklenen (12) numaralı fıkrasının, 2007/14 E. 2009/48 sayılı, 12.3.2009 günlü Anayasa Mahkemesi Kararı'nın bana ait karşı oy yazısının 2 numaralı bendinde belirttiğim gerekçe uyarınca iptal edilmesi gerektiğinden, redde ilişkin çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği öngörülmüştür.

Anılan maddenin diğer fıkralarına göre; hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulandığı davalarda, sanık hakkında mahkumiyet kararı tesis edildikten sonra, mahkemece bu kararın açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin ikinci bir karar verilmektedir. Bu kararın verilmesi, mahkumiyet kararının hukuki sonuç doğurmamasını ifade etmektedir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından sonra sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulmakta ve hakkında (8) numaralı fıkrada belirtilen denetimli serbestlik tedbirleri uygulanabilmektedir.

İtiraz kanun yolunda itirazı inceleyecek merci, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267. ve müteakip maddeleri uyarınca itiraz konusu hakkında inceleme yapmak ve karar vermek durumunda olduğundan, yalnız itiraz edilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının isabetli olup olmadığı konusunda karar verecektir. Sanık hakkında verilen ilk karar, diğer bir deyişle mahkumiyet kararının esası ise incelenemeyecektir. Bu suretle, bir yıla kadar (5728 sayılı yasa ile yapılan değişikliğe göre iki yıla kadar) hapis cezası içeren bir mahkumiyet kararında, maddi olayın ve sanığa yüklenen suçun sübuta erip ermediği hususu bir üst mahkemenin denetiminden yoksun bırakılmış olacaktır. Bu durumda, kanun yolu muhakemesi sonucunda beraat etmesi mümkün olabilecek bir sanık beş yıl süreyle bu haktan mahrum edilmiş olacak ve ayrıca hakkında beş yıl süreyle (8) numaralı fıkrada belirtilen denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir.

Sanık hakkında tesis olunan mahkumiyet kararı için kanun yolu öngörülmemesi ve yalnız hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz hakkı tanınması; bir ceza yargılamasında mahkum edilen kişinin, mahkumiyet hükmünü daha yüksek bir mahkemeye inceletme hakkından mahrum bırakması nedeniyle hak arama özgürlüğünü engellemekte ve adil yargılanma hakkını ihlâl etmektedir.

Bu nedenlerle, (12) numaralı fıkra Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiği düşüncesinde olduğum için aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
A. Necmi ÖZLER

Esas Sayısı : 2008/106

Karar Sayısı : 2009/54

Karar Günü : 12.3.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kara Kuvvetleri Komutanlığı 2 inci Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi

(Esas: 2008/106)

(Esas: 2008/107)

(Esas: 2008/108)

İTİRAZLARIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin;

1- 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen ve 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle değiştirilen (5) numaralı fıkrasının,

2- 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (6) ve (12) numaralı fıkralarının,

Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra sanıkların itirazları üzerine önüne gelen davalarda, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

Başvuru kararlarındaki gerekçe bölümü şöyledir:

"…İtirazın değerlendirilmesinde uygulanacak CMK'nun 231 nci maddesinin ilgili hükümleri şu şekildedir,

Madde 231 –

…..

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi, gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md; Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz

18.10.1982 tarihinde kabul edilen Türkiye Cumhuriyeti Anayasanın ilgili maddeleri şunlardır,

Madde 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir.

Madde 36- Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.

Madde 38- Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz

Madde 90- Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 07/05/2004 - 5170 S.K./7.mad) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Mevcut yasal düzenleme ışığında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kurumunu değerlendirdiğimizde, şayet sanık geçmişte kasıtlı bir suçtan mahkum olmamış ve mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurulduğunda yeniden suç işlemeyeceği yönünde kanaate varılır ise ve suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin sureti ile tamamen giderilmesi mümkün ise sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması söz konusu olabilmektedir.

Bir sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde bu karara itiraz edilebilmekte, bu itiraz sadece uygulamanın yasaya ve usule uygun olarak yapılıp yapılmadığı hususuyla sınırlı olarak itiraz incelemesini yapmaya yetkili en yakın mahkeme tarafından incelenmektedir.

Bir sanık mahkemece hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği kanaatinde ise ve fakat mahkemece hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir ise bu kararının esasa uygun olup olmadığı hususunda incelenmesini sağlaması mümkün değildir. Çünkü bu karara itiraz ettiği takdirde dosyası en yakın mahkeme tarafından sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının yasal koşullarının bulunup bulunmadığı açısından incelenecek şayet sabıkası yoksa ve dosya kapsamında bir daha suç işlemekten kaçınmayacağının anlaşılması gibi bir durum söz konusu değil ise, itiraz mahkemesi kaçınılmaz olarak itirazın reddi yönünde karar verecektir. Sanık beraat etmesi gerektiğini düşünse bile, bunu herhangi bir şekilde yetkili makam (Yargıtay veya Askeri Yargıtay) önünde dile getirmesi mümkün olmayacaktır.

Durumu sanık özelinde incelediğimizde, sanık… Milli Savunma Bakanlığı bünyesinde görevli bir devlet memuru olup, söz konusu kararla, mahkemece atılı suçu işlediğine karar verilmiş, ancak sabıkasının olmaması ve bir daha suç işlemekten kaçınacağı yönünde kanaat oluştuğu gerekçesiyle hükmün açıklanması geri bırakılmıştır. Sanık herhangi bir şekilde hapse girmeyecek, adli para cezası ödemeyecek veya başka bir denetimli serbestlik tedbirine maruz kalmayacaktır, ancak bir devlet memuru olan sanığın, hiyerarşik yapı içerisindeki durumunu düşündüğümüzde, gerek amirlerinin gözünde, gerekse arkadaşlarının gözünde memuriyet görevini ihmal suçundan yargılanmış ve mahkum olmuş olacak, bu karar hiçbir şekilde beraat kararının yerini tutmayacaktır. Amirlerince hakkında sicil düzenlenirken veya bir üst göreve atanması söz konusu olduğunda mutlaka hakkında verilmiş olan bu karar bir şekilde personeli olumsuz olarak etkileyebilecektir.

Mahkememizce sanığın itirazı konusunda karar verilirken, CMK'nun 231 nci maddesi kapsamında, yasal koşullarının bulunup bulunmadığı noktasından inceleme yapılabilecek, sanığın sabıkasının olmaması, mahkemece de bir daha suç işlemeyeceği yönünde kanaat edinilmesi ve bu kanaatin açıkça hukuka aykırı olduğunu gösteren bir bulgunun dosyada mevcut olmaması nedeniyle sanığın itirazına karar verilmesi gerekecektir.

Oysa sanığın itirazı kendisine hiçbir şekilde ceza verilmemesi, beraatine karar verilmesi gerektiği noktasındadır. Ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını ve itirazı düzenleyen ve itirazın incelenmesinde doğrudan uygulanan CMK'nun 231 nci maddesinin 5, 6 ve 12 nci fıkraları mevcut durumda böyle bir inceleme yapılmasına olanak tanımamaktadır. Hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğini düşünen sanık davasını yetkili üst mahkemeye götürememekte, itiraz mahkemesinin de aynı seviyede olduğu itiraz edilen mahkemenin kararını yetkili üst mahkeme yerine geçerek esas yönünden incelemesi mümkün olmamaktadır.

Açıklanan bütün bu gerekçelerle, 08.02.2008 tarihli 26781 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmakla yürürlüğe giren 5728 sayılı kanunun 562 nci maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK'nun 231 nci maddesinin 5, 6 ve 12 nci maddelerinin, Anayasanın 2 nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesini, Anayasanın 36 nci maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını, Anayasanın 38 nci maddesindeki herkesin suçluluğu sabit oluncaya kadar masum sayılacağı yönündeki ilkeyi ve Anayasanın 90 inci maddesi uyarınca kanun hükmünde olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 nci maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal ettiği için Anayasanın 2, 36, 38 ve 90 ncı maddelerine aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

Bu gerekçelerle ……. uygulanacak olan CMK'nun 231 nci maddesinin 5, 6 ve 12 nci fıkralarının Anayasaya aykırı olduğu bu nedenle, Anayasaya aykırılığın incelenmesi için dava dosyasının 10.11.1983 tarih ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu Ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28 nci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu fıkraları da içeren 231. maddesi şöyledir:

"Madde 231- (1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, (Değişik ibare: 5728 - 23.1.2008 / m.562) "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md;Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 12.3.2008 gününde birleştirilen dosyalarla ilgili yapılan ilk inceleme toplantısında;

A- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

B- Kara Kuvvetleri Komutanlığı 2 inci Ordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi'nin başvurusuna ilişkin 2008/107 ve 2008/108 Esas sayılı davaların, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2008/106 sayılı dava ile birleştirilmesine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin 2008/106 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine,

oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, iptali istenilen düzenlemelerin de içinde bulunduğu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği takdirde buna ilişkin kararların itiraza tabi olduğunun belirtildiği, itiraz üzerine yapılacak

incelemenin yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığıyla ilgili itiraza konu kurallarda belirtilen hükümler çerçevesinde sınırlı bir inceleme niteliğinde olacağı, hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğini düşünen sanığın bu kararı daha üst bir yargılama makamına götürme olanağının bulunmadığı, sonradan koşullarının gerçekleşmesi halinde verilecek bir mahkumiyet kararının temyizi üzerine sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği anlaşılırsa beş yıl süre ile denetime tabi tutulan kimsenin gereksiz ve haksız yere kişi hürriyetinden mahrum bırakılacağı, bu uygulamaya yol açan düzenlemenin Anayasa'nın 38. maddesindeki masumiyet karinesini ve AİHS'nin 6. maddesindeki adil yargılanma ilkesini ihlal edeceği, bu nedenlerle anılan kuralların Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin itiraz konusu fıkralarında hükmün açıklanmasının ertelenmesinin kapsam ve koşullarına yer verilmiş, ertelemeye ilişkin karara itiraz edilebileceği belirtilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin itiraza konu (5) numaralı fıkrası ile getirilen düzenlemeye göre, mahkeme, sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıysa, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecektir.

Fıkrada uzlaşmaya ilişkin hükümler saklı tutulmuş, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmamasını ifade edeceği açıkça belirtilmiştir.

231. maddenin (6) numaralı fıkrasında hükmün açıklanmasının ertelenmesinin koşullarına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır.

Buna göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi için;

- Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmaması,

- Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

- Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(12) numaralı fıkraya göre ise, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre, bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasakoyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir.

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.

Anayasanın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir.

Anayasanın 38. maddesinde, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Öte yandan, (12) numaralı fıkrada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu da verilen kararın bir üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır. Bu niteliğiyle itiraz konusu kuralların adil yargılama ilkesi ve masumiyet karinesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 231. maddenin (5), (6) ve (12) numaralı fıkralarında yer alan kurallar Anayasa'ya aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

231. maddenin (12) numaralı fıkrası ile ilgili görüşlere Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A.Necmi ÖZLER katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin:

1- 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen ve 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle değiştirilen (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen;

a- (6) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- (12) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

12.3.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

5560 sayılı Yasa ile 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine fıkralar eklenerek "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" adı altında yeni düzenlemelere yer verilmiştir.

Ceza hukukundaki çağdaş gelişmelere uygun olarak, daha hafif kabul edilebilecek suçlar yönünden, her suçlunun hemen cezalandırılması yerine davranışlarının sonuçlarını, topluma karşı sorumluluklarını yeniden değerlendirebilmesi için bir denetim sürecinden geçirilmesine olanak tanınması, bu arada suçtan zarar görenin tatmininin de sağlanmasını içeren düzenlemelere yer verilmesi, insan onurunu öne çıkaran devlet anlayışı içinde önemli bir yeniliktir. Ancak, belirtilen amaç ve anlayış çerçevesinde getirildiği anlaşılan ve bu nedenle de kişi ve hak ve özgürlükleri bakımından ileri bir aşamayı oluşturan dava konusu düzenlemenin, Anayasa ile uyumlu olabilmesi için, hukuk devletinde vazgeçilemez kabul edilen sav, savunma ve adil yargılanma hakkı gibi, bazı temel hak güvenceleri konusunda duraksamaya yol açmaması gerekir.

231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir" denilmektedir. 5271 sayılı Yasa'nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen "temyiz" yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından "itiraz", diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükme karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289.

maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlâllerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir. Anayasa aykırılığın hangi şekilde giderileceği ise kuşkusuz, yasakoyucunun takdirinde olan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle Yasa'daki düzenleme biçimiyle Anayasa'nın 2 ve 36. maddelerine aykırı olan itiraz konusu (12) numaralı fıkranın, iptali ve yeniden düzenleme yapılması için yasakoyucuya süre verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 23. maddesiyle 4.12.2004 günlü 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine eklenen (12) numaralı fıkrasının, E.2007/14, K.2009/48 sayılı, 12.3.2009 günlü Anayasa Mahkemesi Kararı'ndaki karşı oy yazımın 2 numaralı bendinde belirttiğim gerekçe uyarınca iptal edilmesi gerektiğinden, redde ilişkin çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasının reddine ilişkin karara, 12/03/2009 günlü, E:2008/45, K:2009/53 sayılı kararında yazdığım karşıoyumu yineliyorum.

Üye
A. Necmi ÖZLER

Esas Sayısı : 2009/22

Karar Sayısı : 2009/55

Karar Günü : 7.5.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Mersin 4. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Elektrik enerjisi ile ilgili hırsızlık suçundan açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanığın evinde anahtar devresi tesis ederek kaçak elektrik kullandığı iddiasıyla TCK.nın 142/1-f maddesi uyarınca cezalandırılması istemiyle Mersin Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 26/11/2008 tarihli iddianamesiyle Mahkememize kamu davası açılmıştır.

Yapılan yargılama sonucunda iddia makamı esas hakkındaki mütalaasında sanığın cezalandırılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Sanık müdafisi son savunmasında müvekkilinin beraatine karar verilmesini, şayet mahkumiyet kararı verilecek ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesini ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili maddenin 12. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğunu iddia ve talep etmiştir.

Sanık müdafisinin Anayasaya aykırılık iddiası ciddi ve yerinde görülmüştür. Başka davalar nedeniyle pek sık uyguladığımız bu fıkranın Anayasanın eşitlik ve adil yargılanma ilkelerine aykırı olduğu hususunda

Mahkememizde de kanaat oluştuğundan Yüksek Mahkemeye başvurulmuştur.

Olay ve konu ile ilgili yasa maddeleri şöyledir:

"TCK Madde 142 - (1) Hırsızlık suçunun;...

f) Elektrik enerjisi hakkında,

işlenmesi hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur..."

"TCK Madde 168 - (1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs ve karşılıksız yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, failin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen gidermesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadarı indirilir.

(2) Etkin pişmanlığın kovuşturma başladıktan sonra ve fakat hüküm verilmezden önce gösterilmesi halinde, verilecek cezanın yarısına kadarı indirilir..."

"TCK Madde 53 - (I) Kişi, kasten işlemiş olduğu suçtan dolayı hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak;

a) Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet İl, Belediye, Köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerden istihdam edilmekten,

b) Seçme ve seçilme ehliyetinden ve diğer siyasi hakları kullanmaktan,

c) Velayet hakkından; vesayet veya kayyımlığa ait bir hizmette bulunmaktan,

d) Vakıf dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan,

e) Bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tâbi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten, yoksun bırakılır.

(2) Kişi, işlemiş bulunduğu suç dolayısıyla mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar bu hakları kullanamaz.

(3) Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen veya koşullu salıverilen hükümlünün kendi altsoyu üzerindeki velayet, vesayet ve kayyımlık yetkileri açısından yukarıdaki fıkralar hükümleri uygulanmaz. Mahkûm olduğu hapis cezası ertelenen hükümlü hakkında birinci fıkranın (e) bendinde söz konusu edilen hak yoksunluğunun uygulanmamasına karar verilebilir.

(4) Kısa süreli hapis cezası ertelenmiş veya fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(5) Birinci fıkrada sayılan hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, ayrıca, cezanın infazından sonra işlemek üzere, hükmolunan cezanın yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Bu hak ve yetkilerden birinin kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlar dolayısıyla sadece adlî para cezasına mahkûmiyet hâlinde, hükümde belirtilen gün sayısının yarısından bir katına kadar bu hak ve yetkinin kullanılmasının yasaklanmasına karar verilir. Hükmün kesinleşmesiyle icraya konan yasaklama ile ilgili süre, adlî para cezasının tamamen infazından itibaren işlemeye başlar.

(6) Belli bir meslek veya sanatın ya da trafik düzeninin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla işlenen taksirli suçtan mahkûmiyet hâlinde, üç aydan az ve üç yıldan fazla olmamak üzere, bu meslek veya sanatın icrasının yasaklanmasına ya da sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilebilir. Yasaklama ve geri alma hükmün kesinleşmesiyle yürürlüğe girer ve süre, cezanın tümüyle infazından itibaren işlemeye başlar."

"CMK Madde 231 - ... (5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23. md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23. md) hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulur. Bur süre içinde 1 yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreye, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K. 23.md; Değişik fıkra: 23/01/2008 – 5728 S.K. 562.md) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz. "

"CMK Madde 267 - (1) Hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir."

"CMK Madde 271 - (1) Kanunda yazılı olan hâller saklı kalmak üzere, itiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir. Ancak, gerekli görüldüğünde Cumhuriyet savcısı ve sonra müdafi veya vekil dinlenir.

(2) İtiraz yerinde görülürse merci, aynı zamanda itiraz konusu hakkında da karar verir.

(3) Karar mümkün olan en kısa sürede verilir.

(4) Merciin, itiraz üzerine verdiği kararları kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir."

Sanığın suçunun sabit görülmesi halinde hakkında uygulanacak maddeler bunlardır. Şayet mahkumiyet kararı verilecek olursa sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması için gereken koşulların mevcut olduğu dosya içeriğinden anlaşılmış ve Mahkememizde sanıkla ilgili olumlu kanaat hasıl olmuştur.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair karara, iptali istenen fıkra uyarınca ancak itiraz edebilmek mümkün olduğundan, verilen mahkumiyetin yerindeliği yani suçun sübutunun yerinde olup olmadığı temyiz denetimi dışında kalmaktadır. Çünkü itirazı inceleyecek merci işin esasına, kararın doğru veya yanlışlığına ilişkin herhangi bir değerlendirme yap(a)mamaktadır.

İtirazı inceleyen Mahkeme dosyayı inceleyerek suçun işlenmesinden dolayı mağdurun zararının giderilip giderilmediği, adli sicil kayıtlarına göre sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olup olmadığı ve mahkemece sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmış olup olmadığı, yani kısacası hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı hususlarına bakacaktır.

Bu konuda Yargıtay 8. Ceza Dairesi de 13.7.2006 tarih ve 2006/5860-6504 E-K. sayılı kararı ile " ... sanık müdafiinin itirazı üzerine sadece geri bırakılma koşulları yönünden inceleme yapılması yerine cezaya ilişkin

olarak itirazın kabulüne karar verilemeyeceğine" karar vermiş olup özeti şu şekildedir:

"6136 Sayılı Kanuna aykırı davranmak suçundan sanık Cuma Akyol'un anılan Kanunun 13/2, 765 sayılı TCK.nın 55/3., 59/2. maddeleri uyarınca 2 Yıl 9 Ay 10 Gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, cezanın 647 sayılı Cezaların infazı Hakkında Kanunun 6. maddesi gereğince ertelenmesine, emanetin 2003/12 sırasında kayıtlı silah, şarjör ve fişeklerin 765 sayılı Kanunun 36. maddesi uyarınca müsaderesine, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunun 23. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına, sanığın 5 yıl süre ile denetimli serbestlik tedbirine tabi tutulmasına, herhangi bir yükümlülük getirilmemesine dair Güroymak Asliye Ceza Mahkemesinin 21/02/2006 tarihli ve 2005/192 Esas, 2006/32 sayılı kararına yönelik itirazın, sanığın yaşının küçüklüğü nedeni ile yapılan indirimin, 5237 sayılı TCK.nın 31/3. maddesine göre 01/06/2005 - 08/07/2005 tarihleri arasındaki lehe durum dikkat alınarak 1/2 oranında yapılması gerekirken, sanık aleyhine 1/. oranında yapıldığı, gerekçeli kararda kısaca lehe yasa uygulanmasından bahsedilmesine rağmen hüküm bölümünde de karşılaştırma yapılmadığı gerekçesi ile kabulüne, dosyanın gereği için mahkemesine iadesine dair Bitlis Ağır Ceza Mahkemesinin 13/03/2006 tarihli ve 2006/108-114 sayılı kararı ve dosyası ile ilgili olarak;

Dosya kapsamına göre, 5395 Sayılı Kanun'un 23/8. maddesi uyarınca mahkeme kararının hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kısmının itiraza tabii olduğu, sanık hakkında tayin olunan cezaya ilişkin asıl hükmün ise, aynı Kanun'un 23/6. maddesi gereğince çocuğun denetimli serbestlik süresi içinde işlediği hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç nedeni ile mahkum olması veya yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, mahkemenin geri bıraktığı hükmü açıklaması üzerine, temyiz veya istinaf kanun yoluna tabii olması gerektiği cihetle, itirazın sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşulların oluşup oluşmadığı yönünde incelenmesi yerine sanık hakkında belirlenen cezaya ilişkin olarak yazılı gerekçe ile itirazın kabulüne karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle 5271 sayılı CMK.nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu Yüksek Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünün 16/05/2006 gün ve 20959 *sayılı kanun yararına bozma istemine atfen Yargıtay C. Başsavcılığından 07/06/2006 gün ve KYB/2006-112066 sayılı ihbarnamesi ile dairemize tevdii kılınmakla incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:*

KARAR: Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı, 5395 sayılı kanunun 23/7. madde ve fıkrası uyarınca itiraz edilebileceği hükmü karşısında, sanık müdafiinin itirazı üzerine sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı yönünden inceleme yapılması yerine sanık hakkında

belirlenen cezaya ilişkin olarak yazılı gerekçe ile itirazın kabulüne karar verilmesi yasaya aykırı, kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği bu nedenle yerinde görüldüğünden Bitlis Ağır Ceza Mahkemesinin 13/03/2006 tarih ve 2006/108-114 sayılı, kesin olarak verilen hükmünün CMK.nın 309. maddesi uyarınca kanun yararına (BOZULMASINA), ortadan kaldırılmasına, dosyanın Yargıtay C. Başsavcılığına gönderilmesine, 13/07/2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

Görüldüğü gibi hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın itiraza tabi olması, suçun sabit görüldüğünün ve verilen cezanın yerinde olup olmadığını incelemeyi yasal denetim dışında bırakmaktadır.

Bunun tek istisnası sanığın denetim süresi içerisinde başka bir suç işlemesidir. Bu durumda mahkeme hükmü açıklayacak ve hüküm temyizi kabil hale gelecektir. Örneğin; beraat etme ihtimali bulunan bir sanık hakkında mahkumiyet kararı verilip hükmün açıklanması geri bırakılmış ise ya da "yağma" suçundan dava açılmış ve mahkeme fiili "hırsızlık" kabul ederek şartları var ise hükmün açıklanmasını geri bırakmış ise bu mahkumiyetler ile ilgili yerindelik denetimini hangi makam, hangi koşullarda yapacaktır. Fiili "yağma" olarak değerlendiren Cumhuriyet savcısı bu iddiasını ispat için işin esasına girilmesini nasıl sağlayacaktır? Hatta "yağma"nın cezasından kurtulmasına rağmen "hırsızlık" suçunun cezasına razı olmayan ve "beraatine karar verilmesi gerektiğini" iddia eden sanık bu talebinin incelenmesini kimden isteyecektir? Talebinin incelen(ebil)mesi yani mahkemeyi hükmü açıklamaya zorlamak için yeni bir suç işlemesi mi gerekecektir?

Bu nedenlerle ve kanaatimizce hükmün açıklanması kararları temyize (istinafa) tabi olmalı ve ikinci derece mahkemesi yerindelik ve şekil şartları yönünden incelemeler yapmalı, delilleri takdir etmelidir.

Anayasamızın 10. maddesinde; herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir.

Eşitlik ilkesi ile, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanması veya aynı kurallar uygulanarak farklı sonuçlar elde edilmesi yasaklanmıştır.

İptali talep edilen yasa hükmü ile suç tipi ve hukuki durumları aynı olan kişiler hakkında sadece usuli uygulama farklılığı yönünden bir üst mahkeme tarafından yerindelik denetimi ve delillerin takdiri yönünde inceleme yapılması talebi hakkı engellenmiş olmaktadır.

Örneğin; 2 ay hapis cezası alan ve bu cezası ertelenen bir kişiye tanınan Yargıtay denetimini isteme hakkı, 2 yıl hapis cezası alan ve hükmünün açıklanması geri bırakılan bir kişiye tanınmamaktadır. Halbuki erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması birbirine çok benzeyen düzenlemelerdir ve üstelik hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının sanığın daha lehine olduğu uygulamada kabul edilen bir durumdur. Lehe olan bir hükmün uygulanması aleyhe bir sonuç doğurmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin yerleşmiş kararlarına göre yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi; birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını veya uygulanan aynı kurallar sonucu farklı sonuçlar yaratılmasını yasaklar.

İptali istenen kuralla, hukuki eylem ve durumları aynı olan kişiler farklı statüye tabi tutulmaktadır. Burada eşitlik ilkesine aykırı bir uygulama ve dolayısıyla Anayasanın 10. maddesine aykırılık bulunduğu düşünülmüştür.

Anayasamızın 11. maddesinde yasaların Anayasaya aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Yukarıda açıklanan sebeplerden dolayı, iptali istenen ibarenin bir yasa hükmü olarak Anayasanın ruhuna da aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

SONUÇ: 04/12/2004 tarihinde kabul edilerek 17/12/2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan ve 01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231. maddesinin "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir" şeklindeki 12. fıkrasının;

a) Kanun önünde eşitliğe dair 10. maddesine,

b) Kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını belirten 11/2. maddesine,

c) Anayasamızın ruhunda bulunduğu kabul edilmesi gerekli olan hukukun genel prensipleri ve adalet duygusuna AYKIRI olduğu düşünüldüğünden İPTALİ için Anayasanın 152. maddesi uyarınca keyfiyetin Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına karar verildi. 04/03/2009"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu fıkrayı da içeren 231. maddesi şöyledir:

"Madde 231 - (1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, (Değişik ibare: 5728 - 23.1.2008 / m.562) "iki yıl" veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir.

(7) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Ek fıkra: 06/12/2006 - 5560 S.K.23.md;Değişik fıkra: 23/01/2008-5728 S.K./562.mad) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 7.5.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, iptali istenilen düzenlemelerin de içinde bulunduğu Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği takdirde buna ilişkin kararların itiraza tabi olduğunun belirtildiği, itiraz üzerine yapılacak incelemenin yalnızca hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının bulunup bulunmadığıyla ilgili itiraza konu kurallarda belirtilen hükümler çerçevesinde sınırlı bir inceleme niteliğinde olacağı, ancak denetim süresi içerisinde yeni bir suç işlenmesi halinde verilen kararın temyize tabi hale gelebileceği, hakkında daha az cezaya hükmedilen ve cezası ertelenen kimselerin kararları temyize tabi iken, daha fazla süreli hürriyeti bağlayıcı ceza istenen kimse yönünden verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarının itiraza tabi tutulmasının suç tipi ve hukuki durumları aynı olan kimselere farklı kuralların uygulanmasına neden olacağı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda verilecek mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kuralları içermekte olup, maddenin itiraz konusu (12) numaralı fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmiştir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile ilgili kurallar kurumun tamamı gözetilerek değerlendirilmelidir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra öngörülen süre, bir deneme süresidir. Kurum yalnızca sanığın menfaat ve çıkarları düşünülerek getirilmiş olmayıp, önemli ölçüde toplum menfaati ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır. Mukayeseli hukukta suç ve suçlulukla mücadele, suç işlenmesinin önlenmesi ve caydırıcılık açısından bu ve buna benzer kurumlara geniş biçimde yer verildiği görülmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması uygulaması için beş yıllık bir sürenin öngörülmesi ve bu sürede uygulanmak üzere denetimli serbestlik tedbiri olarak bir kısım yükümlülükler yüklenmesine olanak sağlanması yasakoyucunun suç ve suçlulukla mücadele, caydırıcılık ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla takdir yetkisine dayanarak kabul ettiği bir sistemdir.

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.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Öte yandan, (12) numaralı fıkrada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebileceği belirtilmekte ise de, bu kuralla temyiz incelemesi yolu kapatılmış değildir. İtiraz yolu, verilen kararın bir

üst merci tarafından yeniden gözden geçirilmesini sağlayan ve kararın sağlığı bakımından güvence oluşturan kanun yollarından biridir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları sanık hakkında hukuki sonuç doğuran kesin hüküm niteliğinde olmadığından, deneme süresi sonunda verilecek düşme kararı veya geri bırakma koşullarına uyulmaması halinde verilecek karar hakkında esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.

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

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER bu görüşe katılmamışlardır.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmıştır.

VI- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 7.5.2009 gününde karar verildi.

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

KARŞIOY GEREKÇESİ

5560 sayılı Yasa ile 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesine fıkralar eklenerek "hükmün açıklanmasının geri bırakılması" adı altında yeni düzenlemelere yer verilmiştir.

Ceza hukukundaki çağdaş gelişmelere uygun olarak, daha hafif kabul edilebilecek suçlar yönünden, her suçlunun hemen cezalandırılması yerine davranışlarının sonuçlarını, topluma karşı sorumluluklarını yeniden değerlendirebilmesi için bir denetim sürecinden geçirilmesine olanak tanınması, bu arada suçtan zarar görenin tatmininin de sağlanmasını içeren düzenlemelere yer verilmesi, insan onurunu öne çıkaran devlet anlayışı içinde önemli bir yeniliktir. Ancak, belirtilen amaç ve anlayış çerçevesinde getirildiği anlaşılan ve bu nedenle de kişi ve hak ve özgürlükleri bakımından ileri bir aşamayı oluşturan dava konusu düzenlemenin, Anayasa ile uyumlu olabilmesi için, hukuk devletinde vazgeçilemez kabul edilen sav, savunma ve adil yargılanma hakkı gibi, bazı temel hak güvenceleri konusunda duraksamaya yol açmaması gerekir.

231. maddeye eklenen dava konusu (12) numaralı fıkrada, "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir" denilmektedir. 5271 sayılı Yasa'nın 267. ve devamındaki maddelerinde itiraz yolu düzenlenmektedir. Bu kanun yolunda, 288. maddede düzenlenen "temyiz" yolunda olduğu gibi bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması nedenine dayalı inceleme yapılamayacağından "itiraz", diğer nedenlerle sınırlı olarak incelenip kabul veya reddedilecektir. Ancak itirazın reddedilmesi ve daha sonra hükmün, açıklanmasını gerektiren koşulların oluşması halinde, bu hükme karşı temyiz yoluna başvurulması sonucu 289. maddedeki hukuka aykırılık hallerinin tespiti ile hükmün bozulmasına ve sanığın beraatine karar verilebilmesi olanaklıdır. Bu durumda, 231. maddenin (8) numaralı fıkrası uyarınca, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak hakkında denetimli serbestlik tedbirlerinden birinin uygulanmasına karar verilmiş olan sanık, beraat edebileceği bir davada önceden temyize başvurma hakkı olmaması nedeniyle gereksiz bir yükümlülük altında bırakılmış olacaktır. Bu tür temel hak ihlâllerine yol açılmaması için hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına bağlı olarak herhangi bir yükümlülük getirilmemesi veya bu kararlara karşı temyiz yolunun açılması gerekmektedir. Anayasa aykırılığın hangi şekilde giderileceği ise kuşkusuz, yasakoyucunun takdirinde olan bir husustur.

Açıklanan nedenlerle Yasa'daki düzenleme biçimiyle Anayasa'nın 2 ve 36. maddelerine aykırı olan itiraz konusu (12) numaralı fıkranın, iptali ve yeniden düzenleme yapılması için yasakoyucuya süre verilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyorum.

Üye
Ahmet AKYALÇIN

KARŞI OY

6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un; 23. maddesiyle 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine eklenen ve iptali istenen (12) numaralı fıkrasının Anayasaya uygunluk denetimi:

(12) numaralı fıkrada *"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir"* denilerek, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 267. ila 271. maddelerinde esas ve usulleri belirtilen itiraz yoluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının incelenmesinin istenebileceği öngörülmüştür.

Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını düzenleyen 231. maddenin;

(5) numaralı fıkrasında, yapılan yargılama sonunda hükmolunan cezanın iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olması halinde mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebileceği, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ile kurulan hükmün hukuki sonuç doğurmayacağı ;

(6) numaralı fıkrasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkum olmamasının,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılmasının,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesinin,

aranacağı;

(8) numaralı fıkrasında ise hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanığın, beş yıl süreyle denetim süresine tabi tutulacağı, bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebileceği;

(9) numaralı fıkrasında da altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen < *Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,…*> ne ilişkin koşul derhal yerine getirilemediği takdirde, verilen zarar denetim süresince aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesi şartıyla hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebileceği;

ifade edilmiştir.

Bu düzenlemelere göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için öncelikle; Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen kovuşturmaya ilişkin yargılama usulü uygulanıp iddia, savunma ve deliller değerlendirildikten sonra, isnat edilen eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin, eylemin suç teşkil ettiğinin ve bu suça göre hükmedilecek cezanın da iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası olduğunun saptanarak yargılamanın bitirilmesi gerekmektedir. İkinci olarak (6) numaralı fıkradaki koşulların varlığı saptandıktan sonra, beş yıllık denetim süresine tabi tutularak, bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemece takdir edilmek koşulu ile denetimli serbestlik tedbiri olarak, meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak için eğitim programına devam etmesine, meslek veya sanat sahibi ise kamu kurumunda veya aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına, belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine, zararın derhal yerine getirilememesi halinde ise zararın denetim süresince aylık taksitler halinde ödenerek tamamen giderilmesine de karar verilerek asıl suça ilişkin mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Böylece, ortada sabit olduğu kabul edilen suçtan verilmiş, ancak kesinleşmemiş bir mahkumiyet hükmü bulunmaktadır. Bu hükümle birlikte, bir yıldan fazla olamamak üzere verilmesi mümkün olan denetimli serbestlik tedbirlerinin, kişinin davranış özgürlüğüne müdahale eden kurallar olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Denetimli serbestlik

tedbirlerinin bu yönü ile açıklanması geri bırakılan mahkumiyet hükmü birlikte değerlendirildiğinde, kesinleşmemiş bir mahkumiyet kararına dayanılarak kişinin davranış özgürlüğüne müdahale edildiği ortaya çıkmaktadır. Böyle bir uygulamaya neden olan kararın, yasaya uygunluğunun denetiminin, kuralda yalnızca *"itiraz"* yoluyla sağlanabileceği öngörülmektedir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda öngörülen ve olağan kanun yolu olan itiraz, istinaf veya temyiz yolunda olduğu gibi kovuşturma sonucu verilen nihai bir hükmün esasına ilişkin bir inceleme yapmayı sağlayamamakta, daha çok yargılama yöntemi ve dava şartları gibi usul hükümlerine yönelik uygulamaların denetimine olanak vermektedir. Nitekim, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılacak itiraz ile de itiraza bakmaya yetkili merci verilen cezanın süresi, adli para cezası olup olmadığı, aranan diğer koşulların bulunup bulunmadığı, denetimli serbestliğin yasaya uygun olarak verilip verilmediği gibi konuları incelemekle yetinecek ancak, hükmün istinaf veya temyizde olduğu gibi esasıyla ilgili herhangi bir inceleme yapamayacak, dolayısıyla suçluluğun hükmen sabit olduğu hukuki anlamda ortaya çıkmayacağı için kesin hüküm olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda, kesinleşmiş bir hükümle suçluluğu sabit olmayan bir kişi hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilecektir. Denetimli serbestlik tedbirinin bir hükmün sonucu olarak uygulandığı dikkate alındığında, o hükmün esasının da incelenmesine imkan veren bir kanun yolunun öngörülmesi gerekir. Aksi halde, sübut, suçun niteliği, zaman aşımı gibi hükmün esasını ilgilendiren konularda yapılması muhtemel adli hatalar, denetimli serbestlik tedbirlerinin uygulanmasından sonra incelenebilecek, hata yapıldığı saptandığında da denetimli serbestlik tedbirinin haksız yere uygulandığı ortaya çıkacaktır. Böyle bir adli hatanın ise hukuki güvenliği zedeleyeceği izahtan varestedir.

Yasa koyucu, suç ve suçlu ile mücadelede ihtiyaç duyduğu yasal düzenlemeleri yapmakta geniş takdir yetkisine sahip ise de bu yetkisini, Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalarak yerine getirmesi gerekmemektedir.

Ceza sistemine yeni getirilen ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına bağlı olarak uygulanan denetimli serbestlik kurumunun dayanağı olan mahkumiyet hükmünün esasının incelenmesine olanak vermeyen, *"Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir"* biçimindeki (12) numaralı fıkranın Anayasa'nın 38. maddesinde öngörülen

"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz" kuralına aykırıdır.

İptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (12) numaralı fıkrasının reddine ilişkin karara, 12/03/2009 günlü, E:2008/45, K:2009/53 sayılı kararında yazdığım karşıoyumu yineliyorum.

Üye
A. Necmi ÖZLER

Esas Sayısı : 2009/23

Karar Sayısı : 2009/56

Karar Günü : 7.5.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 1. Ağır Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Onsekiz yaşından küçük mağdureye cinsel istismarda bulunmak suçundan sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"… Türk Ceza Kanununun 103'ncü maddesinde eylemin niteliği ne olursa olsun bu eylemin sonucunda mağdurenin beden veya ruh sağlığının bozulması halinde sanık her halükarda 15 yıldan az olmamak üzere cezalandırılacaktır. Bu duruma göre eylemlerin nevi ve niteliği ile müeyyide arasında bir denge mevcut değildir, oysa ceza adaleti açısından işlendiği iddia edilen fiilin nevi ve niteliği göz önüne alınarak cezanın da aynı oranda tayin ve tespiti gerekir, burada ise adalet ve eşitlik ilkesine bir aykırılık mevcuttur.

Bu nedenlerle dosyanın onaylı bir suretinin çıkarılmasına ve dava dosyasının Yüksek Anayasa Mahkemesi Başkanlığına sunulmasına,

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 103/6 maddesinin Anayasa'nın 10 ncu maddesine aykırı olduğundan bahisle iptali için Anayasa'nın 152 nci maddesi uyarınca DAVANIN GERİ BIRAKILMASINA,

2. Bu nedenle duruşmanın 18.06.2009 günü saat 09.15'e bırakılmasına oybirliği ile karar verildi. 19.02.2009"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu (6) numaralı fıkrayı da içeren "Çocukların cinsel istismarı" başlıklı 103. maddesi şöyledir:

"(1) Çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismar deyiminden;

a) Onbeş yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış,

b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar,

Anlaşılır.

(2) Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) **(Değişik: 29/6/2005 – 5377/12 md.)** Cinsel istismarın üstsoy, ikinci veya üçüncü derecede kan hısmı, üvey baba, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, sağlık hizmeti veren veya koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından ya da hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle veya birden fazla kişi tarafından birlikte gerçekleştirilmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Cinsel istismarın, birinci fıkranın (a) bendindeki çocuklara karşı cebir veya tehdit kullanmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(5) Cinsel istismar için başvurulan cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması halinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması halinde, onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

(7) Suçun mağdurun bitkisel hayata girmesine veya ölümüne neden olması durumunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 7.5.2009 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması sonucunu doğuran eylemlerin nevi ve niteliği dikkate alınmadan sanıklara her halükarda aynı cezanın verilmesinin eşitlik ve adalet ilkelerine aykırı olduğu belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık incelemesi yapabileceğinden, iptali istenen kuralla ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de inceleme yapılmıştır.

İtiraz konusu kuralı da içeren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde, çocuklara yönelik cinsel istismar suçu düzenlenmiştir. Yasa'da erişkin kişilere karşı işlenen eylemler yönünden "cinsel saldırı" terimi, çocuklara yönelik cinsel içerikli eylemler için ise "cinsel istismar" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu suç, Türk Ceza Kanunu'nun "İkinci Kitap"ının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı İkinci Kısım'ının "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altındaki "Altıncı Bölüm"ünde düzenlenmiştir. Bu suçla korunan hukuksal yarar, kişinin cinsel özgürlük ve dokunulmazlığıdır.

Maddenin (1) numaralı fıkrasında, suçun temel şeklinin yaptırımı belirlenmiş ve cinsel istismar kavramının tanımı yapılmıştır. Maddede cinsel istismar olarak kabul edilen "cinsel davranışların" neler olduğu belirtilmemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, cinsel davranış, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik, ancak cinsel ilişki boyutuna varmayan davranışlardır. 103. maddenin (2) numaralı fıkrasında, bu suçun işleniş tarzı itibarıyla nitelikli hâli tanımlanmıştır. Buna göre, cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi, suçun temel şekline nazaran daha ağır ceza ile cezalandırılmayı gerektirmektedir. İtiraz konusu (6) numaralı fıkrada ise söz konusu suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. Buna göre, cinsel istismar suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığı bozulmuş ise faile 15 ilâ 20 yıl arasında bir hapis cezası verilecektir. Ancak, bu durumda, netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar dolayısıyla sorumluluk için aranan koşulların gerçekleşmesi şarttır.

Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, aynı maddenin (1) ve (2) numaralı fıkralarında belirtilen eylemler sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda failin onbeş yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılacağı hükmüne yer verilmiştir. Anılan fıkradaki hapis cezasının üst sınırı, Türk Ceza Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca yirmi yıl olduğundan, fıkrada öngörülen ceza 15 ilâ 20 yıl arasında hapis cezasıdır. Bir başka ifadeyle, cinsel istismar suçunun gerek basit (m. 103/1) gerekse nitelikli (m. 103/2) halinin işlenmesi sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması durumunda, Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrası uyarınca faile 15 ilâ 20 yıl arasında hapis cezası verilmesi gerekecektir. Söz konusu düzenlemeden, yasakoyucunun cinsel istismar eylemi nedeniyle mağdurun beden veya ruh sağlığında ortaya çıkan bozulmayı dikkate aldığı, bunu meydana getiren hareketin basit ya da nitelikli olması arasında bir ayırım yapmadığı anlaşılmaktadır.

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.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Yasakoyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunması, öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olması, insanlık haysiyetine aykırı ve zalimane olmaması gibi hususları da dikkate almak zorundadır.

Sadece failin hareketini esas alarak ve hareket için öngörülen ceza miktarlarını kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında herhangi bir suç için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun toplum yaşamında yarattığı etkinin de dikkate alınması gerekir. Cezanın belirlenmesinde suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı veya çokluğu da etkilidir. Yasakoyucu, değişik eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Nitekim, yasakoyucunun cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığında meydana gelebilecek neticeyi dikkate alarak tercihini bu yönde kullandığı ve buna göre bir cezalandırma sistemini benimsediği anlaşılmaktadır. Yasakoyucunun cinsel istismar suçunda korunan hukuksal menfaatin öncelikle mağdurun cinsel özgürlüğü ve doğal olarak cinsel istismar sonucunda etkilenecek olan fiziksel ve ruhsal bütünlüğü olduğunu kabul ederek bu suça "Kişilere karşı suçlar" bölümünde yer verdiği görülmektedir.

Cinsel istismar suçu sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasının suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hali olduğu ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu olabilmesi için Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca en az taksirle hareket etmesinin yeterli olduğu dikkate alındığında, *"en az taksir düzeyi"*nde kabul edilebilen bir hareketin hafif veya ağır olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

Yasakoyucunun takdir yetkisine dayanarak ve mağdurda meydana gelen neticeyi dikkate alarak yaptığı itiraz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

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

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında kuralın Anayasa'nın 10. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek duyulmamıştır. Anayasa'nın 10. maddesi yönünden yapılan değerlendirmeye Fulya KANTARCIOĞLU ve Ahmet AKYALÇIN ek gerekçeyle katılmışlardır.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 7.5.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

EK GEREKÇE

Başvuran Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine de aykırı olduğunu ileri sürmesine karşın karar gerekçesinde bu yönden inceleme yapılmasına gerek görülmeyerek, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla ceza düzenlemeleri yapmanın yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu vurgulanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle herkese hiçbir ayırım gözetilmeksizin yasalar önünde eşit davranılması güvence altına alınmakta, böylece bireylerin yasalardan eşit yararlanma konusundaki temel

haklarına da işaret edilmektedir. Eşitliğin hukuk devletinin de önde gelen temel ilkelerinden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun ceza hukuku alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisi, sınırsız olmayıp Anayasa ve hukukun genel ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Başvuran mahkeme tarafından yasa koyucunun düzenleme yapma konusundaki takdirini eşitlik ilkesine aykırı olarak kullandığı ileri sürülerek, yalnız Anayasa'nın değil, evrensel hukukun da temel ilkelerinden biri olan eşitlik ilkesine aykırılıktan kaynaklanan bir temel hak ihlâlinden söz edilmektedir.

Ceza hukuku alanında, suç sayılan eylemlerin belirlenmesi ve korunan hukuki yarar, suçu işleyenler ile suçun nitelikleri gözetilerek bunlara verilecek cezanın türü ve miktarının saptanması yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisi içinde ise de bu durum, özellikle eşitlik ilkesine aykırılık gibi temel hak ihlâli savları karşısında Anayasal denetim yapılmasına engel oluşturmaz. Esasen Anayasa yargısının amacı ve işlevi de bu denetimi zorunlu kılmaktadır.

Bu nedenle konunun, başvuran Mahkeme'nin ileri sürdüğü eşitlik ilkesi yönünden de incelenerek itiraz konusu kuralın hangi gerekçe ile bu ilkeye aykırı olmadığının belirtilmesi gerektiği düşüncesiyle çoğunluğun karardaki redde ilişkin görüşüne katılıyoruz.

Üye	Üye
Fulya KANTARCIOĞLU	Ahmet AKYALÇIN

Esas Sayısı : 2009/25

Karar Sayısı : 2009/57

Karar Günü : 7.5.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 8. ve 9. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Devletin askeri kuvvetlerini alenen tahkir suçundan sanıkların 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 301. ve 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Kamu davası TCK.nın 301. madde hükümlerinin uygulanmasına ilişkindir.

TCK 301. maddesinde Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Devletin kurum ve organlarını alenen aşağılayan kişi hakkında ceza verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

TCK 301/2. maddesinde Devletin askeri ve emniyet teşkilatını alenen aşağılayanların cezalandırılacağı öngörülmüştür.

TCK 301/4. maddesinde bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması Adalet Bakanı'nın iznine bağlıdır.

TCK 301/4. maddesi hükmünün Anayasamızın 2., 8. ve 9. maddeleri ile Anayasa'nın Başlangıç kısmının beşinci paragrafı hükümlerine aykırılığı düşünülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Atatürk Milliyetçiğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.

Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisinin Bakanlar Kurulu'na ait olduğu belirtilmiştir. Adalet Bakanı da siyasi partiye bağlı olup Bakanlar Kurulu'nun bir üyesidir.

Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir.

Anayasamızın Başlangıç kısmının beşinci paragrafında hiçbir faaliyetin Türk Milli menfaatlerinin, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin Atatürk Milliyetçiliği ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 176/1. maddesine göre Anayasa'nın dayandığı temel görüş ve ilkeleri belirten Başlangıç kısmı Anayasa metnine dahildir.

Türk Ceza Yasası'nın 301/4. maddesine göre TCK 301. madde kapsamında kalan bir suçu işleyen kişi hakkında Adalet Bakanı'nın izin vermemesi halinde hiçbir şekilde soruşturma yapılmayacaktır. Adalet Bakanı'na yürütmenin bir üyesi olarak yargı yetkisi tanınmıştır. Bu sonuç da hukuk devleti ilkesi, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve kişilerin hak ve özgürlüklerinin teminatlarından olan yargı güvencesine (yargıya müdahale edilmemesi) açıkça aykırıdır. Yürütmenin yargı üzerinde her türlü etkisinin bertaraf edilmesi, yargılamanın tarafsız yürütülmesi ilkesinin gereğidir.

Herhangi bir kamu görevlisine karşı görevi nedeniyle vaki olan hakaret fiillerine doğrudan doğruya C.Savcısına soruşturma yetkisi veren Türk Ceza Yasası, aynı fiilin aynı saikle aynı kamu görevlisinin içinde bulunduğu mesleki camiaya karşı işlenmesi halinde aynı C.Savcısına doğrudan soruşturma yetkisinin verilmemesi yasa içi bir çelişkidir.

Adalet Bakanı'nın TCK 301/4. maddesine göre yargılama izni verdiği bir kişi hakkında C.Savcısının ceza davası açmamayı tercih etmesi, aynı C.Savcısı hakkında özlük işlerini düzenleyen Adalet Bakanlığı teşkilatı ile Adalet Bakanlığı'na doğrudan bağlı olan teftiş kurulunu karşısına alması gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşundan bugüne kadar hukuki ve fiziki alt yapısına karşı siyasi partilerden de gelen hukuk dışı yönelimler ortaya çıkmıştır. Ayrılıkçı, yıkıcı ve bölücü yönelimleri nedeniyle bir siyasi partinin Anayasa Mahkemesi'nce kapatılması, aynı parti üyesi Adalet Bakanı'nın kendi partisi mensuplarını koruyup kollamasının engellenmesi hukukun objektifliği ilkesinin bir gereğidir. Adalet Bakanı'nın uygulamalarına karşı idari yargıda dava açma olanağı var ise de; bu prosedür suç işleyenler bakımından zamanaşımı süresinin işlemesi ve bakan izni olmadan delil toplama yetkisi olmayan C.Savcısının uygulamada çok uzun zaman alan idari yargı yolunu denemesi hukuk açısından pratik bir yarar sağlamayacağı da açıkça ortadadır.

Bu itibarla, TCK 301/4. maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilmesi gerekir.

KARAR:

Açıklanan nedenlerle, TCK 301/4. maddesi hükmünün yukarda belirtildiği şekilde Anayasamızın Başlangıç kısmının beşinci paragrafına, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine, 8. maddesinde belirtilen yürütme yetkisinin Bakanlar Kurulu'na ait olmasına, Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılabileceği ilkesine aykırı bulunduğundan, gereğinin takdiri için derdest dava dosyasının onaylı örneği ile birlikte Anayasa'nın 152/1. maddesine göre Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine,

Anayasa'nın 152/3. maddesine göre dava sonucunun beklenilmesine karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 301. maddesi şöyledir:

"(Değişik madde ve başlığı: 5759 - 30.4.2008 / m.1) (1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 8. ve 9. maddelerine dayanmaktadır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Zehra Ayla PERKTAŞ'ın katılımlarıyla 7.5.2009 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında Adalet Bakanının siyasi partiye mensup bir Bakanlar Kurulu üyesi olduğu, yürütmenin bir üyesine bu şekilde izin verilmesinin yargı bağımsızlığı ilkesine ve yargı güvencesine aykırı bulunduğu, herhangi bir kamu görevlisine görevi nedeniyle hakaret suçları bakımından Cumhuriyet Savcısına doğrudan soruşturma yetkisi verilmesine karşın aynı kamu görevlisinin içerisinde bulunduğu camiaya karşı işlenmesi halinde bu suçun soruşturulmasının izne bağlanmasının çelişki doğurduğu, Adalet Bakanının izin yetkisini hukuka aykırı olarak kullanması halinde bunun denetlenmesinin zor olduğu, belirtilen nedenlerle itiraz konusu düzenlemenin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 8. ve 9. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin (1) numaralı fıkrasında Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişinin, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiş, (2) numaralı fıkrasında Devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişinin de, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılacağı, (3) numaralı fıkrasında eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı, itiraz konusu (4) numaralı fıkrada ise

bu suçtan dolayı soruşturma yapılmasının, Adalet Bakanının iznine bağlı olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 8. maddesinde, yürütme yetkisi ve görevinin, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği vurgulanmış; 9. maddesinde ise, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir.

Ceza kanunlarının, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinmeleri gözönüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre düzenlenmesi gerekir.

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, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinde yasakoyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Cezaların, suçların ağırlık derecelerine göre önleme ve ıslah amaçları da gözönünde tutularak adaletli bir ölçü içinde konulması ceza hukukunun esaslarındandır.

İtiraz konusu kuralla ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır.

Belirtilen nedenlerle, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasında yer alan kural Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 8. ve 9. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun, 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 7.5.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Esas Sayısı : 2005/69

Karar Sayısı : 2009/61

Karar Günü : 7.5.2009

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Güney Deniz Saha Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 10., 11., 13., 17., 22., 31. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Önceden tebellüğ ettiği emre aykırı olarak, izin dönüşünde getirdiği cep telefonunu, askerlik hizmetini yaptığı birliğe sokmak suretiyle emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği ileri sürülen sanığın cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"… Güney Deniz Saha Komutanlığı Askeri Savcılığının 9 Kasım 2004 gün ve 2004/3071-790 E. ve K. sayılı iddianamesi ile Sanık Dz.Y/S Er Ozan OĞUZ'un 7 Eylül 2004 tarihinde mevcut emirler hilafına birliğe cep telefonu sokmak suretiyle Askeri Ceza Kanununun 87/1 maddesinde yaptırım altına alınan emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği iddia olunarak, anılan madde uyarınca cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış, yargılama aşamasında mahkememizce Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesinin aşağıda belirtilen nedenlerle Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmış ve Anayasanın 152 nci maddesi uyarınca re'sen Anayasa Mahkemesine başvurmak gereği doğmuştur.

1- Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi "1. Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiil ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile

cezalandırılırlar. 2. Yukarıki fıkrada yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur." şeklinde bir düzenlemeyi içermektedir.

Anayasanın 176 nci maddesi uyarınca Anayasa metnine dahil olan başlangıç hükümleri arasında, "...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 manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;...",

"Suç ve cezalara ilişkin esaslar" başlıklı Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, "Kimse, işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.",

Cumhuriyetin nitelikleri başlıklı Anayasanın 2 nci maddesinde, "Türkiye Cumhuriyeti...laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.",

Yasama yetkisi başlıklı Anayasanın 7 nci maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.",

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı Anayasanın 17 nci maddesinde, "Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir,... insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.",

hükümleri yer almaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11., İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 7. maddelerine göre, hiç kimse işlendikleri sırada millî veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez. Anayasanın 90'ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.", aynı

maddenin ikinci fıkrasında "İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.", üçüncü fıkrasında "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Su ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.", yine anılan yasanın 7 nci maddesinin birinci fıkrasında "İşlendiği zaman yürürlükte bulunan kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı da kimse cezalandırılamaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz. Böyle bir ceza veya güvenlik tedbiri hükmolunmuşsa infazı ve kanuni neticeleri kendiliğinden kalkar." şeklindeki düzenlemeler ile yukarıda belirtilen evrensel ilkelere paralel genel hükümler konulmuştur.

Yine anılan yasanın 2 nci maddesinin gerekçesinde "Kanunun amacına ilişkin maddesinde ifade edilen kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınabilmesi için, hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi gerekir ... Anayasamızda da ifade edilen ve evrensel nitelikteki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesinin gereği olarak suçların tanımlanması ve ceza hukuku yaptırımları koyma yetkisine sadece Türkiye Büyük Millet Meclisi sahiptir. Yine Anayasamıza göre yasama görevi, devredilmesi mümkün olmayan bir yetkidir. Bireyin maddi ve manevi varlığı üzerinde derin etkiler doğuran suç ve cezaların, ancak ulusal iradeyi temsil eden organ tarafından yapılacak kanunla düzenlenebilmesi, kişi hak ve özgürlüklerine sağlanan en önemli anayasal garantilerden birini oluşturmaktadır. Anayasada temel hak ve özgürlükler alanının, kanun hükmünde kararnamelerle düzenlemeyeceğinin öngörülmesi de, bu garantinin bir ifadesidir. Kişi hak ve özgürlükleri konusunda kanun hükmünde kararname çıkarılmaması bakımından anayasal normla getirilen bu yasağın, idarenin diğer düzenleyici işlemleri için de geçerli olduğu kuşkusuzdur. İşte maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyle, Anayasada yer alan emredici normların gereği yerine getirilerek, idarenin düzenleyici işlemleriyle bir suç tanımının kapsamının belirlenemeyeceği ve ceza konulamayacağı açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır." denilmek suretiyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemi açık ve net bir şekilde vurgulanmıştır.

Anayasa'ya ve Türk Ceza Kanunu'na göre suçların kanunla belirlenmesi "suçta kanunîlik", cezaların da kanunda gösterilmesi "cezada kanunîlik" ilkesini oluşturur. "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" kuralı çağdaş hukukun vazgeçilmez temel ilkelerinden biridir. Bu ilkelerle kişilerin yasak eylemleri

önceden bilmeleri sağlanmakta, temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmaktadır.

Yasama organı kamu düzeninin korunması için ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, anayasal sınırlar içinde hareket etmek ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak zorundadır. Herhangi bir eylemde bulunan kişinin eylemini gerçekleştirdiği tarihte bu eyleminin yasalarla yaptırım altına alınan bir suç tipine uyup uymadığını açıkça bilebilecek durumda olması, diğer bir deyişle yasaklanmış eylemlerin hiçbir tereddüte mahal bırakmayacak şekilde yasalarla belirlenmiş olması gerekir ve bu husus Anayasa ile teminat altına alınmış bir haktır.

Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için, yasada temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir.

Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi bir suç tipini düzenlediğinden suçta yasallık ilkesi gereği objektiflik ve genellik esaslarına göre suça vücut verecek eylemi/eylemleri kesin ve açık bir biçimde düzenlemesi gerekir.

Ayrıca, ceza kanunlarında suç olarak vasıflandırılıp yaptırıma bağlanan eylemler incelendiğinde, toplumun geneli tarafından kabul görmeyen, ayıplanan birtakım eylemler olduğu anlaşılacaktır. Dolayısıyla suç teşkil eden eylemi gerçekleştiren, vasat düşünme yeteneğine sahip bir kişi, yaptığı eylemin toplumun geneli tarafından kabul edilmeyen, en azından ayıplanan bir davranış olduğunu bilmektedir. Bu kapsamda, kendisine tebliğ edilen nöbet hizmetinin gereğini yapmayan askeri şahıs yaptığı bu davranışın toplumca kabul edilmeyen bir davranış olduğunun bilincindedir. Oysa ki, yetkili amirleri tarafından yasaklanmasına rağmen birlik dahiline cep telefonu getiren bir askeri şahsın bu eylemi toplumun geneli tarafından kabul görmeyecek veya ayıplanacak nitelikte bir davranış olmadığı gibi, bu şekilde sanık konumuna getirilen kişiler tarafından da çeşitli gerekçelerle (ailesiyle daha rahat görüşebilme vs.) yaptıkları eylemin haklı bir sebebe dayandığı savunulmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından açıkça suç olarak vasıflandırılıp cezai yaptırıma bağlanmayan bu eyleminin, genişletici bir yorum tarzıyla As.C.K.'nun 87 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesinin Ceza Hukuku prensipleri ile bağdaşmadığı, bu konuya ilişkin olarak alınacak disiplin önlemleri ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirilebileceği hukuki kanaatine varılmakla birlikte, As.C.K.'nun 87

nci maddesinin dava konusu eylemin As.C.K.'nun 87 nci maddesi kapsamında değerlendirilebilmesine olanak verecek şekilde eylemi sınırlandırmamış, çerçevesini çizmemiş olmasını nedeniyle suçta kanunilik ilkesine aykırı olduğu hukuki kanaatine ve sonucuna varılmıştır.

211 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununun 2 nci maddesinde askerlik; "Türk vatanını, istiklal ve Cumhuriyetini korumak için harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyetidir" şeklinde tanımlanmış ve anılan yasanın 35 nci maddesinde "Silahlı Kuvvetlerin vazifesi; Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır" şeklindeki düzenleme ile vazifesinin çerçevesi genel olarak çizilmiş olmakla, asker şahsın temel vazifesi de budur. Bu nedenle belirtilen yükümlülüğe ilişkin olarak verilen emirlere itaat edilmesini temin amacıyla Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi anlamında bir yasal düzenlemeye her zaman ihtiyaç olduğunda ve bu yükümlülüklere ilişkin emirlere uymayan askeri şahıslar hakkında anılan yasa maddesi uyarınca yaptırım uygulanması hususunda zaruret bulunduğunda heyetimizce hiçbir tereddüt yoktur.

Ancak Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesinde düzenlenen suç tipinde yeralan ve suçun unsurlarından olan tipik hareket "hizmete ilişkin emri yapmamak,... reddetmektir. Maddede hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık bulunmamaktadır, anılan yasanın 12 nci maddesinde ise hizmetin tarifi yapılmış ve "Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malum ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askeri vazifenin madun tarafından yapılması halidir" denilmek suretiyle hizmet soyut olarak tanımlanmış, anılan her iki maddenin birarada değerlendirilmesi sonucunda Askeri Yargıtayın istikrar bulmuş kabulüyle 87 nci maddede belirtilen hizmete ilişkin emirden "askeri hizmete ilişkin emir"in anlaşılması gerektiği kabul edilmiş ve uygulamada bu yönde olmuştur. Buna rağmen askeri hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği, hangi emirlerin askeri hizmete ilişkin olduğu hususunda gerek yerel askeri mahkemelerin gerekse Askeri Yargıtayın kararlarında bir istikrar bulunmadığı, geçmişte askeri hizmete ilişkin olarak değerlendirilmeyen bir emrin daha sonraki bir tarihte aynı yasal mevzuat çerçevesinde yapılan değerlendirme sonucunda askeri hizmete ilişkin emir olarak değerlendirildiği veya bunun tam tersi kabul tarzının olduğu, askeri hizmete ilişkin emrin kapsamını tayinde tereddütler bulunduğu, yasal mevzuatta askeri hizmete ilişkin emirden tereddütsüz olarak ne anlaşılması gerektiği hususunda bir düzenleme bulunmadığı tespit edilmiştir. Oysa ki hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği

hususunun yasa koyucu tarafından, muhataplarınca tereddütsüz bir şekilde açık ve net olarak algılanabilecek şekilde düzenlenmesi gerekirken, bu anayasal zorunluluğa uyulmadığı, aşağıda ayrıntılı olarak izah olunacağı gibi yasada hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği hususundaki temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmediği, hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği hususunun uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konulardan olmaması nedeniyle, hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiğinin açıkça düzenlenmesinin anayasal zorunluluk olmasına rağmen, bu kavramın içinin doldurulmasının yürütme organına ve uygulayıcıların yorumlarına bırakılmasının Anayasal gereklere uygun olmadığı sonucuna varılmıştır.

TSK İç Hizmet Kanununun 6 nci maddesinde hizmet; "Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir", 5 nci maddesinde nizam; "Tüzükler, kararnameler, yönetmelikler, talimnamelerin ve talimatların hükümleridir", 6 nci maddesinde emir; "Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir." şeklinde, 7 nci maddesinde vazife; "Hizmetin icabettirdiği şeyi yapmak veya menettiği şeyi yapmamaktır" şeklinde tanımlanmıştır.

Yukarıda belirtilen tanımların tamamı askeri hizmete ilişkin emirden tereddütsüz olarak ne anlaşılması gerektiğini tespite yeter nitelikte tanımlar olmayıp, soyut nitelikte ve çerçevesi net olarak çizilmeyen ve bu çerçevenin içerisini somut olarak dolduramayan, uygulayıcıların yorumuna göre farklı farklı sonuçlara varılabilecek tanımlardır.

Konuya ışık tutması açısından Askeri Yargıtayın Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesini uygulamasına ilişkin kararlarından bir kısmı aşağıda belirtilmiştir.

"...nöbetçi amirliğine gitmesi hususunda verilen emre icabet etmeyerek çıkıp giden sanığın bu hareketi emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder." (As.Yrg.Gen.Krl., 23.10.1962, E.3024.K.113).

"...Sivil memur statüsünde olan sanığın 211 Sayılı T.K.K. İç Hizmet Kanunun 14 ve Yönetmeliğinin 115 nci maddeleri muvacehesinde, amirleri tarafından verilen vazifeleri yapmaması ve bir vazifeye dair verilen emir için de icabette bulunmaması, As.C.K.'nun 87 nci maddesinde yazılı emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder." (As.Yrg.Drl.Krl., 30.4.1965, E.46.K.56)

"...Sanık ...'nın, eğitim yerinde, BI.K. vekiline karşı yapmış olduğu disiplinsiz hareketlerden dolayı, yazılı savunmasını yapmak üzere, bizzat

BI.K. vekili tarafından yazılı olarak verilen sualleri muhtevi zarfı almamak hususunda direndiği anlaşıldığına göre tekevvün eden fiili emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder." (As.Yrg.i.D. 12.1.1970,E.4,K.16).

"Sanık er'in... plaka sayılı Reo aracının direksiyonuna geçerek, yetkisi olmadığı halde, işbu aracı kademeye götürmek üzere hareket ettirmesi ve 10 m. kadar bizzat sevk ve idare ettikten sonra şanzımanının kilitlenmesi nedeniyle durdurması, askeri aracın direksiyonuna geçişindeki kasti, sevk ve idare süresi ve katedilen mesafe muvacehesinde, emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder." (As.Yrg.4.D.,3.10.1972, E.345, K.343).

"...nöbetçi subayı olarak görevli bulunduğu sırada ... plaka sayılı askeri aracın direksiyonuna geçerek mezkur aracı bizzat kullandığı anlaşılan sanığın fiili emre itaatsizlikte ısrar suçunu teşkil eder." (As.Yrg.3.D., 3.1.1973, E.11, K.11)

"...Ütğm. ...'nin ... tarafından ... kendisine saçlarını kestirmesi şifahi olarak emredildiği halde sanığın mevzuata, yazılı ve şifahi emirlere rağmen saçlarını kestirmemek suretiyle, emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği,... sabit görülen eyleminden dolayı As.C.K.'nun 87/1 maddesi hükmünce ... tecziyesine karar verilmesinde kanuni isabet görülmüştür." (As.Yrg.LD., 23.12.1975, E.346, K.332).

"...Garnizon Komutanlığının verdiği yetkiye dayanarak askeri aracı durdurmak isteyen görevlilerin dur emrine hiç uymayan sanık astsubayın fiili emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur." (As.Yrg.Drl.Krl., 7.4.1983, EI.92, K.89).

"...yat yoklaması almak üzere gelen nöbetçi subayı üsteğmenin koğuşa girerek yatması şeklinde verdiği emre uymayan sanığın eylemi, emre itaatsizlikte ısrardır." (As.Yrg. 5.D., 1.10.1986, E.214, K.186).

"...askeri araçların nasıl park edilecekleri,... konusundaki ... emirlerinin, birlik komutanlığınca sanık şoför ere tebliğ edilmesine rağmen; aracını görev sebebiyle çıktığı mahal civarında bir pastanenin önüne park edip yanındaki arkadaşlarıyla birlikte aracı terk ederek pastaneye giren ve bilahare başıboş aracın merkez komutanlığı yetkililerince tespiti sırasında aracın yanına gelen sanığın bu davranışı ile... hizmete ilişkin emri hiç yapmamak suretiyle emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği kabul edilmiştir." (As.Yrg.3.D., 16.12.1986, E.348, K.323).

"Askeri mıntıkaya alkollü içki sokulmayacağına ve içilmeyeceğine dair emre aykırı hareketle olay günü depoda içki içerken yakalanan sanık

hakkında emre itaatsizlikte ısrar suçundan dolayı tesis edilen mahkumiyet hükmünde isabet vardır." (As.Yrg.3.D., 9.2.1988, E.118,K.100).

Kışlada alkollü içki içilmesini yasaklayan hizmet emri, kışlaya alkollü içki sokulmasını da kapsar. Kendilerine önceden tebliğ edilmiş talimata aykırı hareket ederek birlik içerisine alkollü içki sokan sanıklar açısından emre itaatsizlikte ısrar suçları oluşmuştur. (As.Yrg.Drl.Krl., 21.10.2004, E.142, K.138).

"Sanıkların uymadıkları iddia edilen birlik dahilinde içki içilmeyeceğine ilişkin emir, genel bir kural olup, söz konusu emrin sanıklara yazılı veya sözlü olarak tebliğ edildiğinin kanıtlanamaması karşısında, müspet suçun unsur itibariyle teşekkül etmediğinden bahisle verilen beraat kararında herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir." (As.Yrg.3.D., 23.10.1990, E.479, K.473).

Kışlada içki içilmeyeceğine ilişkin emrin tebellüğ tarihi belgede yer almamakla birlikte, eylemin seyir ve işleniş biçiminden sanığın kışlaya içki sokulmasının yasaklandığını bildiği anlaşıldığına göre emre itaatsizlikte ısrar suçu oluşur. (As.Yrg.Drl. Krl., 7.10.2004, E.136, K.126).

Sanığın içkileri tel örgüden kışla içerisine attıktan sonra nizamiyeden geçerek içkileri bulunduğu yerden alıp götürürken yakalanması gözönüne alındığında, eylemin gerçekleştirilme şeklinden, sanığın kışlaya içki sokulmasının yasak olduğunu bildiği, bu konudaki emirden haberdar olduğunda kuşku bulunmadığı anlaşıldığından, ayrıca kışlaya içki sokulmayacağına dair emrin sanığa tebliğ edilip edilmediğini araştırmaya gerek yoktur. (As.Yrg.Drl.Krl., 1.5.2003, 2003/50-48).

"Birlik komutanlığınca yayımlanıp günlük emir olarak hükümlüye de tebliğ edilen ... tarihli emirde erbaş ve erlerin kolonya bulundurmalarının ve kolonya kullanmalarının yasaklanmasına rağmen hükümlünün bu emre riayet etmeyerek ... günü kolonya içtiğinin tespit edildiği anlaşılmaktadır. Birlik komutanlığının bu emrine aykırı hareket etme eyleminin sübutu halinde emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturacağı..." (As.YrgAD., 16.2.2000, E.2000/98)

"Bayramlarda bulundukları garnizonlardaki kışlalara giderek askerlerle bayramlaşmalarını amirlere bir görev olarak yükleyen T.S.K. İç Hiz.Yönt.nin 27 ve Askeri Merasim ve Protokol Talimatnamesinin 32. maddeleri muvacehesinde; bayramlarda emrinde bulunan subay ve astsubayların bayramlaşmalarını sağlamak amacıyla verilen emrin hizmete ilişkin bir emir olduğu gözönüne alındığında, subay ve astsubayların bayramlaşmak

üzere... günü saat... da birliklerinin başında olacaklarına dair emri tebellüğ etmesine rağmen sırf yorgunluğunu beyan ederek bu törene katılmayan sanık astsubay hakkında emre itaatsizlikte ısrar suçu teşekkül eder." (As.Yrg.2.D., 1.2.1989, E.83, K.63).

"...Üzerinde wolkman, radyo ve fotoğraf makinası olanların bu aletleri bölük astsubayına teslim etmesi gerektiği konusunda sanığa tebliğ edilen emrin hizmete müteallik olduğu, bu emre uymayan sanığın emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlemiş olacağı hk." (As.Yrg.Drl.Krl., 30.4.1992, E.61.K.59).

"Yapılacak içtimalara katılması konusunda nöbetçi çavuşunun sanık er'e verdiği emrin askeri hizmete yönelik bir emir olduğu izahtan varestedir." (As.Yrg.1.D.26.3.1997, E.209.K.208).

Sanığın kendisine tebliğ olunarak malum ve muayyen bir emir haline getirilmiş bulunan radyo bulundurulmayacağına ilişkin hizmet emrine hiç uymayarak emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği sonucuna varılmış; radyoyu bölük astsubayına teslim etmek üzere kütüklükte bulundurduğuna dair savunmasına, emrin tebliğini müteakip teslim etmemesi, aradan üç gün geçmesi, radyonun nöbet kıyafetine dahil kütüklükte gece yarısı ele geçmesi karşısında, itibar edilmeyerek sübuta yönelik temyiz itirazının reddi gerekmiştir.(As.Yrg.1.D., 31.5.2000, E.356.K.355)

Hizmete ilişkin oluşunda kuşku bulunmayan; Garnizon dışında silah taşınmaması emrine aykırı davranan sanık hakkında emre itaatsizlikte ısrar suçundan yazılı şekilde kurulan hükümde yasaya aykırılık bulunmadığından kararın onanması gerekmiştir. (As.Yrg.2.D., 7.6.2000, E.372, K.367).

"....Bçvş. E.'un "bak, şu kadar personelin önünde emre itaatsizlik suçunu işliyorsun, kendini zor durumda bırakma, önce maaşları çekmeye git" demesine rağmen sanığın "benim başım ağrırsa, başkalarının da başı ağrır, siz asli göreviniz üzerinde kalmak üzere İlçe J.K. Vekili olarak görevlendirildiniz, bu görev aslında sizin görevinizdir" diye karşılık verdiği ve maaşları çekmeye değil, devriyeye gittiği kabul edilerek As.C.K.'nun 87/1 maddesi uyarınca kurulan emre itaatsizlikte ısrar suçu ile ilgili mahkumiyet hükmünde ... isabetsizlik bulunmadığı hk. (As.Yrg.3.D., 27.6.2000, E.467, K.465).

Çeşme onarımını kendisine görev bilen sanığın, buna yönelik yaptığı faaliyette, sürücü belgesi olmayan askere araç kullandırıp hızlanmasını söylemek suretiyle görev hududunu aştığı ve keyfi uygulamaya gittiği açık

olmakla birlikte, bu eylemini ika ederken, başkasına zarar vermek veya kendisine veya bir başkasına menfaat temin etmek kastının bulunmadığı; kaldı ki, hizmete ilişkin emirlere aykırı davranmak şeklinde tezahür eden, çok somut ve bir bakıma basit bir fiil niteliğindeki sanığın eyleminin, özel ceza kanunu bünyesinde düzenlenmiş olan emre itaatsizlikte ısrar suçu olarak vasıflandırmasının kanunun sistematiğine uygun olduğu kanısına ulaşılmıştır. (As.Yrg.Drl.Krl., 16.10.2003, E.71 K.79)

Görev genel talimatı uyarınca, istirahat halinde Bl. Komutanından habersiz sorumluluk sahasını terk etmemesi, silahını sürekli üzerinde taşıması, herhangi bir yere bırakmaması, yabancı askeri veya sivil kuruluş personeli ile halkın verebileceği yiyecek içecek maddelerini almaması gerektiğine ilişkin hizmet emrine rağmen, Kosova'da görevli bulunan sanık erin olay tarihinde sorumluluğunda bulunan sahayı terk etmesi, bu sırada silah ve teçhizatını çadırda bırakması ve gittiği köy halkından yiyecek maddesi alması şeklindeki eylemi, görev yapılan yerin ve yürütülen görevin özelliği nedeniyle emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur. (As.Yrg.Drl.Krl. 17.4.2003, E.38, K.39).

Görevine giren hususlarda ihmali tespit edilen sanığa, günlük yoklama çizelgelerini hazırlaması hususunda verilen emir somut ve hizmete ilişkin olup, emrin gereğini yapmayan sanığın, memuriyet görevini ihmal suçuna göre özel bir suç olan emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği açıktır. (As.Yrg.Drl.Krl., 18.12.2003, E.110, K.112).

Hizmet Birlik Komutanlığı Soba Yakma Talimatı başlığını taşıyan ve olay tarihinden evvel birlik soba yakma sorumlusu olan sanığa tebliğ edilen talimatta yer alan hususların gerek düzenleniş biçimi itibariyle sınırları önceden belirlenerek somut hale getirilmiş askerî bir hizmeti öngörmesi, gerekse bu kurallara riayet etme mükellefiyetini sadece soba sorumlusuna yüklemiş olmasından ötürü, belirtilen talimatın tavsiye niteliğinde genel bir emir olmasının ötesinde, muhatabı ve uygulama koşulları önceden belirlenmiş kurallardan oluşan bir hizmet emri olduğu açıktır. (As.Yrg.Drl.Krl., 20.11.2003, E.99, K.100).

Orduevi Müdürlüğü emrinde kat görevlisi olan sanığın "Kat görevlileri temizlik yapmak için girdikleri odalarda TV seyretmeyecekler, yatakların üzerine oturmayacaklar ve yatmayacaklardır." Şeklindeki emre rağmen 518 No.lu odada uyuduğunun tespit edilmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığa imza karşılığı tebliğ edilen günlük emir genel bir talimattan ziyade otel kısmında çalışma esaslarını ve personelin uyması gereken kuralları düzenlemekte olup somut hale getirilmiş hizmet emri niteliğinde

olduğundan sanığın üzerine atılı emre itaatsizlikte ısrar suçu oluşmuştur. (As.Yrg. 3.D., 14.1.2003, E.47, K.43),

...Eğitim ders notlarındaki hatâları düzeltmesinden sonra evine gitmesi gerektiğine dair batarya komutanınca verilen emir askeri hizmete yönelik bir menfaati içerdiğinden, sanık uzman çavuşun hizmete ilişkin bu isteme itaatsizlik kastıyla hareket ederek uymaması emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur. (As.Yrg.Drl.Krl., 4.11.2004, E.162, K.146).

İlaç tasarrufunun yaygınlaştırılarak daha etkin olarak yürütülebilmesi maksadıyla, viziteye çıkan erbaş ve erlere tedavinin gerektirdiği ilaçların günlük ihtiyaca uygun olarak adet olarak verileceğine, birlik reviri dışındaki hastanelerden alınan ilaçların günlük kullanılması gereken miktarı dışındakilerin tedavisi sürenler tarafından revire teslim edileceğine dair emir, bu emre muhatap erbaş ve erler açısından da hizmete yönelik bir emirdir. (As.Yrg.Drl.Krl., 21.10.2004, E.163, K.140).

Sakız çiğneyerek askeri servis aracına binen ve sakızı patlatması üzerine araçta önünde oturan yüzbaşı tarafından ağzından sakızı çıkarması konusunda ısrarla uyarılan sanığın sakızı çıkarmamak biçimindeki eylemi emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur. (As.Yrg. 4. D., 17.2.2004, E.171, K.162).

Emre itaatsizlikte ısrar suçu genel kasıtla işlenebilen, yani bilerek ve isteyerek emrin gereğinin yapılmamasıyla oluşabilen bir suç olduğundan, yasaklanmış olmasına karşın temizleme saikiyle de olsa silahın kılıfından çıkarılıp kurcalanmasıyla müsnet suç işlenmiş olmaktadır. (As.Yrg.Drl.Krl. 4.3.2004, E.40, K.41).

Nizamiyeye kayıt yaptırmaksızın askeri araçla dışarıdan alkollü içki alıp gelmesi hususunda nöbetçi astsubay tarafından sanık ere verilen emrin, askeri hizmetle hiçbir ilgisinin bulunmadığı ve askeri suç maksadıyla verilmiş olduğu açıktır. Takriben bir senelik asker olan sanığın, kendisinden istenilen hususun emirlere aykırı olduğunu bilmesine rağmen durumu derhal nöbetçi amirine bildirmek yerine, bile bile suç teşkil eden isteğe icabet etmesi makul ve hukuken kabul edilebilir bir davranış olmadığından, sanığa isnat olunan emre itaatsizlikte ısrar suçu oluşmuştur. (As.Yrg.Drl.Krl., 24.6.2004, E.109, K.101).

İnşaatı devam eden hizmet binasının çatısının yoğun kar yağışı nedeniyle hasar görüp çökme tehlikesi arz etmesi nedeniyle, binanın çatısına çıkılmasını yasaklayan emir hizmete ilişkin olup, yasağa uyulmaması emre itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturur. (As.Yrg.Drl.Krl., 8.7.2004, E.118, K.110).

Nizamiyede çarşı izin dönüşü üzerinde cep telefonu yakalanan sanığın emre itaatsizlikte ısrar suçu sübuta ermiştir. Yüklenen suçun neticesi harekete bitişik suç olması nedeniyle teşebbüs hükümleri uygulanmaz. (As.Yrg.1.D., 16.6.2004, E.675, K.672).

Askeri Yargıtayın yerleşik uygulamaları ile; bu tür konularla ilgili olarak (cep telefonu, fotoğraf makinası bulundurma, birlik içerisinde sigara içme v.s.) hizmetin sağlıklı yürütülmesi için amir tarafından verilen yasaklayıcı mahiyetteki emirlerin askeri hizmete ilişkin bir emir olduğu ve buna aykırı hareketin "emre itaatsizlikte ısrar" suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir. Drl.Krl.17.5.2001 2001/52-52 ve 15.11.2001 E.108 K.104)

Yukarıda örnek olarak verilen Askeri Yargıtay kararlarına dayanak olan emirler ile EK'te gönderilen birlik komutanları tarafından yayımlanmış emirlerin konusuna ve düzenleniş tarzına bakıldığında çoğunun askerlik hizmeti ile doğrudan ilgisinin bulunmadığı, hemen hemen askerlerin toplumsal yaşam içerisindeki her davranış şekline ilişkin birtakım kurallar/emirler içerdiği tespit edilmektedir. As.C.K.'nun 87 nci maddesinde belirtilen hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği anılan maddede açıkça belirtilmediğinden ve As.C.K.'nda ve İç Hizmet Kanununda yeralan hizmet tanımından da bu hususta açık, net, kesin bir sonuca varılamadığından bu emirlere muhatap olan askeri şahısların, öncelikle bu emirlerden hangilerinin askeri hizmete ilişkin olup olmadığı şeklinde bir yorum yapmaları gerekmektedir ki, özellikle hiçbir hukuki eğilimi bulunmayan ve genelde eğitim seviyesi düşük erbaş/er'lerin bu hususta ne derece "sağlıklı bir değerlendirme yapabilecekleri hususu izahtan varestedir. Kaldı ki askeri hakimler arasında dahi bu emirler içeriğinde bulunan hususlardan hangilerinin askeri hizmete ilişkin olduğu hususunda tam bir fikir birliği bulunmamakta, hukuk anlayışları, yorum tarzlarına göre farklı farklı sonuçlara varılabilmektedir ve bu nedenle anılan maddede hangi eylemin suç olarak yaptırım altına alındığı hususunun açıkta belirtilmediği sonucuna varılmaktadır.

Yukarıda belirtilen emirler içeriğine örnek olması açısından EK'te gönderilen emirlerde düzenlenen hususlardan çarpıcı nitelikte olan birkaç tanesi aşağıda belirtilmiştir.

"Hiçbir personel, ... özellikle hayat kadınlarının bulunduğu bölgelerde bulunmayacak, bu gibi hallerin Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını ve maneviyatını zedeleyeceğini unutmayacak, sağlık yönünden çözümü olmayan, ölüme kadar neden olabilecek hastalıklar kapılabileceği düşünülerek dikkatli bulunulacaktır."

"… birliğimizdeki ağaçların fırtına veya şiddetli rüzgar durumunda devrilebileceği/kırılabileceği göz önüne alınarak, tüm Erbaş/Er'ler, yağışlı ve şimşekli havalarda toplu olarak bulunmayacak, birbirine dokunmayacak, açık arazide ağaç, elektrik direği ve yüksek gerilim hatlarından uzak bulunulacak,... kiremit vb. malzemelerin uçmasına ve zarar verme ihtimaline karşı dikkatli olunacak ve mümkün olduğunca bina içlerinden dışarıya çıkılmayacaktır."

"...birlik dışında emniyet kuvvetleri ile olan ilişkilerde askeri nezaket ve terbiye terk edilmeyecek, asker kişinin kolluk kuvveti tarafından polis karakoluna götürülmesi veya polis tarafından ifadesinin alınmasının mümkün olmadığı unutulmayacak ve inzibat beklenecektir."

"...ıslak zemin vb. mahallerde kayıp düşme ile oluşabilecek kazalara karşı dikkatli olunacak, deniz kenarında/sahilde yapılan temizlik faaliyetlerinde denize düşmeyecek şekilde dikkatli bulunulacak,... sivil şahsiyetler ile konuşulmayacak, ... kasıtlı veya dikkatsizlik sonucu oluşabilecek araç kazalarına karşı uyanık bulunulacak, dikkatli ve tetikte olunacaktır."

"Dolu veya boş tüfek ile emniyette olsa dahi şaka yapmayacağım."

"Morali bozuk, stresli arkadaşlarımı en yakın amirime bildireceğim."

"Çıplak, kablo ucu kopmuş tele rastladığımda kesinlikle dokunmayacağım ve en yakın amirime bildireceğim."

"Prizlere tel, çivi, kasatura, harbi, vb. cisimler sokmayacağım."

"Islak elle priz ve elektrik düğmelerine dokunmayacağım."

"Kesinlikle tüp gaz düğmeleri, tüp dedantörü ve bağlı hortumlarıyla oynamayacağım"

"Sobaları, benzin, motorin, gazyağı vs. yanıcı ve parlayıcı maddelerle yakmayacağım."

"Yanan sigarayı yere veya pencereden dışarıya atmayacağım."

"Her türlü rahatsızlığımı, psikolojik ve ailevi sorunlarımı amirime bildireceğim."

"Reçetesiz ilaç kullanmayacağım."

"Yüzme bilsem dahi, deniz, gölet veya her türlü akarsuya rütbeli personel kontrolü altında olmadan izinsiz girmeyeceğim."

"Hamamda/banyoda/ıslak ve kaygan zeminde daima kayabileceğimi düşünerek dikkatli yürüyeceğim ve arkadaşlarımla şakalaşmayacağım."

"Araçların, hareketli cisimlerin yanında ve altında yatmayacağım."

Yukarıda alıntı yapılan düzenlemeler/emirlerden anlaşılacağı üzere, birlik komutanlarında yaygın olarak mevcut olan ve esasen yanlış olan kanaat uyarınca, birlik komutanlarının emirleri altındaki askeri şahısların başına gelebilecek herhangi bir olay nedeniyle her zaman kendilerinin yasal yönden sorumlu tutulacakları kanaatiyle hemen hemen her türlü davranışa ilişkin bir kural koyma, emir verme yoluna gidilmekte ve askeri şahıslar bu emirlerden hangilerinin askeri hizmete ilişkin olduğunu açık ve net olarak bilememektedirler.

Zira TSK İç Hizmet Kanununun 2 nci maddesinde tanımlanan askerlik tanımı esas alındığında, yukarıda örnekseme yöntemiyle düzenlenen hususların tamamının askeri hizmete ilişkin olmadığı sonucuna varılmaktadır. Ancak TSK İç Hizmet Kanununun amirin vazifelerinin düzenlendiği 17 nci maddesinde; "Amir; maiyetine hürmet ve itimat hisleri verir. Maiyetin ahlaki, ruhi ve bedeni hallerini daima nezaret ve himayesi altında bulundurur. Amirin maiyetine karşı daima bitaraflık ve hakkaniyeti muhafazası esastır", şeklindeki düzenleme, anılan yasanın 39 ncu maddesindeki "...iyi ahlaklı olmak, üst'e itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe saymak, bütün silah arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her askerin vazifesidir.", yine 40 nci maddesindeki "Askerin bakımı, sağlığı, yedirilmesi, giydirilmesi, barındırılması ve moralinin yüksek tutulması dikkat ve itina ile sağlanacak en mühim vazifelerdendir.", 42 nci maddesindeki "Her asker vazife ve hizmet icabı kullanmak ve muhafaza etmek için kendisine tevdi edilen her çeşit Devlet malının bakım, korunma ve muhafazasından sorumludur" şeklindeki düzenlemeler ile askeri şahıslara temel vazifeleri olan -Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumak- dışında hemen hemen her alanda birtakım vazifeler verilmiştir ve bu vazifelerin ifası amacıyla birlik komutanları tarafından, askeri şahısların sosyal/özel hayatlarının hemen hemen her alanına ilişkin olarak müdahale edilebilmesi olanaklıdır, dolayısıyla bu şekilde birlik komutanları tarafından düzenlenip, yayımlanan düzenleyici tasarruflarda belirtilen davranış kurallarına aykırı hareket edilmesi halinde, bu düzenleyici işlemlerde yeralan hemen hemen her hususu askeri hizmete ilişkin emir olarak telakki etmek ve buna göre işlem

yapmak sonucunu doğuracak nitelikte, aksi hukuki kanaatte bulunan yerel askeri mahkemelerin aşamayacağı nitelikteki Askeri Yargıtay tarafından tesis olunan yargısal kararlar mevcuttur ki, bu kabul ve anlayış tarzının suçta kanunilik prensibi ile bağdaşmayacağı izahtan varestedir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi suçta kanunilik ilkesini karşılayacak şekilde suç teşkil eden eylemi açık ve net olarak ortaya koymadığı gibi, suç teşkil eden eylemi açık ve net olarak ortaya koyabilecek nitelikte bir çerçevede çizmemesi, yasama yetkisinin devri sonucunu doğurabilecek şekilde idareye suç tipi yaratmaya imkan verecek nitelikte bulunması, ceza hukukunun temel prensiplerinden olan kanun koyucunun amacını aşacak şekilde genişletici yoruma elverişli düzenleme içermesi, Anayasanın 90 nci maddesi uyarınca As.C.K.'nun 87 nci maddesine üstün tutulması gereken İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11., İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 7. maddelerine aykırı hüküm içermesi nedenleriyle Anayasanın 38 nci maddesinde tanımını bulan suçta kanunilik ilkesine, başlangıç hükümlerine, Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan "hukuk devleti" ilkesi uyarınca her türlü eylem ve işlemlerinde Anayasa, yasa ve hukukun temel ilkeleriyle kendini bağlı sayan Devlettir şeklindeki hukuk Devleti ilkesine, yasama yetkisinin devredilemeyeceğine ilişkin Anayasanın 7 nci maddesine, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin 17 nci maddesine, Anayasa'nın 11. maddesinde düzenlenen kanunlar Anayasaya aykırı olamaz hükmüne istinaden Anayasa'nın 11. maddesine, aykırı olduğu hukuki kanaatine ve sonucuna varılmıştır.,

2- Anayasanın 10 ncu maddesinde;

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerine kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

hükmü yer almaktadır.

30 Mart 2005 gün ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu 1.6.2005 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir ve anılan yasanın "Emre aykırı davranış" başlıklı 32 nci maddesinde;

"(1) Yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket eden kişiye yüz Türk Lirası idari para cezası verilir. Bu cezaya emri veren makam tarafından karar verilir.

(2) Bu madde, ancak ilgili kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde uygulanabilir.

(3) 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 526 nci maddesine diğer kanunlarda yapılan yollamalar, bu maddeye yapılmış sayılır"

hükmü yer almaktadır.

"Yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Eşitlik ilkesi bu çerçevede değerlendirildiğinde, askeri şahıslara yönelik olarak askeri makamlar tarafından çıkarılan emirlere aykırı hareket edilmesi halinde, genel olarak yetkili makamlar tarafından adli işlemler nedeniyle ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla, hukuka uygun olarak verilen emre aykırı hareket edilmesini yaptırım altına alan Kabahatler Kanununa göre daha özel ve daha ağır yaptırım içeren Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesinin uygulanmasının, her iki yasal düzenlemede yaptırım altına alınan eylemlerin faillerinin aynı hukuksal durumda olmamaları nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığı savunulabilirse de, yasalarla TSK mensuplarına verilen asli görevlerin dışındaki hususlara ilişkin olmayan emirler yönünden eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıktığı sonucuna varılmaktadır. Şöyle ki, örneğin askeri birlik içerisinde cep telefonu bulundurmayı/kullanmayı yasaklayan bir emrin verilmesinin amacı genel olarak güvenlikle ilgili olup, doğrudan askeri hizmetin ifasına yönelik bir hizmet emri olmamasına rağmen, genişletici bir yorum tarzıyla bu yöndeki bir emrin askeri hizmete ilişkin olduğu değerlendirilmekte, dolayısıyla diğer yetkili makamlar

tarafından kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla verilen "emirlere aykırı hareket edenler ile askeri makamlar tarafından bu amaca yönelik olarak verileri emirlere aykırı hareket edenlerin karşılaşacağı yaptırım askeri şahısların aleyhine olacak şekilde eşitlik ilkesini zedeler bir mahiyet arzetmekte, bu emirlerin konusu dikkate alındığında askeri şahıslar ile sivil şahısların bu emirler yönünden farklı hukuki konumda bulunmadıkları sonucuna varılmıştır.

Kaldı ki bu eşitsizliğin askerlik hizmetinin temeli olan disiplinin tesisini temin zaruretinden hasıl olduğu ve bu nedenle farklı hukuksal durumların söz konusu olduğu da savunulamaz ve bu tarz bir düşüncenin hukuksal dayanağı yoktur.

Zira dava konusu idari emrin, askeri disiplinin tesisi açısından askeri hizmete ilişkin bir emir olduğu savunulabilirse de, aşağıda belirtilen gerekçelerle, sözkonusu emrin disiplinin tesisi yönünden de askeri hizmete ilişkin bir emir kapsamında olmadığı gibi, bu emirlere aykırı hareket edenlerin sivil şahıslardan farklı bir yaptırıma tabi tutulmasını haklı kılabilecek kabul edilebilir bir hukuki gerekçe bulunmaması nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı sonuç doğurduğu sonucuna varılmıştır. TSK iç Hizmet Kanununun "Disiplin" başlıklı 13'ncü maddesinde: "... Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır." denilmek ve buna istinaden 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kanununda gerekli düzenlemeler yapılmak ve ayrıca Askeri Ceza Kanununun 165 ve devamı maddelerinde disiplinin tesisi açısından disiplin amirlerine hürriyeti bağlayıcı ceza vermek yetkisi de dahil olmak üzere oldukça geniş ölçüde yetkiler verilmek suretiyle, askeri birliklerde disiplinin tesisi için gerekli olan yasal düzenleme yapılmıştır. Bu nedenle, ceza kanunlarını kıyasa yol açacak şekilde geniş bir şekilde yorumlayarak, kanun koyucu tarafından açık olarak suç olarak vasıflandırılıp yaptırıma bağlanmayan eylemlerin, disiplin mülahazasıyla suç olarak vasıflandırılmasına hukuken imkan bulunmadığı gibi ihtiyaç da bulunmamaktadır. Bu nedenle genel olarak askerlerin vazifeleri kapsamında bulunan her emre aykırı hareketin, As.C.K.'nun 87 nci maddesi kapsamında değerlendirilmemesi ve bu şekildeki eylemlerin disiplin amirleri tarafından kanuni yetkileri dahilinde cezalandırılması kanun koyucunun amacına ve hukuka daha uygun olduğu değerlendirilmektedir. Bu nedenlerle dava konusu emrin disiplinin tesisi açısından da askeri hizmete ilişkin olarak değerlendirilmesinde ve bu emre aykırı hareket edenlerin, yetkili makamlar tarafından yasada gösterilen gerekçelerle verilen idari emirlere aykırı davranan sivil şahıslardan eşitlik ilkesine aykırı olarak farklı yaptırımlara

tabi tutulmasında haklı ve geçerli bir hukuki gerekçe bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünülen bir kural haklı bir nedene dayandığında ya da kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulduğunda eşitlik ilkesine aykırı bir durumun olmadığını kabulde zaruret vardır. Ancak yukarıda belirtilen gerekçelerle yasaklanmış olmasına rağmen askeri birliğe cep telefonu getiren/kullanan askeri şahısların eylemlerinin Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesini haklı kılacak bir hukuki neden bulunmamaktadır ve bu yönüyle eşitlik ilkesine aykırıdır.

3- Anayasamızın Haberleşme hürriyeti kenar başlıklı 22. maddesi: "Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulur. Hakim, kararını kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar, istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunla belirtilir." hükmünü haizdir.

Anayasanın 13'ncü maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ile ilgili olarak genel sınırlandırma nedenleri ve şekilleri belirtilmiştir. 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen Anayasanın 13'ncü maddesinin gerekçesinde; "Maddenin birinci fıkrasında "ancak kanunla" denilmek suretiyle, hak ve hürriyet sınırlamalarının münhasıran kanun konusu olduğu; yani yasama tasarrufundan başka bir düzenleyici tasarrufla (tüzük, yönetmelik vb.) hak ve hürriyetlerin sınırlanmayacağı belirtilmiştir. Hak ve hürriyetlerin sınırlanmasında mümkün tek araç olarak kanun yani yasama tasarruflarının seçildiğini gösteren bu hüküm dahi "genel" niteliktedir. Diğer bir deyimle hak ve hürriyetlere ait bütün maddelere sari bir genel hükümdür. Bu nedenle herhangi bir hak veya hürriyete ait maddede, o hak ve hürriyetin "kanunla" sınırlanabileceğini

ayrıca belirtmeye ihtiyaç yoktur; ve maddelerin yazımında bu hususa sadık kalınmıştır." denilmek suretiyle temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlanabileceği vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri" yasasıyla ilgili olarak 4 Ocak 1963 tarihinde verdiği bir kararında, hangi sınırlamaların bir hak ya da özgürlüğün özüne dokunmuş sayılabileceğini dolaylı yoldan şöyle belirtmektedir. "Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olmayan hükümler bir hak ve hürriyetin özüne dokunuyor sayılamazlar.

Ayrıca Anayasanın Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26 nci maddesi "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak yada vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellememek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir." hükmünü haizdir.

Yine Anayasanın, Kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı başlıklı 31. maddesi: "Kişiler...kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme ve yayım araçlarından yararlanma hakkına sahiptir. Bu yararlanmanın şartları ve usulleri kanunla düzenlenir. Kanun, milli güvenlik, kamu düzeni, genel ahlak ve sağlığın korunması sebepleri dışında, halkın bu araçlarla haber almasını, düşünce ve kanaatlere ulaşmasını ve kamuoyunun serbestçe oluşmasını engelleyici kayıtlar koyamaz." hükmünü haizdir.

"Özgürlüklerin sınırlanmasına ve belirli bir ölçüde ya da büsbütün kullanılamaz duruma getirilmesine ilişkin temel kural şudur: ister olağan, ister olağanüstü durumlarda olsun, sınırlamanın ya da durdurmanın öngörülen amaç dışında kullanılması Anayasaya aykırı bir durum yaratır... Durum hangi hak ve özgürlüklerin sınırlanmasını ya da durdurulmasını gerektiriyorsa ancak onlara dokunulacak ve her hakla ilgili dokunma yine durumun gerektirdiği ölçüyü aşmayacaktır." (100 Soruda Anayasanın Anlamı, Mümtaz Soysal, s.201).

Ayrıca Anayasa'nın milletlerarası andlaşmalara ilişkin düzenleme getiren 90. maddesinde değişiklik yapılmış ve öngörülen şekilde yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olacağı yönündeki düzenleme yinelenmekle birlikte, milletlerarası andlaşmalar ile kanunların temel hak ve özgürlükler konusunda çatışmaları halinde milletlerarası andlaşmaların esas alınacağı, bir diğer ifade ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisinde kanunların üstünde yer alacağı kabul edilmiştir.

Söz konusu değişik yapılmadan önce, özellikle temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının sınırlandırılması ve durdurulması konusunda milletlerarası andlaşmalar ile kanunların farklı yönde düzenlemeler getirdiği hallerde, hangi düzenlemenin uygulanması gerektiği hususu tartışmalı iken, bugün Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme getiren tüm milletlerarası andlaşmaların, normlar hiyerarşisinde tüm kanunlarımızın ve kuşkusuz kanunlara göre daha alt düzeyde kalan düzenleyici işlemlerin üstünde yer aldığı tereddütsüz kabul edilmek gerekir.

Dava konusu olayla ilgili olarak, öncelikle Türkiye Cumhuriyeti'ne hukuki bir yükümlülük getiren bir andlaşma niteliğinde olmamakla birlikte, 27.5.1949 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile ülkemizde duyurulması ve öğretilmesi kararlaştırılan ve bugün pek çok ülkede mahkeme kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak atıf yapıldığı bilinen, ayrıca Anayasamızın Temel Haklar ve Ödevler'i düzenleyen bölümünün genel gerekçesinde, bu bölüm düzenlenirken gözönünde tutulduğu belirtilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilgili hükümlerine değinmek gerekir.

Beyanname'nin Önsöz'ünün yanısıra, 1., 2. ve 7. maddelerinde eşitlik ilkesi önemle vurgulanmış ve yine Önsöz'de Birleşmiş Milletlere üye devletlerin insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünyaca gerçekten saygı gösterilmesinin teminini taahhüt ettikleri ve 2. maddede tüm

insanların araların hiçbir ayrım gözetilmeksizin Beyanname'de yer alan haklardan yararlanabilecekleri belirtilmiştir.

Türkiye'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin Giriş'inde olduğu gibi pek çok maddesinde eşitlik ilkesi öne çıkarılmış ve vurgulanmıştır.

Söz konusu temel ilkenin ötesinde Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. bendi ile Sözleşme'ye taraf olan her devletin, kendi anayasal düzenine ve Sözleşme hükümlerine uygun olarak, Sözleşme ile tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan her türlü önlemi alacağı yönünde düzenleme getirilmiştir.

Ayrıca Sözleşme'nin 17. maddesinde hiç kimsenin haberleşme özgürlüğüne keyfi veya kanunsuz olarak müdahale edilemeyeceği belirtilmektedir. Sözleşmenin 5. maddesinde, Sözleşme'ye taraf devletlerin Sözleşme ile tanınmış hakların hiçbirisini Sözleşme'de öngörülen ölçüden daha geniş ölçüde sınırlayamayacağı belirtilmiştir.

Türkiye'nin bir Avrupa Konseyi üyesi olarak taraf olduğu insan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin girişinde yapılan atıfla insan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin etkinliğinin güçlendirildiği açıktır.

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda Sözleşme ile öngörülen hakların her insana ayrım yapılmaksızın tanınmasının ve hiç kimsenin hukukun izin vermediği eylemlere maruz kalmamasının amaçlandığının ve bu anlamda olmak üzere eşitlik ilkesinin benimsenmesinin öngörüldüğü anlaşılacaktır.

Sözleşme'nin 7, maddesi ile hiç kimsenin işlediği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği aktarılmakla, kanunilik ilkesine yer verilmiştir.

Sözleşme'nin 8. maddesinde herkesin haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesi hakkına sahip bulunduğu ve söz konusu özgürlüğe yönelik bir müdahalenin ancak milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın, ahlakın ve başka hak ve hürriyetlerin korunması için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabileceği belirtilmiştir.

Sanık hakkında emre itaatsizlikte ısrar suçundan cezalandırılması istemiyle dava açılmasına dayanak teşkil eden ve sıralı üst komutanlıklarca yayımlanıp, sanığa tebliğ edildiği anlaşılan emir incelendiğinde, bu emir ile

erbaş/er'lerin birlik içerisine cep telefonu sokmalarının ve kullanmalarının istihbarata karşı koyma, birlik emniyeti, sabotaj, saldırı ve kazaları önleme, gizlilik ilkesi, genel disiplin ve moral konuları esas alınarak bu konularda doğabilecek zaaf ve tehlikeleri önlemek amacıyla yasaklandığı anlaşılmaktadır. Kişilerin cep telefonu bulundurmasının ve kullanmasının, kişilerin haberleşmesiyle, dolayısıyla da haberleşme hürriyeti ile doğrudan ilişkili olduğu, bu konuya ilişkin olarak getirilecek kısıtlamaların ve yasaklamaların muhataplarının haberleşme hürriyetini kısıtlayıcı ve yasaklayıcı mahiyette olduğu izahtan varestedir. Her ne kadar bu görüşe karşı olarak, bu emirlerle erbaş/er'lerin haberleşme hürriyetinin sınırlandırılmadığı, zira bu şahısların birlik dahilinde bulunan ankesörlü telefonlarla haberleşme hürriyetlerini kullanabilecekleri savunulabilirse de; cep telefonlarının ankesörlü telefonlara nazaran kişilere daha kolay ve çeşitli haberleşme (mesaj çekme, çağrı gönderme gibi) imkanları sağlaması, erbaş/er'lerin hizmet dışında şahsi işlerine ayıracakları zamanın kısıtlı olması, birlik dahilinde her zaman yeterli sayıda ankesörlü telefon bulunmaması veya bulunan ankesörlü telefonların her zaman faal durumda olmamaları ihtimali, zaman zaman ankesörlü telefonlardan yararlanmak için sıraya girmek zorunda kalmaları ve hatta zaman zaman kendilerine sıra gelmeden hizmete dönmelerinin gerekmesi, ankesörlü telefondan faydalanmak için gerekli olan araçlara her zaman sahip olamamaları (telefon kartı, jeton), bu araçları her zaman kolaylıkla temin etme imkanına sahip olamamaları, her ne kadar yasal olarak "her türlü ihtiyaçları Devlet tarafından üstlenilen..." şeklinde tanımlanmalarına rağmen bu tanımın fiili durumu yansıtmaması, bu nedenle ankesörlü telefondan yararlanmak için gerekli maddi kaynağa her zaman sahip olamamaları, buna karşılık diğer telefonlara nazaran daha kolay bir şekilde cep telefonundan çağrı gönderme suretiyle herhangi bir bedel ödemeksizin muhataplarının kendilerini aramasını sağlayabilmesi imkanını bulabilmeleri, sıhhi rahatsızlıklarının bulunması halinde yerlerinden kalkmaksızın cep telefonuyla muhataplarıyla haberleşme imkanına sahip olmaları, özel görüşmelerini başkalarının duyamayacağı şekilde cep telefonuyla yapabilme imkanı bulabilmeleri ve bunlara benzer nitelikte sayılabilecek birçok gerekçeyle, birlik dahilinde cep telefonu bulundurulmasını ve kullanılmasını yasaklayan emirlerin, muhatabının haberleşme hürriyetini sınırlandırıcı mahiyette olduğu, bu nedenle bu hususta yapılacak müdahalenin ancak sözkonusu anayasal hakkın özüne dokunulmaksızın ve yalnızca hakkın kullanımını düzenlemekle yetinmesi halinde hukuken geçerli bir emir olarak değerlendirilebileceği, davaya dayanak oluşturan emir ile, erbaş/er'lerin hiçbir şekilde birlik dahiline cep telefonu sokmalarının yasaklanması ile

muhataplarının birlik dahilinde cep telefonu vasıtasıyla haberleşme, hak ve özgürlüğünün tamamen ellerinden alındığı, oysa ki örneğin erbaş/er'ler tarafından yalnızca koğuşlar bölgesinde cep telefonu kullanılabilecektir, birlik dahilinde başkaca yerlerde erbaş/er'lerin cep telefonu bulundurmaları ve kullanmaları yasaktır denilmek suretiyle ve yalnızca birlik dahilinde cep telefonlarının kullanımını düzenlemek suretiyle de amaca ulaşmak ve aksine davranışta bulunanlar hakkında ise disiplin amirleri tarafından yasal çerçevede uygulanacak disiplin yaptırımları ile, bu hususta emniyet, disiplin vs. yönlerden oluşacak zaafiyetin önlenmesi mümkün iken, sözkonusu emir ile muhataplarının haberleşme hürriyetlerinin yasal mevzuata aykırı şekilde sınırlandırıldığı değerlendirilmiştir.

Muhataplarının haberleşme hürriyetini kısıtlayıcı nitelikteki bu işlemin yukarıda belirtilen yasal düzenlemeler çerçevesinde ancak Kanunla yapılabileceği, uluslar arası anlaşmalar dikkate alınmadığında ise Anayasanın 13 ve 22 nci maddeleri uyarınca ve Anayasada belirtilen gerekçelerle ancak hakim kararıyla yapılabileceği, istisnai olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri ile yapılabileceği ve bu merciin kararının en geç yirmidört saat içinde görevli hakimin onayına sunulmasının gerektiği, aksi halde yetkili merciin bu yöndeki kararının kendiliğinden kalkacağı, davaya dayanak teşkil eden birlik içerisinde cep telefonu bulundurmayı ve kullanmayı yasaklayan emri çıkaran yetkili merciin, haberleşme hürriyetinin kısıtlanması ile ilgili istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarından olduğunu gösteren herhangi bir yasal düzenlemenin bulunmadığı, davaya dayanak oluşturan emirler incelendiğinde 3 yılı aşkın bir süredir uygulanmakta olan emirler olduğu, bu haliyle gecikmesinde sakınca bulunan hallerden sayılmasının mümkün bulunmadığı, istisnai olarak uygulanması gereken yöntemin kural haline getirildiği, esasen toplu olarak bir kesimin haberleşme hürriyetini kısıtlayıcı mahiyette idari emir çıkarılmasının hukuka uygun olmadığı, bu konuda ihtiyaç duyulması halinde yasama organı tarafından bir düzenlemeye gidilmesinin hukuka ve amaca uygun olacağı, As.C.K.'nun 87 nci maddesinin bu yöndeki düzenlemelere aykırı hareket edenleri de kapsayacak şekilde yoruma müsait şekilde düzenlenmesi, dolayısıyla haberleşme hürriyetini ihlal eden düzenlemelere yasal imkan vermiş olması ve haberleşme hürriyetine ilişkin Anayasal hakkını kullanan askeri şahısların eylemlerinin suç olarak vasıflandırılarak cezai yaptırıma tabi tutulmalarına yol açması nedeniyle Anayasanın haberleşme hürriyetine ilişkin yukarıda anılan maddelerine de aykırı olduğu hukuki kanaatine ve sonucuna varılmıştır.

Yukarıda belirtilen gerekçeler ile Askeri Ceza Kanununun 87 nci maddesinin, gerekçeli kararın ilgili bölümlerinde belirtilen Anayasanın ilgili hükümlerine aykırı olduğu ve bu nedenle iptal edilmesi gerektiği hukuki kanaatiyle Anayasa Mahkemesine başvurulması zorunluluğu doğmuştur. …"

III- İTİRAZ KONUSU YASA KURALI

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun itiraz konusu "İtaatsizlikte ısrar edenlerin cezası" başlıklı 87. maddesi şöyledir:

"1. **(Değişik: 22/3/2000 - 4551/22 md.)** Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

2. Yukarıki fıkrada yazılı suçlar seferberlikte yapılırsa beş ve düşman karşısında yapılırsa on seneye kadar ağır hapis cezası hükmolunur."

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılmalarıyla 11.7.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle, itiraz konusu maddenin ikinci fıkrasının davada uygulanacak kural niteliğinde olup olmadığı sorunu ele alınmıştır.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları, bakılmakta olan davayı yürütmeye, uyuşmazlığı çözmeye, davayı sona erdirmeye veya kararın dayanağını oluşturmaya yarayacak kurallardır.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun itiraz konusu 87. maddesinin birinci fıkrasında, hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişilerin bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenlerin, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanırken, ikinci fıkrasında, birinci fıkrada yazılı suçların seferberlikte ve düşman karşısında yapılması halinde, suçu işleyenlerin daha ağır cezalarla cezalandırılması öngörülmektedir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada, cezalandırılması istenilen suçun seferberlikte veya düşman karşısında işlenmesi hali söz konusu olmadığından, maddenin ikinci fıkrası davada uygulanacak kural değildir. Bu nedenle, itiraz konusu 87. maddenin ikinci fıkrasına ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, birinci fıkrasının ise, dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, bir eylemin suç olarak vasıflandırılıp yaptırıma bağlanabilmesi için, toplumun geneli tarafından kabul görmeyen, ayıplanan eylem olması gerektiği, verilen emirlere aykırı olarak bir er tarafından birlik içerisine cep telefonu getirme eyleminin ise toplumun geneli tarafından kabul görmeyecek veya ayıplanacak nitelikte bir davranış olmamasına rağmen, Askeri Ceza Kanununun 87. maddesinde, hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği ile suç teşkil eden eylemin açık ve net olarak ortaya konulmaması, bunu ortaya koyabilecek nitelikte bir çerçevenin çizilmemiş olması ve maddenin kanun koyucunun amacını aşacak şekilde genişletici yoruma elverişli düzenlemeler içermesi nedeniyle idare ve uygulayıcılar tarafından anılan eylemin suç haline getirilip cezalandırıldığı, ayrıca çeşitli yerlere asılmış bulunan yasaklama emirlerine ve bu emirlerin genel amacı karşısında eşit konumda bulunmalarına rağmen, kışla içerisinde cep telefonu bulunduran sivil kişiler için hürriyeti bağlayıcı her hangi bir ceza öngörülmezken, asker kişiler için ceza uygulandığı, bu duruma göre, suç sayılmayan hallerin cezalandırılmasına yol açmak suretiyle yargı erkine ve idareye suç ve ceza ihdas etme imkanı veren Askeri Ceza Kanununun 87. maddesinin, Anayasanın Başlangıç hükümlerine, 2., 7., 10., 11., 17., 22. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" kuralına yer verilerek "cezanın yasallığı" ilkesi benimsenmiştir.

Anayasa hukukunun temel ilkelerinden olan suç ve cezada yasallık, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü hukuk devletinin de esas aldığı değerlerden olup, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır.

Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler ile emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği halde emri yerine getirmeyenlerin bu eylemleri, itiraz konusu kuralla yaptırıma bağlanmıştır. Yasa koyucu, ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin neler olacağı gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu takdir yetkisinin kullanılmasında suçun askeri suç olup olmamasının da dikkate alınacağı açıktır. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir.

Gerek 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nda ve gerekse 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu'nda "askerlik", "asker", "amir", "er" "vazife", hizmet", "emir", "disiplin","ast", "üst" tanımları yapılmış ve Silahlı Kuvvetlerin, harp sanatını öğrenmek ve öğretmekle vazifeli bulunduğu, bu vazifenin ifası için lazımgelen tesisler ile teşkillerin kurulup,

tedbirlerin alınacağı, üste itaatin, hizmetin yapılmasında sebat ve gayretin, intizam severliğin, yapılması men edilen şeylerden kaçınmanın her askerin esas vazifesi olduğu kurala bağlanmıştır. Bir başka anlatımla, hizmetten, emirden, amirden, asttan, üstten ve hizmete ilişkin emirden ne anlaşılması gerektiği ve emre itaatsizlikte ısrar edenlerin hangi cezalarla cezalandırılacakları, dolayısıyla suçun esaslı unsurları ve çerçevesi ile cezası yasayla önceden belirlenmiş bulunmaktadır.

Öte yandan, Türk Silahlı Kuvvetleri mensuplarına İç Hizmet Kanununa dayanılarak verilen görevlerin yasada tek tek sayılması, yasa koyucunun önceden öngörebilmesi açısından mümkün olmadığı gibi, askeri yargı yerlerinin, önlerine getirilen davada, belirtilen esasları göz önünde tutarak, eylemin 87. maddenin birinci fıkrasının cezalandırılmasını öngördüğü eylemlerden olup olmadığını takdir edecekleri açıktır.

Askeri idari makamlarca, askeri hizmete ilişkin emre itaatsizlikte ısrar edildiğinden bahisle, her hangi bir askeri şahıs hakkında ceza davası açılması sağlandığında, isnat edilen eylemin, gerçekten isnat edilen nitelikte olup olmadığının görevli askeri yargı yerlerince değerlendirilmesi askeri yargı yerlerine suç ve ceza ihdas etme yetkisi verildiği anlamına gelmez.

Asker kişilerle siviller aynı hukuksal konumda bulunmadıklarından bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Bu nedenlerle iptali istenilen kuralın, yasa ile suç sayılmayan hallerin cezalandırılmasına yol açtığı, bu bağlamda suç ve cezanın yasallığı ve eşitlik ilkesi ile çeliştiği savı yerinde görülmemiştir.

Kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın Başlangıcı, 7., 11., 17. ve 22. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Yasa'nın 22. maddesiyle değiştirilen 87. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 7.5.2009 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu**'nun 87. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 10., 11., 13., 17., 22., 31. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/61, E: 2005/69)** 1095

B

2. 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı **Bankacılık Kanunu**'nun Geçici 16. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/29, E: 2009/7)** 799

3. 3.7.2005 günlü, 5397 sayılı "**Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**"un; A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen; 1- Dokuzuncu fıkrada yer alan "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin, 2- Onuncu fıkrada yer alan "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur" ve "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır" kurallarının, B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin, C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "…Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 104., 105., 123. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2009/15, E: 2005/85)** 667

4. 17.9.2004 günlü, 5234 sayılı **Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 1. maddesinin (f) bendiyle 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 209. maddesinin sonuna eklenen fıkranın, 2- 10. maddesinin (a) bendiyle 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen (p) bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 11., 17., 56. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2009/14, E: 2005/152)** 661

C

5. 4.12.2004 günlü ve 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile değiştirilen 150. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/49, E: 2007/9)** 1013

6. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 231. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (7) numaralı fıkrası ve (11) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2., 11., 12., 13. ve 141. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/50, E: 2007/42)** 1021

7. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (8) ve (12) numaralı fıkraların Anayasa'nın 2., 12., 13., 15., 19., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2009/53, E: 2008/45)** 1037

8. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 231. maddesinin; 1- 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen ve 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle değiştirilen (5) numaralı fıkrasının, 2- 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (6) ve (12) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/54, E: 2008/106)** 1047

9. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 231. maddesinin 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/55, E: 2009/22)** 1061

10. 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'**un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 30. maddesi ile değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır" biçimindeki son tümcesinin, Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/51, E: 2007/43)** 1029

11. 24.6.1995 günlü, 555 sayılı **Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin, Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/46, E: 2009/16)** 935

Ç

12. 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı **Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun**'un; 1- 21. maddesiyle değiştirilen, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının, 2- 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının, 3- 23. maddesiyle 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin; a- Değiştirilen başlığında yer alan "… ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresinin, b- Eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14). fıkralarının, 4- 24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin, 5- 25. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesinin, 6- 30. maddesiyle, 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2009/48, E: 2007/14)** 953

13. 26.4.2006 günlü, 5491 sayılı "**Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**"un; 1) 1. maddesiyle değiştirilen 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinin *"sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda"* bölümünün, 2) 3. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (c) ve (d) bentleri ile (j) bendinin son tümcesinin, 3) 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasının, 4) 9. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan *"veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara"* ibaresinin, 5) 12. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasının, 6) Geçici 2. maddesinin, 7) Geçici 3. maddesinin birinci fıkrasının, 8) Geçici 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 63., 90. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2009/9, E: 2006/99)** 601

14. 3.7.2005 günlü, 5395 sayılı **Çocuk Koruma Kanunu**'nun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının altıncı tümcesinin Anayasanın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/13, E: 2005/124)** 653

E

15. 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı **Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu**'nun 63. maddesinin 3396 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...ilk..." sözcüğünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/12, E: 2005/36)** 647

16. 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı **Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu**'nun; A) Geçici 12. maddesinin 31.5.2000 günlü, 4571 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının, B) 20.3.2002 günlü, 4747 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Geçici 17. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 40. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemi **(K: 2009/18, E: 2005/30)** 713

M

17. 26.5.2004 günlü, 5177 sayılı **Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun**'un 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci ve sekizinci fıkralarının, 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkrasının, 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinin, 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkrasının, 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasının, 28. maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının ve Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 17., 38., 43., 45., 56., 63., 90., 123., 128. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi **(K: 2009/2, E: 2004/70) (YD)** 557

18. 26.5.2004 günlü, 5177 sayılı **Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun**'un; 1- 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci ve sekizinci fıkralarının, 2- 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkranın, 3- 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinin, 4- 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkranın, 5- 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasının, 6- 28. maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkranın, 7- Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 17., 38., 43., 45., 56., 63., 90., 123., 128., 168. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi **(K: 2009/7, E: 2004/70)** 559

19. 4.7.2001 günlü, 631 sayılı **Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 17. maddesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/21, E: 2006/53)** 741

20. 30.4.1992 günlü, 3797 sayılı **Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 53. maddesinin 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2009/44, E: 2008/3)** 907

P

21. A- 24.6.1995 günlü, 551 sayılı **Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname**'nin 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ve 136. maddesinin; B- 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ve 48. maddesinin, Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemi **(K: 2009/19, E: 2005/57)** 723

22. 4.12.2003 günlü, 5015 sayılı **Petrol Piyasası Kanunu**'nun geçici 2. maddesinin, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının *"… bu personelin eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde; bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutar esas alınır. Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihten sonra geçecek süre içerisinde ilgililerin eski pozisyonlarının malî haklarının tespitinde de belirlenecek bu tutar dikkate alınır."* bölümünün, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/45, E: 2008/92)** 921

S

23. 24.5.1983 günlü, 2829 sayılı **Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun**'un 12. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve…"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/17, E: 2005/40)** 703

T

24. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/23, E: 2005/107)** 753

25. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 23. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/24, E: 2006/72)** 763

26. **:** 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 29. maddesinin, Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/25, E: 2007/91)** 769

27. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 51. maddesinin başlığının ve (1) numaralı fıkrasının ilk tümcesinde yer alan "…iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/26, E: 2007/69)** 775

28. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 10. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/27, E: 2005/116)** 781

29. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 58. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/28, E: 2006/107)** 793

30. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 165. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/32, E: 2006/19)** 807

31. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/33, E: 2006/17)** 815

32. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/34, E: 2007/96)** 823

33. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/35, E: 2006/154)** 833

34. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle değiştirilen 168. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/36, E: 2007/46)** 843

35. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen 191. maddesinin (7) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/37, E: 2007/22)** ... 851

36. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 103. maddesinin, 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirilen (3) numaralı fıkrasında yer alan "üvey baba" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/41, E: 2008/93)** 879

37. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 234. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle eklenen (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 19., 20., 23., 42. ve 49. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/42, E: 2007/85)** 891

38. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 5377 sayılı Yasa'nın 27. maddesi ile değiştirilen 245. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/43, E: 2006/123)** 899

39. 1- 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "fili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış bulunanlar" bölümü, 2- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (7) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11., 30. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/47, E: 2009/17)** 943

40. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/56, E: 2009/23)** 1081

41. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun, 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 8. ve 9. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi **(K: 2009/57, E: 2009/25)** 1089

42. 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı **Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 3. maddesiyle 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (2) numaralı fıkranın, 2- 29. maddesiyle değiştirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 263. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi **(K: 2009/38,E: 2005/79)** 861

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
551	A- Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 73/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ve 136. maddesinin; B- 24.6.1995 günlü, 554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 22.6.2004 günlü, 5194 sayılı Yasa ile değiştirilen 48/A maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinin ve 48. maddesinin, Anayasa'nın 2., 13., 38. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemi	2009/19	2005/57	İTZ	723
555	Coğrafi İşaretlerin Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesinin (a) ve (c) bentlerinin, Anayasa'nın 38. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/46	2009/16	İTZ	935
631	Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/21	2006/53	İTZ	741
1479	Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 63. maddesinin 3396 sayılı Yasa'nın 11. maddesi ile değiştirilen ikinci fıkrasının birinci tümcesinde yer alan "...ilk..." sözcüğünün, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/12	2005/36	İTZ	647
1479	Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun; A) Geçici 12. maddesinin 31.5.2000 günlü, 4571 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının, B) 20.3.2002 günlü, 4747 sayılı Yasa'nın 4. maddesiyle eklenen Geçici 17. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 40. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemi	2009/18	2005/30	İTZ	713

1632	Askeri Ceza Kanunu'nun 87. maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 10., 11., 13., 17., 22., 31. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/61	2005/69	İTZ	1095
2829	Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"Son defa T.C. Emekli Sandığına tabi görevlerden emekliye ayrılan ve…"* ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/17	2005/40	İTZ	703
3797	Milli Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin 3.4.1998 günlü, 4359 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2009/44	2008/3	İTZ	907
5015	Petrol Piyasası Kanunu'nun geçici 2. maddesinin, 3.7.2005 günlü, 5398 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen ikinci fıkrasının *"… bu personelin eski pozisyonlarına ilişkin ücret ve diğer malî haklarının belirlenmesinde; bunların pozisyonlarına göre 15.11.2003 tarihinde uygulanmakta olan ücret ve diğer malî haklarına bu tarihten Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihteki kadro ve pozisyonlarına ilişkin olarak bildirim tarihine kadar geçen süre içinde kamu personeline yapılacak maaş artış oran ve/veya miktarları uygulanmak suretiyle bulunacak tutar esas alınır. Devlet Personel Başkanlığına bildirildikleri tarihten sonra geçecek süre içerisinde ilgililerin eski pozisyonlarının malî haklarının tespitinde de belirlenecek bu tutar dikkate alınır."* bölümünün, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/45	2008/92	İTZ	921
5177	Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci ve sekizinci fıkralarının, 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkrasının, 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinin, 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkrasının, 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasının, 28.	2009/2	2004/70	İPT YD	557

	maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkrasının ve Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 17., 38., 43., 45., 56., 63., 90., 123., 128. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi				
5177	Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un; 1- 3. maddesiyle değiştirilen 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesinin birinci ve sekizinci fıkralarının, 2- 5. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 10. maddesine eklenen altıncı fıkranın, 3- 10. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin son fıkrasının ikinci tümcesinin, 4- 20. maddesiyle 3213 sayılı Yasa'nın 46. maddesine eklenen onuncu fıkranın, 5- 23. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Yasa'nın Ek 1'inci maddesinin birinci fıkrasının, 6- 28. maddesiyle 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 10. maddesine eklenen üçüncü fıkranın, 7- Geçici 1. maddesinin altıncı fıkrasının birinci tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 17., 38., 43., 45., 56., 63., 90., 123., 128., 168. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2009/7	2004/70	İPT	559
5234	Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 1. maddesinin (f) bendiyle 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 209. maddesinin sonuna eklenen fıkranın, 2- 10. maddesinin (a) bendiyle 13.12.1983 günlü, 178 sayılı Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 10. maddesine eklenen (p) bendinin, Anayasa'nın 2., 5., 7., 10., 11., 17., 56. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2009/14	2005/152	İTZ	661
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/23	2005/107	İTZ	753
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 23. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/24	2006/72	İTZ	763

5237	Türk Ceza Kanunu'nun 29. maddesinin, Anayasa'nın 2., 12., 17. ve 19. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/25	2007/91	İTZ	769
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin başlığının ve (1) numaralı fıkrasının ilk tümcesinde yer alan "…iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkum edilen kişinin cezası ertelenebilir" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/26	2007/69	İTZ	775
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin (3) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 10. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/27	2005/116	İTZ	781
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile 58. maddesinin (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/28	2006/107	İTZ	793
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 165. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/32	2006/19	İTZ	807
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 104. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/33	2006/17	İTZ	815
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/34	2007/96	İTZ	823
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 102. maddesinin (5) numaralı fıkrası ile 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/35	2006/154	İTZ	833
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle değiştirilen 168. maddesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/36	2007/46	İTZ	843
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle değiştirilen 191. maddesinin (7) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/37	2007/22	İTZ	851

5237	Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin, 29.6.2005 günlü, 5377 sayılı Yasa'nın 12. maddesiyle değiştirilen (3) numaralı fıkrasında yer alan "üvey baba" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/41	2008/93	İTZ	879
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 234. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 10. maddesiyle eklenen (3) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 19., 20., 23., 42. ve 49. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/42	2007/85	İTZ	891
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 5377 sayılı Yasa'nın 27. maddesi ile değiştirilen 245. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/43	2006/123	İTZ	899
5237	1- Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (3) numaralı fıkrasının "fili işlediği tarihte onsekiz yaşını doldurmamış bulunanlar" bölümü, 2- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (7) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10., 11., 30. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/47	2009/17	İTZ	943
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/56	2009/23	İTZ	1081
5237	Türk Ceza Kanunu'nun, 30.4.2008 günlü, 5759 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen 301. maddesinin (4) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 8. ve 9. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/57	2009/25	İTZ	1089
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 21. maddesi ile değiştirilen 150. maddesinin (3) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/49	2007/9	İTZ	1013
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (7) numaralı fıkrası ve (11) numaralı fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'nın 2., 11., 12., 13. ve 141. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/50	2007/42	İTZ	1021

5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (8) ve (12) numaralı fıkraların Anayasa'nın 2., 12., 13., 15., 19., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2009/53	2008/45	İTZ	1037
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin; 1- 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen ve 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Yasa'nın 562. maddesiyle değiştirilen (5) numaralı fıkrasının, 2- 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (6) ve (12) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/54	2008/106	İTZ	1047
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 23. maddesiyle eklenen (12) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/55	2009/22	İTZ	1061
5320	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 30. maddesi ile değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır" biçimindeki son tümcesinin, Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/51	2007/43	İTZ	1029
5377	Türk Ceza Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 3. maddesiyle 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen (2) numaralı fıkranın, 2- 29. maddesiyle değiştirilen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 263. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2009/38	2005/79	İPT	861
5395	Çocuk Koruma Kanunu'nun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının altıncı tümcesinin Anayasanın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/13	2005/124	İTZ	653

5397	"Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un; A- 1. maddesiyle 4.7.1934 günlü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun ek 7. maddesine eklenen; 1- Dokuzuncu fıkrada yer alan "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin, 2- Onuncu fıkrada yer alan "Oluşturulan bu Başkanlık bir başkan ile teknik, hukuk ve idari olmak üzere üç uzmandan oluşur" ve "Telekomünikasyon İletişim Başkanı, Telekomünikasyon Kurumu Başkanının teklifi üzerine Başbakan tarafından atanır" kurallarının, B- 2. maddesiyle 10.3.1983 günlü, 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'na eklenen ek 5. maddenin sekizinci fıkrasında yer alan "Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin, C- 3. maddesiyle 1.11.1983 günlü, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Millî İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 6. maddesine eklenen sekizinci fıkrada yer alan "…Başbakanın özel olarak yetkilendireceği kişi veya komisyon…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 104., 105., 123. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2009/15	2005/85	İPT	667
5411	Bankacılık Kanunu'nun Geçici 16. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi	2009/29	2009/7	İTZ	799
5491	"Çevre Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un; 1) 1. maddesiyle değiştirilen 9.8.1983 günlü, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 1. maddesinin *"sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda"* bölümünün, 2) 3. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (c) ve (d) bentleri ile (j) bendinin son tümcesinin, 3) 7. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin üçüncü fıkrasının, 4) 9. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin birinci fıkrasının ikinci tümcesinde yer alan *"veya Bakanlıkça uygun görülen diğer kurum ve kuruluşlara"* ibaresinin, 5) 12. maddesiyle değiştirilen 2872 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin birinci fıkrasının, 6) Geçici 2. maddesinin, 7) Geçici 3. maddesinin birinci fıkrasının, 8) Geçici 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 11., 13., 17., 56., 63., 90. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2009/9	2006/99	İPT	601

5560	Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un; 1- 21. maddesiyle değiştirilen, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarının, 2- 22. maddesiyle değiştirilen 5271 sayılı Yasa'nın 171. maddesinin (2), (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarının, 3- 23. maddesiyle 5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesinin; a- Değiştirilen başlığında yer alan "… ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresinin, b- Eklenen (5), (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14). fıkralarının, 4- 24. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 253. maddesinin, 5- 25. maddesiyle değiştirilen, 5271 sayılı Yasa'nın 254. maddesinin, 6- 30. maddesiyle, 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un başlığı ile birlikte değiştirilen 13. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2009/48	2007/14	İPT	953

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2009/2	2004/70	YD	557
2009/7	2004/70	İİD	559
2009/9	2006/99	İİD	601
2009/12	2005/36	İİD	647
2009/13	2005/124	İİD	653
2009/14	2005/152	İİD	661
2009/15	2005/85	İİD	667
2009/17	2005/40	İİD	703
2009/18	2005/30	İİD	713
2009/19	2005/57	İİD	723
2009/21	2006/53	İİD	741
2009/23	2005/107	İİD	753
2009/24	2006/72	İİD	763
2009/25	2007/91	İİD	769
2009/26	2007/69	İİD	775
2009/27	2005/116	İİD	781
2009/28	2006/107	İİD	793
2009/29	2009/7	İİD	799
2009/32	2006/19	İİD	807
2009/33	2006/17	İİD	815
2009/34	2007/96	İİD	823
2009/35	2006/154	İİD	833
2009/36	2007/46	İİD	843
2009/37	2007/22	İİD	851
2009/38	2005/79	İİD	861
2009/41	2008/93	İİD	879

* **İİD:** İptal ve İtiraz Davası, **YD:** Yürürlüğü Durdurma Kararı

2009/42 2007/85 İİD 891
2009/43 2006/123 İİD 899
2009/44 2008/3 İİD 907
2009/45 2008/92 İİD 921
2009/46 2009/16 İİD 935
2009/47 2009/17 İİD 943
2009/48 2007/14 İİD 953
2009/49 2007/9 İİD 1013
2009/50 2007/42 İİD 1021
2009/51 2007/43 İİD 1029
2009/53 2008/45 İİD 1037
2009/54 2008/106 İİD 1047
2009/55 2009/22 İİD 1061
2009/56 2009/23 İİD 1081
2009/57 2009/25 İİD 1089
2009/61 2005/69 İİD 1095

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2004/70	2009/2	YD	557
2004/70	2009/7	İİD	559
2005/30	2009/18	İİD	713
2005/36	2009/12	İİD	647
2005/40	2009/17	İİD	703
2005/57	2009/19	İİD	723
2005/69	2009/61	İİD	1095
2005/79	2009/38	İİD	861
2005/85	2009/15	İİD	667
2005/107	2009/23	İİD	753
2005/116	2009/27	İİD	781
2005/124	2009/13	İİD	653
2005/152	2009/14	İİD	661
2006/17	2009/33	İİD	815
2006/19	2009/32	İİD	807
2006/53	2009/21	İİD	741
2006/72	2009/24	İİD	763
2006/99	2009/9	İİD	601
2006/107	2009/28	İİD	793
2006/123	2009/43	İİD	899
2006/154	2009/35	İİD	833
2007/9	2009/49	İİD	1013
2007/14	2009/48	İİD	953
2007/22	2009/37	İİD	851
2007/42	2009/50	İİD	1021
2007/43	2009/51	İİD	1029
2007/46	2009/36	İİD	843
2007/69	2009/26	İİD	775
2007/85	2009/42	İİD	891

2007/91 2009/25 İİD 769
2007/96 2009/34 İİD 823
2008/3 2009/44 İİD 907
2008/45 2009/53 İİD 1037
2008/92 2009/45 İİD 921
2008/93 2009/41 İİD 879
2008/106 2009/54 İİD 1047
2009/7 2009/29 İİD 799
2009/16 2009/46 İİD 935
2009/17 2009/47 İİD 943
2009/22 2009/55 İİD 1061
2009/23 2009/56 İİD 1081
2009/25 2009/57 İİD 1089

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
24.01.2009	27120	2004/70	2009/2	YD	557
28.03.2009	27183	2006/53	2009/21	İİD	741
03.04.2009	27189	2005/124	2009/13	İİD	653
03.04.2009	27189	2005/152	2009/14	İİD	661
03.04.2009	27189	2005/85	2009/15	İİD	667
04.04.2009	27190	2005/36	2009/12	İİD	647
30.05.2009	27243	2005/107	2009/23	İİD	753
30.05.2009	27243	2008/92	2009/45	İİD	921
30.05.2009	27243	2009/16	2009/46	İİD	935
02.06.2009	27246	2007/91	2009/25	İİD	769
02.06.2009	27246	2007/69	2009/26	İİD	775
02.06.2009	27246	2006/107	2009/28	İİD	793
02.06.2009	27246	2006/17	2009/33	İİD	815
02.06.2009	27246	2006/123	2009/43	İİD	899
05.06.2009	27249	2005/40	2009/17	İİD	703
05.06.2009	27249	2007/96	2009/34	İİD	823
05.06.2009	27249	2006/154	2009/35	İİD	833
05.06.2009	27249	2007/46	2009/36	İİD	843
05.06.2009	27249	2007/22	2009/37	İİD	851
05.06.2009	27249	2007/85	2009/42	İİD	891
05.06.2009	27249	2008/3	2009/44	İİD	907
05.06.2009	27249	2009/23	2009/56	İİD	1081
10.06.2009	27254	2005/57	2009/19	İİD	723
10.06.2009	27254	2005/116	2009/27	İİD	781
10.06.2009	27254	2008/93	2009/41	İİD	879
11.06.2009	27255	2004/70	2009/7	İİD	559
11.06.2009	27255	2009/7	2009/29	İİD	799
25.06.2009	27269	2006/72	2009/24	İİD	763
25.06.2009	27269	2006/19	2009/32	İİD	807
25.06.2009	27269	2009/17	2009/47	İİD	943

25.06.2009	27269	2007/14	2009/48	İİD	953
25.06.2009	27269	2007/9	2009/49	İİD	1013
25.06.2009	27269	2007/42	2009/50	İİD	1021
25.06.2009	27269	2008/45	2009/53	İİD	1037
08.07.2009	27282	2006/99	2009/9	İİD	601
03.10.2009	27365	2005/79	2009/38	İİD	861
03.10.2009	27365	2007/43	2009/51	İİD	1029
03.10.2009	27365	2008/106	2009/54	İİD	1047
03.10.2009	27365	2009/25	2009/57	İİD	1089
07.10.2009	27369	2009/22	2009/55	İİD	1061
07.10.2009	27369	2005/69	2009/61	İİD	1095
10.11.2009	27402	2005/30	2009/18	İİD	713

4- Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
15.01.2009	2004/70	2009/2	YD	557
15.01.2009	2004/70	2009/7	İİD	559
15.01.2009	2006/99	2009/9	İİD	601
29.01.2009	2005/36	2009/12	İİD	647
29.01.2009	2005/124	2009/13	İİD	653
29.01.2009	2005/152	2009/14	İİD	661
29.01.2009	2005/85	2009/15	İİD	667
05.02.2009	2005/40	2009/17	İİD	703
05.02.2009	2005/30	2009/18	İİD	713
05.02.2009	2005/57	2009/19	İİD	723
05.02.2009	2006/53	2009/21	İİD	741
19.02.2009	2005/107	2009/23	İİD	753
19.02.2009	2006/72	2009/24	İİD	763
19.02.2009	2007/91	2009/25	İİD	769
19.02.2009	2007/69	2009/26	İİD	775
19.02.2009	2005/116	2009/27	İİD	781
19.02.2009	2006/107	2009/28	İİD	793
26.02.2009	2009/7	2009/29	İİD	799
26.02.2009	2006/19	2009/32	İİD	807
26.02.2009	2006/17	2009/33	İİD	815
26.02.2009	2007/96	2009/34	İİD	823
26.02.2009	2006/154	2009/35	İİD	833
26.02.2009	2007/46	2009/36	İİD	843
26.02.2009	2007/22	2009/37	İİD	851
05.03.2009	2005/79	2009/38	İİD	861
05.03.2009	2008/93	2009/41	İİD	879
05.03.2009	2007/85	2009/42	İİD	891
05.03.2009	2006/123	2009/43	İİD	899
05.03.2009	2008/3	2009/44	İİD	907
05.03.2009	2008/92	2009/45	İİD	921

12.03.2009	2009/16	2009/46	İİD.....935
12.03.2009	2009/17	2009/47	İİD.....943
12.03.2009	2007/14	2009/48	İİD.....953
12.03.2009	2007/9	2009/49	İİD.....1013
12.03.2009	2007/42	2009/50	İİD.....1021
12.03.2009	2007/43	2009/51	İİD.....1029
12.03.2009	2008/45	2009/53	İİD.....1037
12.03.2009	2008/106	2009/54	İİD.....1047
07.05.2009	2009/22	2009/55	İİD.....1061
07.05.2009	2009/23	2009/56	İİD.....1081
07.05.2009	2009/25	2009/57	İİD.....1089
07.05.2009	2005/69	2009/61	İİD.....1095

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 1092, 1093

m. 2: 557, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 628, 629, 630, 631, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 650, 651, 664, 665, 694, 695, 696, 707, 708, 717, 719, 720, 736, 737, 738, 759, 761, 767, 768, 771, 772, 778, 779, 780, 792, 797, 812, 813, 828, 829, 831, 838, 839, 841, 846, 848, 857, 858, 872, 874, 875, 876, 878, 882, 883, 885, 887, 888, 889, 895, 896, 903, 904, 927, 929, 931, 933, 949, 981, 982, 984, 985, 986, 990, 992, 997, 999, 1001, 1017, 1018, 1025, 1026, 1027, 1033, 1034, 1041, 1043, 1045, 1055, 1056, 1059, 1071, 1072, 1073, 1075, 1083, 1084, 1086, 1092, 1093, 1119, 1120, 1121

m. 5: 642, 664, 665, 717, 719, 720, 828, 829, 831, 838, 839, 841, 876, 878, 927, 929, 981, 982, 984, 986, 990, 999

m. 6: 557, 586, 587, 588, 589, 633, 634, 695, 696, 913

m. 7: 557, 586, 587, 588, 589, 591, 633, 634, 664, 665, 695, 696, 719, 720, 913, 914, 915, 983, 1011, 1012, 1119, 1121

m. 8: 557, 588, 589, 633, 634, 695, 696, 697, 698, 699, 1092, 1093

m. 9: 996, 999, 1092, 1093

m. 10: 649, 650, 651, 656, 658, 664, 665, 707, 708, 717, 719, 720, 751, 752, 759, 760, 761, 778, 780, 788, 790, 792, 820, 828, 831, 832, 838, 841, 846, 848, 849, 857, 858, 859, 872, 874, 875, 882, 883, 884, 886, 887, 895, 896, 897, 903, 904, 927, 928, 929, 931, 982, 984, 986, 990, 1002, 1017, 1018, 1019, 1071, 1073, 1075, 1083, 1086, 1119, 1121

m. 11: 557, 586, 587, 588, 589, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 628, 629, 630, 631, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 664, 665, 695, 696, 872, 875, 876, 878, 903, 981, 982, 984, 986, 990, 992, 1071, 1073, 1119, 1121

m. 12: 771, 772, 895, 896, 1025, 1027, 1041, 1043

m. 13: 628, 629, 630, 634, 635, 636, 637, 638, 736, 737, 738, 788, 828, 831, 981, 986, 992, 1025, 1027, 1041, 1043

m. 15: 1041, 1043

---

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 17: 557, 595, 631, 633, 664, 665, 695, 759, 760, 761, 771, 772, 895, 896, 1119, 1121
m. 19: 772, 895, 896, 1041, 1043
m. 20: 695, 895, 896
m. 22: 695, 1119, 1121
m. 23: 895, 896
m. 24: 876
m. 26: 695
m. 36: 656, 658, 778, 780, 828, 831, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 990, 992, 998, 999, 1000, 1001, 1010, 1017, 1032, 1034, 1041, 1043, 1045, 1046, 1055, 1056, 1059, 1075
m. 38: 557, 589, 590, 591, 736, 737, 738, 820, 821, 822, 828, 830, 831, 831, 838, 840, 841, 939, 940, 983, 1006, 1011, 1041, 1043, 1055, 1056, 1078, 1119, 1120, 1121
m. 40: 717, 719, 720
m. 41: 895, 896
m. 42: 875, 876, 878, 895, 896
m. 43: 557, 586, 587
m. 45: 557, 586, 587
m. 49: 792, 895, 896
m. 56: 557, 586, 587, 595, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 642, 664, 665
m. 60: 650, 651, 707, 708, 717, 719, 720
m. 63: 557, 586, 587, 636, 637
m. 65: 642
m. 70: 792
m. 90: 557, 586, 587, 595, 631, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 991, 992, 1008, 1009, 1032, 1055, 1057
m. 91: 736, 737, 738, 939, 940
m. 104: 697, 698, 699
m. 105: 697, 699
m. 123: 557, 588, 589, 633, 634, 695, 696, 913, 914
m. 128: 557, 588, 589, 664, 665, 695, 696, 697, 698, 913, 914, 915
m. 130: 751
m. 131: 751
m. 132: 751
m. 135: 1011
m. 138: 711, 778, 779, 780, 996
m. 139: 996
m. 140: 996

m. 141: 657, 658, 1025, 1027
m. 142: 657, 982, 999, 1000, 1001, 1003, 1007, 1012
m. 152: 710, 799, 845, 939
m. 153: 597, 599, 638, 639, 640, 708, 709, 720, 721, 738, 739, 916, 940, 941
m. 168: 557, 585, 586, 587, 593, 594, 631, 633, 642
m. 169: 586, 587
m. 174: 876, 877, 878, 986
m. 176: 711
Geçici 15. m: 710, 711