anayasa mahkemesi

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

49/2 2012

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 49

2. Cilt

2012

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

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

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

Kitabı Yayıma Hazırlayan
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

İletişim ve İstem Adresi
Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Yolu Serpmeleri No:4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon: (312) 463 73 00 Faks: (312) 463 74 00
www.anayasa.gov.tr

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

Baskı Tarihi
Haziran 2013

Dizinler

I - Alfabetik İndeks 1273
II - Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 1283
III - Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler 1291
IV - Anayasa Maddeleri Dizini 1297

Esas Sayısı : 2010/30
Karar Sayısı : 2012/7
Karar Günü : 19.1.2012

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

İPTAL DAVASININ KONUSU: 28.1.2010 günlü, 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 27.2.2003 günlü, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin; üç ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasında yer alan "…otuz gün…" ibaresinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı ile 2., 10., 16. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 25.3.2010 tarihli dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. GEREKÇE

28.01.2010 Tarihli ve 5951 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8 inci Maddesi ile Değiştirilen 27.02.2003 Tarihli ve 4817 Sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 12 nci Maddesinin Üçüncü, Dördüncü Fıkraları ile Beşinci Fıkrasındaki "otuz gün" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

1) 12 nci Maddenin Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenilen üçüncü fıkrada; mesleki hizmetler kapsamında çalışacak yabancılara akademik ve mesleki yeterlilik ile ilgili işlemleri tamamlanıncaya kadar, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla bir yılı geçmemek üzere ön izin verilebileceği öngörülmüştür.

4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri hakkında Kanunun "İzin Alma Yükümlülüğü ve İzin Verme Yetkisi" başlıklı 4 üncü maddesinde,

"Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerde aksi öngörülmedikçe, yabancıların Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışmaya başlamadan önce izin almaları gerekir.

Ülke menfaatlerinin gerekli kıldığı hallerde veya mücbir nedenlere bağlı olarak, çalışmaya başlamadan önce ilgili makama bilgi vermek koşuluyla, çalışma süresi bir ayı geçmemek ve Bakanlık onayı alınmak suretiyle çalışma izni işe başladıktan sonra da verilebilir."

denilmiş, bu Yasa'nın 13 üncü maddesinde de,

"Yabancılara, bu Kanunla getirilen koşullara bağlı olarak çalışabilecekleri meslek, sanat veya işlerle ilgili çalışma izinleri, ilgili mercilerin mesleki yeterlilik dahil görüşleri alınmak suretiyle Bakanlıkça verilir.

Diğer kanunlarda yer alan, yabancıların çalışamayacağı iş ve mesleklere dair hükümler saklıdır."

hükmüne yer verilmiştir.

İptali istenilen kural ile 4817 sayılı Kanunun 13 üncü maddesine aykırı olarak mesleklerini Türkiye'de yürütecek yabancı uyrukluların, yeterli akademik eğitime ve mesleki yeterliliğe sahip olduklarının belirlenmesine kadar, 1 yıl süre ile sınırlı da olsa, ön izinle Türkiye'de çalışmaları mümkün kılınmaktadır.

4817 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile saklı tutulan bazı Yasa hükümleri ile kimi meslek sahibi yabancı uyrukluların, mesleklerini Türkiye'de yürütmeleri engellenmiştir. Nitekim, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı

Sanatlarının İcrasına Dair Kanunun 1 inci maddesinde Türkiye'de doktorluk yapabilmek için "Türk bulunmak"; 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 3 üncü maddesinde de, avukatlık mesleğine kabul edilebilmek için, "Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak" şartları aranmaktadır.

Türkiye'de mesleklerini uygulamalarında yasal engel bulunmayan meslek mensuplarının en geniş kesimini mühendis, mimar ve şehir plancıları oluşturduğundan iptali istenen kuralların değerlendirilmesi de, bu meslek mensuplarına ilişkin yasal düzenlemeler dikkate alınarak yapılması gerekli görülmüştür.

17.06.1938 günlü, 3458 sayılı Mühendislik ve Mimarlık Hakkında Yasa'nın 1 inci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mühendis ya da mimar unvan ve yetkisiyle çalışmak isteyenlerde aranacak belgeler arasında,

- Programlarının, yüksek mühendis ya da yüksek mimar okulu programlarına denk olduğu kabul edilen yabancı bir yüksek mühendis ya da yüksek mimar okulundan,

- Türk Teknik Okulu mühendislik programlarına denk olduğu kabul edilen yabancı bir mühendis ya da mimar okulundan,

diploma almış olanlara, usulüne uygun olarak verilecek ruhsatnameler de sayılmıştır.

3458 sayılı Yasa'nın 7 nci maddesinde de, *"1 inci maddede sayılan diploma ve belgelerden birine sahip olmayanlar Türkiye'de mühendis veya mimar unvanı ile çalışamazlar. Mühendis ve mimarların uzmanlık gerektiren mühendislik ve mimarlık hizmetleri için 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Kanununda belirtilen uzman mühendis veya uzman mimar belgesine sahip olmaları gereklidir*." denilmiştir.

Mühendis, mimar ve şehir plancısı gibi unvanlar, akademik eğitim – öğretimle kazanılan unvanlar olduğundan akademik yeterliliğin, Devlet'in bu alanda görevlendirdiği ve yetkilendirdiği bir akademik kurulca saptanması gerektiği açıktır. Bu nedenledir ki, yurt dışındaki yükseköğretim kurumlarından alınan ön lisans, lisans ve lisansüstü diplomaların denkliğinin belirlenmesi görev ve yetkisi, 04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Yasası'nın 7 nci maddesinin (p) bendi uyarınca Yükseköğretim Kurulu'na verilmiştir.

Diğer taraftan, 27.01.1954 günlü, 6235 sayılı Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Yasası'nın;

- 33 üncü maddesinde, mühendis ve mimarlara, "mesleklerinin icrasını iktiza ettiren işlerle meşgul olabilmeleri ve meslekî tedrisat yapabilmeleri" için, uzmanlıklarına uygun bir odaya kayıt yaptırma ve üyelik niteliğini koruma zorunluluğu getirilmiş,

- 34 üncü maddesinde, yabancı yüklenici ya da yabancı kuruluşların, Türkiye'de Devlet daireleri ile resmi ve özel kuruluş ve kişilere karşı kendiliğinden ya da yerli kuruluşlarla birlikte yüklendikleri mühendislik ya da mimarlıkla ilgili işlerde, "yalnız bu işe münhasır kalmak kaydıyla", Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nın ve Odalar Birliği'nin görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca verilen çalışma izni ile yabancı uzman çalıştırabilecekleri belirtilmiş,

- 35 inci maddesinde, 34 üncü madde kapsamına girmeyen işlerde yabancı mühendis, yüksek mühendis, mimar ve yüksek mimarların da, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile Odalar Birliği'nin görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca verilen çalışma izni ile çalıştırılmasına olanak tanınmıştır.

Bu Yasa'nın 36 ncı maddesinin *"34 üncü ve 35 inci maddeler gereğince gelen yabancı meslek mensupları Türkiye'de bir aydan fazla kaldıkları taktirde ihtisaslarına en yakın odaya müracaatla geçici aza olarak kaydolunurlar"* hükmü, yabancı meslek mensuplarına herhangi bir muafiyet tanımaksızın; mesleki faaliyette bulunan yabancı meslek mensubunun Türkiye'de "bir aydan" fazla kalması durumunda ilgili odaya üyeliği zorunlu kılmaktadır.

Yine 6235 sayılı Yasa'nın 38 inci maddesi de, *"Bu kanunun 33 üncü ve 34 üncü maddelerinde yazılı vecibeleri yerine getirmeyen yüksek mühendis, yüksek mimar, mühendis ve mimarlar Türkiye'de mesleki faaliyetten men edilirler"* hükmüne amirdir.

Görüldüğü üzere, 3458 ve 6235 sayılı Yasa'nın amir hükümleri, yurt dışında lisans eğitimi almış olanların Türkiye'de mesleki etkinlikte bulunabilmeleri "denklik belgesi" alma ve ilgili oda ile ilişkilendirme koşuluna bağlanmıştır. Bu yasalar uyarınca, Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olanlar ya da olmayanlar ayırımı yapılmadan, yabancı ülkelerde lisans eğitimi alanların Türkiye'de mühendis, mimar ya da şehir plancısı olarak çalışabilmesi için, önce diploma denkliğini ve unvanını kanıtlaması gerekmektedir.

3458 ve 6235 sayılı yasaların sözü edilen kuralları ile 12 nci maddenin iptali istenen üçüncü fıkrası ile yapılan düzenleme birlikte değerlendirildiğinde;

- Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olup, mühendislik ya da mimarlık eğitimini yurt dışında yapanların, lisans diplomalarının denkliğinin Yükseköğretim Kurulu'nca tanınmaması durumunda ya da denkliğin kabul edilmesi ile birlikte uzmanlıklarıyla ilgili odaya kayıt olmadıkları ve üyelik niteliğini korumadıkları sürece Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mesleklerini yürütemeyecekleri,

- Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne yurttaşlık bağı ile bağlı olmayanların ise, Yükseköğretim Kurulu'nca lisans diplomalarının denkliğinin tanınması aranmadan ya da diploma denkliği tanınmakla birlikte uzmanlıklarıyla ilgili odaya kayıtlı olup olmadıkları ve üyelik niteliğini koruyup korumadıkları araştırılmadan, başka bir deyişle akademik ve mesleki yeterlilikleri ile ilgili işlemler tamamlanmadan, en çok 1 yıl süreyle de olsa, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde mesleklerini yapabilecekleri,

sonucu ortaya çıkmaktadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş; 10 uncu maddesinde de, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri nedenlerle ayırım gözetilmeksizin yasa önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, zümreye ya da sınıfa ayrıcalık tanınamayacağı vurgulanmıştır.

Bu durumda, iptali istenen kuralın mühendislik, mimarlık mesleğinin icrası için aranan koşulları yabancı – yurttaş ayrımı yaparak düzenlediği için Anayasanın 10 uncu maddesinin "Kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı düştüğü açıktır.

Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında vurgulandığı gibi kanun önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmemekle birlikte, yasaların uygulanmasında birbirinin aynı durumda olanlar ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılmasını engellemektedir. Anayasa ile eylemli değil <<hukuki eşitlik>> amaçlanmaktadır. Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesinin çiğnenmemesi için, aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumların ayrı kurallara bağlı tutulması gerekmektedir. Başka bir anlatımla, kişisel durumları ve nitelikleri

özdeş olanlar arasında, konulan kurallarla değişik uygulamaların yapılmaması gerekmektedir.

Yurt dışında bulunan yükseköğretim kurumlarının meslek kazandıran bölümlerini bitiren Türk yurttaşlarının Türkiye'de mesleklerini yapabilmeleri kimi koşullara bağlanmışken, aynı eğitimi almış diğer bir anlatımla aynı hukuksal durumda olan yabancı uyruklulara bu koşulları taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın Türkiye'de mesleklerini yapma hakkı tanınmasını Anayasanın eşitlik ilkesiyle bağdaştırmak olanaklı değildir.

Öte yandan, mühendislik, mimarlık ve şehir plancılığı, kısıtlı kaynakların doğru kullanılmasını gerektiren evrensel nitelikte ve yükseköğretimle kazanılan mesleklerdir. Doğası gereği kamu hizmeti niteliği taşıyan ve kamu güvenliği ile yakından ilgili olan bu meslekler, ülkemizde olduğu gibi tüm dünyada da kimi standartlara, ölçütlere ve denetime bağlanmıştır.

Denetim, özellikle akademik ve mesleki yeterliliğin saptanması yönünden önem taşımaktadır. Bu denetim, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de meslek odaları aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.

Nitekim, Anayasanın 135 inci maddesinin birinci fıkrasının, *"Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları; belli bir mesleğe mensup olanların müşterek ihtiyaçlarını karşılamak, mesleki faaliyetlerini kolaylaştırmak, mesleğin genel menfaatlere uygun olarak gelişmesini sağlamak, meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan ve organları kendi üyeleri tarafından kanunda gösterilen usullere göre yargı gözetimi altında, gizli oyla seçilen kamu tüzelkişilikleridir"* hükmü ile meslek kuruluşlarının kamu kurumu niteliğinde yapılandırılmaları öngörülmüş ve bu kuruluşlara kamusal görevler ve yetkiler verilmiştir.

Kamu kurumu niteliğinde meslek üst kuruluşu olan Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nin (TMMOB'un) kurulma gerekçesi ya da işlevi, üniversitelerin lisans öğrenim programlarından mezun olmuş ve 3458 sayılı Yasa ile mimarlık ve mühendislik ünvanı almış meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken uyacakları mesleki kuralları tespit etmek ve denetlemektir. Bunun açık anlamı, kamusal bir görev olan meslek kurallarının tespiti ve denetimi Anayasal bir görev olarak TMMOB'ne verilmiştir. Hal böyle iken, meslek mensubunun

mesleğini icra ederken gerekli koşullar ve uyacağı kuralları TMMOB ve bağlı Odalar dışında belirlenmesinin diğer bir anlatımla Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı olmayan meslek mensuplarına, diploma denkliği ve unvanı tanınmadan, başka bir deyişle mühendis, mimar ya da şehir plancısı oldukları kanıtlanmadan, geçici süreli de olsa Türkiye'de mesleklerini yapma, imza atma ve proje sorumluluğu taşıma olanağı sağlayan düzenlemenin bu yönüyle de, Anayasanın 135 inci maddesi ile bağdaştırılması da mümkün değildir.

Diğer taraftan iptali istenen düzenleme, "karşılıklılık" ilkesiyle de bağdaşmamaktadır. Türk Yabancılar Hukukunun temel ilkelerinden en önde geleni, karşılıklılıktır. Karşılıklılık (mütekabiliyet) esası, öğretide en az iki devlet arasında uygulanan ve her birinin ülkesinde diğerinin vatandaşlarına aynı mahiyetteki hakları karşılıklı tanımalarını ifade eden bir prensip olarak izah olunmaktadır. Bu prensibe göre; bir yabancının Türkiye'de bir haktan yararlanabilmesi, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının da o yabancının ülkesinde aynı tür ve nitelikte olan haklardan yararlandırılmasına bağlıdır. Karşılıklı muamele esası, antlaşma ile ya da kanunla konulabilir.

Anayasanın 176 ncı maddesi uyarınca Anayasa metnine dahil bulunan Başlangıç bölümünün ikinci paragrafında yer alan "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak ..." ibaresi, milletlerarası hukuk ilişkilerimizde karşılıklılık ilkesinin esas alınacağını göstermektedir. Karşılıklılığın etkisiz hale gelebildiği bir durumda ise, milletlerin eşit haklara sahip olduğundan söz edilemez.

Anayasa Mahkemesi karşılıklılık şartının önemini 13.06.1985 günlü, E.1984/14, K.1985/7 sayılı kararında da şu şekilde belirtmiştir:

"Ülke devletin asli ve maddi unsurlarından biridir. Ülke olmadan devlet olmaz... Toprak edinme konusundaki mütekabiliyet esasının başka konulardaki mütekabiliyet esasından farklı yönü, Devletin, ülke denilen asli – maddi unsuruyla olan ilişkisidir. Söz konusu ilişki, bu noktada farklı bir düşünce ve hassasiyeti zorunlu kılar. Bu koşullardan herhangi bir nedenle tek taraflı vazgeçmek, Devletler Hususi Hukukunun Yabancılar Hukuku alanında etkili, zaruri eşitlik prensibini benimsememek anlamını taşır." Belirtilen nitelikteki tüzel kişilere "karşılıklılık" şartı belirtilmeden Türkiye'de taşınmaz ve sınırlı ayni hak edinmek imkanını getiren iptalini istediğimiz düzenleme, Anayasanın, Türkiye Cumhuriyetinin "Dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğunu ifade eden Başlangıç kısmına ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin

milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini ifade eden 16 ncı maddesine aykırıdır. Çünkü "karşılıklılık" unsurunu gözetmeyen düzenlemeler "eşit haklara sahip" kılmamak anlamına gelmekte; dolayısı ile milletlerarası hukukun dayandığı temel ilkelerden birisini oluşturan "karşılıklılık" ilkesi ile çelişmektedir.

AB'nin politikalarını belirleyici ülkelerden Fransa ve Almanya'nın meslek yasalarında yabancı meslek mensuplarının hangi koşullarda meslek odalarına üye olacakları belirlenmiştir. Fransa Mimarlık Yasası'nın 11 inci maddesinde yer alan,

"Avrupa Ekonomik Topluluğu üyesi olmayan devletlerin uyruğundaki gerçek kişiler, mütekabiliyet anlaşmasından ya da uluslar arası taahhütlerden faydalanabildikleri takdirde, talepleri üzerine, Fransız vatandaşlarıyla aynı diploma, sertifika, mimar unvanı ya da vasıf, medeni haklardan faydalanma ve etik koşullar dâhilinde bir bölge levhasına kaydolurlar." düzenlemesi, Fransa'da oturma ve çalışma izni almış gerçek kişiler için söz konusudur.

Alman Mimarlar Odası Yasası'nın "Kim üye olabilir" başlıklı paragrafın beşinci bendinde,

"Bazı şartlarda yabancı mimarlarda kaydolabilmektedir. Bunlarda: Avrupa Ekonomik Topluluğuna üye bir ülkenin vatandaşı olmak, AET'nin anlaşma imzaladığı ülkelerden birinin vatandaşı olmak gibi koşullar aranmaktadır. Üye kabulü ancak B.W Eyaleti Mimarlar Odası Üye Kabul Komisyonunun onayı ile olmaktadır." denilmiştir.

Görüldüğü üzere, Fransa ve Almanya yasalarına baktığımızda, önkoşul kişinin kendi yasalarına göre mimar unvanına ve mesleki yeterliğe sahip olması, ikinci koşul ise, uluslar arası karşılıklılık ilkesidir.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen fıkra, Anayasanın Başlangıç kısmının ikinci paragrafına ve yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabileceğini ifade eden 16 ncı maddesine de aykırıdır.

Öte yandan, iptali istenen düzenleme ile 1 yıldan daha kısa süreli projelerde çalıştırılacak yabancı uyruklu meslek mensuplarının durumu, denklik ya da yeterlik incelenmesi sonuçlanmadan görevleri sona ereceğinden,

denetim dışında kalacaktır. Bu yönüyle düzenleme, kötüye kullanıma açıktır ve Türk yurttaşı meslek mensupları aleyhine haksız rekabet ortamı yaratacak niteliktedir.

Türkiye Cumhuriyeti yurttaşı pek çok meslek mensubu çalışma olanağı bulamazken, yabancıların Türkiye'de çalışmasını özendirecek kural getirilmesi, ülke ekonomisi, istihdam politikası ve işsizlik sorunu yönünden üzerinde özenle durulması gereken bir başka önemli konudur.

Bir hukuk devletinde, devlet erki kullanılarak yapılan tüm kamu işlemlerinin nihaî amacının "kamu yararı" olması gerekir. Bu gereklilik, kamu yararını, yasama organının takdir yetkisi için de bir sınır konumuna getirir. Anayasa Mahkemesinin 28.01.2004 tarih ve E.2003/86, K.2004/6sayılı kararında,

"Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasaların kamu yararına dayanması gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır"

denilmiştir.

Bu nedenle, iptali istenilen kural ile yapılan düzenleme hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturan kamu yararına da uygun düşmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, 28.01.2010 tarihli ve 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8 inci maddesi ile değiştirilen 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin üçüncü fıkrası, Anayasanın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı ile Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 16 ncı ve 135 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 12 nci Maddenin Dördüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

28.01.2010 tarihli ve 5951 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile değiştirilen 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin iptali istenen dördüncü fıkrasında,

"Mesleki eğitim alanı dışında istihdam edilecek yabancı uyruklu personel için bu Kanunda belirtilen görüşler alınmaz. Bu kişiler, akademik ve mesleki yeterlilik ile lisans talep ve yeterlilik uygulamasına tabi değildir."

düzenlemesine yer verilmiştir.

Yapılan bu düzenlenmede, yabancı uyruklu personelin mesleki hizmetler kapsamı dışında mesleki bilgisini kullanmadan hizmet sunacağının tespitinin kim tarafından yapılacağına ya da bu hususta kimin karar vereceğine yer verilmemesi üzerinde önemle durulması gereken bir eksikliktir. Yalnızca beyan esas alınacaksa, herkes bu kapsama rahatlıkla girebilecek ve kötüye kullanmaların önü alınamayacaktır. Bir mühendis ve mimarın yapmış olduğu işte mesleki bilginin kullanılmayacağına Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı karar verecek ise, öncelikle bu Bakanlığın kendi kuruluş Yasasında olmayan bir yetkin kullanılması söz konusu olacaktır. Öte yandan Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ne akademik bir otoritedir ne de Meslek Odasıdır.

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 istenilen kural belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle yasama yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi, hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle kural, Anayasanın 2 nci ve 87 nci maddelerine aykırıdır.

4817 sayılı Yasa'nın 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında, yabancı uyruklulara, bu Yasa'yla getirilen koşullarla çalışabilecekleri meslek, sanat ya da işlerle ilgili çalışma izninin, ilgili mercilerin mesleki yeterlilik dahil görüşleri alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca verilmesi öngörülmüştür.

İptali istenen fıkra ile yapılan düzenlemede ise, meslekleri dışında çalıştırılacak yabancı uyruklular akademik ve mesleki yeterlilik uygulamasından ayrık tutulmaktadır.

Yukarıda (1) sayılı bölümde açıklanan gerekçelerle ve yabancı uyrukluların meslekleri dışında çalıştırılmasının özendirilmesi ve bunun işsizlik sorununa olumsuz etkisi ve karşılıklılık ilkesi gözönünde bulundurulduğunda, yapılan bu düzenlemenin de, Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 16 ncı ve 135 inci maddeleri ile de bağdaşmadığı sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 28.01.2010 tarihli ve 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8 inci maddesi ile değiştirilen 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin dördüncü fıkrası, Anayasanın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı ile Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 16 ncı ve 135 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 12 nci Maddenin Beşinci Fıkrasındaki "otuz gün" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

28.01.2010 tarihli ve 5951 sayılı Kanunun 8 inci maddesi ile değiştirilen 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin iptali istenen ibareyi de içeren beşinci fıkrasında, Türkiye dışında ikamet eden yabancılar, çalışma izni başvurularının usulüne uygun ve belgelerin de tam ve eksiksiz olması kaydıyla Bakanlık tarafından en geç otuz gün içinde sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır.

30 günlük süre tüm başvuru evrakları tam olsa dahi ilgili merciinin görüşünün sorulması durumunda çok kısa olduğu açıktır. Başvuruların öngörülen bu süre içinde sonuçlandırılmaması halinde, Ülkemiz tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kalacağından, iptali istenen bu düzenlemenin de kamu yararına dayanmadığı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, 28.01.2010 tarihli ve 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8 inci maddesi ile değiştirilen 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin beşinci fıkrasındaki "otuz gün" ibaresi, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Yabancı uyrukluların meslekleri dışında çalıştırılmasının özendirilmesi ve bunun işsizlik sorununa olumsuz etkisi gözönünde bulundurulduğunda, iptali istenen kurallar ile yapılan düzenlemelerin, Anayasal kurallara ve kamu yararına uygun düşmediği açık olup, uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

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

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 28.01.2010 tarihli ve 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 8 inci maddesi ile değiştirilen 27.02.2003 tarihli ve 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun 12 nci maddesinin;

a) Üçüncü fıkrasının, Anayasanın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı ile Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 16 ncı ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b) Dördüncü fıkrasının, Anayasanın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı ile 2 nci, 10 uncu, 16 ncı ve 135 inci maddelerine aykırı olduğundan,

c) Beşinci fıkrasındaki "otuz gün" ibaresinin, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

28.1.2010 günlü, 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 27.2.2003 günlü, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un iptali istenilen fıkraları ve ibareyi de içeren "İzinlerin Verilmesi veya Uzatılması" başlıklı 12. maddesi şöyledir:

"Madde 12- (Değişik: 28/1/2010-5951/8 md.)

Türkiye dışında ikamet eden yabancılar, çalışma izni başvurularını bulundukları ülkelerdeki Türkiye Cumhuriyeti temsilciliklerine yapar. Temsilcilikler bu başvuruları doğrudan Bakanlığa iletir. Bakanlık ilgili mercilerin görüşlerini alarak 5 inci maddeye göre başvuruları değerlendirir; durumu uygun görülen yabancılara çalışma izni verir. Bu izin, çalışma vizesi ve ikamet izninin alınması halinde geçerlilik kazanır. Çalışma izin belgesini alan yabancıların, bu belgeyi aldıkları tarihten itibaren en geç doksan gün içinde ülkeye giriş vizesi talebinde bulunmaları, ülkeye giriş yaptıkları tarihten itibaren en geç otuz gün içinde İçişleri Bakanlığına ikamet tezkeresi almak için başvurmaları zorunludur.

Türkiye'de geçerli ikamet izni olan yabancılar veya bunların işverenleri başvurularını Bakanlığa yurt içinden de yapabilir.

Mesleki hizmetler kapsamında çalışacak yabancılara akademik ve mesleki yeterlilik ile ilgili işlemleri tamamlanıncaya kadar, ilgili mevzuat hükümleri saklı kalmak kaydıyla bir yılı geçmemek üzere ön izin verilebilir.

Mesleki eğitim alanı dışında istihdam edilecek yabancı uyruklu personel için bu Kanunda belirtilen görüşler alınmaz. Bu kişiler, akademik ve mesleki yeterlilik ile lisans talep ve yeterlilik uygulamasına tabi değildir.

Çalışma izinleri, ikamet sahibi yabancılar veya bunların işverenlerinin Bakanlığa yazılı talebi üzerine, bu Kanun ve bu Kanuna göre çıkarılan yönetmelik hükümlerine göre verilir ve uzatılır.

Usulüne uygun olarak yapılan başvurular, belgelerin tam ve eksiksiz olması kaydıyla Bakanlık tarafından en geç **otuz gün** içinde sonuçlandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 16. ve 135. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Nuri NECİPOĞLU'nun katılımlarıyla 13.5.2010 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı 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:

İptal başvurusunda öncelikle, Türkiye'de mesleklerini uygulamalarında kanuni engel bulunmayan en geniş meslek grubunu mühendis, mimar ve şehir plancıları oluşturduğundan değerlendirmenin bu meslek mensuplarına ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak yapıldığı belirtilmiştir. İptale konu düzenleme ile ülkemizde bir yıldan kısa süreli meslek icra edenlerin izin işlemleri sonuçlanmadan görevleri sona ereceğinden denetim dışında kalacakları, pek çok işsiz vatandaşımız iş bulamazken yabancıların çalışmasını özendirecek kural getirilmesinin ülkenin ekonomisi, istihdam politikası ve işsizlik sorunu açısından kamu yararına uygun olmadığı, oysa kanunların kamu yararına dayanmasının hukuk devletinin temel değerlerinden biri olduğu, dolayısı ile düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, iptale konu dördüncü fıkra ile ilgili olarak

ayrıca, mesleki hizmetler kapsamı dışında çalışmada tespitin kim tarafından yapılacağının belirtilmediği, herkesin beyanının esas alınması halinde kötüye kullanımların önünün alınamayacağı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı karar verecek ise bu bakanlığın kuruluş kanununda olmayan bir yetkinin kullanılacağı, dolayısı ile düzenlemenin belirlilik, soyutluk ve öngörülebilirlik niteliği taşımadığı, ileri sürülmüştür.

İptale konu düzenleme ile mesleki hizmetler kapsamında çalışacak yabancılara akademik ve mesleki yeterlilik ile ilgili işlemleri tamamlanıncaya kadar, bir yılı geçmemek üzere ön izin verilebilmesi, mesleki eğitim alanı dışında istihdam edilecek yabancı uyruklu personel için 4817 sayılı Kanun'da belirtilen görüşlerin alınmaması ve usulüne uygun olarak yapılan başvuruların Bakanlık tarafından en geç otuz gün içinde sonuçlandırılması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında "hukuk devleti" ilkesi de yer almaktadır. Hukuk devletinde diğer tüm kamusal yetkilerde olduğu gibi, yasama işlemlerinde de kişisel yararların değil, kamu yararının gözetilmesi gerekir.

Kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle özel veya bireysel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir. Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirmek hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç öğesi bakımından anayasaya aykırı sayılabilmesi için, kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetildiğinin saptanması gerekir.

Dava dilekçesinde düzenlemenin amacının kamu yararı olmadığı ileri sürülmüşse de yasanın amacının kamu yararı dışında ne olduğu ya da hangi özel yararın gözetildiği açıklanmamıştır. İptali istenen düzenlemenin gerekçesinde amacın kamu yararı olduğu ifade edilmiş, ayrıca metninde, gerekçesinde ve meclis tutanaklarında düzenlemede kamu yararının gözetilmediğine dair bir hususa rastlanmamıştır.

Ülkemizde çalışan yabancılar ve onları çalıştıranların (işverenler) kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmedikleri 4817 sayılı Kanunun 20. maddesine göre Bakanlık iş müfettişleri ve Sosyal Sigortalar Kurumu müfettişleri tarafından denetlenmektedir. Aynı maddede diğer kanunlarda yer alan denetim yetkisi kolluk kuvvetleri dahil saklı tutulmuştur.

Mesleki hizmetler kapsamı dışında çalışacak yabancının beyanı veya verilen izin sonrasında kanuna aykırı bir çalışmanın tespiti halinde çalışma izninin iptali gibi gerekli işlemlerin yapılacağı açıktır. Bu denetimlerin yabancılar için uygulanmayacağına veya gerekli işlemlerin yapılmayacağına dair bir hüküm de bulunmamaktadır. Dolayısı ile bu işlemlerin denetim dışı kaldığı iddiası yerinde değildir.

4817 sayılı Kanuna göre Bakanlık, Kanun'da sayılan koşulların sağlanması kaydıyla ve aynı işi yapacak Türk vatandaşlarının bulunup bulunmamasına göre belirli coğrafi alan ve meslek sınırlaması ile yabancılara çalışma izni verebilmektedir. İzin vermek Bakanlık için zorunluluk değil, takdir yetkisinde olan bir husustur. Dolayısı ile mesleki hizmetler kapsamında veya dışında yabancılara çalışma izni vermek 4817 sayılı Kanuna göre Bakanlığın yetkisinde olup, bu konuda bir belirsizlik bulunmamaktadır.

Öte yandan iptal başvurusunda düzenleme ile mühendis ve mimarların mesleklerinin icrası için aranan koşulların yabancı-yurttaş ayrımı yapılarak düzenlendiği, yurtdışında bulunan yükseköğretim kurumlarından mezun olan Türk vatandaşlarının mesleklerini yapabilmeleri için bahsedilen koşullar geçerli iken, yabancılar için kolaylık sağlandığı, aynı okulu bitiren ve dolayısı ile aynı hukuksal durumda bulunan yabancılar için bu koşulların aranmamasının eşitlik ilkesine açıkça aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.

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

Türk vatandaşları ile yabancılar farklı hukuksal konumdadırlar. Zira vatandaşlık ayrı bir hukuki statü kazandırmaktadır. Vatandaşlık statüsü gereği çalışma izni konusunda Türk vatandaşlarından genel hükümler dışında

yabancılardan istendiği gibi ek belgeler getirmeleri, belli işlemleri ve prosedürleri tamamlamaları istenmemektedir.

Çalıştıkları işlerin mahiyeti bakımından da yabancılar ile Türk vatandaşları aynı konumda değildirler. Yabancı olup Türkiye'de çalışmak isteyenler genellikle doğrudan yabancı yatırımı tamamlamak veya uluslar arası bir projede çalışmak ya da nitelik itibarıyla sağlanmasında güçlük bulunan alanlarda istihdam edilmek gibi durumlarda geçici süreyle ülkemize gelmektedirler. Bu yönüyle yabancılar, Türk vatandaşları ile aynı hukuksal konumda olmadıklarından bunlar arasında eşitlik karşılaştırılması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle iptali istenen kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptal konusu kuralların Anayasa'nın 16. ve 135. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

28.1.2010 günlü, 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 27.2.2003 günlü, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin; üç ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasında yer alan "…otuz gün…" ibaresine yönelik iptal istemleri, 19.1.2012 günlü, E.2010/30, K.2012/7 sayılı kararla reddedildiğinden, bu hükümlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 19.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

28.1.2010 günlü, 5951 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 27.2.2003 günlü, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasında yer alan "… otuz gün…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 19.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/79
Karar Sayısı : 2012/9
Karar Günü : 19.1.2012

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri M.Akif HAMZAÇEBİ ile Muharrem İNCE

İPTAL DAVASININ KONUSU: 3.6.2010 günlü, 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 90. maddesinin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa'nın 2., 13., 48., 128. ve 171. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal istemini içeren 10.8.2010 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 03.06.2010 Tarihli ve 5983 Sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3. Maddesi ile 24.04.1969 Tarihli ve 1163 Sayılı Kanunun Değiştirilen 90. Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 90 ıncı maddesinde yapılan değişiklikle, kooperatiflerin teftiş ve denetimlerinde değişiklik yapılmış, değişiklikten önce kooperatif kontrolörlerinin seçilme ve çalışma şekli ile görev ve yetkilerinin tüzükle tespit olunacağı belirtilmişken, kural genişletilerek, seçilme ve çalışma usul ve esaslarının tüzükle tespit olunacağı hüküm altına alınmıştır.

Kooperatif Kontrolörleri, 1163 sayılı Yasada belirtilen ilgili bakanlıkların (Yasanın ek 1. maddesine göre Tarım ve Köyişleri Bakanlığı, Bayındırlık ve İskan Bakanlığı ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığı) kadrolarında, memur statüsünde bulunmakta ve denetim görevi yapmaktadırlar. Bakanlıklar, Devlet tüzelkişiliği içinde, genel idare esaslarına göre kamu hizmeti yürüten kurumlarıdır.

Anayasanın 128. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmiştir. 128 inci maddenin ikinci fıkrasında ise; "memurların ve diğer kamu görevlerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hak ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir" denilmiştir.

Ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini korumak amacıyla kurulan ve Anayasanın 171. maddesine göre Devletin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alması gereken kooperatiflerin, Devlet tarafından denetiminin, genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmeti olduğu, bu denetimde görevli kontrolörlerin de Anayasanın 128 inci maddesinde belirtilen memurlar olduğu açıktır.

Kooperatif kontrolörlerinin seçilme ve çalışma usul ve esasları ile görev ve yetkileri konusunda, yasayla temel ilkeler konulup çerçeve çizilmeden, tüm düzenlemelerin sınırsız bir şekilde tüzük düzenlemesine bırakılması Anayasanın 128. maddesine aykırıdır.

Anayasanın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk güvenliği, hukuk devletinin en önemli ilkeleri arasındadır. Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlar. Yasal düzenlemeler, kamusal yetkinin kullanılmasında kişilere güvence sağlamaya yöneliktir. Kooperatif kontrolörlerinin yasama işlemiyle yapılması gereken iş ve işlemlerinin, yürütme işlemi olan tüzükle tespiti hukuk güvenliği ilkesine de aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle, 03.06.2010 tarihli ve 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3. maddesi ile 24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kanunun değiştirilen 90. maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2. ve 128. maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 03.06.2010 Tarihli ve 5983 Sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 24.04.1969 Tarihli ve 1163 Sayılı Kanunun Değiştirilen 90. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İkinci Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

1163 sayılı Yasanın 5983 sayılı Yasayla değişik 90. maddesinde kooperatiflerin ilgili bakanlıklar tarafından denetimiyle ilgili düzenleme yapılmış, maddenin üçüncü fıkrasının birinci tümcesinde, kooperatiflerin, denetim sonuçlarına göre ilgili bakanlıkça verilecek talimata uymak zorunda oldukları belirtilmiştir.

Söz konusu üçüncü fıkranın ikinci tümcesinde ise; yapılan denetimler sonucunda, kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin (dilekçede kooperatif olarak adlandırılacaktır) yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili Bakanlığın, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebileceği belirtilmiştir. Böylece, kamu düzeni ve yararı amacıyla denetim yapan ilgili bakanlıklara, kooperatiflerin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerin görevlerine son verme konusunda yetki verilmiştir.

Kooperatifler, temel kuralları yasayla belirlenen, geliştirilmeleri konusunda Anayasanın 171. maddesiyle anayasal güvence altına alınan, "ana sözleşme" ile kurulan, değişir ortaklı ve sermayeli, tüzel kişiliğe sahip ortaklıklardır. 1163 sayılı Yasanın 98. maddesine göre, bu Yasada aksine açıklama olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunundaki "anonim şirketler"e ait hükümler uygulanacak, 99. maddesine göre de bu yasada düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları, tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın "ticari dava" sayılacaktır.

Anayasanın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda sözleşme özgürlüğüne sahip olduğu, özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiştir. Anayasada devlete bu özgürlük ve serbestliği sınırlama yetkisi verilmemiş; özel teşebbüslerin ulusal ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlarına uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak önlemleri alma görevi verilmiştir. Anayasanın "kooperatifçiliğin geliştirilmesi" başlıklı 171. maddesinde devlete verilen görev, kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktır. Bu maddede de herhangi bir sınırlama yetkisi yoktur.

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

Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanıması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasanın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra, yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir. (AYMK., 07.02.2008 günlü, E.2005/128, K.2008/54).

Anayasanın 171. maddesinin ikinci fıkrasındaki "Kooperatifler, Devletin her türlü kontrol ve denetimine tâbi olup, siyasetle uğraşamaz ve siyasi partilerle işbirliği yapamazlar" hükmünün 1995 yılında 4121 sayılı Yasa ile kaldırılmasıyla, kooperatifler üzerindeki Devletin her türlü kontrol ve denetim yetkisi Anayasal yetki olmaktan çıkarılarak, kooperatifçiliğin ilkeleri, ulusal ekonominin koşulları, ülke ve toplum yararı, üreticinin ve tüketicinin korunması, ortakların haklarının korunması, kooperatiflerin yararları, özellikleri, işlevleri gibi amaçlar gözetilerek yasal yetki kapsamına girmiştir.

Kooperatif yöneticileri ve üst yöneticileri, Yasadaki hükümlerle birlikte, ana sözleşmeye bağlı olarak, kooperatif genel kurulunda yapılan seçimle gelen, görev, yetki ve sorumlulukları ana sözleşmede gösterilen kişilerdir.

Kooperatif tüzelkişiliğinin kurucu unsurlarının kooperatifin ana sözleşme ve organları olduğu, kooperatiflerin, kuruluş sözleşmesi niteliğindeki ana sözleşmelerini kendilerinin oluşturabilecekleri, değiştirebilecekleri, organlarını belirleyebilecekleri, organlarının seçimi, seçilmiş organlarının görevlerine son verilmesi, iradeleri dışında ancak mahkeme kararı ile kapatılabilecekleri, sözleşme özgürlüğünün kapsamı içinde bulunmaktadır. Kooperatiflerin organlarında görev alan üyelerin herhangi bir nedenle görevlerinden ayrılmaları ve bu durumda yerlerine hangi usûlle seçim yapılacağının her kooperatifin kendi ana sözleşmesinde belirlenmesi, sözleşme özgürlüğünün doğal sonucudur.

İptali istenen kuralla, kooperatif yöneticileri ve üst yöneticilerinin ilgili bakanlık tarafından görevlerine tedbiren son verilmesi sözleşme özgürlüğüne Anayasanın 48 inci maddesinde öngörülmeyen bir müdahale oluşturmaktadır.

Öte yandan, Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

"Hukuk güvenliği ilkesi", hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

İlgili bakanlığa verilen yetki, "kamu yararı ve hizmet gerekleri" gibi soyut, belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açacak genişliktedir. Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle, 03.06.2010 tarihli ve 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3. maddesi ile 24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kanunun değiştirilen 90. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesi Anayasanın 2., 13., 48. ve 171. maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Hukuk devletine aykırı olan, temel hak ve özgürlükleri ölçüsüzce sınırlandıran ve Anayasaya açıkça aykırı olan bir düzenlemenin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi olanaksız zararlara yol açacağı çok açıktır.

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

Söz konusu hükümlerin uygulanması halinde kooperatifçilik güvencesiz olarak denetlenecek, ağır baskı altında tutulacak ve seçimle gelen yöneticileri hukuka aykırı olarak görevden alınabilecektir. Ekonomik anlamda gerçek ve tüzel kişi tarafların önceden öngöremeyecekleri büyük kayıplara sebebiyet verebilecektir.

Anayasanın hükümlerine açıkça aykırılık taşıdığı muhakkak olan bu düzenlemenin uygulamaya geçmesi durumunda ise telafisi imkansız zararlar doğacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 03.06.2010 tarihli ve 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 3. maddesi ile 24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kanunun değiştirilen 90. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan,

2) 3. maddesi ile 1163 sayılı Kanunun değiştirilen 90. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasanın 2., 13., 48. ve 171. maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine, Anayasaya açıkça aykırı olmaları ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

3.6.2010 günlü, 5983 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile değişik 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun, iptali istenen kuralların da yer aldığı 90. maddesi şöyledir:

"İlgili bakanlık; kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin ve Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin işlem ve hesaplarını ve varlıklarını müfettişlere, kooperatif kontrolörlerine veya denetim için görevlendirilecek olan personele denetlettirebilir.

Kontrolörlerin seçilme ve çalışma usul ve esasları ile görev ve yetkileri tüzükle tespit olunur.

Birinci fıkradaki teşekküller, denetim sonuçlarına göre ilgili bakanlıkça verilecek talimata uymak zorundadırlar. **Yapılan denetimler sonucunda, kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin,**

Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili Bakanlık, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebilir. Bu durumda ilgili Bakanlık, bir yıl içerisinde olağanüstü genel kurul toplantısının yapılması için gerekli tedbirleri alır.

Kooperatifler ve üst kuruluşlarına kredi veren kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve ilgili bakanlıklar; verilen kredilerin açılış gayesine uygun olarak kullanılıp kullanılmadığını, plan ve projesine uygunluğu, teknik özellikleri ve kalite açısından denetleyebilirler.

Kooperatiflerde ve üst kuruluşlarında görevli bulunanlar bu kuruluşlara ait mal, para ve para hükmündeki kağıtları ve gizli de olsa bunlarla ilgili defter ve belgeleri istenildiğinde müfettişlere, kooperatif kontrolörlerine, denetimle görevlendirilen personele ve kredi kuruluşlarının denetim görevlilerine göstermek, saymasına ve incelemesine yardımda bulunmak, istenilen bilgileri gerçeğe uygun ve eksiksiz olarak vermek ve doğru beyanda bulunmakla yükümlüdürler.

Birinci fıkradaki teşekküller, ilgili Bakanlıkça teşekküle ilişkin olarak istenilen her türlü bilgi, belge ve kayıtları, tanınan süre içinde tam olarak vermek zorundadır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 13., 48., 128. ve 171. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla 22.9.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından

işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- 5983 sayılı Kanun ile değiştirilen 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 90. maddesinin ikinci fıkrasının incelenmesi

Dava dilekçesinde, memur statüsünde olan kooperatif kontrolörlerinin seçilme ve çalışma usul ve esasları ile görev ve yetkilerinin yasayla düzenlenmesi gerektiği, ancak dava konusu kuralla bu konuların tüzükle düzenlenmesinin öngörüldüğü, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında "*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.*" İkinci fıkrasında da, "*Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve başka özlük işleri kanunla düzenlenir. Ancak mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır.*" kuralı yer almaktadır.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 90. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kooperatiflerin denetiminden sorumlu olan ilgili bakanlık (Gümrük ve Ticaret Bakanlığı, Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı) bünyesinde bulunan kontrolörler aracılığıyla kooperatiflerin denetimini yapabilecektir. İptali istenen ikinci fıkradaki kurala göre kooperatifleri denetleyecek olan kontrolörlerin seçilmesi ve çalışmasına ilişkin usul ve esaslar ile görev ve yetkilerine ilişkin düzenlemeler tüzükle yapılacaktır.

Kooperatifler Kanunu'nun 90. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kooperatiflerin denetiminde yer alacak olan kooperatif kontrolörleri, ilgili bakanlıklara bağlı olarak görev yapan Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası anlamında memurdurlar.

Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrası ile memurlar ve diğer kamu görevlileri için öngörülen nitelik, atanma, görev ve yetkiler ile özlük haklarının kanunla düzenlenmesi güvencesi memur kapsamında bulunan kooperatif kontrolörleri için de geçerlidir. Dolayısıyla diğer memurlar ve kamu görevlileri gibi kooperatif kontrolörlerinin de nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkilerinin kanun ile düzenlenmesi gerekir. Kooperatif kontrolörlerini bizzat Anayasa tarafından öngörülen bu güvenceden yoksun bırakmak suretiyle bu hususları tüzük ile düzenlemek Anayasa'nın belirtilen açık hükmü ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

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

B- Kanun'un 90. maddesinin üçüncü fıkrasının 2. cümlesinin incelenmesi

Dava dilekçesinde, ilgili bakanlığa tanınan kooperatif yöneticileri ve üst yöneticilerinin görevlerine tedbiren son verebilme yetkisinin, sözleşme özgürlüğüne bir müdahale oluşturacağı, Anayasa'nın 171. maddesi uyarınca devletin kooperatifler üzerinde anayasal bir denetim yetkisinin bulunmadığı ayrıca ilgili bakanlığa verilen yetkideki "kamu yararı ve hizmet gerekleri" gibi ifadelerin soyut, belirsiz ve keyfi uygulamalara yol açacak nitelikte olduğu, bunun da hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağı, açıklanan nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 13., 48. ve 171. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, yer verilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

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

Anayasa'nın 171. maddesinde ise, "*Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır*." kuralına yer verilmiştir.

Kooperatifler, ticaret şirketleri ile benzerlik göstermesine rağmen, sosyal ve ekonomik ihtiyaçları karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp koruma amacıyla kurulan, değişir sermayeli olmak üzere kişilerin bir araya gelmeleri ile oluşan kendine özgü yapısı olan teşekküllerdir.

İptali istenen 90. maddenin üçüncü fıkrasının 2. cümlesi ile kooperatiflerin denetiminden sorumlu olan ilgili bakanlıkların denetim elemanlarının yaptığı denetimler sonucunda, kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili bakanlıklara, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak, gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebilme yetkisi tanınmıştır. Böylece yasa koyucu idarenin bu yetkiyi hangi hallerde kullanabileceğini açıkça belirlemiştir.

Kooperatifler, Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen özel teşebbüs kapsamındadır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre devlet özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır. Yapılan düzenleme ile Anayasa'daki "*tedbirleri alır*" ibaresine paralel olarak, ilgili bakanlıklara yapılan denetimler sonucu hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerin tespiti halinde kooperatif veya diğer üst birliklerin yöneticilerinin görevlerine tedbiren son verebilme yetkisi tanınmıştır.

Anayasa'nın 171. maddesine göre devletin kooperatifçiliğin geliştirilmesi için gerekli tedbirleri alması gerekir. Kooperatiflerin kendine özgü yapısı ve önemi nedeniyle Anayasa'ya özel bir madde konarak kooperatiflere verilen değer vurgulanmak istenmiştir.

İptali istenen kurala göre, denetim elemanlarının yaptıkları teftiş sonucunda yöneticilerin hukuka aykırı eylem ve işlemlerinin tespiti halinde ilgili bakanlık, yöneticilerin görevlerine tedbiren son verebilecektir. Verilen bu

yetkiyle, kooperatifler ile ilgili suistimallerin önüne geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 2., 48. ve 171. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ ve Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.6.2010 günlü, 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 90. maddesinin;

1- İkinci fıkrasının yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

2- Üçüncü fıkrasının ikinci cümlesine yönelik iptal istemi, 19.1.2012 günlü, E.2010/79, K.2012/9 sayılı karar ile reddedildiğinden, bu cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

OYBİRLİĞİYLE, 19.1.2012 gününde karar verildi.

VI- SONUÇ

3.6.2010 günlü, 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 90. maddesinin;

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

2- Üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve

iptal isteminin REDDİNE, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

19.1.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY

İptali istenen kural, ilgili bakanlıkça yapılacak denetimler sonucunda hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemleri tespit edilen yöneticilerin; kamu yararı, gecikmesinde sakınca görülen hal ve telafisi güç ve imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacı ile GÖREVLERİNE TEDBİREN SON verilebileceğini ifade etmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, herkesin dilediği alanda özel teşebbüs kurma serbestisi güvence altına alınmış, özel teşebbüslerin ekonomik ve sosyal amaca uygun çalışmasının sağlanması ile bu kapsamda kooperatifçiliğin gelişmesi sağlayacak tedbirler almakta Anayasa'nın 171. maddesi ile devlet görev olarak verilmiştir.

Kooperatifler, ticari ortaklıklardan bir şekilde ayrılarak kâr elde etmek ve paylaşmak yerine ortaklarının ekonomik menfaatlerini ve ihtiyaçlarını sağlayıp korumak, sermaye yerine karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet araçları ile amaçlarını gerçekleştirmeye çalışan her an değişebilir ortaklı değişir sermayeli tüzel kişiliğe haiz teşekküllerdir.

Bu teşekküller, ekonomik dayanışma amaçlı bir akdin, serbest katılma unsuru kapsamında eşit haklar ile birlikte çalışma arzusuna sahip kişilerin bir araya gelmesi ile oluşarak sözleşme özgürlüğünü irade özerkliği ilkesi sınırları içinde özel teşebbüs kurma amacı ile kullanmaktadırlar.

Nitekim Anayasa'nın 48. maddesi kapsamında korunan bu özgürlük, sözleşme yapma serbestisi yanında sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içermektedir.(AYM Kararı 07.02.2008 E. 2005/128 K. 2008/54)

İptali istenen kuralla bir bakanlık denetçisinin soyut nitelikli kamu yararı ve (adeta bir mahkeme tespiti ve kararı gibi) bireysel değerlendirmesine bağlı telafisi güç ve imkansız zarar yorumu ile yaptığı bir tespite bağlı olarak kooperatif yönetiminin görevinin sonlandırılması yetkisi verilmekte ve bu hal de kooperatif tüzel kişiliği diğer ticari tüzel kişiliklerden ayrılarak denetim sonucuna farklı bir müdahale hakkı tanıdığı görülmektedir. Bu durumda iradelerini yaptıkları sözleşme ile Türk Ticaret Kanunun kabul ettiği bir ticari şirket niteliğindeki kooperatif tüzel kişiliği yönünde kullanan ortakların, bu kuruluşun işleyişinde ve yönetici ortakların ilgili bakanlıkça denetiminde çıkan sonuca aynı sözleşme özgürlüğü kapsamında kurulmuş diğer ticari şirketlerden farklı müdahale ile yönetme haklarına sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 171. maddesi ikinci fıkrasındaki "kooperatifler, devletin her türlü kontrol ve denetimine tabi…" hükmü, hak ve özgürlüklerin genişletilmesi kapsamındaki 1995 Anayasa değişiklikleri ile kaldırılmış olup, kooperatifler üzerindeki devlet özel vesayetinin kaldırıldığı ve kooperatiflerinde serbest ticaret ve tüzel kişilik kapsamına alındığının kabulü gerekir. Nitekim yeni Türk Ticaret Kanunu düzenlemesi de bu yönde olup hukuki ve cezai sorumluluk getiren hallerde muhatapları hakkında kararlar mahkemelere bırakılmaktadır.

Kooperatifler, Anayasa'nın 48. maddesi gereği serbest irade ile oluşan özel teşebbüs kapsamında kurulurlar. Ortaklar arası seçme, seçilme ve yönetme şeklindeki demokratik işleyişinin hukuki güvenlik ve ekonomik gereklerle süre

gelmesinin temini devletin görevidir. Mahkememizin kararında her ne kadar kuralla gelen idari müdahale bir tedbir kapsamında mütalaa edilip Anayasa'ya aykırı görülmemiş ise de; müdahalenin yarattığı sonuç kooperatif tüzel kişiliklerinde serbest irade ile oluşan yönetim–icra işlevselliği, Türk Ticaret Kanunu'nun ticari şirketler yönünden benimsediği sistematiğinde öngörülmüş ve kabul edilmiş ve uygulana gelmekte olan kamu yararı ölçeği ile de bağdaşmamaktadır. Kooperatiflerde demokratik işleyişin yasaya uygunluğunu sağlamak ve korumak yönünde gerekli önlemler alabilecek iken bizatihi özgür irade ile kurulmuş şirket içi yönetim işleyişine amaca ulaşmada orantısız müdahale ve üye haklarına sınırlama getiren kural Anayasa'nın 48. maddesine, demokratik olmayan ölçüsüz yaklaşımı ile de 13. maddesine aykırıdır. Bu nedenlerle çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞI OY GEREKÇESİ

24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 3.6.2010 günlü 5983 sayılı Yasa ile değiştirilen 90. maddesinin üçüncü fıkrasının itiraz konusu ikinci tümcesinde, "Yapılan denetimler sonucunda, kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili Bakanlık, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebilir." denilmektedir. Buna göre, kooperatiflerin ve birliklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili Bakanlıkça görevlerine tedbiren son verilebilecek. Böylece ortaklarının serbest iradeleriyle kurulan ve sürdürülen özel hukuk tüzelkişiliğine sahip kooperatiflerin yönetimlerine idare tarafından denetimi aşan biçimde müdahalede bulunulabilecektir.

Anayasa'nın 171. maddesinde, "Devlet milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını

amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır" denilmiş, Madde'nin ilk düzenlemesinde bulunan "kooperatifler, devletin her türlü kontrol ve denetimine tabi olup, siyasetle uğraşamaz ve siyasi partilerle işbirliği yapamazlar" biçimindeki ikinci fıkrası ise 23.7.1995 günlü 4121 sayılı Yasa'nın 15. maddesi ile yürürlükten kaldırılarak kooperatiflerin özgürlük alanları genişletilmiştir. Ancak, bu değişiklikten sonra 1969 tarihli olan Kooperatifler Kanunu'nda yeni bir düzenleme yapılmamıştır.

İtiraz konusu kuralla idareye tanınan kooperatif yönetimlerinin görevlerine son verme yetkisinin, Anayasa'nın 171. maddesinde belirtilen Devletin alacağı tedbirler kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Bu madde ile devlete verilen görevler, kooperatiflerin demokratik işleyişine müdahalenin gerekçesi olamaz. Devlet, ancak kooperatifleri ve üyelerini korumak, demokratik işleyişin yasalara uygunluğunu sağlamak amacıyla önlemler alabilir. Yönetim birimlerini görevden alma ise kooperatif üyelerinin serbest iradeleriyle oluşan yönetime ölçüsüz bir müdahale niteliğindedir. Bu durum, Anayasa'nın 48. maddesi ile devlete verilen "özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri" alma görevi ile de bağdaşmamaktadır. Yapılan müdahalenin kooperatiflerin güvenlik ve kararlılık içinde çalışmalarına katkı sağlamayacağında duraksamaya yer yoktur.

Açıklanan nedenlerle Kural'ın iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY YAZISI

5983 sayılı Kooperatifler Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 90. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde, kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, belli durumlarda Bakanlıkça görevlerine son verilebileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu, özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu belirtilmiş; devletin özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütülmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır.

İptali istenen kuralda bahse konu kooperatifler Anayasa'nın 48. maddesinin güvencesi altındaki özel girişimlerdir. Yönetim ve denetim organları seçimle belirlenir ve kanunlarla çizilen çerçevede serbestçe faaliyet gösterir.

Devletin 48. maddede belirtilen teşvik ve düzenleme görevinin, münferit işletme düzeyinde her sorun doğduğunda söz konusu girişimlerin yönetimine müdahaleyi gerektirecek bir "micro-management" anlamında öngörülmediği açıktır. Temel hak ve özgürlükler kapsamında olan kooperatifçiliğe devletin müdahalesi, ancak demokratik bir toplumda zorunlu olduğu takdirde ve ölçülülük ilkesine uygun olarak yapılabilir. Kooperatiflerin, bunların birlikleri ve iştiraklerinin yönetimindeki her hukuka aykırılıkta doğrudan devletçe müdahale edilebilmesi, çalışma ve sözleşme özgürlüğüne demokratik bir toplumda gerekli olmayan, ölçüsüz bir müdahaledir.

Bu nedenle Anayasa'nın 48. maddesine aykırı olan kuralın iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

03.06.2010 tarihli ve 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesi ile 24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kanun'un değiştirilen 90. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinde; yapılan denetimler sonucunda, kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili Bakanlık, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 171. maddesinde "Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirler alır" denilmiştir.

Kooperatiflerin en yetkili organları genel kurullarıdır. Bakanlığın iradesini çoğunluk iradesi yerine koyma, dolayısıyla genel kurullarda alınan kararların ilgili görülen bakanlıkça etkisiz hale getirilmesi sonucunu doğurur. Demokratik ilkelerle bağdaşmaz.

Türkiye Cumhuriyeti'nin "demokratik" devlet olma niteliğine uygun düşmez. Anayasa'nın 171. maddesine aykırıdır.

Redde ilişkin çoğunluk düşüncesine bu nedenle katılmadım.

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

KARŞI GÖRÜŞ

Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanvekilleri M.Akif HAMZAÇEBİ ile Muharrem İNCE tarafından 3.6.2010 günlü, 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 90. maddesinin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa'nın 2., 13., 48., 128. ve 171. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istenmiştir.

İptali istenilen hükümlerden, 90. maddenin üçüncü fıkrasının 2. cümlesi, Mahkememiz Çoğunluğunca Anayasa'ya uygun bulunarak, iptal talebi kabul edilmemiştir. Mahkememiz Çoğunluğunun, söz konusu hüküm açısından varmış olduğu bu sonuca aşağıdaki gerekçelerle katılmıyorum:

1- Kooperatifler Kanunu'nun, iptali istenen kuralların da yer aldığı 90. maddesinin üçüncü fıkrası şöyledir:

"Birinci fıkradaki teşekküller, denetim sonuçlarına göre ilgili bakanlıkça verilecek talimata uymak zorundadırlar. **Yapılan denetimler sonucunda,**

kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin, hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda, ilgili Bakanlık, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebilir. Bu durumda ilgili Bakanlık, bir yıl içerisinde olağanüstü genel kurul toplantısının yapılması için gerekli tedbirleri alır."

Kanun değişikliği tasarısının genel gerekçesinde, konuya ilişkin olarak, "*Arazi tahsisi de dahil olmak üzere, planlamadan projelendirmeye, ruhsattan kat mülkiyetine geçiş ve kooperatifin feshine kadar geçen süreçte, yapı kooperatiflerinin, mahallî teşkilâtları da bulunan merkezî idare birimince sürekli kontrol altında tutulmasıyla; vatandaşların kooperatiflere olan güveninin yeniden kazandırılması, dar gelirlilerin konut sahibi olması, ilk tesis maliyetinin yüksek olmasından dolayı ticarî faaliyetlere katılamayan vatandaşların ticarî faaliyetlere katılmasının özendirilmesinin gerçekleşeceği değerlendirilmektedir"* denilmektedir.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun Teftiş ve Denetleme başlıklı 90. maddesinin üçüncü fıkrası değişiklikten önceki şu şekildeydi: "*Bu teşekküller denetim sonucuna göre ilgili Bakanlıkça verilecek talimata uymak zorundadırlar.*"

3.6.2010 günlü, 5983 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile yapılan değişiklik sonucu, hüküm yukarıda belirtilen şekilde yeniden düzenlendi. Yapılan değişikliğe göre, kooperatifin ilgili olduğu bakanlığın denetim elemanlarının yaptıkları denetimler sonucu; kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin ve bunların iştiraklerinin yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilerinin hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemleri tespit edildiği takdirde, kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak, gecikmesinde sakınca görülen hallerde, ileride telafisi güç veya imkansız zararların ortaya çıkmasını engellemek amacıyla, bu kişilerin görevlerine ilgili bakanlıkça tedbiren son verilebilecektir. Böyle bir durumda ilgili bakanlık, bir yıl içerisinde olağanüstü genel kurul toplantısının yapılması için gerekli tedbirleri de almalıdır.

Anayasa'nın "Kooperatifçiliğin Geliştirilmesi" başlıklı 171. maddesi şu şekildedir, "*Devlet, milli ekonominin yararlarını dikkate alarak, öncelikle üretimin*

artırılmasını ve tüketicinin korunmasını amaçlayan kooperatifçiliğin gelişmesini sağlayacak tedbirleri alır."

Söz konusu maddenin ikinci fıkrası olarak daha önce yer alan "*Kooperatifler, Devletin her türlü kontrol ve denetimine tâbi olup, siyasetle uğraşamaz ve siyasî partilerle işbirliği yapamazlar" şeklindeki kural,* 23.07.1995 günlü ve 4121 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır. Değişikliğin gerekçesinde, kooperatiflere uygulanan siyaset yasağının kaldırılmasından söz edilmiş olup, Devletin her türlü kontrol ve denetiminin de kaldırılması ile ilgili olarak herhangi bir gerekçeye yer verilmemiştir. Yapılan değişiklikle görüldüğü gibi, kooperatifler üzerindeki Devletin her türlü kontrol ve denetimine ilişkin hüküm kaldırılmış, başka bir sınırlama da öngörülmemiştir. Şüphesiz, Anayasa'da bulunan bir hükmün kaldırılmış olması, Kanun koyucunun o konuda bir daha düzenleme yapamayacağı sonucunu doğurmaz. Ancak, bu konuda düzenleme yapılırken, subjektif ve tarihsel yorum metodu dikkate alınarak, kaldırılan Anayasa hükmünün ve bunun gerekçesinin dikkate alınması gereklidir. Devletin, kooperatifler üzerindeki her türlü kontrol ve denetimine ilişkin Anayasa hükmü, belirtildiği şekilde kaldırılmışken, bu değişikliği dikkate almadan, daha ağır bir denetim ve kontrol sistemi öngörmek ve bunun sonucunda, kooperatif yöneticilerini görevden alma yetkisini ilgili bakanlığa vermek, Anayasa'nın 171. maddesine aykırıdır.

2- Anayasa'nın 2. maddesinde, Devletimizin niteliklerinden biri olarak kabul edilen 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 tutum ve davranışlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

İptali istenen kural gereğince, ilgili bakanlık, "kamu yararı ve hizmet gerekleri dikkate alınarak gecikmesinde sakınca görülen hallerde ileride telafisi güç veya imkânsız zararlara yol açılmasının engellenmesi amacıyla" söz konusu kooperatif yöneticilerinin görevlerine tedbiren son verilebilecektir. Böyle bir durumda ilgili bakanlığın, bir yıl içerisinde olağanüstü genel kurul toplantısının yapılması için gerekli tedbirleri de alacağı, genel kurul yapılmasını ve yeni yöneticilerin seçilmesini sağlayacağı anlaşılmaktadır. İptali istenen kuralda her ne kadar, "…bu kişilerin görevlerine tedbiren son verebilir" deniliyorsa

da, burada göreve son verme işleminin, "tedbiren" kelimesi nedeniyle geçici olarak yapıldığı, kesin olmadığı şeklinde bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Zira hükümde, göreve son verme işleminin geçici olduğuna ilişkin hiç bir açıklık yoktur; "tedbiren" kelimesinin de, "telafisi güç veya imkansız zararlara yol açılmasının engellenmesi" için tedbir alınmasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Hukuk devleti ilkesi gereğince, kamu yararı amacıyla Kanun koyucu tarafından getirilen tedbirlerin yahut başvurulan araçların, öngörülen amaç için gerekli, elverişli ve ölçülü olması gerekir. Burada, kamu yararı ve zarara yol açılmasını engellemek amacıyla, ilgili kooperatif yöneticilerinin görevlerine son verilmesi tedbirinin, amaca ulaşmak için gerekli ve elverişli olduğu söylenebilirse de, ölçülü olduğunu söylemek mümkün değildir. Söz konusu amacı gerçekleştirmek amacıyla kooperatif yöneticilerinin görevlerine mutlaka son verilmesi zorunlu olmayıp, örneğin, yargılama süresince görevlerinden geçici olarak uzaklaştırılmaları yahut Kanun koyucu tarafından öngörülecek başka tedbirlerle aynı amaca ulaşmak mümkün olabilirdi. Bu açıdan, kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla başvurulan göreve son verme tedbiri, ölçülü olmadığından, iptali istenen kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

3- Anayasa'mızın 2. maddesi gereğince, kazanılmış haklara saygı da hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biridir. Kooperatiflerin, kooperatif birliklerinin, kooperatif merkez birliklerinin, Türkiye Milli Kooperatifler Birliğinin, yönetim kurulu üyeleri ile bunların üst düzey yöneticileri, kural olarak ilgili birimlerin genel kurullarınca seçilerek, belirli bir süre için göreve gelmektedirler. İptali istenen hükümle, ilgili bakanlığa, söz konusu yöneticilerin "hukuka açıkça aykırı eylem ve işlemlerinin tespit edilmesi durumunda" görevlerine tedbiren son verebilme yetkisi tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu kişiler, henüz mahkemede yargılanmamış ve suçlu oldukları konusunda haklarında kesinleşmiş bir karar bulunmamaktadır. İdare, kendi yapmış olduğu bir tespite dayanarak bu yöneticilerin görevlerine son vermektedir. Bu kişiler hakkında yargılama yapılır ve suçlu bulunurlarsa, bu takdirde, idarenin almış olduğu göreve son verme kararı (geçmişe yönelik olarak) haklılık kazanabilir. Ancak, ilgili kişiler, yargılama sonucunda, kendilerine isnat edilen hukuka aykırı eylem ve işlemlerden beraat ederlerse, bu takdirde, idarenin vermiş olduğu göreve son verme kararı haksız, dayanaksız hale gelecektir. Böyle bir durumda, görev süreleri henüz sona ermemiş olsa dahi, görevlerine idarece son verildiğinden ve muhtemelen bakanlığın bir yıl içinde yaptırdığı genel kurulda yerlerine

yeni yöneticiler seçileceğinden, bu kişilerin, beraat etmiş olmalarına rağmen, görevlerine tekrar dönmeleri mümkün olamayacaktır. Böyle bir sonucun, ilgili kişilerin, seçildikleri görevi, öngörülen sürenin sonuna kadar yerine getirme konusundaki kazanılmış haklarını ihlal ettiği açıktır.

Yukarıda belirtilen nedenlerle, 3.6.2010 günlü, 5983 sayılı Kooperatifler Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 90. maddesinin üçüncü fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 171. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatinde olduğumdan, iptal talebinin reddi yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/43
Karar Sayısı : 2012/10
Karar Günü : 19.1.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:
1- Mersin 4. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2011/43)
2- Bakırköy 28. Asliye Ceza Mahkemesi (Esas Sayısı: 2011/50)

İTİRAZIN KONUSU: 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a, 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle eklenen Geçici Madde 3'ün, Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Mersin 4. Asliye Ceza Mahkemesine hırsızlık suçundan, Bakırköy 28. Asliye Ceza Mahkemesine sahtecilik suçundan açılan kamu davalarında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- Mersin 4. Asliye Ceza Mahkemesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğümüz maddede "1/1/2014 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz..." denilmiştir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 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. Yapılan değişiklik ile sanıklar hakkında leh ve aleyhe olan delilleri toplayan Cumhuriyet savcısı duruşmanın devamı esnasında gelişmelerden ve davanın seyrinden bihaber kalacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanununun 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 Kanununun 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 ağır 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.

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 ya da ağır veya sulh, asliye ve ağır cezalık olması gibi bir ölçüye göre farklılık oluşturulması kabul edilemez..."

İtiraz konusu kuralla, Asliye Ceza Mahkemelerine açılan veya halen derdest bulunan davalarda geçici bir süre için farklı bir yargılama uygulaması öngörülerek eşitlik ilkesi de ihlal edilmektedir.

Bu nedenlerle 14/04/2011 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 6217 sayılı Kanunun "1/1/2014 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz ve katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir." şeklindeki Geçici 3. maddesinin Anayasanın 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden iptali için Anayasanın 152. maddesi uyarınca keyfiyetin Anayasa Mahkemesine sunulmasına karar verildi."

B- Bakırköy 28. Asliye Ceza Mahkemesi'nin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun 14/04/2011 gün ve 27905 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve kanunlaşmıştır. Ancak zikrolunan Kanunun 26/3. fıkrasında düzenlenen Geçici Madde 3 başlığındaki cumhuriyet savcılarının duruşmalarda bulunmayacağına ve dosyaların gönderilmesine ilişkin düzenlemeler kanaatimizce T.C Anayasasının 2, 36/1, 38/1, 138/son, 141. maddelerine aykırıdır.

Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 26/1 nci maddesi ile;

23/3/2005 tarihli ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici maddeler eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 2- (1) Bölge adliye mahkemeleri faaliyete geçinceye kadar hapis cezasından çevrilenler hariç olmak üzere, sonuç olarak belirlenen üçbin Türk Lirası dahil adlî para cezasına mahkûmiyet hükümlerine karşı temyiz yoluna başvurulamaz.

GEÇİCİ MADDE 3- (1) 1/1/2014 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz ve katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

GEÇİCİ MADDE 4- (1) Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adlî Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihinden altı ay sonra başlamak üzere üç yıl süreyle yapılacak kanun yolu incelemelerinde, bölge adliye mahkemelerinde ve Yargıtayda tebliğname düzenlenmesine ilişkin hükümler uygulanmaz." şeklinde düzenleme getirilmiştir.

Bu düzenlemedeki geçiçi 3 ncü maddesinin hem birinci cümlesinin ve hem ikinci cümlesinin ceza yargılamasına yansımasını özetledikten sonra düzenlemenin Anayasaya aykırılık teşkil ettiği kanaatinde olduğumuz noktalarına işaret edilecektir.

İş bu düzenleme ile Asliye Ceza Mahkemelerinde yapılmakta olan kovuşturmalarda, cumhuriyet savcılarının bulunmaması emredilmekte, ayrıca verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi için dosyanın cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi emredilmektedir. Yargılamanın en basit anlamda tarifi "Birbirine karşı olan iki tarafı dinleyerek bir yargıya varma, muhakeme" olduğu tartışmasız olduğu halde, bu en temel anlamından uzaklaşılarak ceza kovuşturmasında tartışmanın ortadan kalkması sonucunu tevlit edecek şekilde cumhuriyet savcılarının duruşmalardan uzaklaştırılması Türk ceza yargılaması açısından ehemmiyetli bir ceza usul hukuku eksikliği yaratmıştır. Keza bu eksikliğin sonuçlarını ortadan kaldırmak endişesiyle "verilen karar cumhuriyet savcılığına tebliğ edilir" şeklinde hukuki bir dil tercih edilecek yerde "verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı kanun

yollarına müracaat edilmesi amacıyla dosyanın cumhuriyet savcılığına gönderilmesi" şeklinde usul kanunlarının dili dışına çıkan bir ibareyle, CMK. da hiç yer verilmeyen görüldü müessesesinin kanunlaştırılması cumhuriyet savcılarına kovuşturmanın tarafı olmaktan ziyade mahkemelerin kararını bir üst merci gibi inceleme yetkisi olan makam görüntüsü vermektedir.

İş bu nedenlerle zikrolunan fıkradaki her iki düzenlemede Anayasaya aykırıdır.

Zikrolunan maddenin tüm fıkraları Anayasaya aykırılık açısından incelendiğinde;

1- Anayasanın 36/1 nci maddesi "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." şeklindeki düzenlemesiyle herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Adil yargılama hakkı, temel insan haklarından biridir ve bu niteliği tartışmasızdır. Bu hak çeşitli uluslararası sözleşmelerle ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve ulus hukukları açısından bağlılığı karşı konulamaz hale gelmiştir.

İddia ve savunma hakkı birbirini tamamlayan ve birbirinden ayrılması olanaksız olan bir temel hak olup, bu birbirinden ayrılmaz niteliği ile hak arama özgürlüğünün temelini oluşturmaktadır. Kuşkusuz adil yargılanma hakkı kişilerin kendilerine isnat edilen bir suçlamaya karşı kendilerini savunabilmenin en etkili ve güvenceli yolu olan yargı mercileri önünde dava hakkını kullanmak ve bu davada kullanabilecek kanıtları mahkeme önüne getirebilme imkanı sağladığı için temel bir haktır ve yargı mercilerine müracaat ve burada delillerini ileri sürebilmek "adil yargılama hakkı"nın temelini oluşturmaktadır.

Mahkemelerin görev ve yetkileri Anayasanın 9. ve 138. maddelerinde düzenlenmiş olup, Anayasanın 9 ncu maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına sadece bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, 138 nci maddesinde hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini, hiçbir organ, makam, merci ve kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremeyeceğini ve genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını emretmektedir. Mahkeme ve hakimler "hukuka" uygun karar verirken iç hukuk yanında Anayasanın 90 ncı maddesindeki

düzenleme nedeniyle uluslararası hukuka uygun olarak karar vermeleri gerektiği izahtan varestedir. Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesinin III. Bölümünde yer alan "Adil yargılama hakkı" başlıklı 14. maddesinde; herkesin mahkemeler ve yargı yerleri önünde eşit oldukları, herkesin hakkındaki bir suç isnadının veya hak ve yükümlülükleri ile ilgili bir hukuki uyuşmazlığın karara bağlanmasında, hukuken kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargı yeri tarafından adil ve aleni olarak yargılanma hakkına sahip oldukları belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 ncı maddesini birinci fıkrasında yargılamanın kanunla kurulan bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde, makul sürede, açık ve hakkaniyete uygun olarak yapılması gerektiği açık olarak düzenlenmiştir. Burada üzerinde durulması gereken husus hakkaniyete uygun yargılama kavramıdır. Bugün hakkaniyete uygun yargılama kavramı içerisine, yargılamanın çelişmeli yapılması, silahların eşitliği, gerekçeli karar sayılmaktadır.

Çelişmeli yargılama ilkesi, iddia makamının ve savunma makamının yargılama esnasında mahkemenin kararını oluşturmasını temin zımnında delil sunması, bu delilleri tartıştırması, mütalaa sunması, bunları tartıştırması, sunulan ve tartışılan deliller hususunda yorum yapılması imkanının taraflara tanınmasıdır. Çelişmeli yargılama ilkesi, iddia ve savunma makamlarının hüküm makamı karşısında birbirinin eşiti olması ile yakından ilgili olup, bu eşitliğe ilişkin dengenin bozulması durumu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince adil yargılamanın ihlali olarak görülebilmektedir.

Ülkemiz hukukumuzda çelişmeli yargılama sistemi nerede durmaktadır. CMUK.nın 214 ncü maddesi "Mahkeme reisi dahi resen şahit ve ehlihibre celbine ve başkaca sübut sebeplerinin toplanmasına karar verebilir." şeklinde düzenleme getirmiş iken, aynı düzenleme CMK.ya alınmamıştır. CMK.nın hiç bir yerinde mahkeme hakiminin talep olmaksızın başka bir anlatımla resen delil toplayabileceği yönünde bir düzenleme yoktur. Bu durum gözetildiğinde Türk ceza yargılamasının çelişmeli yargılama sistemine doğru yol aldığını söylemek yanlış olmaz. Esasen suç, mağdurundan başkaca kamuya karşı işlenir ve suçu soruşturan kamudur. Mahkeme önüne götürende kamudur. Kamu kendisindeki düzen ve ahengin devamını sağlamak açısından suç işleyenin cezalandırılmasını talep etmektedir. Mahkemenin vereceği karar ile de toplumda düzen ve ahenk tesis edilmeye devam edilmektedir. Bu hale göre kamu suç işlediği iddiasında olduğu kişinin eylemine ilişkin bütün delilleri soruşturma evresinde cumhuriyet

savcıları vasıtasıyla toplamalı, kovuşturma evresinde de mahkemeye sunmalı ve tartıştırmalıdır. Suç işlediği iddia olunan kişinin cezalandırılması da ancak kamunun topladığı mahkemece kabul gören deliller nisbetinde olabilmelidir, olabilmektedir. Suçu işlediği iddia olunan kişi de kovuşturmada kamunun bu delillerine karşı deliller sunabilmeli, sunabilmekte, bunların toplanmasını talep edebilmeli, talep edebilmekte ve bunlarında yargılama sırasında tartışılması imkanı yaratılabilmelidir, yaratılabilmektedir. Hükmü verecek olan hakimin bu süreçte ifa edeceği görev tarihi süreç boyunca çokça değişmiş olmakla birlikte, bugün için artık talep olmadıkça ceza mahkemesi hakiminin hiç bir şekilde resen delil toplamaması gerektiği ifade edilir olmuştur. Zira ceza hakiminin resen delil toplaması ne kadar yargılamayı süratle sonlandırma hedefine ilişkin olursa olsun felsefi anlamda bir önyargıdır ve atılan adım hakiminin reyine ilişkin olarak işaret vermektedir. İş bu nedenle ceza hakimi tüm yargılama süreci boyunca duruşmada silik kalmalı, tarafların ileri sürdüğü delilleri ileri sürmelerine imkan tanımalı, yaratmalı, toplanılması istenilen delillerin toplanması kararını vermeli, bunları duruşmalarda tartıştırtmalı ve esas hakkındaki iddia ve savunmalardan sonra kararını açıklamalıdır. Bu iddia ve savunma makamının eşitliğine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin deyimiyle silahların eşitliğine en uygun olan yoldur. Böylece diyebilmekteyiz ki, ceza hakiminin vazifesi bugün için artık mutlak hakikati bulmak değil, eşit silahların sundukları delillere uygun, kanuna uygun, hakkaniyete uygun, vicdana uygun bir karar tesis etmektir. Bu karar her zaman mutlak hakikate uygun olmaz. Hatta mutlak hakikate uygun olmadığı büyük bir kesim tarafından bilinebilir ve söylenebilir. Hakikatin bu kadar açık ve kesin olarak bilindiği/tahmin edildiği hallerde bile ceza hakimi tarafların talebi olmadan o hakikati arayamamalı, bunun için adımlar atamamalıdır. Bu adımları atamaması dahi adil yargılama hakkının gereğidir ve bu adımları atamadan verilen ancak mutlak hakikata aykırı olan karar resen delil toplayarak verilecek mutlak adalete uygun karardan çok daha adil, vicdana ve hakkaniyete uygun olacaktır.

Bu açıklamalardan sonra cumhuriyet savcısı duruşmadan çıkarıldığında delilleri iddianamede kalacak, kamunun delillerinin toplanmasını talep edecek bir merci duruşmada bulunmayacaktır. Kamunun ve devletin değil ama milletin hakimin olan ceza hakimi bu süreçte cumhuriyet savcısının duruşmada bulunmaması nedeniyle kamu cübbesini de sırtına giyecek ve kamunun talebi olmadığı halde, iddianamedeki kamunun sunduğu tüm delilleri toplamak zorunda kalabilecektir. Adeta kamu adına hareket edecektir. Böyle bir durum silahların eşitliğinde, hakimi kamunun yanında yeralır konumda bırakacaktır

ki, bu durum hangi iyiniyetli düşünceler ile getirilirse getirilsin Türk ceza yargılaması açısından büyük bir eksikliktir, ceza yargılaması hukukumuzun üçüncü lige düşmesi ile eş anlamlıdır. Zira hakimin sırtından çıkartılmak için uğraşılan kamu cübbesi bu değişiklik ile rafa kaldırılmakta, adeta iki yanlı yargılamada ceza hakimi sanığın tam karşısında yer alır hale getirilmektedir. Biz ceza hakimleri olarak bugün cumhuriyet savcılarının kendi delillerini duruşmaya kendilerinin getirmesini ceza yargılamamızın bir üst seviyeye çıkması için elzem görür iken, yargının hızlandırılması ve cumhuriyet savcısı sayısında tasarruf için getirilen düzenleme gerçekten büyük bir eksikliğe sebebiyet vermiştir. İş bu nedenlerle Anayasaya aykırı olan düzenlemenin iptali ve öncelikle yürürlüğünün durdurulması elzemdir.

Bugün Adalet Bakanlığı istatistikleri gözetildiğinde Asliye Ceza Mahkemelerinden verilen hapis cezasını içeren mahkumiyet süreleri karar bazında daha kısa süreli ise de, tüm asliye ceza mahkemelerinden verilen hapis cezalarının toplam sürelerinin ağır ceza mahkemelerinden verilen hapis cezalarının toplamının iki üç katı olduğu anlaşılmaktadır. Bazı hukukçularca sulh ceza mahkemelerinde yapılan yargılamanın bu ilkeyi ihlal ettiğine dair mahkeme kararı bulunmamasını örnek gösterip adil yargılanma ilkesinin ihlal edilmediğini savunmaları dinlenmemelidir. Zira sulh ceza mahkemelerinden çıkan çekilmesi gereken hapis cezasına ilişkin karar yok denecek kadar azdır ve bu niteliği nedeniyle de iş bu kararların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınmamış olmaları sulh ceza mahkemelerinde adil yargılama yapıldığı sonucunu tevlit etmez. Hapis cezasını içeren binlerce asliye ceza mahkemesi kararında bundan böyle zikrolunan nedenlerle adil yargılanma hakkı ihlal edilecek ve bu durum bir dönem DGM.lerde askeri üyenin bulunmasından ötürü mahkum olduğumuz tazminat miktarlarından çok ötelerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde mahkumiyetimize sebebiyet verebilecektir.

2- Aynı fıkranın ikinci cümlesindeki "Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir." düzenleme dahi Anayasanın 36/1 nci maddesine aykırıdır. Kuşkusuz düzen ve ahengin sağlandığı bir toplum isteyen kamunun bunun sağlanması için cumhuriyet savcıları vasıtası ile suç işlediği iddia olunan kişi hakkında soruşturma yapma hakkı tartışmasızdır ve soruşturmada üstün pozisyonda bulunmasına ses çıkarılmayabilinir. Ancak kamu davası ikame edildikten sonra yani, sanığın suç işlediğine ilişkin deliller bulunduğu

iddianameye aktarılıp, sanığa bu sıfatı yüklendikten sonra, açılan kamu davasında kamunun sıfatı sadece taraftır. Ne kamuya ne savunmaya kamu davasında birbirine üstünlük sağlayacak haklar, yetkiler, menfaatler tanınamaz, tanınmamalıdır. Uygulanacak usul kuralları sanık için ne ise şikayetçi içinde o olmalı, kamu içinde aynısı uygulanmalıdır. Ne yazıkki kanunda açık düzenlemeler yok iken, cumhuriyet savcılarının soruşturmadaki sıfatları ile kovuşturma evresindeki sıfatları birbirine karıştırılarak, kovuşturma evresinde cumhuriyet savcıları için ya da kovuşturmadaki sıfatları ile iddia makamı için fiili ayrıcalık yaratıldığı görülmektedir. Mahkeme ödeneklerin bulunmaması, ödeneklerin cumhuriyet savcılığına gönderilmesi, mahkeme harcamalarının cumhuriyet savcılarınca yapılması, kağıt kalem ihtiyacının bile cumhuriyet savcılarınca karşılanması, mahkemelerin bulunduğu fiziki ortamların cumhuriyet savcılarınca belirlenmesi, belirlendikten sonra değiştirilebilmesi, duruşma salonunda cumhuriyet savcısının kovuşturmanın gereğine aykırı olarak hüküm kürsüsünde oturması, kanunun açıkça "tebliğ edilir" demesine rağmen mahkeme kararlarının cumhuriyet savcılıklarınca bir üst merci imiş gibi "görüldü"ye tabi tutulması, uyap sisteminde bir hakimin kovuşturması ile ilgili olarak bile başka bir mahkemenin dosyasını göremez iken hiç bir yasal dayanağı olmadığı halde Adalet Bakanının ve bu bakanlıktaki yüksek memurların soruşturma ve kovuşturma ve hatta arşivlik tüm dosyaları görebildikleri yönünde yargı camiasındaki söylenti, cumhuriyet savcılarının uyaptan aynı yer mahkeme dosyalarını görebilmeleri, bu fiili ayrıcalıklardan sadece çok küçük bir cüzüdür. İdarenin bu ayrıcalıkları görmezlikten geldiği, Türk yargılama geleneğinde oluşmuş hususlar diyerek lanse ettiği, bunlara karşı çıkan hakim sınıfından meslektaşlarında uyumsuz kişiler olarak görüldükleri, mesleğin içerisinde bulunanların bildikleri gerçeklerdir. Bunlar bizim gerçeklerimiz olmakla birlikte bu gerçekler bugüne kadar hiç bir şekilde belki de Yüksek Mahkemenin Anayasaya aykırı bularak iptal edeceğinden bunlara açıkça dur diyeceğinden korkulduğu için Kanuni düzenlemeye yansıtılmamış idi. Ama bu düzenleme ile belki maksat aşılarak yansıtılmıştır. Burada samimi olarak itiraf etmek gerekir ki 6217 sayılı Yasa yargının iş yükünü azaltmak için son derece esaslı ve desteklediğimiz hükümler ihtiva etmektedir. Kanunu hazırlayanları ve çıkaranları alkışlıyor, samimi minnetlerimizi sunuyoruz. Ancak bu durum bu hükümdeki çapraşıklığın görülmesini engelleyemez. Zaten bu hükümler yeni oluşturulan HSYK.nın ilk defa olarak yapmış olduğu, hepimizin yürekten alkışladığı bölge toplantılarında hakim ve savcı meslektaşlarımızın görüş ve düşünceleri toplanıp rapor haline getirilip Adalet Bakanlığınca yüce meclise sunulan bir çalışmadır ve böylece kanunlaşmıştır. Ancak maalesef burada

cumhuriyet savcılarının ısrarlı talepleri nedeniyle hiç iştirak etmediğimiz iş bu yasa maddesi de kanunlaşmıştır.

Düzenleme; gerekçeli hükmün, tutuklamaya ilişkin kararların ve tahliye kararlarının cumhuriyet savcısının kanun yoluna müracaat incelemesini yapabilmesi için cumhuriyet savcısına gönderilmesini amirdir. Kovuşturma evresinde verilen kararların taraflara bildirilmesi, ya tebliğ ile ya da tefhim iledir. Kovuşturmanın tarafı olan sanığa ya da katılana karar tefhim veya tebliğ ediliyor iken müdafiye ve vekile de tefhim ya da tebliğ ediliyor iken kovuşturmada sadece taraf olan ve diğer taraflardan hiç bir ayrıcalığı bulunmayan cumhuriyet savcısına kararın tebliğinden başkaca dosyanın gönderilmesi kovuşturma evresi için bir ayrıcalıktır. Kuşkusuz soruşturma yapan bir cumhuriyet savcısı incelemek istediği tüm mahkeme dosyalarını yapmış olduğu inceleme kapsamında ister ve inceler, ancak kovuşturmada cumhuriyet savcısı soruşturma yapmamaktadır ve sadece taraftır ve kovuşturmada cumhuriyet savcısına tanınan yasal görevler ve yetkiler adil yargılanma ilkesini zedelemeyecek nitelikte olmalı, silahların eşitliğine aykırılık oluşturmamalıdır. Zikrolunan düzenleme ile iş bu dava dosyasında verilecek son karar için dava dosyası cumhuriyet savcısına "görüldü"ye gönderilecektir. Bu hak ve yetki savunma makamı için yok iken iddia makamı için tesis edilmiş ise, silahların eşitliği, çelişmeli yargılama sistemi ve giderek adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olmaktadır.

3- İptali istenen kanun maddesinin her iki cümlesinin mahkememizde görülmekte olan iş bu kamu davasında uygulandığı ve uygulanacağı tartışmasızdır. Zira bu madde nedeniyle mahkememizin son celsesine cumhuriyet savcısı katılmamış ve yine bu madde nedeniyle son karar verildiğinde cumhuriyet savcısına karar tebliği ile yetinilmeyecek, dosya incelemeye gönderilecektir. İş bu nedenlerle zikrolunan maddeyi davada uygulanan madde olarak kabul etmek gerekir.

Tüm bu nedenlerle anayasaya aykırı olduğu düşünülen 6217 sayılı Yasanın 26/1 nci maddesi ile 5320 sayılı Kanuna eklenen Geçici 3 ncü maddesinin iptaline, iptal davasının sonuçlanması zaman alacağından ve kanunun uygulanması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine müracaat edilecek dava dosyalarında ülkemizin tazminat ödeme mükellefiyetini gündeme getirecek nitelikte olması nedeniyle telafisi imkansız durumlar yaratacağından maddenin öncelikle yürürlüğünün durdurulmasina karar verilmesi arz ve talep olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle eklenen geçici 3. maddesi şöyledir:

"(1) 1/1/2014 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz ve katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- 2011/43 Esas Sayılı Başvuru

İçtüzüğün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 18.5.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- 2011/50 Esas Sayılı Başvuru

İçtüzüğün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 2.6.2011

günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a, 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle eklenen geçici 3. maddesinin iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2011/50 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2011/43 Esas sayılı dava dosyası ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2011/43 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 2.6.2011 gününde oybirliği ile 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 kural ile asliye ceza mahkemelerinde yapılmakta olan duruşmalarda Cumhuriyet savcısının bulunmamasının adil yargılama ilkesini ihlâl ettiği, adil yargılamanın ancak iddia, savunma, karar üçlüsünden oluşan bir yargılamanın mevcudiyeti ve yargılamanın çelişikliği ilkesinin gerçekleştirilmesi halinde mümkün olduğu, Cumhuriyet savcısının duruşmalara katılmamasının çelişmeli yargılama ilkesine aykırı olacağı, bir yargılamada mahkemenin kararının oluşturabilmesi için çelişmeli yargılama ilkesinin bir gereği olarak iddia ve savunma makamlarının delil sunması ve bu delillerin tartışılmasının gerektiği, Cumhuriyet savcısının bulunmadığı bir yargılamada çelişmeli yargılama gerçekleştirilemeyeceğinden adil yargılanma ilkesinin ihlâl edilmiş olacağı, Cumhuriyet savcısının şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplaması nedeniyle Cumhuriyet savcısının bulunmadığı bir yargılamada delil toplanmasına karar verecek bir makamın bulunmayacağı, tarafsız olması gereken hâkimin delil toplamak zorunda kalacağı bir durumun hâkim bağımsızlığı ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" denilerek yargı organlarına davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır.

Anayasa'nın 9. maddesinde *"Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır"*; 142. maddesinde *"Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"* denilmekte; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin birinci fıkrasında da her şahsın kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının dinlenilmesini isteme hakkı olduğu ifade edilmektedir.

Yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkeme ilkesi, adil yargılanma ve savunma haklarının temelidir. Anayasa'da ve uluslararası sözleşmelerde "mahkeme" kavramı için belirli bir şekil şartı aranmamakta, yasayla kurulmuş, bağımsız, tarafsız ve yargılama usulü güvencesine sahip yargı yeri, mahkeme olarak kabul edilmektedir. Bu ilkelere aykırı olmamak şartı ile yasa koyucunun mahkemelerin oluşum, kuruluş ve çalışma usullerini serbestçe belirlemesi mümkündür. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının duruşmalara katılmadığı bir yargı yeri, sırf bu yüzden mahkeme sıfatını kaybetmez.

Cumhuriyet savcısı, ceza muhakemesinin gayesini gerçekleştirmek için sanığın lehine ve aleyhine deliller ileri sürebilen, taleplerde bulunabilen, asıl amacı muhakeme diyalektiğinin sağlanması olan, kendine has statü içinde bir ceza muhakemesi süjesidir.

Ceza muhakemesinin gayesi maddi gerçeği araştırmaktır. Ceza muhakemesi hukukunda hakikati araştırarak gerçeğe ulaşma, kolektif yargılama yöntemi ile sağlanmaktadır. Kolektif yargılama, hükmün verilmesine, iddia, savunma ve yargılama makamlarının birlikte katılmasını ifade eder. Kolektif yargılama yapmanın metodu, hüküm verme faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirerek, bütün süjelerin birbirlerinin fikirlerini öğrenmeleridir.

Günümüzde iddia, kolektif hüküm verme faaliyetinin ve bunun sonucunda maddi gerçeğe ulaşmanın vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul

edilmektedir. İddia makamı bu görevini yalnızca duruşmalara katılarak yerine getirmez. Bununla birlikte maddi gerçeğin araştırılmasını amaç edinen bir soruşturma yapılması, böyle bir soruşturmadan elde edilen, sanığın lehindeki ve aleyhindeki bütün delillerin hâkim veya mahkemeye sunulması, bu delillerin tartışılmasının sağlanması, kararlara karşı yasa yollarına gidilmesi suretiyle de iddia makamı fonksiyonunu yerine getirir.

Diğer taraftan, ceza muhakemesinde mahkeme, dava açıldıktan sonra pasif konumda olmayıp, hüküm vermek için yeterli kanaate ulaşıncaya kadar maddi gerçeği araştırmaya devam etmek zorundadır. Resen araştırma ilkesi uyarınca mahkemeler, Cumhuriyet savcısının ortaya koyduğu delillerle bağlı olmadıkları gibi, savcı olmasa bile kendiliklerinden, hüküm için gerekli tüm araştırmaları yapmak ve tarafların haklarını korumak zorundadırlar.

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurgulandığı gibi, yasa koyucunun Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağının belirlenmesinde takdir yetkisi bulunmaktadır. Yasa koyucu bu yetkisini Anayasa'da öngörülen temel ilkelere ve güvencelere aykırı olmamak koşuluyla, kamu yararı ve kamu düzeni gibi nedenleri gözeterek kullanır.

Yasama belgelerinden itiraz konusu kuralın, adaletin hızlandırılmak, makul süre içerisinde yargılamaları sonuçlandırmak, Cumhuriyet savcılarının soruşturmaları daha etkin ve süratli bir şekilde yürütebilmelerine imkân sağlamak amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır.

Bu durumda 1.1.2014 tarihine kadar asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısının bulunmamasını ve katılma hususunda görüşünün alınmamasını öngören itiraz konusu kuralın, savunma hakkını kısıtlamadığı ve verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesine olanak sağladığı da gözetildiğinde, Anayasa'nın 2., 36. ve 141. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır. İptal isteminin reddi gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçe karşısında itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10., 38., ve 138. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a, 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle eklenen Geçici Madde 3'e yönelik iptal istemi, 19.1.2012 günlü, E. 2011/43, K. 2012/10 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 19.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VIII- SONUÇ

23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a, 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle eklenen Geçici Madde 3'ün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 19.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2010/85
Karar Sayısı : 2012/13
Karar Günü : 26.1.2012

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Muharrem İNCE (Esas Sayısı: 2010/85)

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay 8. Dairesi (Esas Sayısı: 2011/135)

İPTAL DAVASININ ve İTİRAZIN KONUSU:

A- 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 2. maddesiyle, 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3. maddesine eklenen *"Muhammen Bedel: I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedeli."* biçimindeki tanımı içeren kuralın,

2- 3. maddesiyle, 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrasının,

3- 3. maddesiyle, 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen;

a- *"Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize*

sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir." biçimindeki ikinci fıkranın,

b- *"Bu alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması halinde iki ay içinde harç ve teminatın yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için müracaat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde izin alınması durumunda Kanunun 16 ncı maddesine göre ruhsat düzenlenir, izin alınamaması halinde müracaat reddedilir. Müraacat alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16 ncı maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenlenir. Aksi halde tüm müracaat alanı bu süre sonunda müracaatlara açık hale gelir."* biçimindeki üçüncü fıkranın,

c- *"Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder."* biçimindeki beşinci fıkranın,

d- *"Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yeraltı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yeraltı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur."* biçimindeki altıncı fıkranın,

4- 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onikinci fıkrasının *"İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır."* biçimindeki birinci cümlesinin,

5- 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *"...yatırımcı kurum ya da kuruluşun..."* ibaresi ve ikinci cümlesinde yer alan *"...yatırımcı kuruluşun..."* ibaresinin,

6- 19. maddesiyle, 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 16. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının,

7- 19. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un 16. maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen;

a- *"Madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanları rehabilite edilir. Rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için büyükşehir mücavir alanlarında büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine bedeli karşılığında izin verilebilir."* biçimindeki dördüncü fıkranın,

b- *"Maddenin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."* biçimindeki beşinci fıkranın,

Anayasa'nın 2., 7., 63., 168. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına,

B- 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

1- 3. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkranın,

2- 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının *"Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak, yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı Kurula katılır. Kurul, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanır …"* bölümünün,

Anayasa'nın 127. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine,

Karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ İLE İTİRAZ BAŞVURUSUNUN GEREKÇELERİ

A- İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 20.8.2010 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir :

"…1) 10.06.2010 Tarihli ve 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci Maddesi ile 3213 Sayılı Kanunun 3 üncü Maddesine Eklenen "Muhammen Bedel" Tanımının Anayasaya Aykırılığı

5995 sayılı Yasayla, 3212 sayılı Maden Kanununun 3 üncü maddesine "muhammen bedel" tanımı eklenmiştir. Bu tanıma göre muhammen bedel, I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedeldir.

Tanım;

- 1. Grup (a) bendi madenler için yapılmıştır. Bunlar, 3213 sayılı Yasanın 2 nci maddesine göre, inşaat ile yol yapımında kullanılanve tabiatta doğal olarak bulunan kum ve çakıldır.

- Muhammen bedel, mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde kullanılacaktır.

- Madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenecektir.

3213 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine 5995 sayılı Yasayla yapılan eklemeye göre, muhammen bedel, 1. Grup (a) bendi madenlerde, özel mülkiyete tabi olan alanlarda kullanılacaktır. Buna göre, bu madenler için, özel mülkiyete tabi alanlarda mülk sahibinin izninin alınması halinde İl Özel İdaresi tarafından belirlenen muhammen bedelin yatırılmasını müteakip üçüncü şahıslara da ruhsat verilecektir.

3213 sayılı Yasanın 3 üncü ve 16 ncı maddelerine yapılan bu eklemelerle, özel mülkiyete tabi alanlarda, üçüncü kişilere ruhsat verilirken bedel alınmasının yolu açılmıştır. Ancak bu bedel, diğer ruhsat harçlarından farklı bir tanıma tabi tutularak, Yasaya özel tanım olarak yerleştirilmiştir.

3 üncü ve 16 ncı maddelerin birlikte incelenmesinden, söz konusu muhammen bedelin niteliği açık olarak anlaşılamamakta, ruhsat harcı niteliği taşıdığı da görülmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde ise yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür. Buna göre, Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma ve yasayla konulan kuralları değiştirme yetkisi verilemez. Yasal düzenlemeler ancak yasa koyucu tarafından kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

Anayasanın 168 inci maddesinde de, "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" denilmiştir.

Muhammen bedelin belirlenmesi, hiçbir esas, ilke ve ölçüt belirlenmeden tamamıyla ilgili il özel idaresine bırakılmıştır. Kuraldaki, madenin cinsi, rezervi ve yerinin dikkate alınması da il özel idaresinin takdirine bağlı olacaktır. Kuralda yasa ile düzenleme zorunluluğuna uyulmamıştır.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine eklenen "Muhammen Bedel" tanımı Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 168 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 10.06.2010 Tarihli ve 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 3213 Sayılı Kanunun 7 nci Maddesinin Yeniden Düzenlenen Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

3213 sayılı Yasanın 7 nci maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrasında, ruhsat alanlarına getirilecek kısıtlamalarla ilgili düzenleme yapılmıştır. Buna göre, madencilik faaliyetlerinin yapılması ve ruhsatlandırma işlemlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak yeni verilecek ruhsat alanlarına maden işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge, madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususlar dikkate alınarak, temdit talepleri dahil ruhsat verilen alanlarda kazanılmış haklar korunmak kaydıyla, ilgili kurumların görüşleri alınarak Bakanlık tarafından kısıtlama getirilebilecektir. Ayrıca, ilk müracaat veya ihale yolu ile yapılacak ruhsatlandırmalarda müracaatın yapılacağı alanlar, diğer kanunlar ile getirilen kısıtlamalar göz önüne alınarak Bakanlıkça ruhsat müracaatına kapatılabilecektir. Kısıtlama gerekçesi ortadan kalkan alanlar ihale yoluyla aramalara açılacaktır. Fıkrada, Maden Kanunu dışında madencilik faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü kısıtlamanın ancak kanun ile düzenleneceği de belirtilmiştir.

3213 sayılı Maden Kanunu, madenlerin aranması, işletilmesi, üzerinde hak sahibi olunması ve terk edilmesi ile ilgili esas ve usulleri düzenleyen bir yasadır.

Anayasanın 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 tüzel kişilere devredebilir"*; Maden Kanunu'nun 4 üncü maddesinde de, *"Madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, içinde bulundukları arzın mülkiyetine tabi değildir"* denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 15.01.2009 tarihli ve E.2004/70, K.2009/7 sayılı kararında da açıklandığı gibi, bu hükümler gereğince, madenlerin işletilme hakkı tamamen Devletin hüküm ve tasarrufundadır. Ancak, özel şahıslar da madenleri işletebilirler.

Yasa'nın 6 ncı 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 nci maddesine göre beş grupta sınıflandırılmakta, maden arama ve işletme ruhsatları da belirtilen bu gruplara göre verilmektedir.

3213 sayılı Maden Kanunu'nun 5177 sayılı Yasanın 7 nci 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 alınmış iken, bu kuralın Anayasa Mahkemesince incelenmesi sonucunda, madencilik faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin esasların yasada düzenlenmesi gerekirken, iptali istenen kural ile bu hususlara ilişkin düzenlemenin Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması Anayasanın 2 nci, 63 üncü ve 168 inci maddelerine aykırı bulunarak E.2004/70 sayılı kararla iptal edilmiştir.

Anayasanın 168 inci 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.

Anayasanın 63 üncü 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 nci maddesinin 5995 sayılı Yasayla yeniden düzenlenen birinci fıkrasında yer alan düzenleme ile madencilik yapılacak, kısıtlanacak ve yasaklanacak alanların Bakanlıkça belirlenmesi, kısıtlama gerekçesi ortadan kalkan alanların ihale yoluyla aramalara açılması konularında Bakanlığa geniş ve soyut takdir yetkisi verilmiştir. Bu takdir yetkisi kullanılırken, "maden işletme yönetimi, faaliyetin yapıldığı bölge madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususların" Bakanlıkça dikkate alınması da bu soyut ve geniş takdir yetkisinin verilmesini "yasayla düzenleme" haline getirmek için yeterli değildir. Fıkranın son tümcesinde, Maden Kanunu dışında madencilik faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü kısıtlamanın ancak yasayla yapılacağının belirtilmiş olması da, Anayasa kurallarının tekrarı bir yana, hukuk devletinde olması gereken yasayla düzenleme niteliğinde sayılmaz.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir.

Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde ise yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür. Buna göre, Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma ve yasayla konulan kuralları değiştirme yetkisi verilemez. Yasal düzenlemeler ancak yasa koyucu tarafından kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

Anayasanın 168 inci maddesi uyarınca, tabiî servet ve kaynaklarla ilgili gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken usul ve esasların yasayla düzenlenmesi zorunludur. Bununla birlikte, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ve değerlerinden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamaların da Anayasaya uygun olmak koşuluyla yasayla düzenlenmesi Anayasanın 63 üncü maddelerinin gereğidir.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 Tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 7 nci, 63 üncü ve 168 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 10.06.2010 Tarihli ve 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 3213 Sayılı Kanunun 7 nci Maddesinin Birinci Fıkrasından Sonra Gelmek Üzere Eklenen *"Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir"* ve *"Bu alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması halinde iki ay içinde harç ve teminatın yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için müracaat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde izin alınması durumunda Kanunun 16 ncı maddesine göre ruhsat düzenlenir, izin alınamaması halinde müracaat reddedilir. Müraacat (müracaat) alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16 ncı maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenlenir. Aksi halde tüm müracaat alanı bu süre sonunda müracaatlara açık hale gelir"* Şeklindeki İki Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen iki fıkradan birincisinde, fıkrada sayılan yatırım alanlarında, bu alanlara ait koordinatların ilgili kurumlar tarafından Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı Maden İşleri Genel Müdürlüğüne bildirileceği belirtilmiştir. Ardından gelen fıkrada da bu alanlara yapılan ruhsat başvurularının hak sağlaması halinde, gerekli harç ve teminatın iki ay içinde yatırılmasından sonra, başvuru sahibine

ilgili kurumlardan izin alınması için bir yıl süre verilmesi öngörülmüştür. Bir yılık süre içinde izin alınmaması halinde başvuru reddedilecektir. Başvuru alanının bir kısmının, söz konusu fıkraların birincisinde sayılan alanlarla çakışması durumunda, serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde başvuruda bulunulması halinde çakışan alan dışındaki serbest alana ruhsat düzenlenecektir. Son tümcede ise "aksi halde" sözcükleri kullanılarak tüm başvuru alanının bu süre sonunda başvurulara açık hale geleceği vurgulanmıştır.

Düzenlemeye göre özel çevre koruma bölgeleri, millî parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 04.04.1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanunu'na göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar ile 1 inci derece sit alanlarında maden aranması için ruhsat alınması olanaklı hale getirilmekte, hatta belirli işlemlerin belirli süreye bağlı olmasına koşut olarak tüm başvuru alanı, nitelik ayrımı yapılmaksızın başvurulara açılmakta, başka bir anlatımla anayasal güvence altındaki özel alanların güvence ve koruması maden alanlarına feda edilmekte, madencilik, anayasal koruma ve güvencenin önüne geçirilmektedir. İki fıkra halinde yapılan düzenleme, teknik bir takım işlem ve sürelere bağlı olarak tamamıyla madenciliğin öne geçmesi ve egemen kılınması üzerine kurulmuş, koordinatların bildirilmesinden izin işlemine kadar, idarenin takdir hakkına bağlı bir yetki devrine gidilmiştir. Aslında her iki fıkra, ikincisinin son tümcesine uyarlanmış ve nitelik ayrımı yapılmaksızın tüm başvuru alanlarının başvuruya açık hale getirilmesine kurgulanmıştır. Anayasal güvence ve koruma altındaki alanlar, yasal düzenlemeler kullanılarak, anayasa ihlali yoluyla güvence ve koruma dışına çıkarılmıştır.

Anayasanın 169 uncu maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemenin ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Anayasanın 169 uncu maddesinin gerekçesinde de belirtildiği gibi maddenin birinci fıkrası doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için Devlete gereken tedbirleri alıp kanun koymayı ve bütün ormanların gözetimi ödevini getirmektedir. Ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilemeyeceği hususu da aynı maddenin üçüncü fıkrasında Anayasal bir hüküm olarak yer almaktadır. Benzer durum, Anayasanın 43, 44, 45, 56, 63 üncü maddelerinde kıyılar, toprak, tarım ve hayvancılık, sağlık ve çevre, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması için de söz konusudur.

Anayasanın 168 inci maddesinde de tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi, gözetim, denetim usul ve esasları ile yaptırımların yasada gösterileceği belirtilerek, Anayasanın koruma ve güvence altına aldığı alanlarla tabii servetlerin ve kaynakların aranması arasında bağlantı kurulmuş ve bütünlük sağlanmıştır. Bu bağlantı ve bütünlük, anayasal güvence ve korumanın istisnası değil tamamlayıcısıdır. 168 inci madde, tabii servet ve kaynaklarla ilgili özel düzenleme getirirken, Anayasanın diğer maddelerindeki güvence ve korumaya istisna getirmemiştir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

"Hukuk güvenliği ilkesi", hukuk devletinde uyulması zorunlu temel ilkelerden birini oluşturmaktadır. Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının ve insan haklarının yaşama egemen kılınmasının önkoşulu olan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

5995 Sayılı Kanun'la 3213 sayılı Yasanın 7 nci maddesine eklenen söz konusu iki fıkra, başta orman alanları, kıyılar, tarih kültür ve tabiat varlıkları olmak üzere, ülke için son derece önemli ve hassas alanları maden aramasına açabilme olanağını sağlamaktadır. İki fıkra halinde yapılan düzenleme, nihai aşamada tüm alanları başvuruya açık hale getirmek için yapılmıştır. Buna ek olarak, söz konusu hassas alanların ruhsat taleplerinin nasıl hak sağlayacağı da açık değildir. Hangi şartlar altında ruhsat taleplerinin hak sağlayacağının kanunda açıkça belirtilmesi gerekir. Ancak düzenlemede bu şartlar da ifade edilmemiştir.

Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi Anayasanın 2 nci 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,

Anayasanın bütünlüğü ve güvence altına aldığı düzenlemeler gözetilerek kullanması, asli düzenlemeyi yapıp çerçeveyi çizmesi gerekir.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen iki fıkra, Anayasanın 2 nci ve 168 inci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

4) 10.06.2010 Tarihli ve 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 3213 Sayılı Kanunun 7 nci Maddesine Eklenen, *"Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder"* Şeklindeki Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

Fıkranın birinci tümcesinde, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere izin verilmesi, "çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar"a bağlanmış, ikinci tümcesinde ise alınan izinlerin, temditler dahil ruhsat hukukunun sonuna kadar devam edeceği belirtilmiştir.

Yaban hayatın korunması ve geliştirilmesi insan müdahalesinin olmamasına bağlıdır. Oysa maden arama ve işletme işlemleri insan beyninin ürünü teknolojik araçlarla ve yaban hayata aykırı ilkelerle yürür. Maden arama ve işletme faaliyeti sırasında, aşırı tahribat oluşur, doğaya ve çevreye zarar verilir, doğal denge bozulur, maden işletmesine bağlı olarak çalışan makineler ve araçlar nedeniyle çevre ve gürültü kirliliği oluşur. Dolayısıyla yaban hayatı koruma ve geliştirme alanlarında maden arama ve işletme faaliyeti, yaban hayatın zarar görmesi anlamını taşır ve bölgenin yaban hayatını yok eder. Bu açıdan, esasen, yaban hayatı ve maden faaliyeti bir arada düşünülemez.

Yaban hayat, ülkenin doğasının bozulmamış halde korunması ile sağlanır. Ekosistemin ve doğanın aslî unsuru olan canlılar bir ülkenin tabiat varlığıdır. Bu anlamda, yaban hayatın korunması Anayasanın 63 üncü maddesi uyarınca koruma altındadır. Tabiat varlıklarının ve yaban hayatın korunması söz konusu madde uyarınca Devletin sağlamakla yükümlü olduğu bir görevdir. Öyle ki, Anayasa,

tarih ve kültür varlıklarında olduğu gibi tabiat varlıklarının korunmasında da, özel mülkiyet konusu olanlara bile sınırlama ve koruma getirmiştir. Başka bir anlatımla, tabiat varlıklarının ve buna bağlı olarak yaban hayatın korunmasında kamu ve özel mülkiyet ayrımı dahi yapılmamıştır. Anayasanın 168 inci maddesi kapsamında maden işlemlerinin yasayla düzenlenmesi halinde de 63 üncü maddenin gözetilmesi gerekir. Yaban hayatı geliştirme ve koruma sahalarında maden arama ve işletme faaliyetlerinin ve geçici tesislerin izninin çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslara bağlanması da söz konusu fıkranın Anayasaya aykırılığını ortadan kaldırmamakta, yasayla düzenleme ilkesi de ayrıca ihlal edilmektedir. Kaldı ki, yaban hayatı koruma yerine "alınan izinlere" koruma getirilmesi Anayasayla hiç bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesine eklenen, *"Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder"* şeklindeki fıkra Anayasanın 63 üncü ve 168 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

5) 10.06.2010 Tarihli ve 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 3213 Sayılı Kanunun 7 nci Maddesine Eklenen, *"Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yer altı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yer altı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur"* Şeklindeki Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

Fıkrada, yer altı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmayacağı; ancak, yer altı madencilik faaliyetine bağlı olarak gerekli olan "yerüstü tesisleri ile galeri ağzının isabet ettiği alan için" gerekli izinlerin alınması zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Maden arama faaliyetinden bazıları yeraltında, bazıları ise yer üstünde gerçekleşmektedir. Ayrıca, özellikle siyanür kullanılarak yapılan düşük tenörlü cevherlerde yığın liçi yöntemiyle altın elde etme işlemi gibi hem yer altını hem de üstünü etkileyen karma arama ve işletme faaliyeti de bulunmaktadır. Bu yöntemlerden özellikle ikinci ve üçüncüsü sırasında yer üstü doğa örtüsü zarar

görmektedir. Eğer yer üstünde orman alanı mevcutsa söz konusu orman alanı kesilmekte ve önemli bir çevresel zarar yaratılmaktadır. Ormanın kesilmesi içerisinde barınan hayvanların da telef olmasına ve doğal bitki örtüsünün tahrip olmasına neden olmaktadır. Ayrıca, doğanın ekolojik dengesi, başta su ve toprak yapısı olmak üzere birçok konuda yer altı ve yerüstü ayrımı yapılmasını olanaklı kılmamaktadır. Anayasanın 43, 44, 45, 56, 63, 169 uncu maddelerinde kıyılar, toprak, tarım ve hayvancılık, sağlık ve çevre, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunması da tıpkı su ve orman gibi yeraltı ve yerüstü bütünlüğünün gözetilmesi gereken konuların başında gelmektedir. Çoğu tarih ve kültür varlığı, doğal ve yaşamsal tarihten kaynaklanan nedenlerle yeraltında olma özelliği taşımaktadır.

Ancak, dava konusu fıkradaki hükümle, soyut ifadelerle, maden arama faaliyetine tekabül eden yüzey alanı için herhangi bir izin alınmasına gerek olmadığının ifade edilmesi ve sadece madencilik faaliyetine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için izin zorunluluğu getirilmesi su, toprak, tarım, sağlık, çevre, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ile ormanların korunmasını ve güvence altına alınmasını ortadan kaldırmaktadır. Yer altı madencilik faaliyetlerinin, yerüstüne etkisi konusunda hiçbir yasal önlem alınmamış, yeraltının, ekosisteme ve doğal hayata doğrudan vereceği zarar gözetilmemiştir. Ayrıca, yasa koyucu, yerüstü tesisleri veya galeri ağızlarının yaratacağı tahribatı önleyici önlemleri de almayarak anayasal gerekleri yerine getirmemiştir.

Bunlara ek olarak, Genel Müdürlükçe hangi yöntemi ve teknolojiyi kullanan ve hangi derinlikteki projelerin kabul edileceğine dair herhangi bir sınırlayıcı ifade bulunmamaktadır. Genel Müdürlüğe sınırları belirsiz, çerçevesi çizilmeden, esas ve ölçütleri getirilmeden, geniş bir takdir yetki sağlanmıştır. Doğal tahribata neden olabilecek, bu yolla vatandaşların sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının ihlal edilmesine yol açacak ve dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri ilgilendiren böyle bir yetkinin Genel Müdürlüğe tanınması ve bu yetkinin sınırlarının çizilmemiş olması yasama yetkisinin devredilemeyeceğini ifade eden Anayasanın 7 nci maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 3213 Sayılı Kanunun 7 nci maddesine eklenen, *"Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yer altı madencilik*

faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yer altı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur" şeklindeki fıkra Anayasanın 7 nci, 63 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

6) 10.06.2010 Tarihli ve 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile Değiştirilen, 3213 Sayılı Kanunun 7 nci Maddesinin Mevcut Dördüncü Fıkrasının *"İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır"* Şeklindeki Birinci Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

3213 sayılı Yasanın mevcut dördüncü fıkrasının 5995 sayılı Yasayla değiştirilen şeklinin birici tümcesinde, imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetlerinin, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılması öngörülmüştür.

Tümcede, soyut olarak, "yerel merci" sözcükleri kullanılmıştır. Bu sözcüklerin yerel yönetimleri (mahalli idareleri) nitelendirdiği anlaşılmaktadır. Tümceye göre, imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri için, bu alanlarda kendilerine yasayla görev ve yetki sorumluluğu verilen yerel yönetimlerden izin alınacaktır. Yerel yönetimler hukuku çerçevesinde bu izin müessesesi yerinde görülmekle birlikte, hangi madencilik faaliyetlerine hangi koşullarla izin verileceği, izin işleminin usul, esas ve ölçüleri, çerçevesi yasayla gösterilmemiş, ilgili yerel yönetimlere geniş kapsamlı, sınırız takdir yetkisi verilmiştir.

Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde ise yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür. Buna göre, Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma ve yasayla konulan kuralları değiştirme yetkisi verilemez. Yasal düzenlemeler ancak yasa koyucu tarafından kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.

Kuralda getirilen izin konusunda, yasa ile esasları belirlenmeden, çerçevesi çizilmeden, soyut ve belirsiz kavramlara dayanarak, idareye çok geniş yetkiler verilmektedir. Yasa'da açıkça düzenleme yoluna gidilmeden, imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri için, ilgili yerel merciye izin yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğini taşımaktadır. İdareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile değiştirilen, 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin mevcut dördüncü fıkrasının *"İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır"* şeklindeki birinci tümcesi Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

7) 10.06.2010 Tarihli ve 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesi ile 3213 Sayılı Kanunun 7 nci Maddesine Eklenen, Kurul'un Yapısı ve Karar Almasına İlişkin "Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının (…) yürütülür" Şeklindeki Fıkranın Birinci Tümcesinde Yer Alan *"… yatırımcı kurum ya da kuruluşun …"* ve İkinci Tümcesinde Yer Alan *"… yatırımcı kuruluşun …"* Sözcüklerinin Anayasaya Aykırılığı

7 nci maddeye, 5995 sayılı Yasayla ekleme yapılmadan önce, Kurul'un yapısı; "Anayasanın 128 inci 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 Anayasanın 2 nci ve 128 inci maddelerine aykırıdır" gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 15.01.2009 günlü, E.2004/70, K.2009/7 sayılı kararıyla iptal edilmiş ve bu iptal kararı üzerine Kurul'un yapısı Yasayla düzenlenmiştir.

Kurul, 3213 sayılı Yasanın 2 nci maddesine 5995 sayılı Yasayla eklenen tanıma göre, "Devlet Planlama Teşkilatının bağlı bulunduğu bakanın başkanlığında oluşturulan, maden işletme faaliyetleri ile diğer yatırımların kamu yararı açısından önceliğini ve önemini tespit ederek karar veren" kuruldur. Bu tanımda, Kurul kararlarının, maden işletme faaliyetleri ile diğer yatırımların "kamu yararı açısından önceliğini ve önemini tespit" amacına yönelik olduğu belirtilmekte, 5995 sayılı Yasayla 3213 sayılı Yasanın 7 nci maddesine eklenen fıkrada da, kurul tarafından alınan kararın, "kamu yararı yerine" geçeceği vurgulanmaktadır.

Asgari üç kişiden oluşacak Kurulun oluşumunda, Devlet Planlama Teşkilatının (DPT) bağlı olduğu bakan ile Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı (ETKB), iki üye olarak yer alırken, üçüncü üye, "yatırımcı kurum ya da kuruluşun" bağlı olduğu bakan ya da birden fazla bakan varsa, o bakanlardan oluşması öngörülmüştür.

Yatırımcı kurum ya da kuruluş, maden işletme faaliyeti ya da diğer yatırımları yapan kurum ya da kuruluştur. Yatırımcı kurum ya da kuruluş, yatırımda taraftır. Bu kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar da aynı durumda, taraftır. Yatırım için lehine karar verilmesi olası kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanların, Kurulda oy kullanma hakkının bulunması, aldığı karar "kamu yararı kararı" yerine geçen Kurulun kararlarının etkilenmesine, adalet ilkesinin zedelenmesine yol açar. Ayrıca, DPT'nin bağlı olduğu bakan ve ETKB ile sayısı iki olan ve en az üç kişiden oluşan Kurulun, yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakanın birden fazla olması halinde salt çoğunluk kararında da sorunlar yaşanacaktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk güvenliği, hukuk devletinin en önemli ilkeleri arasındadır.

Adaletli hukuk düzeni, hukuk devletinin en önemli ilkeleri arasındadır. Yasa koyucu, yaptığı düzenlemelerde adaletli hukuk düzenini korumak zorundadır. Kurulun Yasayla oluşturulması yeterli olmayıp, amacı kamu yararı olan Kurulun, oluşumunun da adaletli hukuk düzenini bozmaması gerekir.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesine Eklenen, Kurul'un yapısı ve karar almasına ilişkin "Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının (…) yürütülür" şeklindeki fıkranın birinci tümcesinde yer alan *"… yatırımcı kurum ya da kuruluşun …"* ve ikinci tümcesinde yer alan *"… yatırımcı kuruluşun …"* sözcükleri, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olup iptalleri gerekmektedir.

8) 10.06.2010 Tarihli ve 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 19 uncu Maddesi ile Değiştirilen, 6831 Sayılı Orman Kanununun 16 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının ve Aynı Maddeye Üçüncü Fıkrasından Sonra Gelmek Üzere Eklenen İki Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

a) 6831 sayılı Yasanın 16 ncı maddesinin, 5995 sayılı Yasayla değiştirilen birinci fıkrasının incelenmesi

Söz konusu birinci fıkra, "Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu; tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve altyapı tesislerine, fon bedelleri hariç, bedeli alınarak Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilir. Ancak, temditler dahil ruhsat süresince müktesep haklar korunmak kaydı ile Devlet ormanları sınırları içindeki tohum meşcereleri, gen koruma alanları, muhafaza ormanları, orman içi dinlenme yerleri, endemik ve korunması gereken nadir ekosistemlerin bulunduğu alanlarda maden aranması ve işletilmesi, Çevre ve Orman Bakanlığının muvafakatine bağlıdır. Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin; baraj, gölet, liman ve yol gibi yapılarda dolgu amaçlı kullanacağı her türlü yapı hammaddesi üretimi için yapacağı madencilik faaliyetleri ile zorunlu tesislerinden bedel alınmaz" şeklindedir.

Fıkranın üç tümcesiyle de, asıl olarak Devlet ormanları içinde, maden arama ve işletilmesinin yolu açılmakta, ancak tümcelerde belirtilen durumlara göre arama ve işletme yolu değiştirilmektedir. Devlet ormanları için bu düzenleme yapılırken, Devlet ormanı olamayan, orman alanları için düzenleme

yapılmamıştır. Orman Kanununun 4 üncü maddesinde ormanlar, (i) Devlet ormanları, (ii) Hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar ve (iii) Hususi ormanlar olarak üçe ayrılmıştır. Fıkrada, "Devlet ormanları" sözcükleri kullanılarak, diğer iki orman çeşidi kapsama alınmamıştır. Söz konusu alanlar, maden arama ve işletilmesinde, orman alanı olarak nitelendirilmediğine göre, sıradan mülk olarak algılanacak ve özel mülkte maden arama ve işletilmesinin kurallarına tabi tutulacaktır. Bu durumda, Devlet ormanları için yapılan düzenleme, diğer ormanlar için uygulanamayacaktır. Anayasanı 169 uncu maddesinde, ikinci fıkrada Devlet ormanları için yapılan düzenleme dışında ayrım yapılmamıştır. 169 uncu maddenin birinci fıkrasında, Devletin, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı, bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu belirtilmiştir. Üçüncü fıkrada da, ormanlara zarar verebilecek hiçbir faaliyet ve eyleme müsaade edilmez denilmiştir. 6831 sayılı Yasanın 16 ncı maddesinin 5995 sayılı Yasayla değişik birinci fıkrası, Devlet ormanları için alınan tedbiri, diğer ormanlar için almayarak Anayasanın 169 uncu maddesinin gereğini yerine getirmemiştir.

Öte yandan, fıkranın birinci tümcesinde, bedel alımı dışında hiçbir koşul ve çerçeve çizilmemiştir. "Çevre ve Orman Bakanlığınca (ÇOB) izin verilir" denilmek suretiyle, bedelin alınması halinde, ÇOB'nin izin vermesi zorunlu hale getirilmiş, Bakanlık bağlanmıştır. Ayrıca izinle ilgili esas, ölçüt ve sınırlama getirilmemiştir. Böylece, hem Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devletinin ilkelerine hem de Anayasanın 169 uncu maddesindeki ormanların korunması ve geliştirilmesine ilişkin gereklere uyulmamıştır.

İkinci tümcede ise, Devlet ormanları sınırları içindeki tohum meşcereleri, gen koruma alanları, muhafaza ormanları, orman içi dinlenme yerleri, endemik ve korunması gereken nadir ekosistemlerin bulunduğu alanlar, maden aramasına ve işletmesine açılmaktadır. Oysa söz konusu alanlar, ülke için önemleri nedeniyle söz konusu sıfatlarla belirlenmiş ve koruma altına alınmıştır. Bu bölgelerin maden arama ve işletmesine açılması, özel korumaya alınmış olmaları durumuyla çelişmektedir. Zira maden arama ve işletme faaliyeti söz konusu bölgelerin sıfatlarını yitirmelerine neden olacak yıkıcı bir etki yaratacaktır. Temditler dahil, ruhsat süresince müktesep hakların korunması ise, kendi içinde çelişki yaratmakta, Anayasanın 169 uncu maddesinin getirdiği korumayı yok saymaktadır.

Buna ek olarak, Çevre ve Orman Bakanlığı'nın söz konusu bölgelerde yapılacak maden arama ve işletme faaliyetine hangi şartlar altında muvafakat vereceği Yasada belirtilmemiştir. Oysa yasayla verilen yetkinin sınırlarının idareye böyle önemli bir konuda sonsuz bir takdir yetkisi vermesi mümkün değildir. Söz konusu yetkinin sınırlarının çizilmemiş olması yasama yetkisinin devredilemeyeceğini ifade eden Anayasanın 7 nci maddesine de aykırılık oluşturacaktır.

Fıkranın son tümcesinde, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin, baraj, gölet liman ve yol gibi yapılarda dolgu amaçlı kullanacağı her türlü yapı hammaddesinin üretimi için yapacağı madencilik faaliyetleri ile zorunlu tesislerinden bedel alınmayacağı belirtilmiştir ki, burada ormanların 169 uncu madde kapsamında korunması bir yana, kapsamdaki kamu idarelerine orman tahribatının yolu açılmaktadır. Bu tür faaliyetlerden bedel alınıp alınmaması dahi tahribatı önlemek için zaten yeterli değildir.

Söz konusu birinci fıkrayla getirilen düzenleme, 3213 sayılı Yasanın değişik 7 nci maddesindeki, Devlet ormanları içinde yapılacak maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için zorunlu ve ruhsat süresine bağlı olarak yapılan geçici tesislere 6831 sayılı Yasanın hükümlerine göre izin verilmesi kuralını da etkisiz hale getirmektedir.

Fıkra, Anayasanın 169 uncu maddesindeki kamu yararı ilkesini de yok saymaktadır. Kaldı ki, yasa koyucu, 6831 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine 5995 sayılı Yasayla eklediği iki fıkranın birincisinde, "Madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanları" sözcüklerini kullanmak suretiyle, madencilik faaliyetleri sonunda orman alanlarının doğal yapısının bozulacağını kendisi de itiraf etmiş ve bunu yasa maddesi yapmaktan kaçınamamıştır. Fıkranın Anayasanın 169 uncu maddesine aykırılığı, Yasanın bu düzenlemesiyle de teyit edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 19 uncu maddesi ile değiştirilen, 6831 sayılı Orman Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 169 uncu maddelerine aykırıdır.

b) 6831 sayılı Yasanın 16 ncı maddesine, üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere 5995 sayılı Yasayla eklenen iki fıkranın incelenmesi

Söz konusu iki fıkranın birincisinde, *"Madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanları rehabilite edilir. Rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için büyükşehir mücavir alanlarında büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine bedeli karşılığında izin verilebilir"* denilmiştir.

Kuralda, madencilik faaliyetleri sonunda orman alanlarının doğal yapısını bozulacağı yasa koyucu tarafından da kabul edilmiş ve bu alanların rehabilite edilmesinden söz edilmiştir. Rehabilite edilmeden ne kastedildiği anlaşılamamaktadır. Rehabilite tek başına soyut bir kavramdır. Madencilik faaliyetiyle yaratılan doğal yıkımın hangi yollarla telafi edilebileceğinin kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde maden işletmesini gerçekleştiren şirketin yasal zorunluluğunu bilmesi ve bunu gerçekleştirmesi mümkün olmayacak ve buna ek olarak, söz konusu hükmün denetimini yapacak idareye de geniş bir takdir yetkisi bırakılmış olacaktır. Bu durum, yasama yetkisinin devredilemeyeceğini ifade eden Anayasanın 7 nci maddesine, hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını ifade eden Anayasanın 6 ncı maddesine aykırıdır.

Söz konusu alanların rehabilitesi amacıyla belediyelere bedeli karşılığında izin verilmesi ise tam anlamıyla belirsizlik içermektedir. Belediyelerin bu alanlarda neyi nasıl yapacağı belli olmadığı gibi, ağaçlandırmaya hazır hale getirme işlemi de açık değildir. Ormanların ekolojik dengesi ve toprak yapısıyla, inşaat, yıkıntı ve harfiyat atıklarının orman alanın ile uyumu ve bunun denetimi de yasal güvence altına alınmamıştır. Eklenen ikici fıkrada ise maddenin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esaslar yönetmeliğe bırakılarak, esasları belirlenmeyen, çerçevesi çizilmeyen bir alanda yasama yetkisinin devrine yol açılmıştır.

Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği; 8 inci maddesinde ise yürütme yetki ve görevinin Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılacağı ve yerine getirileceği öngörülmüştür. Buna göre, Anayasada yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık

durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma ve yasayla konulan kuralları değiştirme yetkisi verilemez. Yasal düzenlemeler ancak yasa koyucu tarafından kaldırılabilir ya da değiştirilebilir.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir.

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

Öte yandan, Anayasanın 168 inci 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.

Açıklanan nedenlerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 19 uncu maddesi ile değiştirilen, 6831 sayılı Orman Kanununun 16 ncı maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen iki fıkra Anayasanın 2 nci, 7 nci, 168 inci ve 169 uncu maddelerine aykırı olup iptalleri gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Hukuk devletine aykırı olan, temel hak ve özgürlükleri ölçüsüzce sınırlandıran ve Anayasaya açıkça aykırı olan bir düzenlemenin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi olanaksız zararlara yol açacağı çok açıktır.

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

Söz konusu hükümlerin uygulanması halinde madencilik faaliyetleri Anayasanın amir hükümlerine karşın güvencesiz olarak yapılacak, başta orman alanları olmak üzere, çevreye, doğaya, toprağa, suya, tabiat, tarih ve kültür varlıklarına zarar verecek, öngörülemeyecek ve giderilemeyecek büyük kayıplara sebebiyet verebilecektir.

Anayasanın hükümlerine açıkça aykırılık taşıdığı muhakkak olan bu düzenlemenin uygulamaya geçmesi durumunda ise telafisi imkansız zararlar doğacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 10.06.2010 tarihli ve 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 2 nci maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 3 üncü maddesine eklenen *"Muhammen Bedel: I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate*

alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedeli" şeklindeki muhammen bedel tanımının, Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 168 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 63 üncü ve 168 inci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen *"Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir"* ve *"Bu alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması halinde iki ay içinde harç ve teminatın yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için müracaat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde izin alınması durumunda Kanunun 16 ncı maddesine göre ruhsat düzenlenir, izin alınamaması halinde müracaat reddedilir. Müraacat alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16 ncı maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenlenir. Aksi halde tüm müracaat alanı bu süre sonunda müracaatlara açık hale gelir"* şeklindeki iki fıkranın, Anayasanın 2 nci ve 168 inci maddelerine aykırı olduklarından,

4) 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesine eklenen, *"Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder"* şeklindeki fıkranın, Anayasanın 63 üncü ve 168 inci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesine eklenen *"Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yer altı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yer altı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur"*

şeklindeki fıkranın, Anayasanın 7 nci, 63 üncü ve 169 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

6) 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesine eklenen, mevcut dördüncü fıkranın *"İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır"* şeklindeki birinci tümcesinin, Anayasanın 2 nci ve 7 nci maddelerine aykırı olduğundan,

7) 3 üncü maddesi ile 3213 sayılı Kanunun 7 nci maddesine eklenen, Kurul'un yapısı ve karar almasına İlişkin "Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının (…) yürütülür" şeklindeki fıkranın birinci tümcesinde yer alan *"… yatırımcı kurum ya da kuruluşun …"* ve ikinci tümcesinde yer alan *"… yatırımcı kuruluşun …"* sözcüklerinin, Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğundan,

8) 19 uncu maddesi ile değiştirilen 6831 sayılı Orman Kanununun 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının ve aynı maddeye üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen iki fıkranın, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 168 inci ve 169 uncu maddelerine aykırı olduklarından,

iptallerine, Anayasaya açıkça aykırı olmaları ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. 20.08.2010"

B- Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir :

"TEMA, Türkiye Erozyonla Mücadele, Ağaçlandırma ve Doğal Varlıkları Koruma Vakfı vekili Av. Ömer Aykul tarafından, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığına karşı 6.11.2010 gün ve 27751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin 4. maddesinin 1. fıkrasının (cc) bendi, 11. maddesinin 2. fıkrası, 24. maddesinin 1. ve 2. fıkraları, 39. maddesinin 2. fıkrası, 111. maddesinin 2. fıkrası, 116. maddesinin 1., 2., 4. ve 6. fıkraları, 119. maddesinin 1. fıkrası, 120. maddesinin 1. fıkrası, 123. maddesinin 1. fıkrası, 124. maddesinin 1. fıkrası, 125. maddesinin 1. fıkrası ve 126. maddesinin 1. ve 2. fıkralarının iptali ile 24.6.2010 gün ve 27621 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 5995 sayılı Kanunun 3., 11. ve 19. maddelerinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine gönderilmesi istemi üzerine açılan dosya incelendi ve gereği düşünüldü.

Davacı tarafından, 5995 sayılı Yasanın 3., 11. ve 19. maddelerinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine gönderilmesi istenilmişse de, anılan Yasanın 3. maddesinin 10. ve 14. fıkrasındaki "Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Kurula katılır. Kurul, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanır" ibareleri yönünden incelemeye geçildi.

5995 sayılı Kanunun 3. maddesinin 10. fıkrasında, (3213 sayılı Maden Kanununun 7. maddesinin 9. fıkrası) "maden üretim faaliyetleri ile bu faaliyetlere dayalı ruhsat sahasındaki tesisler için işyeri açma ve çalışma ruhsatları il özel idareleri tarafından verilir. Bu ruhsatların verilmesi sırasında 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu hükümlerine göre belediyelerin tahsil ettiği işyeri açma izni harcı il özel idaresi tarafından tahsil edilir. Bu bedelin % 50'si ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılmak üzere, doğrudan ilgili ilçe veya ilçelerin Köylere Hizmet Götürme Birlikleri hesabına aktarılır. Bu alanların belediyelerin mücavir alanı içerisinde kalması durumunda tahsil edilen harcın % 50'si ilgili belediyenin hesabına aktarılır." hükmü yer almıştır.

Anayasanın "Mahalli idareler" başlıklı 127. maddesinin 1. fıkrasında, mahalli idarelerin tanımı yapılmış, 2. fıkrasında da mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Bu hükme uygun olarak hazırlanan ve 13.7.2005 gün ve 25874 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5393 sayılı Yasanın belediyenin yetki ve imtiyazlarını düzenleyen 15. maddesinin (I) bendinde, "gayrisıhhi müesseseler ile umuma açık istirahat ve eğlence yerlerini ruhsatlandırmak ve denetlemek" belediyenin yetki ve imtiyazları arasında sayılmış, aynı maddenin (p) bendinin 2. fıkrasında da "(I) bendinde belirtilen gayrisıhhi müesseselerden birinci sınıf olanların ruhsatlandırılması ve denetlenmesinin, Büyükşehir ve il merkez belediyeleri dışındaki yerlerde il özel idaresi tarafından yapılacağı düzenlenmiş, 4.3.2005 gün ve 25475 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5302

sayılı Yasanın il özel idaresinin yetki ve imtiyazlarını düzenleyen 7. maddesinin (g) bendinde de belediye sınırları dışındaki gayrisıhhi müesseseler ile umuma açık istirahat ve eğlence yerlerine ruhsat vermek ve denetlemek il özel idaresinin yetki ve imtiyazları arasında sayılmıştır.

Yukarıda anılan Yasa hükümlerine bakıldığında, gayrisıhhi müesseselerin ruhsatlandırılması ve denetlenmesinde, anılan müesseselerin belediye sınırları içinde ya da dışında olmalarına göre belediyelerin ya da il özel idarelerinin yetkili olduğu konusunda bir ayrıma gidildiği anlaşılmaktadır.

Oysa, 5995 sayılı Kanunun 3. maddesinin 10. fıkrasında, (Maden Kanununun 7. maddesinin 9. fıkrası) yukarıda anılan 5393 ve 5302 sayılı Yasaların anılan maddelerindeki ayrıma gidilmeden, maden üretim faaliyetleri ile bu faaliyetlere dayalı ruhsat sahasındaki tesisler için işyeri açma ve çalışma ruhsatlarının belediye sınırları içinde ya da dışında olduğuna bakılmaksızın, il özel idareleri tarafından verileceği hükme bağlandığından, bu haliyle anılan düzenlemenin Anayasanın 127. maddesine aykırı olduğu kanısına varılmıştır.

Anayasanın 128/1. maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 15.1.2009 gün ve E:2004/70, K:2009/7 sayılı kararı ile 3213 sayılı Maden Kanununun 5177 sayılı Kanun ile değişik 7. maddesinin 8. fıkrası iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda anılan kararıyla Maden Kanununun 7. maddesinin 8. fıkrasını, Kurulu 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 bırakılmasının Anayasanın 2. ve 128. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir, iptal kararının gerekçesinde, Kurulu oluşturan kişilerin kimlerden oluşacağını tartışarak, bu kişilerin yapacakları görevlerin, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerden olması nedeniyle, ancak memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yerine getirileceğini de vurgulamıştır.

Oysa, iptal edilen 8. fıkranın yerine düzenlenen fıkrada da, Kurulun bakanlardan oluşacağı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararında açıkça belirtildiği üzere, Kurulun yapacağı işler nedeniyle, Anayasanın 128. maddesine göre, Kurulun, Devletin genel idare esaslarına göre yürütmekte olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri yürütecek kişilerden oluşması gerekirken, düzenlemenin bu gerekliliğe uyulmadan yasalaştırıldığı görülmektedir.

Anayasanın 109. maddesinin 3. fıkrasında, Bakanların, Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri veya milletvekili seçilme yeterliğine sahip olanlar arasından Başbakanca seçilip, Cumhurbaşkanınca atanacağı hükmü karşısında, Bakanların Devletin yürütmekte olduğu kamu hizmetlerinde asli ve sürekli görev yapan kişilerden olmadığı açıktır.

Bu durumda, 5995 sayılı Kanunun 3. maddesinin 14. fıkrasındaki (Maden Kanununun 7. maddesinin 17. fıkrasındaki) anılan ibarenin Anayasanın 128. maddesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Yukarıda, yer alan açıklamalar karşısında, 5995 sayılı Kanunun 3. maddesinin 10. fıkrasının (3213 sayılı Kanunun 7. maddesinin 9. fıkrası), ve 14. fıkrasındaki (3213 sayılı Maden Kanununun 7. maddesinin yeniden düzenlenen 17. fıkrasındaki) "Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan, bakanlıklar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı kurula katılır. Kurul "Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanır." ibaresinin Anayasanın 127. ve 128. maddelerine aykırı olduğu, ayrıca 14. fıkranın Anayasa Mahkemesinin yukarıda anılan kararına uygun olmadığı kanısına varıldığından, anılan fıkraların iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, 06.11.2010 gün ve 27751 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin iptali istenilen hükümlerinin incelenmesi için Anayasa Mahkemesi kararının beklenilmesine, 17.10.2011 gününde oybirliği ile karar verildi."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

1- 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi ile 4.6.1985 günlü 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3. maddesine eklenen iptali istenilen "Muhammen Bedel" tanımı şöyledir:

"**Muhammen Bedel: (Ek: 10/6/2010-5995/2 md.) I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedeli."**

2- 5995 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile düzenlenen, değiştirilen ve eklenen, 3213 sayılı Kanun'un iptali istenilen ibare, cümle ve fıkraları da içeren 7. maddesi şöyledir:

"Madde 7- (Değişik: 26/5/2004 – 5177/3 md.)

(İptal birinci fıkra: Anayasa Mahkemesi'nin 15/1/2009 tarihli ve E.: 2004/70, K.: 2009/7 sayılı Kararı ile.; Yeniden düzenleme: 10/6/2010-5995/3 md.) **Madencilik faaliyetlerinin yapılması ve ruhsatlandırma işlemlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak yeni verilecek ruhsat alanlarına maden işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge, madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususlar dikkate alınarak, temdit talepleri dahil ruhsat verilen alanlarda kazanılmış haklar korunmak kaydıyla, ilgili kurumların görüşleri alınarak Bakanlık tarafından kısıtlama getirilebilir. İlk müracaat veya ihale yolu ile yapılacak ruhsatlandırmalarda müracaatın yapılacağı alanlar diğer kanunlar ile getirilen kısıtlamalar gözönüne alınarak Bakanlıkça ruhsat müracaatına kapatılabilir. Kısıtlama gerekçesi ortadan kalkan alanlar ihale yoluyla aramalara açılır. Bu Kanun dışında madencilik faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü kısıtlama ancak kanun ile düzenlenir.**

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanlar, 1

inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Bu alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması halinde iki ay içinde harç ve teminatın yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için müracaat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde izin alınması durumunda Kanunun 16 ncı maddesine göre ruhsat düzenlenir, izin alınamaması halinde müracaat reddedilir. Müraacat alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16 ncı maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenlenir. Aksi halde tüm müracaat alanı bu süre sonunda müracaatlara açık hale gelir.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Devlet ormanları içinde yapılacak maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için zorunlu ve ruhsat süresine bağlı olarak yapılan geçici tesislere 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine göre izin verilir.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yeraltı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yeraltı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Madencilik faaliyeti yapılan alanların, izne tabi alan olmaları halinde, ilgili olduğu kanun hükümlerine göre gerekli izinlerin alınması zorunludur. Ancak, Genel Müdürlükçe işletme ruhsatı

verildikten sonra, işletme ruhsat alanının diğer kanunlara göre izne tabi alan haline gelmesi durumunda ilgili kanunların öngördüğü yükümlülüklerin yerine getirilmesi suretiyle kazanılmış haklar korunarak faaliyetler sürdürülür. Diğer kanunlara göre izne tabi alanlar, Genel Müdürlüğün görüşü alınarak belirlenir.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Kazanılmış haklar korunmak kaydıyla içme ve kullanma suyu rezervuarının maksimum su seviyesinden itibaren 1000-2000 metre mesafe genişliğindeki şeritte galeri usulü patlatma yapılmaması, alıcı ortama arıtma yapılmadan doğrudan su deşarj edilmemesi şartıyla çevre ve insan sağlığına zarar vermeyeceği bilimsel ve teknik olarak belirlenen maden arama ve işletme faaliyetleri ile altyapı tesislerine izin verilir. 2000 metreden sonraki koruma alanı içinde çevresel etki değerlendirmesi raporuna göre yapılması uygun bulunan maden istihracı ve her türlü tesis yapılabilir. Ancak faaliyet sırasında alıcı ortama yapılacak deşarjlarda ilgili yönetmelikte belirtilen limitlere uyulması zorunludur.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) **Maden üretim faaliyetleri ile bu faaliyetlere dayalı ruhsat sahasındaki tesisler için işyeri açma ve çalışma ruhsatları il özel idareleri tarafından verilir. Bu ruhsatların verilmesi sırasında 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu hükümlerine göre belediyelerin tahsil ettiği işyeri açma izni harcı il özel idaresi tarafından tahsil edilir. Bu bedelin % 50'si ruhsatın bulunduğu bölgeyle sınırlı olarak altyapı yatırımlarında kullanılmak üzere, doğrudan ilgili ilçe veya ilçelerin Köylere Hizmet Götürme Birlikleri hesabına aktarılır. Bu alanların belediyelerin mücavir alanı içerisinde kalması durumunda tahsil edilen harcın % 50'si ilgili belediyenin hesabına aktarılır.**

İlgili bakanlıkların mevzuatı gereği yapacakları inceleme ve denetimlerde; ruhsat alanlarında ilgili Kanun 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.

(Değişik dördüncü fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) **İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır.** Ruhsat alındıktan sonra imar alanları içine alınan maden sahalarına bu hüküm uygulanmaz. İmar planı bulunmayan alanlarda yapılan veya yapılacak olan madencilik faaliyetleri ile bu faaliyetlere bağlı geçici tesisler ve bunların müştemilatı için imar planı yapılmaz. İşletme ruhsatları çevre düzeni ve imar planları notuna işlenir. İmarsız alanlarda yürütülen madencilik faaliyetleri için gerekli olan geçici tesisler ve bunların müştemilatı, inşaat ve yapı kullanma iznine tabi değildir. Ancak, yapıların fen ve sağlık kurallarına uygun olması ve ilgili il özel idaresine bildirilmesi zorunludur. İmarsız alanlarda yürütülen madencilik faaliyetleri için gerekli olan geçici tesisler ve bunların müştemilatı niteliğindeki yapıların, ruhsat sahibi tarafından madencilik faaliyetinin sonlandırılmasını müteakip bir yıl içinde kaldırılması, bunlardan çevresel etki değerlendirmesi olumlu kararı alınmış olanların, çevresel etki değerlendirmesi raporunda belirtildiği şekli ile her iki alanda da yol, su, haberleşme, enerji nakil hattı, bant konveyör, havai hat ve kuyu tesislerinin ilgili idarenin onayı ve talebi doğrultusunda bedelsiz olarak kalmasına izin verilebilir. Diğerlerinin ise süresinde yerinden kaldırılması veya çevre ile uyumlu hale getirilmesi zorunludur. Ruhsat sahibinin bu yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde, çevre ve insan sağlığı bakımından sorumlulukları devam eder. Ruhsat sahibi tarafından yapılması gereken işlemler valilik veya ilgili idare tarafından yerine getirilerek yapılan masraflar 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

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.

(Değişik yedinci fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Madencilik faaliyetleri ile Devlet ve il yolları, otoyollar, demir yolları, havaalanı, liman, baraj, enerji tesisleri, petrol, doğalgaz, jeotermal boru hatları, su isale hatları gibi kamu yararı

niteliği taşıyan yatırımların birbirlerini engellemesi, maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, yatırım için başka alternatif alanların bulunamaması durumunda, madencilik faaliyeti ve yatırımla ilgili karar, Kurul tarafından verilir.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Herhangi bir yatırım yapılmamış I. Grup madenler, mıcır, kaba inşaat, baraj, gölet, liman, yol gibi yapılarda kullanılan her türlü yapı hammaddeleri için verilen ruhsatlar ile görünür rezervi belirlenmemiş diğer grup maden ruhsat sahaları ile çakışan aynı yerdeki diğer yatırımlara Genel Müdürlükçe izin verilir. Ruhsatlı sahalarda görünür rezervi belirlemek üzere yapılan sondaj, kuyu, galeri, desandre gibi işler için yapılan yatırımların ve maden varlığının belgelenmesi durumunda tespit edilen görünür rezerv alanı dışındaki alanlar için, diğer yatırımların madencilik faaliyetlerini engellemeyeceğine Genel Müdürlükçe karar verilmesi halinde diğer yatırım için izin verilir. Bu alanlarda ruhsat sahibi tarafından yapılmış yatırımı etkileyen bir husus var ise bu alanla ilgili karar Kurul tarafından verilir. İşletme ruhsat alanı içerisinde ancak işletme izni veya görünür rezerv alanı dışındaki bir alanda diğer yatırımlara Genel Müdürlükçe izin verilebilir. Yatırımın işletme izni veya görünür rezerv alanı ile çakışması durumunda, Kurul tarafından karar verilir. Arama ruhsatı döneminde hiçbir yatırım yapılmamış ise diğer yatırımlara engel teşkil etmez.

(İptal sekizinci fıkra: Anayasa Mahkemesi'nin 15/1/2009 tarihli ve E.: 2004/70, K.: 2009/7 sayılı Kararı ile.; Yeniden düzenleme: 10/6/2010-5995/3 md.) **Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak, yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı Kurula katılır. Kurul, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanır** ve kararlarını üye tamsayısının salt çoğunluğuyla alır. Kurul tarafından alınan karar, kamu yararı kararı yerine geçer. Kurulun sekretaryası, Genel Müdürlük tarafından yürütülür.

(Değişik dokuzuncu fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Kurul tarafından verilecek kararlarda; görünür rezerv alanı ile diğer yatırımın çakışması halinde

öncelikle madenin makul bir sürede üretilebilme imkanının olup olmadığı, ara ve uç ürüne yönelik madenciliğe dayalı sanayi tesislerinin hammadde ihtiyacını karşılayan ruhsatlı sahalarda, tesisin hammadde ihtiyacını karşılayacak şekilde alternatif alanların bulunup bulunmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılır.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Kurul tarafından gerekli görülmesi halinde hazırlatılan rapor, danışmanlık ücretleri, yolluk, gündelik ve benzeri tüm harcamalar yatırımcı tarafından karşılanır. Ayrıca, yatırımlar 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.

(Değişik onbirinci fıkra: 10/6/2010-5995/3 md.) Çevresel etki değerlendirmesi ile ilgili karar, işyeri açma ve çalışma ruhsatı, mülkiyet izni olmadan veya on üçüncü fıkraya aykırı faaliyette bulunulduğunun tespiti halinde ruhsat teminatı irad kaydedilerek bu alandaki faaliyet durdurulur. Bu ihlallerin üç yıl içinde üç kez yapıldığının tespiti halinde ise teminat irad kaydedilerek ruhsat iptal edilir."

3- 5995 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle değiştirilen ve eklenen, 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun iptali istenilen fıkraları da içeren 16. maddesi şöyledir:

"Madde 16- (Değişik birinci fıkra: 10/6/2010-5995/19 md.) Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu; tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve altyapı tesislerine, fon bedelleri hariç, bedeli alınarak Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilir. Ancak, temditler dahil ruhsat süresince müktesep haklar korunmak kaydı ile Devlet ormanları sınırları içindeki tohum meşcereleri, gen koruma alanları, muhafaza ormanları, orman içi dinlenme yerleri, endemik ve korunması gereken nadir ekosistemlerin bulunduğu alanlarda maden aranması ve işletilmesi, Çevre ve Orman Bakanlığının muvafakatine bağlıdır. Genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin; baraj, gölet, liman ve yol gibi yapılarda dolgu amaçlı kullanacağı her türlü yapı hammaddesi üretimi için yapacağı madencilik faaliyetleri ile zorunlu tesislerinden bedel alınmaz.

Ruhsatname veya imtiyaz almış olanlarla, ruhsatname veya imtiyaz alacaklar, işe başlamadan evvel çalışma sahalarını orman idaresine haber vermeye ve ormana zarar gelebilecek hallerde, orman idaresinin göstereceği tedbirleri almaya ve yapmaya mecburdurlar.

(Ek fıkra: 26/5/2004-5177/34 md.) Madencilik faaliyetlerinin ve faaliyetlerle ilgili her türlü yer, yol, bina ile tesislerin hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda veya özel ormanlarda yapılmak istenmesi halinde Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verilebilir. Bu takdirde kullanım bedeli, kullanım süresi, yapılan bina ve tesislerin devri gibi hususlar genel hükümlere uygun olarak taraflarca tespit edilir.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/19 md.) Madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanları rehabilite edilir. Rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için büyükşehir mücavir alanlarında büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine bedeli karşılığında izin verilebilir.

(Ek fıkra: 10/6/2010-5995/19 md.) Maddenin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esaslar yönetmelikle düzenlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde ve başvuru kararında Anayasa'nın 2., 7., 63., 127., 128., 168. ve 169. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, E.2010/85 sayılı dosyanın 22.9.2010 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2011/135 sayılı dosyanın 12.1.2012 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, 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.

Başvuran Mahkeme, 10.6.2010 günlü, 5995 Sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkranın iptalini istemiştir.

Başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu dava, Madencilik Faaliyetleri Uygulama Yönetmeliğinin 4. maddesinin birinci fıkrasının (cc) bendi, 11. maddesinin ikinci fıkrası, 24. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları, 39. maddesinin ikinci fıkrası, 111. maddesinin ikinci fıkrası, 116. maddesinin birinci, ikinci, dördüncü ve altıncı fıkraları, 119. maddesinin birinci fıkrası, 120. maddesinin birinci fıkrası, 123. maddesinin birinci fıkrası, 124. maddesinin birinci fıkrası, 125. maddesinin birinci fıkrası ve 126. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının iptali ve yürütmelerinin durdurulması istemine ilişkindir. İtiraz konusu kuralın uygulanacak kural olabilmesi için dava konusu yönetmeliğin iptali istenen hükümleri ile dayanak ve içerik yönünden ilgisinin bulunması gerekmektedir. Ancak, itiraz konusu 5995 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkranın, yönetmeliğin iptali istenen hükümleri ile dayanak ve içerik açısından bir bağlantısı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, kuralın uygulanacak kural olmadığı açıktır.

Bu nedenle,

1- 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkranın, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkraya ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının *"Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak, yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı Kurula katılır. Kurul, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanır …"* bölümünün esasının incelenmesine,

12.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının *"Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak, yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı Kurula katılır. Kurul, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanır …"* bölümünün iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2010/85 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, 2011/135 esas sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2010/85 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 26.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi, başvuru kararı ve ekleri, Anayasa Mahkemesi Raportörü Ayşegül ATALAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin raporlar, iptal ve itiraz konusu Yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kanun'un 2. Maddesiyle 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3. Maddesine Eklenen "Muhammen Bedel" Tanımının İncelenmesi

Dava dilekçesinde; iptali istenilen hükümle üçüncü kişilere ruhsat verilirken bedel alınmasının yolunun açıldığı, tanımda belirtilen muhammen bedelin niteliğinin açık olarak anlaşılamadığı, muhammen bedelin belirlenmesinin hiçbir esas, ilke ve ölçüt belirlenmeden il özel idaresine bırakıldığı, kuralda yasa ile düzenleme zorunluluğuna uyulmadığı belirtilerek, iptali istenilen tanımın Anayasa'nın 2., 7. ve 168. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda muhammen bedelin tanımı yapılarak, I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedel olduğu belirtilmektedir.

Muhammen bedelin belirleneceği 1. Grup (a) bendinde gösterilen madenler, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 2. maddesine göre, inşaat ile yol yapımında kullanılan ve tabiatta doğal olarak bulunan kum ve çakıldır.

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. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi de 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.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gereklidir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmektedir. 8. maddesinde de, "*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*" denilmiştir. Buna göre, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi 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. Yasa koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla özel bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir.

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.

Muhammen bedel, 3213 sayılı Kanun'un 16. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca 1. Grup (a) bendi madenlerin özel mülkiyete tabi alanlarda bulunması ve mülk sahibinin izninin alınması halinde üçüncü şahıslara ruhsat verilmesi için alınacak bir bedel olup, aynı grup madenlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki alanlarda bulunması halinde alınması gereken ihale bedeli ile benzer nitelikte olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasa, yasa koyucuya, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda madencilik faaliyetleri konusunda düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Ayrıca, Anayasa'nın 168. maddesi hükmü gereği, tabiî servetler ve kaynaklar Devletin

hüküm ve tasarrufu altında olup, bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. İptali istenilen kural, üçüncü kişilerin özel mülkiyete tâbi alanlarda mülk sahibinden izin alınması halinde l. Grup (a) bendi madenleri işletebilmelerini sağlamak ve uygulamada bu yöndeki boşluğu gidermek, ayrıca, özel mülkiyete tâbi alanlar dışındaki yerlerin ihale edilerek ruhsat verilmesi işlemi ile özel mülkiyete tâbi alanlarda üçüncü kişilere, herhangi bir bedel alınmaksızın ruhsat verilmesinin haksız bir uygulama olacağı düşüncesiyle kamu yararı amacıyla çıkarılmıştır. Bu nedenle, muhammen bedelin tanımının yapılması anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirindedir. Bunun yanında, yukarıda belirtilen amaç doğrultusunda l. Grup (a) bendi madenler için, özel mülkiyete tabi alanlarda mülk sahibinin izninin alınması halinde üçüncü kişilerin madencilik faaliyetinde bulunmasına imkân sağlayan ve Yasada düzenlenen bu hüküm Anayasa'nın 168. maddesinin de bir gereğidir.

Ayrıca iptali istenilen kuralda; muhammen bedelin, hangi yerlerde, hangi madenler için, hangi koşullar altında, kim tarafından belirleneceği ve bu bedel belirlenirken hangi kriterlerin değerlendirileceği açık, net, anlaşılır ve nesnel bir şekilde belirtildiğinden, kuralda belirsizlik ve hukuk devletine aykırılık bulunmamaktadır.

İptali istenilen kuralda tanımı yapılan muhammen bedel, çıkarılacak olan madenin cinsine, rezervine ve bulunduğu yere göre değişebilecek nitelikte olup, bu bedelin belirlenmesi teknik ve uzmanlık gerektiren işlerdendir. Bu bağlamda, kuralda temel ilkeler ve sınırlar gösterilerek çerçeve çizildikten sonra, ayrıntı ve uzmanlık gerektiren hususları düzenleme yetkisinin idareye verilmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 7. ve 168. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

B- Kanun'un 3. Maddesiyle 3213 Sayılı Kanun'un 7. Maddesinin Yeniden Düzenlenen Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde; iptali istenilen kural ile madencilik yapılacak, kısıtlanacak ve yasaklanacak alanların Bakanlıkça belirlenmesi, kısıtlama gerekçesi ortadan kalkan alanların ihale yoluyla aramalara açılması konularında Bakanlığa geniş ve soyut takdir yetkisinin verildiği, bu takdir yetkisi kullanılırken kuralda belirtilen hususların Bakanlıkça dikkate alınmasının bu takdir

yetkisinin verilmesini yasayla düzenleme haline getirmek için yeterli olmadığı, Anayasa'nın 168. maddesi uyarınca, tabii servet ve kaynaklarla ilgili gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken usul ve esasların yasayla düzenlenmesinin zorunlu olduğu, kuralın belirli olmadığı da belirtilerek, Anayasa'nın 2., 7., 63. ve 168. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralın birinci cümlesinde, madencilik faaliyetlerinin yapılması ve ruhsatlandırma işlemlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak yeni verilecek ruhsat alanlarına maden işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge, madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususlar dikkate alınarak, temdit talepleri dahil ruhsat verilen alanlarda kazanılmış haklar korunmak kaydıyla, ilgili kurumların görüşleri alınarak Bakanlık tarafından kısıtlama getirilebileceği, ikinci cümlesinde; ilk müracaat veya ihale yolu ile yapılacak ruhsatlandırmalarda müracaatın yapılacağı alanların diğer kanunlar ile getirilen kısıtlamalar göz önüne alınarak Bakanlıkça ruhsat müracaatına kapatılabileceği, üçüncü cümlesinde kısıtlama gerekçesi ortadan kalkan alanların ihale yoluyla aramalara açılacağı, son cümlesinde ise Maden Kanun'u dışında madencilik faaliyetleri ile ilgili olarak yapılacak her türlü kısıtlamanın ancak kanun ile düzenleneceği öngörülmektedir.

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.

Hukuk devleti ilkesinin gereği olan kazanılmış haklara saygı, aynı zamanda hukukun genel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Kazanılmış hak, özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında genel olarak, 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.

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında da belirtildiği üzere, 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.

İptali istenilen kuralın birinci cümlesindeki düzenleme ile ülkemizdeki özel ve madencilik yapılmaması baştan belli olan alanlara ruhsat verilmesinin önceden önlenmesi, çeşitli şekilde özel önem arzeden bu yerler ile bu gibi yerlerde daha önce izin almış olan madencilerin kazanılmış haklarının da korunmasının amaçlandığı, ikinci cümlesi ile izne tâbi olan yerlere başvuru yapılıp, bu yerlere sürekli olarak izin verilmemesi hallerinde diğer kanunlarda belirtilen kısıtlamalar göz önüne alınarak bu yerleri ruhsat müracaatına kapatarak, gereksiz yere emek, zaman kaybı ve masraf yapılmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı, üçüncü cümlesi ile; kısıtlama gerekçesi ortadan kalkan alanlarda maden bulunma olasılığının yüksek olması nedeniyle haksız uygulama ve haksız kazançları engellemek için ilk müracaat usulü değil, yarışma usulü olan ihale yöntemi öngörülerek kamu yararının amaçlandığı, son cümlesi ile de; madenciliğin diğer sektörlerden farklı özelliklerinin bulunması, bu sektörün işleyişi ile ilgili hukuki ve kurumsal yapıyı oluşturan hukuki rejimin farklı ve özgün olmasını gerektirmesi nedenleriyle, keyfi uygulamalarla ve alt düzeydeki mevzuat ile madencilik faaliyetlerinin kısıtlanmasının önüne geçilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Kamu yararının amaçlandığı ve kazanılmış hakların ihlal edilmediği iptali istenilen kuralın anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Bunun yanında, madencilik faaliyetlerinin yapılması ve ruhsatlandırma işlemlerinin yürütülmesi ile ilgili olarak Bakanlık tarafından yapılacak olan kısıtlama, her madenin durumuna göre farklılık arzedecek nitelikte olup, özel bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektirmektedir. Kuralın birinci cümlesinde madencilik faaliyetlerine Bakanlık tarafından kısıtlama getirilirken maden işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge, madenin cinsi, yapılacak yatırımın çevresel etkileri, şehirleşme ve benzeri hususlar gibi hangi kriterlerin dikkate alınacağı açık bir şekilde belirtilmektedir. Ayrıca, kuralda benzeri hususlar denilmek suretiyle de daha önce belirtilen kriterlere benzer nitelikte sebeplerin öngörüldüğü ve bu sözcüğün de Kanun'un ve kuralın çıkarılış amacından bağımsız olarak kullanılmadığı açıktır. Bu nedenle, *"benzeri hususlar"* ibaresinin

belirsiz, soyut olmadığı gibi, keyfi uygulamalara yol açabilecek nitelikte olduğu da söylenemez.

İptali istenilen kuralın ikinci cümlesinde ise ilk müracaat veya ihale yolu ile yapılacak ruhsatlandırmalarda müracaatın yapılacağı alanların Bakanlıkça ruhsat müracaatına kapatılabilmesi, diğer kanunlar ile getirilen kısıtlamalar dahilinde mümkün olabilecektir. Bu nedenlerle, kuralda ve ilgili kanunlarda belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konularda iptali istenilen kurallar uyarınca Bakanlığa kısıtlama ve ruhsat müracaatına kapatma yetkisinin verilmesi yasama yetkisinin devri ya da idareye Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkinin kullandırılması niteliğinde değildir.

Ayrıca, iptali istenilen kuralda Bakanlığın kısıtlama ve ruhsat müracaatına kapatma yetkilerini hangi kriterleri göz önüne alarak, ne şekilde kullanacağı açık, net, anlaşılır ve nesnel bir şekilde belirtildiğinden, kuralda belirsizlik olmadığı ve hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmadığı gibi bu düzenlemeler Anayasa'nın 168. maddesi ile de uyumludur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 7. ve 168. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 63. maddesi ile ilgisi bulunmamaktadır.

C- Kanun'un 3. Maddesiyle 3213 Sayılı Kanun'un 7. Maddesine Eklenen İkinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile başta orman alanları, kıyılar, tarih kültür ve tabiat varlıkları olmak üzere ülke için son derece önemli ve hassas alanların maden aramasına açılabilme olanağının sağlandığı, bu düzenlemenin nihai aşamada tüm alanları başvuruya açık hale getirmek için yapıldığı, bu nedenle, iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2. ve 168. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, özel çevre koruma bölgelerinin, milli parkların, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarının, muhafaza ormanlarının, 4.4.1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanların, 1. derece askeri yasak bölgelerin, 1/5000 ölçekli imar plânı onaylanmış alanların, 1. derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel

Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatların ilgili kurumlar tarafından Maden İşleri Genel Müdürlüğü (MİGEM)'ne bildirileceği öngörülmektedir.

Kuralın gerekçesinde, ülkemizin özellik arz eden hassas bölgelerinin sayısallaştırılmış hali ile tam olarak ortaya konulamadığı, hangi bölgede, ne tür bir faaliyetin ülke yararına olacağı yönünde arazi plânlamasının henüz yapılamadığı, bu nedenle, madencilik yapılacak alanlarda hassas yörelerden hangisinin bulunduğunun bilinmesi ve bu alanların Maden İşleri Genel Müdürlüğü'nün bilgisayar sistemine işlenmesi amacıyla iptali istenilen kuralın öngörüldüğü belirtilmektedir. Kamu yararı amacıyla çıkarıldığı anlaşılan kuralın anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdir yetkisinde olduğu kuşkusuzdur.

Öte yandan, kuralda belirtilen alanların, koordinatlarının MİGEM'e bildirilmesinin yasa ile düzenlenmesi Anayasa'nın 168. maddesi gereğidir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. ve 168. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

D- Kanun'un 3. Maddesiyle 3213 Sayılı Kanun'un 7. Maddesine Eklenen Üçüncü Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile ülke için son derece önemli ve hassas alanların maden aramasına açılabilme olanağının sağlandığı, bu düzenlemenin nihai aşamada tüm alanları başvuruya açık hale getirmek için yapıldığı, kuralda idarenin takdir hakkına bağlı bir yetki devrine gidildiği, söz konusu hassas alanların ruhsat taleplerinin nasıl hak sağlayacağının da açık olmadığı, bu hususların kanunda açıkça belirtilmesinin gerektiği, ancak düzenlemede bu şartların gösterilmediği belirtilerek, iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2. ve 168. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, iptali istenilen kural Anayasa'nın 7. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İptali istenilen kuralda, Maden Kanunu'nun yedinci maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması

halinde, iki ay içinde harç ve teminatın yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için bir yıl süre verileceği, bu süre içinde izin alınması durumunda Maden Kanunu'nun 16. maddesine göre ruhsat düzenleneceği, izin alınamaması halinde ise müracaatın reddedileceği, müracaat alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16. maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenleneceği, aksi halde tüm müracaat alanının bu süre sonunda müracaatlara açık hale geleceği belirtilmektedir.

Madencilik sektörü, istihdamı yoğun bir sektör olması, hizmet ana ve yan sanayi sektörlerini teşvik etmesi, bölgesel ve yerel kalkınmayı ön plana çıkararak hem işsizliği önlemesi hem de göçü azaltması ve yeraltından çıkarıldığı anda yüzde yüz katma değer yaratması gibi özellikleri nedeniyle ülke kalkınmasında büyük rol oynamaktadır. Madencilik sektöründe yer seçme şansının olmaması nedeniyle madenlerin oluştukları yerde üretilmesi zorunlu bulunmaktadır. Bu durumda madencilik ya oluştuğu yerden üretilerek ülke yararına sunulacak, ya da bu temel kaynak yeraltında bırakılacaktır.

İptali istenilen kural, hem madencilik sektörü hem de korunması gerekli alanlar birlikte değerlendirilerek, uygun görülmesi halinde bu yerlerde madencilik faaliyetinin belirli bir düzen içerisinde işlemesi ve hassas olan bu alanların izin sürecine tabi tutularak korunmasının sağlanması için kamu yararı amacıyla çıkarılmıştır. Ayrıca, belirtilen alanlara yapılan ruhsat müracaatlarında ruhsat verilmeden önce ilgili kurumdan izin alınması öngörülerek, izin alınamaması halinde, bu durum en baştan tespit edilerek, başvuran madencinin lüzumsuz masraf yapması, emek ve zaman kaybetmesi önlenmek ve bu işlemler için bir yıllık bir süre öngörülerek de izin alma sürecinin uzamasının önüne geçilmek istenmiştir. Bu bağlamda, belirtilen hassas alanların korunması amacıyla bu yerlerde ilgili kurumların mevzuatlarına göre izin alınarak madencilik yapılmasına ilişkin düzenleme yapılması, anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirindedir. Kaldı ki, kuralda belirtilen hususların yasa ile düzenlenmesi de Anayasa'nın 168. maddesi gereğidir.

Kural ile madencilik için yapılan başvuru üzerine herhangi bir hak tesis edilmeden önce belirtilen alanlara ilişkin olarak ilgili kurumlardan izin alınması zorunluluğu getirilmektedir. İlgili kurumlar söz konusu izinleri, belirtilen yerler için özel olarak düzenlenmiş anayasal ve yasal düzenlemeleri değerlendirerek

vermektedirler. Bu husus 3213 sayılı Kanunun 7. maddesinin yedinci fıkrasında da; *"Madencilik faaliyeti yapılan alanların, izne tabi alan olmaları halinde, ilgili olduğu kanun hükümlerine göre gerekli izinlerin alınması zorunludur..."* şeklinde belirtilmektedir.

Kuralda belirtilen alanlarla ilgili olarak; Anayasa'nın 43. maddesinin birinci fıkrasında; *"Kıyılar, Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır"* denilmek suretiyle kıyıların niteliğini belirten genel kural konulmuş, ikinci fıkrada ise deniz, göl ve akarsu kıyıları ile deniz ve göllerin kıyılarını çevreleyen sahil şeritlerinden yararlanmada öncelikle kamu yararının gözetileceğine değinilerek özel yararlanma kamu yararı ile sınırlandırılmıştır. Anayasa'nın 43. maddenin son fıkrasında ise bu alanların, kullanış amaçlarına göre derinliği ve kişilerin bu yerlerden yararlanma imkân ve şartlarının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buna ilişkin yasal düzenleme ise 3621 sayılı Kanun ile yapılmıştır.

Anayasa'nın 63. maddesine göre de, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri almak görevi Devlete verilmiştir. Bu yerlere ilişkin yasal düzenlemeler ise 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu'nda bulunmaktadır.

Anayasa'nın 56. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında da *"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. Çevre ile ilgili yasal düzenlemelere de 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda yer verilmiştir.

Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrasında, Devletin, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyacağı ve tedbirleri alacağı, bütün ormanların gözetiminin Devlete ait olduğu, ikinci fıkrasında, Devlet ormanlarının mülkiyetinin devrolunamayacağı, Devlet ormanlarının kanuna göre, Devletçe yönetileceği ve işletileceği, bu ormanların zamanaşımı ile mülk edinilemeyeceği ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamayacağı, üçüncü fıkrasında da, ormanlara zarar verebilecek hiç bir faaliyet ve eyleme izin verilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Konu ile ilgili yasal düzenlemeler de 6831 sayılı Orman Kanunu'nda belirtilmiştir.

Kuralda belirtilen alanlarda madencilik faaliyetinin yapılması için ilgili kurumlardan alınması gerekli olan izinlerin usul ve esasları, Anayasa'da ve bu alanlara ilişkin ilgili kurumların yasalarında açık, net ve belirli bir şekilde gösterilmektedir. Bu bağlamda, Anayasa ve yasa ile çizilen bu çerçeve içinde temel kurallar saptandıktan sonra, uzmanlık gerektiren ve teknik ayrıntılara ilişkin konuların düzenlenme yetkisinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Bunun yanında iptali istenilen kuralın üçüncü cümlesinde geçen serbest alan, belirtilen alanların dışında kalan ve izne tabi olmayan yerlerdir. Serbest alanlarda ruhsat alınması usulü Maden Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Maden Kanunu'nun 16. maddesine göre müracaatta bulunulmaması halinde, tüm müracaat alanının müracaatlara açık hale gelmesi ise kuralda belirtilen alanlar ve serbest alanlara yönelik olarak farklı kişilerin başvuru yapabileceği anlamını taşımaktadır. Ancak, kuralda belirtilen bu yerlerin müracaatlara açık hale gelmiş olması, ilgili kurumlardan izin alınması gerekli yerler için izin alınmayacağı anlamına gelmez**.** Yasa koyucunun iptali istenilen kuralı, izne tabi yerlere göre ruhsat alma şartları daha kolay olan serbest alanlarla ilgili olarak gerekli başvuruyu yapmayan başvurucunun, izne tabi alanlardaki izin sürecini yerine getirme ihtimalinin olmadığı inancıyla, madencilik yapılabilecek bu tür alanların gereksiz yere meşgul edilmesinin önlenmesi için kamu yararı amacıyla öngördüğü anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 7. ve 168. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun'un 3. Maddesiyle 3213 Sayılı Kanun'un 7. Maddesine Eklenen Beşinci Fıkranın İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

İptali istenilen kuralda, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli olan geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verileceği ve alınan izinlerin uzatmalar dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam edeceği öngörülmektedir.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun ikinci maddesinde; *"Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED): 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."* biçiminde tanımlanmaktadır.

2872 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasında, sonucu çevre sorunlarına yol açabilecek nitelikte bir faaliyeti gerçekleştirmeyi planlayan kurum, kuruluş ve işletmelerin *"Çevresel Etki Değerlendirmesi Raporu"* veya *"Proje Tanıtım Dosyası"* hazırlamakla yükümlü oldukları belirtilmektedir. İkinci fıkrasında da *"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."* denilmektedir.

Herhangi bir madencilik projesinin gerçekleştirilebilmesi için 2872 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca, ÇED Yönetmeliğinin EK-1 listesinde bulunan projeler için *"ÇED Raporu"* alınması, nispeten daha küçük ölçekli projelerin bulunduğu EK-2 listesindeki projeler için ise *"ÇED Gerekli Değildir"* kararı alınması gerekmektedir. Ancak, iptali istenen kural uyarınca, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında madencilik projesinin gerçekleştirilebilmesi, projenin büyüklük ve küçüklüğüne ve EK-1, 2 listesinde olduğuna bakılmaksızın ancak ÇED Raporu alınması halinde mümkün olabilecektir. Ayrıca, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında madencilik faaliyetinde bulunabilmek, Maden Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci, üçüncü ve yedinci fıkraları uyarınca özel koşullara bağlanmış bulunmakta ve bunun için ÇED Raporu yanında ilgili kurumdan izin alınmasını da gerektirmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, yaban hayatın korunmasının Anayasa'nın 63. maddesi uyarınca koruma altında olduğu, tabiat varlıklarının ve yaban hayatın korunmasının söz konusu madde uyarınca Devletin sağlamakla yükümlü olduğu bir görev olduğu, Anayasa'nın 168. maddesi kapsamında maden işlemlerinin yasayla düzenlenmesi halinde de Anayasa'nın 63. maddesinin gözetilmesinin gerektiği, yaban hayatı geliştirme ve koruma sahalarında maden arama ve

işletme faaliyetlerinin ve geçici tesislerin izninin çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslara bağlanmasının da kuralın Anayasa'ya aykırılığını ortadan kaldırmadığı, yasayla düzenleme ilkesinin de ayrıca ihlâl edildiği, yaban hayatı koruma yerine alınan izinlere koruma getirilmesinin Anayasayla bağdaşmayacağı belirterek, kuralın Anayasa'nın 63. ve 168. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

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 yedinci fıkrasında, madencilik faaliyeti yapılan alanların, izne tabi alan olmaları halinde, ilgili olduğu kanun hükümlerine göre gerekli izinlerin alınmasının zorunlu olduğu belirtilmekte, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarının da 7. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca izne tabi yerlerden olup, ilgili kurumlardan izin alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, iptali istenilen kural ile yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları doğrudan doğruya maden arama ve işletme faaliyetlerine açılmamakta, bu yerlerde madencilik yapılabilmesi ancak ÇED raporunun olumlu olması ve bu raporda belirlenen esaslara uygun olarak ilgili kurumun izin vermesine bağlı bulunmaktadır.

İptali istenilen kural, uygulamada meydana gelen tereddüt ve sıkıntıların giderilmesi ve izin sürecinde, daha küçük ölçekli madencilik faaliyetlerinde *"ÇED Gerekli Değildir"* kararı yerine *"ÇED Raporu"* alınması esası getirilerek, hassas olan yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarının daha da kapsamlı olarak korunması, alınan izinlerin uzatmalar dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam etmesi ile de, kazanılmış hakların korunması açısından alınan izinlerin keyfi uygulamalar ile sekteye uğratılmaması için kamu yararı amacıyla öngörülmüştür. Yasa koyucunun takdirinde olan iptali istenilen kural, Anayasa'nın 63. maddesi uyarınca tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasında Devlete verilen görevin de bir gereğidir.

Ayrıca, Anayasa'nın 168. maddesi uyarınca, tabiî servet ve kaynaklarla ilgili gerçek ve tüzel kişilerin uyması gereken usul ve esasların yasayla düzenlenmesi gerekmektedir. İptali istenilen kural ile yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında yapılacak madencilik faaliyetlerinde uyulması gereken hususlar Kanun'da gösterilmiş bulunmaktadır. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 168. maddesine aykırı değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 63. ve 168. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

F- Kanun'un 3. Maddesiyle 3213 Sayılı Kanun'un 7. Maddesine Eklenen Altıncı Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen hükümle, soyut ifadelerle maden arama faaliyetine tekabül eden yüzey alanı için herhangi bir izin alınmasına gerek olmadığının ifade edilmesi ve sadece madencilik faaliyetine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için izin zorunluluğu getirilmesinin su, toprak, tarım, sağlık, çevre, tarih, kültür ve tabiat varlıkları ile ormanların korunmasını ve güvence altına alınmasını ortadan kaldırdığı, yer altı madencilik faaliyetlerinin, yerüstüne etkisi konusunda hiçbir yasal önlem alınmadığı, yeraltının ekosisteme ve doğal hayata doğrudan vereceği zararın gözetilmediği, ayrıca, yasa koyucunun, yerüstü tesisleri veya galeri ağızlarının yaratacağı tahribatı önleyici önlemleri de almayarak anayasal gerekleri yerine getirmediği, bunlara ek olarak, hangi yöntem ve teknolojinin kullanılacağına ve hangi derinlikteki projelerin Genel Müdürlükçe kabul edileceğine dair herhangi bir sınırlayıcı ifade bulunmadığı, Genel Müdürlüğe sınırları belirsiz, çerçevesi çizilmeden, esas ve ölçütleri getirilmeden, geniş bir takdir yetkisinin verildiği belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 7., 63. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yeraltı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmayacağı, yeraltı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için ise gerekli izinlerin alınmasının zorunlu olduğu öngörülmektedir.

Genel olarak, yeraltı madencilik faaliyetlerinin galeri ya da desandre giriş yeri dışında yüzey alanına herhangi bir olumsuz etkisi olmamaktadır. İptali istenilen kural gereği de yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli olan izinlerin alınması zorunludur. İptali istenilen kuralın, hassas ve korunması gerekli alanlarda yüzey alanına hiçbir etkisi olmadan izin alınan yerden girilmek suretiyle madencilik faaliyetinin yapılması, ayrıca madencinin gereksiz yere masraf, emek ve zaman kaybetmesinin önlenmesi için kamu yararı amacıyla öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Böylece ekonomik olarak yapılabilecek madencilik faaliyetlerinin önü açılmakta ve hassas yörelerin de korunması sağlanmaktadır.

Yeraltı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaması, her yeraltı madencilik faaliyeti için geçerli olmayıp, ancak, uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi MİGEM tarafından uygun bulunan yeraltı madencilik faaliyetleri için geçerlidir. Yeraltı madencilik faaliyetleri çeşitlilik arzetmekte, çıkarılacak madenin grubu ve cinsine göre yerüstünde olan etkileri de farklılık göstermektedir. Özel bir uzmanlık ve teknik bilgi isteyen ve her madenin grubu ve cinsine göre farklılık gösteren yeraltı madencilik faaliyeti ile ilgili esasların yasayla ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi teknolojik ve bilimsel gelişmeler karşısında değişen ve gelişen koşul ve esasların zamanında yerine getirilmesini önleyebilir. Bu bağlamda, yasa koyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla özel bir uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Bu nedenlerle, iptali istenilen kural ile çizilen bu çerçeve içinde temel kurallar saptandıktan sonra, uzmanlık gerektiren ve teknik ayrıntılara ilişkin konuları değerlendirme yetkisinin MİGEM'e verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Öte yandan, yerüstünde yapılacak olan tesisler ve galeri ağzı için gerekli izinlerin alınması zorunludur. Buna ilişkin usul ve esaslar 3213 sayılı Kanun'da ve izin alınması gerekli yere göre ilgili kanunlarda yer almaktadır. Dolayısıyla, kural Anayasa'nın 63. ve 169. maddelerinde belirtilen yerlerin korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlete verilen görevin yerine getirilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 7., 63. ve 169. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

G- Kanun'un 3. Maddesiyle Değiştirilen 3213 Sayılı Kanun'un 7. Maddesinin Onikinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kurala göre, imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri için bu alanlarda kendilerine yasayla görev ve yetki sorumluluğu verilen yerel yönetimlerden izin alınacağı, yerel yönetimler hukuku çerçevesinde bu izin müessesesinin yerinde olduğu, ancak, hangi madencilik faaliyetlerine hangi koşullarla izin verileceği, izin işleminin usul, esas ve ölçüleri ve de çerçevesinin yasayla gösterilmediği, ilgili yerel yönetimlere geniş kapsamlı, sınırsız takdir yetkisi verildiği, Kanun'da açıkça düzenleme yoluna gidilmeden imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri için ilgili yerel merciye izin yetkisi verilmesinin yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetlerinin, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılacağı öngörülmektedir. Kuralda belirtilen ilgili yerel merciin, Anayasa'nın 127. maddesinde düzenlenen mahalli idareler olduğu, bunların da belediye sınırları ve mücavir alanlar dışında ve kanunlarda münhasıran il özel idaresine yetki verilen hususlarda il özel idaresi, büyükşehir belediyesi sınırları ve mücavir alanlar içinde büyükşehir belediyesinin yetkili olduğu konularda büyükşehir belediyesi, bunların dışında kalan hususlarda büyükşehir ilçe veya ilk kademe belediyesi, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediye olduğu anlaşılmaktadır.

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.

Madencilik faaliyetleri ve bu faaliyetlere dayalı yapılan tesisler, o alandaki maden rezervinin ömrü ile sınırlı olarak faaliyet gösterebilmektedir. Bu durum madencilik faaliyetleri ve buna dayalı tesislerin geçici olmasını gerektirmektedir. Maden bitince açılan ocağın ve yapılan tesislerin bir önemi kalmamaktadır. İptali istenen cümle ile madencilik faaliyetinin imar alanları içinde yapılması halinde ilgili yerel merciden izin alınması öngörülerek, madencilik faaliyetinin

gerektirdiği yapıların kanunlarda belirtilen hususlar ile fen ve sağlık kurallarına uygun olması sağlanmak istenmiştir.

Anayasa'da imar alanları içinde kalacak madencilik faaliyetlerine ilişkin yetkinin merkezi idare ya da yerel yönetimlere ait olduğu konusunda bir kural yer almamakta olup ihtiyaçlara göre bu hususun belirlenmesi yasa koyucuya aittir. Bu nedenle, iptali istenilen kural ile imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetlerine ilişkin yetkinin ilgili yerel mercilere bırakılması yasa koyucunun takdirindedir.

Bunun yanında ilgili yerel mercilerin izin verirken uygulayacakları kurallar ilgisine göre 3194 sayılı İmar Kanunu, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu nedenle, imar alanları içinde kalan madencilik faaliyetlerine ilgili yerel mercilerin izin verme yetkisi, yasa koyucunun belirtilen kanunlarda yer alan hükümler ile asli düzenlemeleri yaparak çerçeveyi belirlemiş olması nedeniyle yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez**.**

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

H- Kanun'un 3. Maddesiyle Düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. Maddesinin Onyedinci Fıkrasının "Kurul ... toplanır." Bölümünün İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin on beşinci fıkrasında, madencilik faaliyetleri ile Devlet ve il yolları, otoyollar, demir yolları, havaalanı, liman, baraj, enerji tesisleri, petrol, doğalgaz, jeotermal boru hatları, su isale hatları gibi kamu yararı niteliği taşıyan yatırımların birbirlerini engellemesi, maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, yatırım için başka alternatif alanların bulunamaması durumunda, madencilik faaliyeti ve yatırımla ilgili kararın, Kurul tarafından verileceği öngörülmektedir.

3213 sayılı Kanun'un 3. maddesinde Kurul; *"Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında oluşturulan, maden işletme faaliyetleri ile diğer yatırımların kamu yararı açısından önceliğini ve önemini tespit ederek karar veren kurulu."* şeklinde tanımlanmıştır.

İptali istenen bölümde ise Kurul'un Devlet Planlama Teşkilatı (DPT)'nın bağlı olduğu bakanın başkanlığında, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşacağı, ancak, yatırımcı kuruluşun DPT.'nin bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı'nın Kurula katılacağı, Kurul'un Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanacağı öngörülmektedir.

Kuralda, Kurulun DPT'nin bağlı olduğu bakanın başkanlığında toplanacağı ifade edilmekte ise de, 8.6.2011 günlü, 27958 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 641 sayılı Kalkınma Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (KHK)'nin 43. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, DPT Kuruluş ve Görevleri Hakkında KHK, Ek 2. maddesi dışında yürürlükten kaldırıldığından, 43. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde; *"Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığının bağlı ya da sorumlu olduğu Bakana yapılan atıflar Kalkınma Bakanına yapılmış sayılır."* (b) bendinde de; *"Devlet Planlama Teşkilatına veya Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığına yapılan atıflar Kalkınma Bakanlığına...yapılmış sayılır"* denildiğinden, iptali istenilen kuralda yer alan DPT'nin bağlı olduğu bakanın başkanlığında cümlesinin söz konusu KHK'nin yürürlüğe girmesinden sonra Kalkınma Bakanı'nı ifade ettiğinin, ikinci cümlede geçen *"…yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum…"* ifadesinin ise *"…yatırımcı kuruluşun Kalkınma Bakanlığına veya Kalkınma Bakanlığına bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum…"* şeklinde anlaşılması gerekir.

Aynı şekilde kuralın ikinci cümlesinde, yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı'nın Kurula katılacağı belirtilmekte ise de, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı 3.6.2011 günlü, 635 sayılı Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK ile kaldırılmıştır. Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, 635 ve 640 sayılı KHK.'lar ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ve Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı olarak ikiye ayrılmış ve devredilen birimlerin görev ve yetkileri nedeniyle Sanayi ve Ticaret Bakanlığına yapılan atıfların bu Bakanlıklara yapılmış sayılacağı 635 ve 640 sayılı KHK.'ların ilgili maddelerinde belirtilmiştir. Maden işletmelerinin daha çok sanayi ile ilgili olması, Sanayi ve

Ticaret Bakanlığının madenciliği de ilgilendiren görevlerinden birçoğunun Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanlığına verilmesi karşısında, kuralda geçen Sanayi ve Ticaret Bakanını 635 sayılı KHK.'nin yürürlüğe girmesinden sonra Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanı olarak kabul etmek gerekir.

Kuralda geçen yatırımcı kurum ya da kuruluş ise madencilik faaliyetinin karşısında bulunan yatırımla ilgili tarafı ifade etmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, yatırımcı kurum ya da kuruluşun, maden işletme faaliyeti ya da diğer yatırımları yapan kurum ya da kuruluş olduğu, yatırımcı kurum ya da kuruluşun yatırımda taraf olduğu, bu kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanların da aynı durumda taraf olduğu, yatırım için lehine karar verilmesi olası kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanların, kurulda oy kullanma hakkının bulunmasının aldığı karar *"kamu yararı kararı"* yerine geçen Kurulun kararlarının etkilenmesine, adalet ilkesinin zedelenmesine yol açacağı, ayrıca, DPT'nin bağlı olduğu bakan ve Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanı ile sayısı iki olan ve en az üç kişiden oluşan Kurulun, yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakanın birden fazla olması halinde salt çoğunluk kararında da sorunlar yaşanacağı belirtilerek, iptali istenilen sözcüklerin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu, Başvuru kararında ise Maden Kanunu'nun 7. maddesinin sekizinci fıkrasının Anayasa Mahkemesinin 2004/70 Esas, 2009/7 Karar sayılı kararı ile iptal edildiği ve iptal gerekçesinde, Kurul'u oluşturan kişilerin kimlerden oluşacağı tartışılarak, bu 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 getirileceğinin vurgulandığı, oysa iptal edilen sekizinci fıkranın yerine düzenlenen fıkrada, Kurul'un bakanlardan oluşacağının belirtildiği, Bakanların, Devletin yürütmekte olduğu kamu hizmetlerinde asli ve sürekli görev yapan kişilerden olmadığı, bu nedenle, iptali istenilen bölümün Anayasa'nın 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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. Ancak, mali ve sosyal haklara ilişkin toplu sözleşme hükümleri saklıdır. Üst kademe yöneticilerinin yetiştirilme usul ve esasları, kanunla özel olarak düzenlenir." denilmektedir.

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 istenilen kural uyarınca Kurul, bakanlardan oluşmaktadır. Kurul'un görevi, madencilik faaliyetleri ile kamu yararı niteliği taşıyan yatırımların birbirlerini engellemesi, maden işletme faaliyetinin yapılamaz hale gelmesi, yatırım için başka alternatif alanların bulunamaması durumunda, madencilik faaliyeti ile diğer yatırımların kamu yararı açısından önceliğini ve önemini tespit ederek hangi faaliyetin yapılacağını belirlemektir. Kurul, verilecek kararın adaletli olmasını ve karardan etkilenecek olan tarafların temsil edilmesini sağlamak için kamu yararı amacıyla, madencilik faaliyeti ile ilgili olarak Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı ve diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan ile taraflarla ilgisi bulunmayan Kalkınma Bakanı ya da duruma göre Bilim, Sanayi ve Teknoloji Bakanı'nın katılımı ile oluşmaktadır. Kurul'da görevlendirilen bakanlar taraf olmayıp, kamu yararı açısından en uygun olan faaliyetin gerçekleştirilmesine karar vereceklerdir. Almış oldukları karar da kanun hükmü gereği kamu yararı kararı yerine geçecektir.

Ayrıca, 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 18. fıkrasında, *"Kurul tarafından verilecek kararlarda; görünür rezerv alanı ile diğer yatırımın çakışması halinde öncelikle madenin makul bir sürede üretilebilme imkanının olup olmadığı, ara ve uç ürüne yönelik madenciliğe dayalı sanayi tesislerinin hammadde ihtiyacını karşılayan ruhsatlı sahalarda, tesisin hammadde ihtiyacını karşılayacak şekilde alternatif alanların bulunup bulunmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılır."* denilerek Kurul tarafından verilecek kararlarda hangi hususların göz önüne alınacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte Kurul'un gerekli incelemeyi yapabilmesi için konu hakkında rapor hazırlattırma ve danışmana başvurma yetkileri de bulunmaktadır.

Bu nedenlerle, yasa koyucunun takdirinde olan iptali istenilen kural hukukî güvenlik ve dolayısıyla da hukuk devleti ilkelerine aykırı olmadığı ve keyfi uygulamalara sebebiyet verecek nitelikte bulunmadığı gibi hukuk düzenini de bozmamaktadır.

Bunun yanında, bakan, belli bir hizmet alanında icrai kararlar almak yetkisini taşıyan ve kamu otoritesini kullanan en yüksek kişi olup, o hizmetin başıdır. Ayrıca, kendi görev alanında ve personeli üzerinde en son hiyerarşik amirdir. Bu nedenle, Kurul'un, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin en üst hiyerarşik amiri ve geniş anlamda kamu görevlisi olan Bakanlardan oluşmasında Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

I- Kanun'un 19. Maddesiyle 31.8.1956 Günlü, 6831 Sayılı Orman Kanunu'nun 16. Maddesinin Değiştirilen Birinci Fıkrasının İncelenmesi

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

Maden Kanunu'nun 7. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Devlet ormanları içinde yapılacak maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için zorunlu ve ruhsat süresine bağlı olarak yapılan geçici tesislere 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanunu hükümlerine göre izin verilir.*" denilmektedir.

İptali istenilen kuralda ise, Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu; tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve altyapı tesislerine, fon bedelleri hariç, bedeli alınarak Çevre ve Orman Bakanlığınca izin verileceği, ancak temditler dahil ruhsat süresince müktesep haklar korunmak kaydı ile Devlet ormanları sınırları içindeki tohum meşcereleri, gen koruma alanları, muhafaza ormanları, orman içi dinlenme yerleri, endemik korunması gereken nadir ekosistemlerin bulunduğu alanlarda maden aranması ve işletilmesinin Çevre ve Orman Bakanlığının muvafakatine bağlı olduğu, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin; baraj, gölet, liman ve yol gibi yapılarda dolgu amaçlı kullanacağı her türlü yapı hammaddesi üretimi için yapacağı madencilik faaliyetleri ile zorunlu tesislerden bedel alınmayacağı öngörülmektedir.

Kuralda, Devlet ormanlarında madencilik yapılabilmesi için izin alınacak makam Çevre ve Orman Bakanlığı olarak gösterilmekte ise de, 4.7.2011 günlü, 27984 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 645 sayılı Orman ve Su İşleri Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında KHK.'nin 30. maddesinin birinci fıkrasında; "*Mevzuatta bu Kanun Hükmünde Kararname*

ile Orman ve Su İşleri Bakanlığına devredilen birimlerle ilgili görevler nedeniyle Çevre ve Orman Bakanlığına yapılmış olan atıflar Orman ve Su İşleri Bakanlığına... yapılmış sayılır." denildiğinden, iptali istenilen kuralda yer alan *"Çevre ve Orman Bakanlığı"*nın 645 sayılı KHK'nin yürürlüğe girmesinden sonra *"Orman ve Su İşleri Bakanlığı"*nı ifade ettiğini kabul etmek gerekmektedir.

Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu; tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve altyapı tesislerine izin verilirken koşulları değerlendirip sonucuna göre karar verme konusunda idarenin takdir hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle, kuralın birinci cümlesinde geçen *"...izin verilir."* ibaresinin *"izin verilebilir"* olarak anlaşılması gerekir.

6831 sayılı Orman Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca, ormanlar mülkiyet ve idare bakımından, Devlet ormanları, hükmî şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar, hususi ormanlar olmak üzere ayrılmaktadır.

Hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda veya özel ormanlarda madencilik faaliyetlerinin ve faaliyetlerle ilgili her türlü yer, yol, bina ile tesislerin yapılmak istenmesi ile ilgili hüküm ise 6831 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenmiş bulunmaktadır.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile asıl olarak Devlet ormanları içinde, maden arama ve işletilmesinin yolunun açıldığı, ancak belirtilen durumlara göre arama ve işletme yolunun değiştiği, Devlet ormanları için bu düzenleme yapılırken, Devlet ormanı olmayan, orman alanları için düzenleme yapılmadığı, Devlet ormanları dışında kalan hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlar ve hususi ormanlar maden arama ve işletilmesinde orman alanı olarak nitelendirilmediğinden sıradan mülk olarak algılanacağı ve özel mülkte maden arama ve işletilmesinin kurallarına tâbi tutulacağı, kuralın Devlet ormanları için alınan tedbiri diğer ormanlar için almayarak Anayasa'nın 169. maddesinin gereğini yerine getirmediği, ayrıca, kuralın birinci cümlesinde, bedel alımı dışında hiçbir koşul ve çerçevenin çizilmediği, izinle ilgili esas, ölçüt ve sınırlama getirilmediği, kuralın ikinci cümlesinde ise, Devlet ormanları sınırları içindeki tohum meşcereleri, gen koruma alanları, muhafaza ormanları, orman içi dinlenme yerleri, endemik ve korunması gereken nadir ekosistemlerin bulunduğu alanların maden aramasına ve işletilmesine açıldığı, oysa söz

konusu alanların ülke için önemleri nedeniyle koruma altına alındıkları, bu bölgelerin maden arama ve işletmelerine açılmasının özel korumaya alınmış olmaları durumuyla çeliştiği, buna ek olarak, Çevre ve Orman Bakanlığı'nın söz konusu bölgelerde yapılacak maden arama ve işletme faaliyetine hangi şartlar altında muvafakat vereceğinin Yasada belirtilmediği, söz konusu yetkinin sınırlarının çizilmediği, kuralın son cümlesi ile ormanların Anayasa'nın 169. maddesi kapsamında korunması bir yana, kapsamdaki kamu idarelerine orman tahribatının yolunun açıldığı, kuralın 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin dördüncü fıkrasını da etkisiz hale getirdiği belirtilerek, Anayasa'nın 2., 7. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 169. maddesinde, ormanların ülke yönünden taşıdığı büyük önem gözetilerek, korunmaları ve geliştirilmeleri konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu özel ve ayrıntılı düzenlemenin, ülkemizde orman örtüsünün sürekli yok edilmesi gerçeğinden kaynaklandığı kuşkusuzdur. Anayasa'nın 169. maddesinin birinci fıkrası gereğince Devlet, doğal kaynaklarımızın en önemlilerinden birisi olan ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gereken tedbirleri alıp kanun koymak ve bütün ormanların gözetimi ödevini yerine getirmek durumundadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise; *"Devlet ormanlarının mülkiyeti devrolunamaz. Devlet ormanları kanuna göre, Devletçe yönetilir ve işletilir. Bu ormanlar zamanaşımı ile mülk edinilemez ve kamu yararı dışında irtifak hakkına konu olamaz"* hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, kamu yararının bulunması halinde Devlet ormanlarının irtifak hakkına konu olabileceği açıktır.

Anayasa'nın 7. maddesinde ise, *"Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez"* denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında belirtildiği üzere kamu yararının bulunması ve zorunluluk hallerinde Devlet ormanları üzerinde ancak irtifak hakkı tesisine olanak tanınabilir.

Madenler, doğada milyonlarca yıl süren bir zaman dilimi içinde doğal olarak ve sınırlı miktarlarda oluşur. Tükendikten sonra insan eliyle yeniden üretilemez. Madencilik sektöründe yer seçme tercihi olmamasından dolayı, madenlerin oluştukları yerde çıkartılması teknik bir zorunluluktur. Ülkemizin maden varlığının tespiti için ise madenlerin aranması büyük önem taşımaktadır. Ülke kaynaklarının bilinmesi, araştırılması, rezervinin tespit

edilmesi ülke kalkınması için gereklidir. Maden arama ve işletme faaliyetlerinde bulunulmasında kamu yararının bulunduğu şüphesizdir. Bu durumda, Devlet ormanı üzerinde madencilik yapılması ile meydana gelecek kamu yararı ile ormanın, orman olarak korunmasındaki kamu yararı ağırlığının karşılaştırılması ve üstün olan kamu yararının tercih edilerek ona göre izin verilmesi gereklidir.

İptali istenilen kuralda Anayasa'nın 169. maddesinde belirtilen ilkeler doğrultusunda kamu yararı ve zorunluluk ölçütlerine yer verilmiş olduğundan, Anayasa'nın 169. maddesine aykırılık bulunmamaktadır.

Bunun yanında, kuralda Devlet ormanları içinde maden aranması ve işletilmesi ile madencilik faaliyeti için zorunlu tesis, yol, enerji, su, haberleşme ve altyapı tesislerine kim tarafından hangi koşullarda izin verileceği belirtilerek temel ilkeler konulmuş ve çerçevesi çizilmek suretiyle belirlenmiştir. Bu nedenle, kuralın belirsiz olmadığı ve Bakanlığa belirtilen çerçeve içerisinde uygulama esaslarına ilişkin olarak tanınan yetkinin, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemeyeceği açıktır.

Öte yandan, iptali istenilen kuralın üçüncü cümlesinde, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin; baraj, gölet, liman ve yol gibi yapılarda dolgu amaçlı kullanacağı her türlü yapı hammaddesi üretimi için yapacakları madencilik faaliyetleri ve zorunlu tesislere bedelsiz izin verilmesi düzenlenerek kamu kaynağı kullanan idarelerin diğer bir kamu kaynağından elde ettikleri madenler için bedel ödemesinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Kural, Devletin yatırımlarının maliyetinin arttırılmaması, kamunun kaynaklarının başka bir kamu kurumuna aktarılmasından kaynaklanan zaman ve emek kaybının önüne geçilmesi için kamu yararı amacıyla konulmuştur. Ayrıca, genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinin yapacağı madencilik faaliyetleri ve zorunlu tesislere izin verilmesi konusunda bedel alma koşulu dışında idarenin takdir hakkı bulunmaktadır. Böyle bir düzenlemenin de Anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 7. ve 169. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İ- Kanun'un 19. Maddesiyle 6831 Sayılı Kanun'un 16. Maddesine Üçüncü Fıkrasından Sonra Gelmek Üzere Eklenen Dördüncü Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralda madencilik faaliyetleri sonunda orman alanlarının doğal yapısının bozulacağının yasa koyucu tarafından da kabul edildiği ve bu alanların rehabilite edilmesinden söz edildiği, rehabilite edilmeden ne kastedildiğinin anlaşılamadığı, madencilik faaliyetiyle yaratılan doğal yıkımın hangi yollarla telafi edilebileceğinin kanunda açıkça belirtilmesi gerektiği, aksi takdirde maden işletmesini gerçekleştiren şirketin yasal zorunluluğunu bilmesi ve bunu gerçekleştirmesinin mümkün olmayacağı ve buna ek olarak, söz konusu hükmün denetimini yapacak idareye de geniş bir takdir yetkisi bırakılmış olacağı, söz konusu alanların rehabilitesi amacıyla belediyelere bedeli karşılığında izin verilmesinin ise tam anlamıyla belirsizlik içerdiği, belediyelerin bu alanlarda neyi, nasıl yapacağı belli olmadığı gibi, ağaçlandırmaya hazır hale getirme işleminin de açık olmadığı, ormanların ekolojik dengesi ve toprak yapısıyla, inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıklarının orman alanı ile uyumu ve bunun denetiminin de yasal güvence altına alınmadığı belirtilerek, iptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 7., 168. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanlarının rehabilite edileceği, rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için büyükşehir mücavir alanlarında büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine bedeli karşılığında izin verilebileceği öngörülmektedir.

Ormanlarda yapılan madencilik faaliyetleri sonucu orman alanlarının doğal yapısının bozulacağı açıktır. Kuralın ilk cümlesi ile madencilik faaliyetleri sonucunda idareye teslim veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş olan orman alanlarının tekrar eski haline dönüştürülmesi amaçlanmaktadır. Bu görev de bu konuda yetkili olan orman idaresine verilmiş bulunmaktadır. Kuralın ikinci cümlesinde ise madencilik faaliyeti sonucu oluşan çukurların inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurulması ve üst toprağında bu alanın üstüne serilmesi ile hem bozulan alanın eski yapısına kavuşturulması bireyin inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıklarından dolayı ruh ve beden sağlığını bozan ve görüntü kirliliği oluşturan kötü durumun önüne geçilmesi, inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları

için depo yeri bulunması, ayrıca bu işlerin bu faaliyetleri yerine getirmekle görevlendirilmiş, bu işlemlere ait izinleri, kontrolleri yapmakla yetkilendirilmiş büyükşehir belediyelerine, il ve ilçe belediyelerine belirli bir bedel karşılığında yaptırılarak rehabilite edilmesi amaçlanmıştır. Kamu yararı amacıyla çıkarılan kuralın yasa koyucunun takdirinde olduğu kuşkusuzdur.

Yasama organı, herhangi bir alanı Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla düzenleyebilir. Bu düzenlemede bütün olasılıkları göz önünde bulundurarak detaylara ait kuralları da belirlemek yetkisini haiz ise de temel hükümleri belirledikten sonra uzmanlık gerektiren ve yönetim tekniğine bağlı konuların düzenlenmesi için kurum ve kuruluşları görevlendirmesi de yasama yetkisinin kullanılmasından başka bir şey değildir. Ayrıntı ve teknik kuralları içeren bu alanın, yasa koyucu tarafından her yönüyle doğrudan doğruya düzenlenmesi yasama organının yapısı ve çalışma biçimi itibarıyla sakıncalar doğurabilir.

Kuralda yer alan rehabilite işleminin ne şekilde yapılacağına ilişkin usul ve esaslar 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 32. ve diğer maddelerinde düzenlenmiştir. İptali istenilen kuralda ormanlık alanların rehabilitesi ile ilgili esaslar her bir madenin cinsi, madenin işletme yöntemi, faaliyetin yapıldığı bölge v.s. hususlara göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle, iptali istenilen kuralda ve 3213 sayılı Kanun'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda ayrıntı ve uzmanlık gerektiren konuların düzenlenmesi konusunda idareye yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Kuralın ikinci cümlesinde ise büyükşehir mücavir alanlarında Büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine izin verilebilmesine ilişkin temel ilkeler belirtilmiştir. Kuralda madencilik faaliyeti sebebiyle doğal yapısı bozulmuş alanların inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurulabilmesi; ancak bu alanların orman yetiştirilmek üzere ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi koşuluna bağlanmıştır. Bunu uygulayacak olan idareler yasanın amacından bağımsız hareket edemezler. Ayrıca, bu konuda yetki verilen büyükşehir belediyeleri ile ilgili 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununda, belediyeler ile ilgili olarak ise 5393 sayılı Belediye Kanununda görev ve yetkileri konusunda düzenlemeler bulunmaktadır. Bu idareler görevlerini yaparken belirtilen kanunlarda bulunan bu hususları da gözetmekle yükümlüdürler. Bunların yanında 2872 sayılı Çevre Kanununda atıkların ne şekilde bertaraf edileceğine ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Bu nedenle, kuralın belirsizliğinden söz edilemez.

Bunun yanında, orman idaresi tarafından rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için temel esasların ve sınırlarının kuralda ve 3213, 2872, 5216 ve 5393 sayılı Kanunlarda belirlenmesinden sonra bu alanlara ilişkin yetkinin orman idaresi tarafından Büyükşehir belediyeleri ve il ve ilçe belediyelerine bırakılması yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Ayrıca, Anayasa'nın 169. maddesinde, yasama organına, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koymak ve tedbirleri almak şeklinde bir görev ve sorumluluk yüklenmiştir. Bu açıdan, iptali istenilen kural Anayasa'nın 169. maddesinde belirtilen ormanların korunması yönünde Devlete verilen yükümlülüğün bir gereğidir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2., 7., 168. ve 169. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

J- Kanun'un 19. Maddesiyle 6831 Sayılı Kanun'un 16. Maddesine Üçüncü Fıkrasından Sonra Gelmek Üzere Eklenen Beşinci Fıkranın İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralla, maddenin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esasların yönetmeliğe bırakılarak, esasları belirlenmeyen, çerçevesi çizilmeyen bir alanda yasama yetkisinin devrine yol açıldığı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 7., 168. ve 169. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, 6831 sayılı Kanun'un 16. maddesinin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esasların yönetmelikle düzenleneceği öngörülmektedir.

6831 sayılı Kanun'un 16. maddesi, Devlet ormanlarında, hükmi şahsiyeti haiz amme müesseselerine ait ormanlarda veya özel ormanlarda yapılacak olan madencilik faaliyetleri ve zorunlu tesisler ile madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanlarının rehabilitesi için öngörülen hususları içermektedir. Yönetmelik kapsamında yer alacak konulara ilişkin temel ilkeler ise iptali istenilen kuralda, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'nun ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde yer almaktadır. Bu nedenle, anılan konularda idareye verilen

yetki, işin özelliğinden kaynaklanan, çerçevesi çizilmiş, esasları belirlenmiş, ihtisas gerektiren ve teknik konulardaki ayrıntılara ilişkin objektif bir düzenleme yetkisi olup, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

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

Kuralın, Anayasa'nın 168. ve 169. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 2. maddesiyle 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3. maddesine eklenen "Muhammen Bedel: I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedeli." tanımına,

B- 3. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrasına,

C- 3. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen;

a- "Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir." biçimindeki ikinci fıkraya,

b- "Bu alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması halinde iki ay içinde harç ve teminatın yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için müracaat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde izin alınması durumunda Kanunun 16 ncı maddesine göre ruhsat

düzenlenir, izin alınamaması halinde müracaat reddedilir. Müracaat alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16 ncı maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenlenir. Aksi halde tüm müracaat alanı bu süre sonunda müracaatlara açık hale gelir." biçimindeki üçüncü fıkraya,

c- "Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder." biçimindeki beşinci fıkraya,

d- "Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yeraltı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yeraltı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur." biçimindeki altıncı fıkraya,

D- 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onikinci fıkrasının "İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır." biçimindeki birinci cümlesine,

E- 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının, birinci cümlesinde yer alan "… yatırımcı kurum ya da kuruluşun…" ibaresi ile ikinci cümlesinde yer alan "… yatırımcı kuruluşun…" ibaresine,

F- 19. maddesiyle 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 16. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasına,

G- 19. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen,

a- "Madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanları rehabilite edilir. Rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için Büyükşehir mücavir alanlarında Büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine bedeli karşılığında izin verilebilir." biçimindeki dördüncü fıkraya,

b- "Maddenin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esaslar yönetmelikle düzenlenir." biçimindeki beşinci fıkraya,

yönelik iptal istemleri, 26.1.2012 günlü, E. 2010/85, K. 2012/13 sayılı kararla reddedildiğinden, bu tanım, fıkralar ve cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 26.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un:

A- 2. maddesiyle 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3. maddesine eklenen "Muhammen Bedel: I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedeli." tanımının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 3. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 3. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen;

a- "Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir." biçimindeki ikinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- "Bu alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması halinde iki ay içinde harç ve teminatın yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili

kurumlardan izin alınması için müracaat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde izin alınması durumunda Kanunun 16 ncı maddesine göre ruhsat düzenlenir, izin alınamaması halinde müracaat reddedilir. Müracaat alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16 ncı maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenlenir. Aksi halde tüm müracaat alanı bu süre sonunda müracaatlara açık hale gelir." biçimindeki üçüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

c- "Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder." biçimindeki beşinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- "Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yeraltı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yeraltı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur." biçimindeki altıncı fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onikinci fıkrasının "İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır." biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının "Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak, yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı Kurula katılır. Kurul, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine

toplanır …" bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 19. maddesiyle 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 16. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 19. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un 16. maddesinin üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen,

a- "Madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanları rehabilite edilir. Rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için Büyükşehir mücavir alanlarında Büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine bedeli karşılığında izin verilebilir." biçimindeki dördüncü fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- "Maddenin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esaslar yönetmelikle düzenlenir." biçimindeki beşinci fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

26.1.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY YAZISI

5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 7. maddesine eklenen altıncı fıkranın birinci cümlesinde yer alan iptali istenen kuralda, uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yer altı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmayacağı; yer altı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınmasının zorunlu olduğu öngörülmektedir.

Buna göre, projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan bir madencilik faaliyeti, galeri ağzı veya yer üstü tesisi bulunmadığı sürece başkasına ait özel mülkiyete konu arazinin altında, o arazinin tekabül ettiği yer altı katmanlarında, mülk sahibinden herhangi bir izin alınmadan, serbestçe gerçekleştirilebilecektir.

Mülkiyet hakkı Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa'ya göre bu hak ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilir.

Taşınmaz mülkiyetinin içeriği, Türk Medeni Kanunu'nun 718. maddesinde gösterilmiştir. Maddede, evrensel hukuka ve mülkiyet hakkının tarihi gelişimine

uygun olarak, "arazi üzerindeki mülkiyet, kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava ve altındaki arz katmanlarını kapsar" kuralına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 168. maddesine göre madenler Devletin hüküm ve tasarrufu altında olup, bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir; Devlet bu hakkını belli bir süre için gerçek ve tüzel kişilere devredebilir.

Sahip olduğu arazinin altına tekabül eden arz katmanlarında maden arama ve işletme konusunda arazi sahibinin üçüncü kişilere oranla önceliği bulunduğu açıktır. Üçüncü kişinin başka bir yerden galeri ağzı açarak başlattığı ve farklı mülk sahiplerinin arazilerinin altında devam ettirdiği madencilik faaliyetlerinin, ilgili arazilerin sahipleri tarafından da yapılması mümkündür. Böyle bir durumda kamu yararı yönünden de farklı bir sonuç ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla, projenin Genel Müdürlükçe uygun bulunması halinde yer altı madencilik faaliyetinin tekabül ettiği yüzey alanı için özel mülk sahibinden izin alınmasına gerek görülmemesi, izni veya rızası aranmayan mülk sahibinin mülkiyet hakkına getirilmiş gereksiz ve haksız bir kısıtlamadır.

Açıklanan nedenle kuralın Anayasa'nın 35. maddesine aykırı olduğu görüşündeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2010/57
Karar Sayısı : 2012/14
Karar Günü : 26.1.2012

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL, M. Akif HAMZAÇEBİ ve Muharrem İNCE

İPTAL DAVASININ KONUSU: 15.4.2010 günlü, 5981 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1) 1. maddesiyle 28.3.1983 günlü ve 2809 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 119 ve Ek Madde 124'ün,

2) Geçici 1. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 35., 46. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

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

"…

II. GEREKÇE

1) 15.04.2010 Tarihli ve 5981 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesi ile 28.03.1983 Tarihli ve 2809 Sayılı Kanuna Eklenen Ek Madde 119'un Anayasaya Aykırılığı

Ek madde 119 ile Vakıflar Genel Müdürlüğünce idare ve temsil olunan Fatih Sultan Mehmet Han, Sinan Ağa Bin Abdurrahman, Nurbanu Valide Sultan, Hatice Sultan ve Hacı Abdülaziz Ağa Mazbut Vakıfları adına Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi kurulmuştur.

Osmanlı devletinde vakıflar oldukça geniş bir faaliyet alanına sahiptir. Vakfiyelerde, sosyal hizmetlerden, eğitim ve sağlık hizmetlerine, dini ve askeri hizmetlere varana kadar pek çok amaçla vakıf kurulduğu görülmektedir. Vakıflar dönemin toplumsal ihtiyaçları için kurulan birer hayır ve hizmet kuruluşlarıdır. Osmanlıdaki fonksiyonu da budur. Diğer taraftan mazbut vakıfların günümüzde yöneticileri yoktur. Bu sebepten dolayı bu vakıfları günümüzde Vakıflar Genel Müdürlüğü temsil etmektedir. Vakıflar Genel Müdürlüğünün görevi, en genel ifade ile mazbut vakıfların vakfiyelerinde belirtilen hayrî, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetleri yerine getirmektir. Bu görevler 5737 sayılı kanunun 36 ncı maddesinde tadat edilmiştir. Vakıflar Genel Müdürlüğü bu vakfiyelerde belirtilen sosyal yardımları yapmakla, sanat ve eski eserlerin restorasyonu ile vakıf emlak ve paralarını değerlendirmekle görevlendirilmiştir. Vakfiyelerin günümüzdeki amaçlarına en uygun faaliyetler, Vakıflar Genel Müdürlüğünün sosyal yardım faaliyetleridir. Bunlar; vakıfların imaret hizmetleri, muhtaçlara ve âmâlara bağlanan maaşlar, vakıf hastanesinde yoksullara yönelik yapılan sağlık yardımları, vs. şeklinde sıralanabilir.

Fatih Sultan Mehmet Üniversitesinin kurulabilmesi için öncelikle vakıflara ilişkin vakfiyelerde üniversite kurulması amacının bulunması ya da 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca işlem yapılması gerekmektedir.

Adı geçen vakıflara ilişkin vakfiyeler incelendiğinde, beş vakfa ait vakfiyede de üniversite kurulması amacının bulunmadığı görülmektedir. Fatih Sultan Mehmet Han ile Nurbanu Valide Sultan vakıflarına ilişkin vakfiyelerde, kurulmuş medreselere yardımdan bahsedilmiş; Hatice Sultan vakfına ilişkin senette ise, medreseden de bahsedilmemiş, sadece mekteplere yardım ifadesi kullanılmıştır.

Görüleceği üzere hiçbir vakıf senedinde üniversite kurulması amacından bahsedilmediği gibi medrese kurmak amacından da bahsedilmemektedir. Kaldı ki, medreseler ile üniversitelerin benzerlikleri öne sürülerek her iki kurumu aynı hukuki temelde ve aynı düzlemde düşünmek, bir hatadır. Birer modern ve laik kurum olan günümüz üniversiteleri ile dini kurum olan medreselerin

birbirlerinin devamıymış gibi düşünmek doğru değildir. Nitekim 03 Mart 1924 yılında Tevhid-i Tedrisat Kanunu çıkartıldığında, Şer'iye ve Evkaf Vekâleti veya vakıflar tarafından idare edilen medreseler ve bunlara tahsis edilen ödenekler Milli Eğitim Bakanlığına devredilmiştir. Bu bağlamda, bu mazbut vakfın vakfiyelerine dayalı olarak üniversite kuruluşu gerçekleştirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 14 üncü maddesinde "Vakıfların, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Meclis yetkilidir." hükmü yer almaktadır.

Fatih Sultan Mehmet Han, Sinan Ağa Bin Abdurrahman, Nurbanu Valide Sultan, Hatice Sultan ve Hacı Abdülaziz Ağa Mazbut Vakıflarının vakfiyelerinde, yoksullukla mücadele gibi sosyal hizmetler bu vakıfların amaçları arasında sayılmıştır. Bu açıdan, adı geçen mazbut vakıfların vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesinin fiilen ya da hukuken imkânsız kalması haline ilişkin hiçbir somut durum söz konusu değildir. Kaldı ki, ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal koşullar düşünüldüğünde yoksullara yardım edilmesi gibi bir amacın geçerliliğini yitirdiğini söylemek gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Vakıf mallarının vakfiye şartlarında yer almayan bir amaca özgülenmesi ya da vakfiye şartlarının hayata geçirilmesi fiilen ve hukuken imkânsız hale gelmeden, söz konusu vakıflara ait mal varlığının başka bir amaca, yani üniversite kurulmasına özgülenmesi Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin ihlali niteliğinde olduğu için iptali gerekir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunun kapsam başlıklı 1 inci maddesinde geçen "Genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür." hükmü ile 4734 sayılı kamu İhale Kanununun Kapsam başlıklı 2 nci maddesinde "Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür: a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli

kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler." hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Vakıflar Genel Müdürlüğünün hem Devlet İhale Kanununa hem de Kamu İhale Kanununa tabi olduğu açıktır. İptali istenen hüküm, Fatih Sultan Mehmet Üniversitesine tahsis edilen malların üzerinde her türlü tasarruf hakkını, anılan kanunların kapsamı dışına çıkartarak, sadece Üniversite Mütevelli Heyetin iradesine bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Yükseköğretim Kanunu burada Vakıflar Genel Müdürlüğünün üniversite kurarken tahsis ettiği mallar üzerinde tasarruf yetkisini tamamen elinden almakta ve Üniversite Mütevelli Heyetine bu yetkiyi vermektedir. Burada Türk Medeni Kanununa tabi diğer vakıflar için aynı sorun neden gündeme gelmemektedir sorusu akıllara gelebilir. Ancak, yeni vakıf olarak tabir edilen diğer vakıflar zaten Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında özel hukuk tüzel kişiliğini haizdirler. Oysa Vakıflar Genel Müdürlüğü idare ettiği vakıflar açısından bir kamu tüzel kişiliğidir. Dolayısıyla yapılan yasal düzenleme Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Vakıflar Genel Müdürlüğünün en başta gelen asli görevleri arasında vakıfları vakfiyeleri doğrultusunda yaşatmak görevi bulunmaktadır. 5737 Sayılı Vakıflar Kanununun 36 ncı maddesi (a) bendinde Genel Müdürlüğün görevleri arasında sayılan "Mazbut vakıfların vakfiyelerinde veya vakfiye yerine geçen hüccet, berat, ferman gibi belgelerinde yazılı hayrî, sosyal, kültürel ve ekonomik şart ve hizmetleri yerine getirmek" ile (b) bendinde getirilen "Vakfiyelerde öngörülen hizmetlerin en iyi şekilde yerine getirilebilmesini sağlamak amacıyla Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait paralar ile malları değerlendirmek, daha fazla gelir getirici yatırımlara tahsis etmek." hükümleri ile bu vakıfların amaçları doğrultusunda faaliyetlerine devam etmesi görev olarak verilmiştir. Vakıflar Genel Müdürlüğünün bu amaçları açık iken Fatih Sultan Mehmet Han, Sinan Ağa Bin Abdurrahman, Nurbanu Valide Sultan, Hatice Sultan ve Hacı Abdülaziz Ağa Mazbut Vakıflarının yoksullara yardım amacı dışında, üniversite kurulması için mal varlıklarının bu amaca özgülenmesi Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesine de aykırıdır ve iptali gerekir.

Vakıf malları devletin malik olduğu mal niteliğinde olmayıp, başka amaca özgülenmiş vakıf mallarının gelirleriyle vakıf üniversitesi kurulması Anayasanın 35 inci maddesine açıkça aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 30.01.1969 tarihli, E.1967/47, K.1969/9 sayılı kararında da aynen şöyle denilmektedir;

"Anayasanın 36 ncı maddesi hükmünce mülkiyet hakkı, Anayasa güvencesi altına alınmış ve bu hakkın ancak kamu yararı düşüncesi ile veya yasa hükmü ile sınırlanabilmesi öngörülmüştür. Yukarıda da söylendiği gibi, vakıf malların mülkiyetinin Devlete değil, vakıf tüzel kişiliğine ait olduğu, bugünkü Vakıflar Kanunuyla kabul edilmiş bulunmaktadır. (…)

(…) Bir an için, devletin bu payların ucuz para ile öbür paydaşlara verilmesi sonucunda onların, kolayca mal sahibi veya başka deyimle konut sahibi olmalarını sağlamak istediği ve böylece Anayasanın kendisine yüklediği bir ödevi yerine getirmiş olacağı düşünülse bile, Devletin, başkasının taşınmaz malına el atabilmesi, ancak kamulaştırma yolu ile ve o malın gerçek karşılığını ödeyerek olabileceğinden (Anayasa Madde 38); bunun dışında bir davranışla Devletin kamu yararı düşüncesi ile dahi olsa, başkasının taşınmaz malını gerçek değerinden az bir değerle kimi yurttaşlara vermesi, Anayasaya uygun ve Anayasanın 36 ncı maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren bir durum sayılamaz. Bu nedenlerle Anayasaya aykırı bulunan itiraz konusu hükmün iptali gereklidir."

Yine Anayasa Mahkemesinin 30.01.1969 tarihli ve E.1969/35 ve K.1969/70 sayılı kararında aynen şu ifadelere yer verilmiştir:

"Vakıf, kökü İslâm hukukuna dayanan bir sosyal yardım kurumudur. Bu kurumun temeli, vakfeden kimsenin, malını vakfetmek yani belli bir işe süre siz olarak bağlamak iradesidir. İslâm Hukuku açısından vakıf, bir özel hukuk kurumu ve ondan doğan ilişkiler, özel hukuk ilişkileridir ve böylece vakıf mal vakfın özel mülkiyetinde bulunan malıdır. 6762 sayılı Vakıflar Kanunu, eski vakıfları düzenlerken vakıf kurumunun ve ondan doğan ilişkilerin hukukî niteliğinde ve bu arada vakıf mallarının özel mülkiyet konusu mallar olmasında, herhangi bir değişiklik yapmış değildir. Bu durum, sözü edilen Yasanın düzenlediği bütün eski vakıfların malları için böyledir. Bu düzenlemenin yasa koyucusunun eski vakıfları kuranların iradelerine olabildiğince saygı gösterme ilkesine dayandığı ve sözleşme özgürlüğüne Anayasal temel bulunan, Anayasanın 40 ıncı maddesinin doğrultusunda olduğu açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin, daha önceki verilmiş, bir kararında da, vakıf mallarının vakıf özel mülkiyetinde olduğu ve 6762 sayılı Vakıflar Kanununun bu durumda bir değişiklik yapmadığı belirtilmiş bulunmaktadır. (30 Ocak 1969 günlü, 1967/47 esas, 1969/9 karar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.12.1960 günlü 13382 sayılı Resmî gazete, S. 4).

İptal konusu kuralın yazılışı ve fıkranın tümü göz önünde tutulunca, vakıflar idaresine ait mallar sözü ile 6762 sayılı Vakıflar Kanununun kapsamına giren malların anlatıldığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim hukuk uygulamalarında, Vakıflar İdaresine ait mal denilince, genellikle, Medenî yasadan önce kurulmuş bulunan ve hukukî durumları 6762 sayılı Vakıflar Kanununda düzenlenmiş olan mallardan söz edildiği herkesçe benimsenen bir gerçektir. Vakfa ait malların vakıf tüzel kişiliğinin özel mülkiyetindeki mallar olması karşısında, Anayasanın 38 inci maddesinin açık hükmü gereğince malın gerçek karşılığı peşin olarak ödenmedikçe bu malların vakıf tüzel kişiliğinin elinden alınması Anayasaya uygun görülemez. Bundan ötürü itiraz konusu kuralın iptaline Anayasanın 147 inci maddesinin birinci fıkrası ve 151 inci maddesi uyarınca karar verilmelidir."

04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek 3 üncü Maddesinin (d) bendinde yükseköğretim kurumu kurulabilmesi için Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına sunulması gereken belgeler arasında "Vakıf yükseköğretim kurumunun eğitim-öğretim fonksiyonunu yerine getiremeyeceğinin anlaşılması halinde, bu madde ile yükseköğretim kurumuna tahsis edilenlere yapılacak işlemi gösterir belge," de sayılmıştır. Yükseköğretim Kanununun Ek 3 üncü Maddesi yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarıyla birlikte düşünüldüğünde, söz konusu kuralın Anayasanın 46 ncı maddesine açıkça aykırı olduğu görülmektedir.

Ek 3 üncü Maddesinin (d) bendi hükmünü dayanak alan, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 9/g bendinde de "Vakfın, Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilebilecek mücbir sebepler dışında yükseköğretim kurumunu, tüzel kişilik kazandığı tarihten itibaren üç yıl geçtiği halde açmaması veya açamaması veya açılan birimlerde Yükseköğretim Kurulunca belirlenen yetersizliği bir yıl içinde gidermemesi veya giderememe-si, Kanun ve Yönetmelik hükümlerine ve tespit edilen esaslara aykırı hareket edilmesi, eğitim – öğretime başlandıktan sonra en çok üç yıl içinde eğitim – öğretim düzeyinin bulunduğu ildeki, o ilde yoksa Yükseköğretim Kurulunca belirlenecek en yakın ildeki, Devlet üniversitesinin eğitim – öğretim düzeyine ulaşmaması ve bunun düzeltilmesi için yapılan uyarıya rağmen bir yıl sonunda istenilen seviyeye ulaştırılmaması; Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunulması, Atatürk ilkeleri ve inkılapları ile özellikle laiklikle bağdaşmayan bir durumun uyarıya rağmen sürmesi hallerinde, 2547 sayılı Kanun'un Ek-3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi hükmüne göre yükseköğretim kurumuna tahsis edilen

taşınır ve taşınmaz malların ve hakların vakıfça belirlenen bir yükseköğretim kurumuna devrini peşinen kabul ettiğine dair taahhüt belgesi ve bu taahhüdün, belirlenen yükseköğretim kurumunun yetkili organınca kabul edildiğine dair karar örneği." hükmü yer almaktadır. Söz konusu yasa ve yönetmelik hükümleri vakıf üniversitelerinin kurulması için YÖK'e verilen taahhüt çerçevesinde çıplak mülkiyet veya intifa hakkı tahsis edilen taşınmazların belirtilen şartlar oluştuğunda, adı geçen Mazbut Vakıfların, dolayısıyla da Vakıflar Genel Müdürlüğünün elinden çıkması sonucunu doğurabilecektir.

5981 sayılı yasanın yasalaşma sürecinde Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesine tahsis edilen taşınır ve taşınmaz mallara ve haklara ilişkin taahhüt belgesinin de Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına sunulmuş olması gerekmektedir. Yükseköğretim Kanununun Ek 3 üncü Maddesinin (d) bendinin, Fatih Sultan Mehmet Han, Sinan Ağa Bin Abdurrahman, Nurbanu Valide Sultan, Hatice Sultan ve Hacı Abdülaziz Ağa Mazbut Vakıflarının taşınır ve taşınmaz mallarının ve haklarının el değiştirmesine dayanak oluşturabileceği açık bir gerçekliktir. Bu açılardan adı geçen vakıfların mallarının bedelleri ödenmeden devlet üniversitelerine devri sonucuna neden olabilecek düzenlemenin Anayasanın 46 ncı maddesine açıkça aykırılık taşıdığından iptali gerekir.

Anayasanın 130 uncu maddesinde kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilmesine olanak tanınmıştır. Ancak, Anayasanın 130 uncu maddesinde kastedilen vakıfların mazbut vakıflar olmadığı açıktır. Mazbut vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıflardır. 5737 sayılı Vakıflar Kanunuyla, Mazbut Vakıfların hukuki statülerinde yapılan kısmi değişiklikler, konu hakkındaki Anayasal düzenlemelerin maksadını ve ruhunu değiştiremez. Bu tüzel kişilik adına, bir kamu tüzel kişiliği olan kanuni temsilcisi konumundaki Vakıflar Genel Müdürlüğünün bir yüksek öğretim kurumu kurma ehliyetine sahip olmadığı, devlet üniversitelerinin doğrudan doğruya devlet hazinesinden kaynak ayrılarak kurulmaları gerektiği açıktır. Bu gerekçelerle söz konusu düzenleme Anayasanın 130 uncu maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle, 15.04.2010 tarihli ve 5981 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile 28.03.1983 tarihli ve 2809 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 119 Anayasanın 2 nci, 35 inci, 46 ncı ve 130 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 15.04.2010 Tarihli ve 5981 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci Maddesi ile 28.03.1983 Tarihli ve 2809 Sayılı Kanuna Eklenen Ek Madde 124'ün Anayasaya Aykırılığı

Ek madde 124 ile Vakıflar Genel Müdürlüğünce idare ve temsil olunan Bezm-i Âlem Valide Sultan, Silahtar Abdullah Ağa ve Abdülhamid Sani mazbut vakıfları adına Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesi kurulmuştur.

Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesinin kurulabilmesi için öncelikle vakıflara ilişkin vakfiyelerde üniversite kurulması amacının bulunması ya da 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 14 üncü maddesi uyarınca işlem yapılması gerekmektedir.

Adı geçen vakıfların vakfiyelerine ilişkin 21.04.2009 tarihli ve 195 sayılı Vakıflar Meclisi kararı incelendiğinde (bkz. Ek. 1);

- Bezmialem Valide Sultan'ın 1263 H. (1851 M.) tarihli vakfiyesine ek olarak düzenlenen 1267 H. (1851 M) tarihli zeyl vakfiyesinde, Rüşdiye Mektebi yapılması ve diğer Rüşdiye Mektepleri gibi Arapça, Farsça, Coğrafya, Matematik, Dil ve Edebiyet, Tarih, Tercüme Usulü (Mütercimlik, çevirmenlik) ve İlm-i İcmali hasıl olacak derecede Hendese (diğer ilimlere yetecek derecede Mühendislik ilimleri) öğrenilmesi,

- Silahtar Abdullah Ağa'nın 1209 H. (1795 M.) tarihli vakfiyesinde, Şazeli Dergahına gelip giden fukara ve dervişlerle ilgili irşad, evrad okutulması, yeme içme ve misafir olarak gelip gidenlerin ağırlanması,

- Abdülhamid Sani'nin 1306 H. (1888 M.) tarihli vakfiyesinde de yine Şazeli Dergahı ile ilgili harcamalar ve dergah hizmetleri şartlarının bulunduğu,

görülmektedir. Söz konusu Vakıflar Meclisi Kararının amacı bu mazbut vakıflara ait hayır şartlarının değiştirilmesidir.

Vakfiyelerde yer alan hayır şartları incelendiğinde, Bezm-i Alem Valide Sultan vakfı dışındaki vakıflarda, bırakın üniversite kurma amacının eğitim amacına dönük bir ifadenin dahi yer almadığı; Bezm-i Alem Valide Sultan vakfında ise sadece rüştiye kurulmasından bahsedildiği anlaşılmaktadır. Bu durum zaten mazbut vakıfların amacını değiştirmek için girişimde bulunulmasından da

anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, 3 vakfa ait vakfiyelere dayalı olarak üniversite kuruluşunun gerçekleştirilemeyeceği ortaya çıkmaktadır.

Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesi kurulmasına ilişkin 1970'li yıllardan itibaren bir dizi girişimde bulunulmuş, ancak bu girişimler sonucunda hukuki olanaksızlıklardan dolayı üniversite kurulması gerçekleştirilememiştir. (Bkz. Ek 2,sh. 5-7) Rıza Kutaniş'in aktarmasında da görüleceği gibi 1989 yılındaki girişim, Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu tarafından engellenmiş, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı yeni bir karar alarak üniversite kuruluşuna ilişkin daha önce aldığı kararı iptal etmiştir. Ek 3'te yer alan 07.03.1989 tarihli ve 89.11.403 Karar Nolu Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı kararında vakfiyede yükseköğretim kurulu kurulması iradesinin bulunmaması nedeniyle üniversite kurulması kararının iptal edildiği açıklamasına yer verilmektedir.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun 14 üncü maddesinde "Vakıfların, vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesine fiilen veya hukuken imkân kalmaması halinde; vakfedenin iradesine aykırı olmamak kaydıyla mazbut vakıflarda Genel Müdürlüğün; mülhak, cemaat ve esnaf vakıflarında, vakıf yöneticilerinin teklifi üzerine bu şartları değiştirmeye; hayır şartlarındaki parasal değerleri güncel vakıf gelirlerine uyarlamaya Meclis yetkilidir." hükmü yer almaktadır.

Bezm-i Âlem Valide Sultan, Silahtar Abdullah Ağa ve Abdülhamid Sani mazbut vakıflarının vakfiyelerinde, yoksullukla mücadele gibi sosyal hizmetler bu vakıfların amaçları arasında sayılmıştır. Bu açıdan, adı geçen mazbut vakıfların vakfiyelerindeki şartların yerine getirilmesinin fiilen ya da hukuken imkânsız kalması haline ilişkin hiçbir somut durum söz konusu değildir. Kaldı ki, ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal koşullar düşünüldüğünde yoksullara yardım edilmesi gibi bir amacın geçerliliğini yitirdiğini söylemek gerçeklerle bağdaşmamaktadır. Vakıf mallarının vakfiye şartlarında yer almayan bir amaca özgülenmesi ya da vakfiye şartlarının hayata geçirilmesi fiilen ve hukuken imkânsız hale gelmeden, söz konusu vakıflara ait mal varlığının başka bir amaca, yani üniversite kurulmasına özgülenmesi Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinin ihlali niteliğinde olduğu için iptali gerekir.

Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesi kurulmasına ilişkin yasa önerisi, 15.12.2009 tarihinde Başbakanın imzası ile TBMM Başkanlığına sunulmuş ve söz konusu

Tasarı Komisyonda görüşülerek 461 Sıra Sayısını almıştır. Ancak Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesinin kuruluşu, 461 Sıra Sayılı Komisyon raporunun TBMM Genel Kurulunda görüşülerek kabulü şeklinde olmamıştır. 487 Sıra Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında verilen iki önergenin kabulü ile yasalaşmıştır.

Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesi kurulmasına ilişkin 461 Sıra Sayılı Komisyon Raporunda, Milli Eğitim Bakanı Nimet Çubukçu ve Hükümet temsilcileri tarafından verilen ek açıklama ve cevaplarda;

"Yükseköğretim Kurulu tarafından vakıf üniversitelerinin kuruluşu sırasında kuruluş talebinde bulunan vakfın mali yapısının incelendiği, üniversitenin kuruluş aşamasında gösterilen malvarlığının ayni hak tesisi yoluyla üniversitenin hizmetine sunulmasının vakıf tarafından taahhüt edilmesinin şart olarak arandığı,

- Kurucu vakıfların üniversiteye tahsis edecekleri arazi ve gelirlerin üniversitenin kurulması ve faaliyete geçmesine yeterli olduğu; bu çerçevede, Bezm-i Alem Valide Sultan Vakfına ait Vakıf Gureba Hastanesi, Silahtar Abdullah Vakfına ait Okmeydanı'nda bulunan 332 dönüm arazi ve II. Abdülhamit Sani Vakfına ait Akaretlerin gelirlerinin kurulacak üniversiteye tahsis edildiği," bilgilerine yer verilmiştir.

Ek 2'de yer alan Doç. Dr. Rıza Kurtaniş tarafından hazırlanan "Bezm-i Âlem Valide Sultan Vakfiyeleri ve Vakıf Gureba Hastanesi" başlıklı çalışmada da Bezm-i Âlem Valide Sultan Vakıflarına ait menkul ve gayrimenkul mal varlığı net bir şekilde yer almaktadır.

Vakıf malları devletin malik olduğu mal niteliğinde olmayıp, başka amaca özgülenmiş vakıf mallarının gelirleriyle vakıf üniversitesi kurulması Anayasanın 35 inci maddesine açıkça aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin 30.01.1969 tarihli, E.1967/47, K.1969/9 sayılı kararında da aynen şöyle denilmektedir;

"Anayasanın 36 ncı maddesi hükmünce mülkiyet hakkı, Anayasa güvencesi altına alınmış ve bu hakkın ancak kamu yararı düşüncesi ile veya yasa

hükmü ile sınırlanabilmesi öngörülmüştür. Yukarıda da söylendiği gibi, vakıf malların mülkiyetinin Devlete değil, vakıf tüzel kişiliğine ait olduğu, bugünkü Vakıflar Kanunuyla kabul edilmiş bulunmaktadır. (…)

(…) Bir an için, devletin bu payların ucuz para ile öbür paydaşlara verilmesi sonucunda onların, kolayca mal sahibi veya başka deyimle konut sahibi olmalarını sağlamak istediği ve böylece Anayasanın kendisine yüklediği bir ödevi yerine getirmiş olacağı düşünülse bile, Devletin, başkasının taşınmaz malına el atabilmesi, ancak kamulaştırma yolu ile ve o malın gerçek karşılığını ödeyerek olabileceğinden (Anayasa Madde 38); bunun dışında bir davranışla Devletin kamu yararı düşüncesi ile dahi olsa, başkasının taşınmaz malını gerçek değerinden az bir değerle kimi yurttaşlara vermesi, Anayasaya uygun ve Anayasanın 36 ncı maddesinin ikinci fıkrası kapsamına giren bir durum sayılamaz. Bu nedenlerle Anayasaya aykırı bulunan itiraz konusu hükmün iptali gereklidir."

Yine Anayasa Mahkemesinin 30.01.1969 tarihli ve E.1969/35 ve K.1969/70 sayılı kararında aynen şu ifadelere yer verilmiştir:

"Vakıf, kökü İslâm hukukuna dayanan bir sosyal yardım kurumudur. Bu kurumun temeli, vakfeden kimsenin, malını vakfetmek yani belli bir işe süre siz olarak bağlamak iradesidir. İslâm Hukuku açısından vakıf, bir özel hukuk kurumu ve ondan doğan ilişkiler, özel hukuk ilişkileridir ve böylece vakıf mal vakfın özel mülkiyetinde bulunan malıdır. 6762 sayılı Vakıflar Kanunu, eski vakıfları düzenlerken vakıf kurumunun ve ondan doğan ilişkilerin hukukî niteliğinde ve bu arada vakıf mallarının özel mülkiyet konusu mallar olmasında, herhangi bir değişiklik yapmış değildir. Bu durum, sözü edilen Yasanın düzenlediği bütün eski vakıfların malları için böyledir. Bu düzenlemenin yasa koyucusunun eski vakıfları kuranların iradelerine olabildiğince saygı gösterme ilkesine dayandığı ve sözleşme özgürlüğüne Anayasal temel bulunan, Anayasanın 40 ıncı maddesinin doğrultusunda olduğu açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesinin, daha önceki verilmiş, bir kararında da, vakıf mallarının vakıf özel mülkiyetinde olduğu ve 6762 sayılı Vakıflar Kanununun bu durumda bir değişiklik yapmadığı belirtilmiş bulunmaktadır. (30 Ocak 1969 günlü, 1967/47 esas, 1969/9 karar sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı, 24.12.1960 günlü 13382 sayılı Resmî gazete, S. 4).

İptal konusu kuralın yazılışı ve fıkranın tümü göz önünde tutulunca, vakıflar idaresine ait mallar sözü ile 6762 sayılı Vakıflar Kanununun kapsamına giren malların anlatıldığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim hukuk uygulamalarında, Vakıflar İdaresine ait mal denilince, genellikle, Medenî yasadan önce kurulmuş bulunan ve hukukî durumları 6762 sayılı Vakıflar Kanununda düzenlenmiş olan mallardan söz edildiği herkesçe benimsenen bir gerçektir. Vakfa ait malların vakıf tüzel kişiliğinin özel mülkiyetindeki mallar olması karşısında, Anayasanın 38 inci maddesinin açık hükmü gereğince malın gerçek karşılığı peşin olarak ödenmedikçe bu malların vakıf tüzel kişiliğinin elinden alınması Anayasaya uygun görülemez. Bundan ötürü itiraz konusu kuralın iptaline Anayasanın 147 nci maddesinin birinci fıkrası ve 151 inci maddesi uyarınca karar verilmelidir."

04.11.1981 tarihli ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun Ek 3 üncü Maddesinin (d) bendinde yükseköğretim kurumu kurulabilmesi için Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına sunulması gereken belgeler arasında "Vakıf yükseköğretim kurumunun eğitim – öğretim fonksiyonunu yerine getiremeyeceğinin anlaşılması halinde, bu madde ile yükseköğretim kurumuna tahsis edilenlere yapılacak işlemi gösterir belge," de sayılmıştır. Yükseköğretim Kanununun Ek 3 üncü Maddesi yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararlarıyla birlikte düşünüldüğünde, söz konusu kuralın Anayasanın 46 ncı maddesine açıkça aykırı olduğu görülmektedir.

Ek 3 üncü Maddesinin (d) bendi hükmünü dayanak alan, Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliğinin 9/g bendinde de "Vakfın, Yükseköğretim Kurulu tarafından kabul edilebilecek mücbir sebepler dışında yükseköğretim kurumunu, tüzel kişilik kazandığı tarihten itibaren üç yıl geçtiği halde açmaması veya açamaması veya açılan birimlerde Yükseköğretim Kurulunca belirlenen yetersizliği bir yıl içinde gidermemesi veya giderememe-si, Kanun ve Yönetmelik hükümlerine ve tespit edilen esaslara aykırı hareket edilmesi, eğitim – öğretime başlandıktan sonra en çok üç yıl içinde eğitim – öğretim düzeyinin bulunduğu ildeki, o ilde yoksa Yükseköğretim Kurulunca belirlenecek en yakın ildeki, Devlet üniversitesinin eğitim – öğretim düzeyine ulaşmaması ve bunun düzeltilmesi için yapılan uyarıya rağmen bir yıl sonunda istenilen seviyeye ulaştırılmaması; Devletin varlığı ve bağımsızlığı ve milletin ve ülkenin bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhinde faaliyette bulunulması, Atatürk ilkeleri ve inkılapları ile özellikle laiklikle bağdaşmayan bir durumun uyarıya rağmen sürmesi hallerinde, 2547 sayılı Kanun'un Ek-3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi hükmüne göre yükseköğretim kurumuna tahsis edilen

taşınır ve taşınmaz malların ve hakların vakıfça belirlenen bir yükseköğretim kurumuna devrini peşinen kabul ettiğine dair taahhüt belgesi ve bu taahhüdün, belirlenen yükseköğretim kurumunun yetkili organınca kabul edildiğine dair karar örneği." hükmü yer almaktadır. Söz konusu yasa ve yönetmelik hükümleri vakıf üniversitelerinin kurulması için YÖK'e verilen taahhüt çerçevesinde çıplak mülkiyet veya intifa hakkı tahsis edilen taşınmazların belirtilen şartlar oluştuğunda, adı geçen Mazbut Vakıfların, dolayısıyla da Vakıflar Genel Müdürlüğünün elinden çıkması sonucunu doğurabilecektir.

5981 sayılı Yasanın yasalaşma sürecinde Bezm-i Âlem Üniversitesine tahsis edilen taşınır ve taşınmaz mallara ve haklara ilişkin taahhüt belgesinin de Yükseköğretim Kurulu Başkanlığına sunulmuş olması gerekmektedir. Yükseköğretim Kanununun Ek 3 üncü Maddesinin (d) bendinin, Bezm-i Âlem Valide Sultan, Silahtar Abdullah Ağa, Abdulhamit Sani Mazbut Vakıflarının taşınır ve taşınmaz mallarının ve haklarının el değiştirmesine dayanak oluşturabileceği açık bir gerçekliktir. Bu açılardan adı geçen vakıfların mallarının bedelleri ödenmeden devlet üniversitelerine devri sonucuna neden olabilecek düzenlemenin Anayasanın 46 ncı maddesine açıkça aykırılık taşıdığından iptali gerekir.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunun kapsam başlıklı 1 inci maddesinde geçen "Genel bütçeye dâhil dairelerle katma bütçeli idarelerin, özel idare ve belediyelerin alım, satım, hizmet, yapım, kira, trampa, mülkiyetin gayri ayni hak tesisi ve taşıma işleri bu Kanunda yazılı hükümlere göre yürütülür." hükmü ile 4734 sayılı kamu İhale Kanununun Kapsam başlıklı 2 nci maddesinde "Aşağıda belirtilen idarelerin kullanımında bulunan her türlü kaynaktan karşılanan mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinin ihaleleri bu Kanun hükümlerine göre yürütülür: a) Genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri ile özel bütçeli idareler, il özel idareleri ve belediyeler ile bunlara bağlı; döner sermayeli kuruluşlar, birlikler (meslekî kuruluş şeklinde faaliyet gösterenler ile bunların üst kuruluşları hariç), tüzel kişiler." hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Vakıflar Genel Müdürlüğünün hem Devlet İhale Kanununa hem de Kamu İhale Kanununa tabi olduğu açıktır. İptali istenen hüküm, Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesine tahsis edilen malların üzerinde her türlü tasarruf hakkını, anılan kanunların kapsamı dışına çıkartarak, sadece Üniversite Mütevelli Heyetinin iradesine bırakılması sonucunu doğurmaktadır. Yükseköğretim Kanunu burada Vakıflar Genel Müdürlüğünün üniversite kurarken tahsis ettiği mallar üzerinde tasarruf yetkisini tamamen elinden almakta ve Üniversite Mütevelli Heyetine

bu yetkiyi vermektedir. Burada Türk Medeni Kanununa tabi diğer vakıflar için aynı sorun neden gündeme gelmemektedir sorusu akıllara gelebilir. Ancak, yeni vakıf olarak tabir edilen diğer vakıflar zaten Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu kapsamı dışında özel hukuk tüzel kişiliğini haizdirler. Oysa Vakıflar Genel Müdürlüğü idare ettiği vakıflar açısından bir kamu tüzel kişiliğidir. Dolayısıyla yapılan yasal düzenleme Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 130 uncu maddesinde kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumları kurulabilmesine olanak tanınmıştır. Ancak, Anayasanın 130 uncu maddesinde kastedilen vakıfların mazbut vakıflar olmadığı açıktır. Mazbut vakıflar, Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıflardır. 5737 sayılı Vakıflar Kanunuyla, Mazbut Vakıfların hukuki statülerinde yapılan kısmi değişiklikler, konu hakkındaki Anayasal düzenlemelerin maksadını ve ruhunu değiştiremez. Bu tüzel kişilik adına, bir kamu tüzel kişiliği olan kanuni temsilcisi konumundaki Vakıflar Genel Müdürlüğünün bir yüksek öğretim kurumu kurma ehliyetine sahip olmadığı, devlet üniversitelerinin doğrudan doğruya devlet hazinesinden kaynak ayrılarak kurulmaları gerektiği açıktır. Bu gerekçelerle söz konusu düzenleme Anayasanın 130 uncu maddesine aykırıdır ve iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle, 15.04.2010 tarihli ve 5981 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 1 inci maddesi ile 28.03.1983 tarihli ve 2809 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 124 Anayasanın 2 nci, 35 inci, 46 ncı ve 130 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 15.04.2010 Tarihli ve 5981 Sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun Geçici Madde 1'in Anayasaya Aykırılığı

Geçici 1 inci maddenin son fıkrasında "Bu maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulama esaslarını belirlemeye Başbakanlık yetkilidir." hükmü bulunmaktadır. Uygulama esaslarının sınırları tespit edilmemiş, bu nedenle Başbakanlığa bu konuda sınırsız yetki devri yapılmıştır. Yine "tereddütleri gidermek" kavramı çerçevesinde Başbakanlığa yetki devredildiği görülmektedir. Ayrıca "tereddüt giderme" kapsamında yapılacak işlemlerin ve bu işlemlerin sonuçlarının ne olacağına ilişkin bir

belirleme yapılmamıştır. Bu belirsizlikler de hukuki güven duygusunu zedelemekte ve söz konusu düzenlemenin hukuk devleti ilkesine aykırılığı çok açık hale gelmektedir.

Geçici 1 inci madde Bezm-i Âlem Valide Sultan Vakıf Gureba Hastanesi çalışanlarının üniversite kurulmasından sonraki özlük hakları düzenlenmektedir.

Bu nedenle, iptali istenen Geçici 1 inci madde hükmü de, yukarıda (2) numaralı başlık altında ve yukarıdaki paragrafta belirtilen nedenlerle, Anayasanın 2 nci, 35 inci, 46 ncı ve 130 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

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

İptali istenen hükümlerle, Vakıflar Genel Müdürlüğünün yönetim ve denetiminde olan 8 mazbut vakfın mal varlığı, mülkiyet el değiştirmesini sağlayacak şekilde kurulacak olan 2 üniversiteye tahsis edilmektedir. Söz konusu mal varlığı emlak değeri açısından İstanbul'un en pahalı bölgesinde yer almaktadır. Mal varlığının emlak rantı sağlamak için hiçbir denetime tabi olmadan üniversitelerin mütevelli heyetlerinin kararlarıyla el değiştirmesi olanaklıdır. Bu durumun ise, ileride telafisi imkânsız zararlar doğuracağı açıktır.

Vakıflar Genel Müdürlüğünün tabi olduğu 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanununu kapsamı dışına çıkarılarak bu mallar üzerindeki tasarruf yetkisini Üniversite Mütevelli Heyetlerine bırakan söz konusu düzenleme ekonomik anlamda gerçek ve tüzel kişi tarafların önceden öngöremeyecekleri büyük kayıplarına sebebiyet verebilecektir.

Anayasanın hükümlerine açıkça aykırılık taşıdığı muhakkak olan bu düzenlemenin uygulamaya geçmesi durumunda ise telafisi imkânsız zararlar doğacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan iptali istenen hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 15.04.2010 tarihli ve 5981 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 1 inci maddesi ile 28.03.1983 tarihli ve 2809 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 119'un, Anayasanın 2 nci, 35 inci, 46 ncı ve 130 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

2) 1 inci maddesi ile 28.03.1983 tarihli ve 2809 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 124'ün, Anayasanın 2 nci, 35 inci, 46 ncı ve 130 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

3) Geçici Madde 1'in, Anayasanın 2 nci, 35 inci, 46 ncı ve 130 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine, Anayasaya açıkça aykırı olmaları ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. 18.06.2010"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

15.4.2010 günlü, 5981 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenen maddeleri şöyledir:

*"**EK MADDE 119-** İstanbul'da Fatih Sultan Mehmet Han, Sinan Ağa Bin Abdurrahman, Nurbanu Valide Sultan, Hatice Sultan ve Hacı Abdülaziz Ağa Mazbut Vakıfları adına Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun vakıf yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlerine tabi olmak üzere, kamu tüzel kişiliğine sahip Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi adıyla bir vakıf üniversitesi kurulmuştur.*

Bu Üniversite, Rektörlüğe bağlı olarak;

a) Mühendislik-Mimarlık Fakültesinden,
b) Edebiyat Fakültesinden,
c) Güzel Sanatlar Fakültesinden,
ç) Güzel Sanatlar Meslek Yüksekokulundan,
d) Mühendislik ve Fen Bilimleri Enstitüsünden,
e) Sosyal Bilimler Enstitüsünden,
f) Güzel Sanatlar Enstitüsünden,
g) Medeniyetler İttifakı Enstitüsünden,

oluşur."

*"**EK MADDE 124-** İstanbul'da Bezm-i Âlem Valide Sultan, Silahtar Abdullah Ağa ve Abdülhamit Sani mazbut vakıfları adına Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun vakıf yükseköğretim kurumlarına ilişkin hükümlerine tabi olmak üzere, kamu tüzel kişiliğine sahip Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesi adıyla bir vakıf üniversitesi kurulmuştur.*

Bu Üniversite, Rektörlüğe bağlı olarak;

a) Tıp Fakültesinden,
b) Diş Hekimliği Fakültesinden,
c) Eczacılık Fakültesinden,
ç) Sağlık Bilimleri Fakültesinden,
d) Eğitim Fakültesinden,
e) Sağlık Hizmetleri Meslek Yüksekokulundan,
f) Sağlık Bilimleri Enstitüsünden,
g) Adli Bilimler Enstitüsünden,
ğ) Eğitim Bilimleri Enstitüsünden,

oluşur."

*"**GEÇİCİ MADDE 1-** Bezm-i Âlem Valide Sultan Vakıf Gureba Hastanesi faaliyetlerini, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç altıncı ayın sonuna kadar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki statüsü ile devam ettirir.*

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Vakıflar Genel Müdürlüğünün kadrosunda olup söz konusu Hastanede çalışan personelin statüsü, en geç birinci fıkradaki sürenin sonuna kadar korunur. Bunlardan;

a) Akademik unvana sahip olanlar ile tıpta uzmanlık öğrenimi görenlerin, talepleri halinde birinci fıkrada belirtilen sürenin sonuna kadar ilgili mevzuat hükümlerine göre söz konusu Üniversiteye ataması yapılabilir.

b) Tıpta uzmanlık öğrencisi olmayan ve akademik unvana sahip bulunmayan diğer personel, talepleri halinde birinci fıkrada belirtilen sürenin sonuna kadar, söz konusu Üniversite ile 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre sözleşme imzalayarak istihdam edilebilir.

c) Sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri ile yardımcı hizmetler sınıfındaki personel, söz konusu Üniversitede istihdam edilmek istemedikleri ya da ataması yapılarak veya sözleşme imzalanarak anılan Üniversitede istihdam edilmedikleri takdirde, kazanılmış hak aylık derecelerine uygun olarak Sağlık Bakanlığına, diğer personel ise Vakıflar Genel Müdürlüğünce merkez ve taşra teşkilatında ihtiyaç bulunan birimlere naklen atanırlar.

Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Vakıflar Genel Müdürlüğüne ait bölümünde yer alan ve söz konusu Hastaneye tahsis edilmiş kadrolarda bulunan personelden, söz konusu Üniversitede çalışmak isteyenlere ait kadrolar ile boş bulunan kadrolar ve Baştabip, Baştabip Yardımcısı, Klinik Şefi, Klinik Şef Yardımcısı, Hastane Müdürü, Hastane Müdür Yardımcısı, Sivil Savunma Uzmanı ve Saymanlık Müdürü kadroları, birinci fıkrada belirtilen sürenin sonunda iptal edilerek kadro cetvellerinden çıkarılmış sayılır. Bu tarihten itibaren, ikinci fıkranın (a) ve (b) bentleri saklı kalmak kaydıyla, bu fıkrada unvanları sayılan personel, en geç bir ay içinde kazanılmış hak aylık derecelerine uygun kadrolara atanmak üzere; dolu kadrolarda bulunan sağlık hizmetleri ve yardımcı sağlık hizmetleri ile yardımcı hizmetler sınıfındaki personel ise bulundukları kadroları ile birlikte Sağlık Bakanlığına devredilir. Devredilen kadrolar 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin eki (I) sayılı cetvelin Sağlık Bakanlığına ait bölümüne eklenmiş sayılır.

Üçüncü fıkrada unvanları sayılan personel, kadrolarının iptal edildiği tarih ile atama işlemleri yapılıncaya kadar geçen sürede durumlarına uygun işlerde görevlendirilirler. Bu süre içerisinde ilgililer, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 67 nci maddesinin son fıkrasında öngörülen fazla çalışma ücreti ve 5737 sayılı Kanunun 72 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ödeme ile nöbet ücreti hariç olmak üzere, eski kadrolarına bağlı olarak en son ayda almakta oldukları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlarıyla diğer mali haklarından ve görevlendirildikleri yerlerdeki fiilen görev yaptıkları emsali kadroya ilişkin döner sermaye ödemesinden yararlanır. Bu personelin Vakıflar Genel Müdürlüğündeki önceki kadrolarına bağlı olarak, 5737 sayılı Kanunun 67 nci maddesinin son fıkrasında öngörülen fazla çalışma ücreti ve 5737 sayılı Kanunun 72 nci maddesinin birinci fıkrasında yer alan ödeme ile nöbet ücreti hariç olmak üzere, en son ayda almakta oldukları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer mali hakları toplam net tutarının, atandıkları yeni kadroların, nöbet ücreti ve döner sermayeden yapılan ek ödeme hariç olmak üzere, aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatlar ile diğer her türlü mali hakları toplam net tutarından fazla olması halinde, aradaki fark tutarı, atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece, farklılık giderilinceye kadar herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın ayrıca tazminat olarak ödenir.

Bu maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulama esaslarını belirlemeye Başbakanlık yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa'nın 2., 35., 46. ve 130. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM'ın katılımlarıyla 1.7.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

2- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A) 5981 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 2809 sayılı Kanun'a ilave edilen Ek 119. ve Ek 124. Maddelerin İncelenmesi

a) Kuralların Anlam ve Kapsamı

İptali istenen kurallarla 2809 sayılı Kanun'a ilave edilen Ek Madde 119 ile Fatih Sultan Mehmet Han, Sinan Ağa Bin Abdurrahman, Nurbanu Valide Sultan, Hatice Sultan ve Hacı Abdülaziz Ağa mazbut vakıfları adına Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Ek Madde 124 ile de Bezm-i Âlem Valide Sultan, Silahtar Abdullah Ağa ve Abdülhamit Sani mazbut vakıfları adına Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesi kurulmuştur.

Mazbut vakıfların, fiilî ve hukukî sebeplerle devletin el koyduğu, idaresi bir makama ya da vakfedenlerin ferilerinden başkalarına bırakıldığı, fiilen hayrî bir hizmeti kalmadığı için Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vesayeti altına alınan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler oldukları anlaşılmaktadır. Bu vakıfların temsil ve idareleri hukuki statülerinin korunarak yaşatılmaları amacıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır. Kendine özgü bu vesayet ilişkisi, mazbut vakıfların hukukî statülerinde bir değişikliğe sebebiyet vermediği gibi, vakıf malvarlığının kamu malı hâline dönüşmesi sonucunu da doğurmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin, benzer durumlara ilişkin daha önce verdiği kararlarında, vakıf mallarının vakıf özel mülkiyetinde olduğu vurgulanmış ve Vakıflar Kanunu'nun düzenlediği bütün eski vakıfların malları için bu durumun geçerli olduğu belirtilmiştir. (30.1.1969 günlü, E.1967/47, K.1969/9 ve 4.12.1969 günlü, E.1969/35, K.1969/70 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararları)

Bezm-i Âlem ve Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversiteleri'nin kurulmasına dair dava konusu kurallar yasalaşmadan önce kurucu mazbut vakıflar yönünden yerine getirilmesi gereken idari prosedür tamamlanmıştır. Bu kapsamda mazbut vakıfların temsil ve idaresini vesayeten yürüten ve bu vakıflar adına irade açıklayabilecek tek organ olan Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün istemiyle kurumun en üst karar organı olan Vakıflar Meclisi, kurucu mazbut vakıfların vakfiyelerinde yer alan eğitim ve hayır şartlarının *"Her seviyede eğitim ve öğretim (İlköğretim, Kolej, Meslek Lisesi, Meslek Yüksekokulu, Yüksekokul, Fakülte, Üniversite, Enstitü) kurumu kurmak ve işletmek"* şeklinde değiştirilmesine, ardından da Bezm-i Âlem ve Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitelerinin kurulmasına karar vermiştir.

b) Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Anayasa'nın 2. ve 130. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde; iptali istenen kurallar ile Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından bir kısım mazbut vakıflar adına Bezm-i Âlem ve Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversiteleri'nin kurulmasının öngörüldüğü, kurucu mazbut vakıfların esasen yoksullara ve düşkünlere yardım gibi sosyal amaçlarla kurulduğu, dolayısıyla anılan vakıfların vakfiyelerindeki hayır şartları arasında üniversite kurma amacı bulunmadığı gibi hayır şartları fiilen ve hukuken imkânsız hâle gelmeden değiştirildiği, statüsü ve malvarlığı itibariyle özel hukuk hükümlerine tabi mazbut vakıfların malvarlığı ile kamu hukuku tüzel kişisi olan üniversitelerin kurulamaması gerektiği belirtilerek, kuralların Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. Sosyal hukuk devleti ise kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasa'nın 130. maddesinin birinci fıkrasında amacı ve işlevi belirlenen üniversitelerin taşıması gereken nitelikler; değişik birimlerden oluşmak, kamu tüzelkişiliğine ve bilimsel özerkliğe sahip olmak, devlet tarafından ve yasayla kurulmak şeklinde belirtilmiş, ikinci fıkrasında, kanunda gösterilen usul ve esaslara göre, kazanç amacına yönelik olmamak şartı ile vakıflar tarafından, Devletin gözetim ve denetimine tâbi yükseköğretim kurumlarının kurulabileceği öngörülmüştür. Anayasa'nın 130. maddesinin son fıkrasında ise vakıflar tarafından kurulacak yükseköğretim kurumlarının mali ve idari konuları dışındaki akademik çalışmalarıyla öğretim elemanlarının sağlanması ve güvenlik yönlerinden, devlet eliyle kurulan yükseköğretim kurumları için Anayasa'da belirtilen hükümlere tabi olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'nın 130. maddesinin ikinci fıkrası, hangi tür vakıfların üniversite kurma ehliyetini haiz olacakları yolunda bir ayrım getirmemiştir. Bu durumda Anayasal ve yasal şartları taşıdıkları takdirde diğer vakıflar gibi mazbut vakıfların da yükseköğretim kurumu kurmalarının önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bu bağlamda 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca mazbut vakıfların vakfiyelerindeki hayır şartlarının, çağın gereklerine uygun hâle getirilerek güncellenmesi, Devlet'in mazbut vakıfları yaşatma sorumluluğu nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı gibi, bu vakıfların eğitim, sosyal ve kültürel faaliyetlere katılmalarının sağlanması sebebiyle sosyal devlet ilkesinin de bir gereğidir.

Dava dilekçesinde; Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün mazbut vakıfların malvarlığı üzerindeki tasarruflarının, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ile 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'na tabi olması nedeniyle işlemlerinin denetimi mümkün iken, mazbut vakıfların, vakıf üniversitelerine tahsis olunan malları ile ilgili tasarruf yetkisinin, denetimi etkisiz kılacak şekilde üniversitelerin mütevelli heyetine bırakıldığı ileri sürülmekte ise de, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Ek 18. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları uyarınca yardım alan vakıf yükseköğretim kurumları her yıl Nisan ayı sonuna kadar bir önceki yılın gelir ve giderlerini Maliye Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı ile Yükseköğretim Kurulu'na göndermek zorunda olduklarından üçlü bir denetime tabidirler. Ayrıca Maliye Bakanlığı, denetime esas olmak üzere vakıf yükseköğretim kurumlarından her türlü belge ve bilgiyi istemeye ve gerektiğinde merkez denetim elemanları vasıtasıyla denetim ve inceleme yaptırmaya da yetkilidir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kurallar Anayasa'nın 2. ve 130. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

2- Anayasa'nın 35. ve 46. Maddeleri Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde; mülkiyeti devlete ait olmayan ve başka amaçlara özgülenmiş vakıf mallarının gelirleriyle vakıf üniversitesi kurulmasının Anayasa'nın 35. maddesine açıkça aykırı olduğu, ayrıca iptali istenilen kurallar ile mazbut vakıflara ait olup da vakıf üniversitelerine tahsis olunan malların, bu üniversitelerin eğitim-öğretim görevini yerine getirememeleri hâlinde bedelsiz olarak başka bir devlet üniversitesine devrine sebebiyet verildiği belirtilerek, kuralların Anayasa'nın 35. ve 46. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 35. maddesinde "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*." biçimindeki hükme yer verilerek, mülkiyet hakkı, miras hakkıyla birlikte bir temel hak olarak güvence altına alınmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır. Devlet mülkiyet hakkına ancak kamu yararı amacıyla ve kanuna uygun olarak müdahale edebilir.

Mazbut vakıfların bir kısım malvarlıklarının yalnızca intifa hakları vakıf üniversitelerine intikal etmektedir. Vakıf üniversitelerinin bu hakları, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre tüzel kişiler olarak varlıklarını ve eğitim hizmetlerini sürdürdükleri müddetçe kullanabilecekleri açıktır.

Vakıf üniversitelerinin acze düşmesi hâlinde eğitim-öğretimin sekteye uğramaması için, bu hizmetin devlet üniversiteleri tarafından görülmesi amacıyla intikal ettirilen yalnızca intifa hakkı olup, mülkiyetin devlet üniversitesine bedelsiz intikalinden söz edilemez.

2547 sayılı Kanun'un Ek 6. maddesinin son cümlesi uyarınca, vakıf yükseköğretim kurumu doğrudan doğruya bağış ve yardım kabul edebileceği gibi, kurucu vakıflardan ayrı olarak tüzelkişiliği bulunduğundan taşınır veya taşınmaz mal da edinebilir. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinin faaliyete başladıktan sonra bağış ve satın alma gibi yollarla doğrudan iktisap ettiği, hizmet yürütülmesine yönelik ve hizmet malı niteliği bulunan taşınır ve taşınmaz mallarının mülkiyetinin devlet üniversitesine intikaline engel bulunmamaktadır.

Ancak doğrudan hizmetin görülmesine yönelik olmayıp, gelir getirerek dolaylı yoldan hizmete katkı sağlamak amacıyla vakıf yükseköğretim kurumuna devredilmiş mal ve hakların ise, devlet üniversitesine intikal edip etmeyeceğine veya ne kadarının intikal edeceğine kurucu vakıfların yönetim organları karar verir. Vakıf yükseköğretim kurumlarında, kurucu mazbut vakıfların en üst karar organı olan Vakıflar Meclisi aksine karar almadığı sürece Bezm-i Âlem ve Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitelerine intifa hakkı devir ve taahhüt edilmiş bulunan taşınmaz mallar mazbut vakıfların mülkiyetinde kalacaktır. Bu itibarla iptali istenen kurallar ile devletin, mazbut vakıfların mülkiyet hakkına doğrudan ya da dolaylı hiçbir şekilde müdahalesi söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kurallar Anayasa'nın 35. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 46. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B) 5981 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde; Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kadrosunda olup da Bezm-i Âlem Valide Sultan Vakıf Gureba Hastanesi'nde çalışmakta olan personele ilişkin olarak geçiş hükümlerinin düzenlendiği 5981 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin *"tereddütleri giderme"* kavramı çerçevesinde yürütmeye çok geniş hatta sınırsız yetki devrine sebep olduğu, ayrıca 2809 sayılı Kanun'a ilave edilen Ek 124. maddenin iptali durumunda sırf bu sebeple yasal dayanaktan yoksun kalacak olan geçici 1. maddenin de iptal edilmesi gerektiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 35., 46. ve 130. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Bezm-i Âlem Valide Sultan Vakıf Gureba Hastanesi'nin mülkiyeti Bezm-i Âlem Valide Sultan Mazbut Vakfı'na ait olup bu vakıf adına Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından idare edilmektedir. Ancak söz konusu Hastane, 5981 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra intifa hakkı Bezm-i Âlem Vakıf Üniversitesi'ne devrolunacak taşınmazlar içerisinde yer aldığından, iptali istenilen kural ile Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kadrosunda olup da anılan hastanede çalışan personelin statüleri ve geçiş koşulları ile özlük hakları belirlenmiş, son fıkrada da bu maddenin uygulanmasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ve uygulama esaslarını belirlemeye Başbakanlık yetkilidir, denilmiştir.

İptali istenen kuralda, 5981 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün kadrosunda olup Bezm-i Âlem Valide Sultan Vakıf Gureba Hastanesi'nde çalışan personelin geçiş süreci ayrıntılı olarak düzenlenerek kadro ve statüleri, atama, nakil ve görevlendirilmeleri ile malî hakları, temel ilkeler konulmak ve çerçevesi çizilmek suretiyle belirlenmiş, idareye takdir yetkisi tanınmamıştır. Başbakanlığa belirtilen çerçeve içerisinde uygulama esaslarına ilişkin olarak tanınan yetkinin, yasama yetkisinin devri olarak değerlendirilemeyeceği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural Anayasa'nın 2., 35., 46. ve 130. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN İNCELENMESİ

15.4.2010 günlü, 5981 Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle 28.3.1983 günlü ve 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen Ek Madde 119 ve Ek Madde 124'e,

2- Geçici 1. maddesine,

yönelik iptal istemi, 26.1.2012 günlü, E.2010/57, K.2012/14 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddelere ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 26.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

15.4.2010 günlü, 5981 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle 28.3.1983 günlü, 2809 sayılı Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanunu'na eklenen Ek Madde 119 ve Ek Madde 124'ün,

2- Geçici 1. maddesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 26.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/74
Karar Sayısı : 2012/15
Karar Günü : 26.1.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İstanbul 2. Vergi Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan "…1/7/2010 tarihinden geçerli olmak üzere…" ibaresinin, bu bentte yer alan 8. ve 16. maddeler yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından; hakkında 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun re'sen tarha ilişkin hükümleri çerçevesinde takdir komisyonu tarafından belirlenen matrah üzerinden yapılan vergi ziyaı cezalı gelir vergisi tarhiyatının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"…

213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 114. maddesinde düzenlenen tarih ve tebliğ zamanaşımının takdir komisyonuna havale edilmesi üzerine duracağına ilişkin yasa hükmünün Anayasa Mahkemesinin yukarıda değinilen kararı ile iptal edilmesi üzerine, 6009 sayılı Kanunun anılan hükümleri ile konunun yeniden düzenlendiği, takdir komisyonuna havale edilen mükellefler için zamanaşımının en fazla bir yıl süre ile duracağı, bir yılın sonunda zamanaşımı

süresinin kaldığı yerden tekrar işlemeye başlayacağı yolunda hüküm tesis edildiği görülmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi kararının 15.10.2009 tarihini taşıması, kararın içeriğinde iptal hükmünün altı ay sonra yürürlüğe gireceğine hükmedilmesi ve bu kararın da gerekçeli olarak 08.01.2010 tarihinde yayımlanmasına rağmen; iptal kararı üzerine konuyla ilgili yapılan yasal düzenleme 01.08.2010 tarihinde yayımlanıp, bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Yine, Kanunun 62. maddesi uyarınca 01.07.2010 tarihinden itibaren geçerli olacağına hükmedilmekle beraber, söz konusu Kanunun 16. maddesi ile 213 sayılı Kanuna eklenen geçici 28. maddeyle 01.01.2005 tarihinden önceye ait olup, 31.12.2012'ye kadar tebliğ edilmeyen vergilerin zamanaşımına uğrayacağına ilişkin özel bir hükme yer verilmiştir.

Bu noktada 6009 sayılı Kanunun 62. maddesinde "1/7/2010 tarihinden geçerli olmak üzere" ifadesiyle konuya ilişkin 8. ve 16. madde hükümlerinin, vergi hukuku noktasında ne anlam ifade ettiği önem kazanacak ve konunun bu açıdan ele alınıp tartışılması gerekecektir. Bu kapsamda dikkat edilmesi gereken en temel husus, konuyla ilgili yasa hükümlerinin Kanunun da işaret ettiği gibi yayımı tarihinde, yani 01.08.2010'da yürürlüğe girecek olmasıdır. Böylece itiraza konu kanun kuralı ile henüz yürürlükte olmayan bir Kanun hükmünün geçmişe yürütülmesi söz konusu olacaktır. Böylece, bu düşünce, ilkesel olarak vergi hukukunda kabul edilmeyen "kanunlarının gerçek anlamda geriye yürütülmesi" suretiyle, hem oluşan müktesep hakların zedelenmesine neden olacak, hem de hukukun genel ilkelerinden olan "hukuki güvenlik ilkesi" ile bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla, olaya ilişkin söz konusu yasa maddelerinin yürürlük kazandığı 08.01.2010 tarihinden sonra hukuki sonuçlarını doğurmaya başlaması hukuk devleti olmanın en temel gerekliliklerinden birisidir.

Bilindiği gibi parlamenter demokrasilerde en temel karar organı Yasama meclisidir. Kural olarak Yasama organın bir konu hakkında harekete geçip serdettiği pozitif iradesi yeni bir hukuki durumun inşasına sebep olurken bazen konuyla ilgili harekete geçmeyerek sergilediği negatif irade de hukuki sonuçlar doğurabilmektedir. Anayasa Mahkemesince verilen iptal ve kararın yürürlük tarihinin ertelenmesi kararlarına karşı Yasama Organınca sergilenen hareketsiz durum buna en güzel örnektir.

Bu kapsamda; vergi hukukumuzda kamu düzeninden sayılan ve vergide kararlılığın göstergesi olarak kabul edilen zamanaşımı müessesesi 213 sayılı Kanunun 114/1. maddesinde genel kural olarak düzenlenmiştir. Ancak bu genel

kurala aynı maddenin 2. fıkrasında takdir komisyonuna sevk edilen mükellefler hakkında zaman aşımının duracağına ilişkin istisnai bir hüküm getirilmişti. Bu hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından yukarıda belirtilen kararı ile iptal edilmesi üzerine 213 sayılı Kanunun 114/1. maddesinde belirlenen genel kuralın uygulanmasına anılan Mahkeme tarafından konulan altı aylık sürenin dışında hukuken hiç bir engel bulunmamaktaydı. Bu süre de 08.07.2010 tarihinde dolmuş ve bu tarih itibariyle yasal düzenleme yapılmamıştı. Böylece 09.07.2010 tarihi itibariyle genel zamanaşımı kuralının uygulanmasına engel olacak hiç bir hukuki durum bulunmadığından bu tarih itibariyle 2004 ve daha öncesi dönemlere ait vergiler takdir komisyonuna sevk edilmiş olsalar bile "tarh zamanaşımı"na uğramıştır.

Bununla birlikte konuyla ilgili 23.07.2010 tarihinde 6009 sayılı Kanunla yukarıda değinilen yasal düzenlemeler yapılmış ve söz konusu düzenlemeler 01.08.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak itiraza konu kanun kuralı ile 01.08.2010 tarihinde yürürlüğe giren ve takdir komisyonuna havale edilmiş mükelleflerin vergi yükümlülükleri ile ilgili zaman aşımının oluşmasını engellemek veya oluşan zaman aşımını ortadan kaldırmak noktasında düzenlemeleri ihtiva eden 6009 sayılı Kanunun 8. ve 16. maddelerini geçmişe yürütülmek suretiyle 09.07.2010 tarihi itibariyle ilgilileri hakkında oluşan bir nevi müktesep hak niteliğinde olan (zaman aşımı) hukuki durum ortadan kaldırılmıştır. Bu da yukarıda değinilen Anayasanın 2. maddesinin belirtilen hukuk devleti (hukuki güvenlik) ilkesine açık aykırılık teşkil etmektedir.

Bu durumda; 6009 sayılı Kanunun 62. maddesinde (d) bendinde yer alan "1/7/2010 tarihinden geçerli olmak üzere" ifadesinin Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, vergi ve benzeri borçların tahsili noktasında kanunlarının mükelleflerin aleyhine geçmişe etkili bir şekilde uygulanmasına olanak tanıyan 5766 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin 28.4.2011 günlü, E. 2009/39, K. 2011/68 sayılı kararı ile iptaline karar vermiş ve 28.4.2011 günlü, E. 2009/39, K. 2011/23 sayılı kararı ile ilgili hükmün yürürlüğünün durdurulmasına hükmetmiştir.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebi ile uygulanacak bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan

kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurmasını düzenleyen 6216 sayılı Kanunun 40. maddesinin 1.fıkrası uyarınca; 6009 sayılı Kanunun yürürlük maddesi olan 62. maddesinin (d) bendinde, yer alan "01/07/2010 tarihinden geçerli olmak üzere" ibaresinin Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptali için re'sen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyadaki belge örneklerinin onaylanıp dizi pusulasına bağlanarak Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Yüksek Mahkemece bir karar verilinceye kadar veya dosyanın mahkemeye gidişinden itibaren beş aylık sürenin dolmasına kadar davanın bekletilmesine, 25/05/2011 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un itiraz konusu ibareyi de içeren 62. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun;

a) 2 nci ve 56 ncı maddeleri yayımını izleyen aybaşında,

b) 3 üncü, 6 ncı ve 60 ıncı maddeleri 1/1/2010 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

c) 4 üncü maddesi 1/10/2010 tarihinde,

ç) 5 inci maddesi 2010 takvim yılı kazançlarına uygulanmak üzere yayımı tarihinde,

d) 8 inci, 16 ncı ve geçici 5 inci maddeleri **1/7/2010 tarihinden geçerli olmak üzere** yayımı tarihinde,

e) 9 uncu ve 13 üncü maddeleri 1/1/2011 tarihinde,

f) 45 inci maddesi 30/6/2010 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

g) 57 nci maddesi 15/1/2010 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

ğ) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer."

B- İlgili Görülen Yasa Kuralları

6009 sayılı Kanun'un 8. ve 16. maddeleri şöyledir:

1- "213 sayılı Kanunun 114 üncü maddesinin ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Şu kadar ki, vergi dairesince matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması, zamanaşımını durdurur. Duran zamanaşımı mezkûr komisyon kararının vergi dairesine tevdiini takip eden günden itibaren kaldığı yerden işlemeye devam eder. Ancak işlemeyen süre her hâl ve takdirde bir yıldan fazla olamaz."

2- "213 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

"GEÇİCİ MADDE 28- 1/1/2005 tarihinden önceki dönemlere ilişkin olarak, bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten önce matrah takdiri için takdir komisyonuna sevk edilmiş olup, komisyonca takdir edilen matrah üzerinden 31/12/2012 tarihine kadar tarh ve tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğrar. Bu hüküm, 374 üncü maddede yer alan ceza kesmede zamanaşımı açısından da uygulanır."

C- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE, 22.9.2011 gününde karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, vergi hukukumuzda zamanaşımı müessesesinin kamu düzeninden sayıldığı, olayda 6009 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce 2004 ve daha öncesine ait vergi borçlarının tarh zamanaşımına uğramasına rağmen 6009 sayılı Kanunla yapılan düzenlemelerin bir kısmının geriye yürütülmesi suretiyle zamanaşımı nedeniyle ortadan kalkmış olan vergi borçlarının tekrar canlandırıldığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, başvuruda bulunan vergi mahkemesindeki davada uygulanacak olan 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun matrah takdiri için takdir komisyonuna başvurulması halinde dikkate alınacak zamanaşımı sürelerini düzenleyen bazı maddelerinin değiştirilmesine dair 6009 sayılı Kanun'un 8. ve 16. maddeleri ile 5838 sayılı Kanun'un bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin geçici 5. maddesinin 6009 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden farklı olarak daha önceki bir tarihten (1.7.2010) geçerli olmak üzere yürürlüğe girmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, ilke olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Bu ilke uyarınca, kamu yararı, kamu düzeni, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında sonradan çıkan bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz. Vergi alanındaki düzenlemeler de kanunlarla gerçekleştirildiğinden, geriye yürümezlik vergi kanunları için de doğal bir zorunluluktur.

6009 sayılı Kanun'un 62. maddesindeki iptali istenen ibare yönünden durum incelendiğinde, Kanun'un, 23.7.2010'da kabul edilmiş olmasına karşın, kimi maddelerinin 1.1.2010, 15.1.2010 ve 30.6.2010 günlerinden; 8., 16. ve geçici 5. maddelerinin ise 1.7.2010 gününden geçerli olmak üzere uygulanacağı anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu ibareyle yürürlük tarihi belirlenen 8. ve 16. maddelerle 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonucunda, 6009 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte zamanaşımına uğramış 1.1.2005 tarihinden önceki döneme ilişkin vergi borçlarının yeniden canlandırılması suretiyle Kanun hükümleri geriye yürütülmüş olmaktadır.

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

Düzenlemeden beklenen kamu yararının, vergi borçlarının zamanaşımına uğramasını önleyerek daha yüksek oranda tahsilâtın sağlanması olduğu anlaşılmaktadır. Buna karşılık mükelleflerin, zamanaşımına uğramış vergi borçlarından sorumlu tutulmaları, diğer bir anlatımla zamanaşımına uğramış borçların yeniden canlandırılması hukuka olan güven duygusunu zedeler ve hukuk güvenliği ilkesi ile de bağdaşmaz.

6009 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan ibare ile getirilen düzenlemenin, mükelleflerin sorumluluklarını geçmişe dönük olarak arttırması ve zamanaşımına uğramış vergi borçlarını canlandırması hukuk kurallarının geriye yürütülmesi anlamına gelmekte ve Anayasa'da yer alan hukuk devleti kapsamındaki hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, 6009 sayılı Kanun'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan 8. ve 16. maddeler yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- SONUÇ

23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan "… 1/7/2010 tarihinden geçerli olmak üzere …" ibaresinin, bu bentte yer alan 8. ve 16. maddeler yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 26.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/6
Karar Sayısı : 2012/16
Karar Günü : 26.1.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 20.11.1981 günlü, 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5.6.1986 günlü, 3305 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 23. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"...%10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı esas alınır."* ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Üst sınırı belirsiz bir kârlılık oranını suyun maliyet bedeline ilave etmek suretiyle hazırlanan tarife ile suya fahiş oranda zam yapıldığından bahisle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı Tüketici Hakları Derneği vekili tarafından 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş Yasası'nın 23. maddesine dayanılarak düzenlenen ve 2/2/1991 tarihli Genel Kurulda kabul edilen Tarifeler Yönetmeliği'nin 26. maddesindeki "Su satış ve atıksu tarifesinin belirlenmesinde rol oynayan iki ana faktörden birincisi; yönetim ve işletme giderleri ile amortismanlar, aktifleştirilemeyen yenileme, iyileştirme (ıslah) ve genişletme (tevsi) giderleri, ikincisi ise %10'dan aşağı olmayacak nispette kar oranıdır" maddesinde yer alan "...%10'dan aşağı olmayacak nispette kar

oranıdır" ifadesi ile aynı Yönetmeliğin 30. maddesinde yer alan "Konut, işyeri, sanayi vb. abonelerine uygulanacak su satış tarifesi 26, 27, 28 ve 29. maddelerde belirtilen gider ve kayıplar ile en az %10 kar sağlayabilecek seviyede tespit edilir" maddesinde yer alan "en az %10 kar sağlayabilecek seviyede tespit edilir" ifadesinin iptali istemiyle Ankara Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü'ne karşı açılan davada Mahkememizce Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesi kapsamında görülmekte olan davada uygulanacak kanun hükmü olarak nitelendirilen 2560 sayılı İSKİ Kuruluş Yasası'nın (Ek madde 5 hükmü uyarınca söz konusu Kanun'un diğer Büyükşehir Belediyelerini de kapsamına dahil etmiştir) Tarife Tespit Esasları başlıklı 23. maddesindeki "... tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleri ile amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masrafları ve %10'dan aşağı olmayacak nispetinde kar oranı esas alınır..." maddesindeki "...%10'dan aşağı olmayacak nispetinde kar oranı esas alınır" tümcesinin aşağıda sıralanan gerekçelerle T.C Anayasasına aykırı olduğu düşünülmektedir.

T.C. Anayasası'nın Cumhuriyet'in nitelikleri başlıklı 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." hükmüne yer verilmektedir. Anayasa Mahkemesi Hukuk devleti ilkesini genel olarak "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendisini yükümlü sayan, bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlet" (E: 1976/1, K: 1976/28 25/05/1976) şeklinde tarif etmektedir. Anayasa Mahkemesince "Hukuk Devleti" kavramı tanımlanmamakta sadece bu kavramın temelini oluşturan unsurlar sıralanmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin sonraki kararlarında da belirginleştiği üzere "hukuk devleti" ilkesini oluşturan unsurlar zamanla, değişmekte ve çağın gelişimine göre yeni şartlar eklenebilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu

bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

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

Bu açıklamalar ışığında söz konusu Yasanın Anayasaya aykırı olduğu düşünülen tümcesine bakıldığında; Türkiye'deki tüm Büyükşehir belediyelerini kapsamına alan ve söz konusu belediyeler tarafından hazırlanacak olan su tarifelerindeki esasları ortaya koyan Yasa'nın 23. maddesinde su tarifelerinin belirlenmesinde "...%10'dan aşağı olmayacak nispetinde kar oranı esas alınır" tümcesine yer verilmiş bulunulmaktadır. Bu hükme göre Büyükşehir belediyeleri kendi sınırları içerisinde yer alan yerleşim birimlerinde uygulayacakları su tarifelerini belirlerken en az %10 oranında kar uygulamak zorundadırlar. Ancak anılan Yasa tarafından bu kar oranının azami olarak ne miktarda olması gerektiğine yönelik bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yukarıda da anlatıldığı üzere "hukuk devleti" nin zorunlu bir unsuru da "yasaların belirli" olması ilkesidir. Bu ilke "hukuki güvenlik" ilkesinin doğal bir sonucudur. Buna göre söz konusu yasada belirlenecek olan tarifede kar oranının azami olarak ne nispette olması gerektiğine yer verilmemiş olması ve en az %10 dan aşağı olmayacak şeklinde bir düzenlemeye gidilmiş olması idarelere geniş, sınırsız ve ölçüsüz bir takdir yetkisi vermek sonucunu doğurmuştur. Ayrıca idarelerin söz konusu su tarifelerindeki kar oranlarını belirlerken hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Dolayısıyla da Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "Hukuk Devleti" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanannedenlerle Mahkememizce bakılmakta olan davada uygulanması gereken kural niteliği taşıyan 2560 sayılı İSKİ Genel Müdürlüğü Kuruluş Yasası'nın 23. maddesinde yer alan "...%10'dan aşağı olmayacak nispetinde kar

oranı esas alınır" tümcesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun'un 28. maddeleri uyarınca söz konusu ibarenin iptali istemiyle itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve uyuşmazlığın çözümünün Anayasa Mahkemesi kararına kadar Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca geri bırakılmasına 11/11/2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

20.11.1981 günlü, 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5.6.1986 günlü, 3305 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu kuralın da yer aldığı 23. maddesi şöyledir:

"Tarife tespit esasları:

Madde 23 – (Değişik: 5/6/1986 - 3305/2 md.)

Su satışı, kanalizasyon tesisi bulunan yerlerdeki kullanılmış suların uzaklaştırılması, septik çukurların boşaltılması giderleri için ayrı tarifeler yapılır. Bu tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleri ile, amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masrafları ve **%10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı esas alınır.**

Tarifelerin tespiti ile tahsilâtla ilgili usul ve esaslar bir yönetmelik ile belirlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN,

Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 10.2.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- 2560 Sayılı Kanun'un 23. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan *"…%10'dan aşağı olmayacak nispetinde…"* İbaresinin İncelenmesi

Başvuru kararında, itiraz yoluna başvuran Mahkemece itiraz konusu kuralın su tarifelerinin belirlenmesinde dikkate alınan kârlılık oranına ilişkin *"…%10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı esas alınır."* şeklindeki cümlesinde sadece kârlılık oranının alt sınırına yer verilerek, üst sınırının gösterilmediği, oysa hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesi gereği kârlılık oranının üst sınırının da gösterilmesinin gerektiği, idarelerin söz konusu su tarifelerindeki kâr oranlarını belirlerken hangi ölçütleri esas alacaklarının açık, belirgin ve somut olarak Kanun'da yer almadığından kuralın belirli ve öngörülebilir olmadığı ve bu durumun Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan *"Hukuk Devleti"* ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı *"Tarife tespit esasları"* başlıklı 23. maddesinin birinci fıkrasında, suların satışı, kanalizasyon tesisi bulunan yerlerdeki kullanılmış suların uzaklaştırılması ve septik çukurların boşaltılması için ayrı ayrı tarifelerin yapılacağı, ikinci fıkrasında ise bu tarifelerin tespitinde, yönetim ve işletme giderleriyle, amortismanları doğrudan gider yazılan (aktifleştirilmeyen) yenileme, ıslah ve tevsi masraflarının yanı sıra %10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranının esas alınacağı kural altına alınmıştır.

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

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında mahallî idarelerin il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları kanunda gösterilen ve seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları, üçüncü fıkrasının son cümlesinde Kanunla büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirilebileceği, aynı maddenin son fıkrasının son cümlesinde ise mahalli idarelere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı belirtilmiştir.

2560 sayılı Kanun'un 23. maddesinde su tarifesi hazırlanmasında ilke olarak alınacak esaslar düzenlenmiştir. Buna göre tarifenin belirlenmesinde birinci unsur gider ve maliyetler, ikinci ise itiraz konusu kuralda yer alan kârlılık oranıdır.

Yasa koyucu tarafından itiraza konu olan kuralda sadece kârlılık oranına *"…%10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı…"* şeklinde bir alt sınır getirilmiş, üst sınır ise belirlenmemiş ve idarenin takdirine bırakılmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesinin üçüncü fıkrasındaki hükme dayanılarak, ülkemizde halen büyükşehir belediyesine dönüştürülmüş on altı belediye bulunmaktadır. Bunlar arasında nüfus, yüz ölçüm, sanayileşme, su alt yapı sorunları veya gelir kaynakları açısından farklılıkların olması doğaldır. Ancak Anayasa'da bu verilere bağlı bir görev ve gelir kaynağı teminine dair ayrıntıya yer verilmemiştir. Bu durumda, mahalli idarelerin görevleri ile orantılı gelir sağlama ve verilen hizmetler karşılığında elde edilecek gelirlerde kârlılık oranını

belirleme konusunda, ölçülü ve adil olmak ve anayasal ilkelere bağlı kalmak koşuluyla takdir hakkının bulunması gerekir.

Ülkemizdeki büyükşehir belediyelerinin nüfus artışı, büyüme hızı, yapılaşması, sosyal, ekonomik ve kültürel gelişimi, sanayileşme düzeyi ile su üretim- tüketim kapasitesi ve maliyeti tamamen birbirinden farklıdır. Ayrıca su ihtiyacı zamana ve değişen şartlara göre de değişkenlik gösterebilir. Bu faktörlere bağlı olarak büyükşehir belediyelerinin herkese kaliteli ve erişilebilir su sağlanması amacıyla şartlara bağlı olarak ihtiyaç duyulacak suyun tedariki için yeni altyapı tesisleri inşa etme durumları da aynı değildir.

Bu nedenle her büyükşehir belediyesinin yerine getirmek durumunda olduğu su hizmetlerinin nitelik ve nicelik itibarıyla farklılık göstereceği kuşkusuzdur. Dolayısıyla, büyükşehir belediyelerinin anılan farklılıklara paralel olarak sunacakları hizmetlere göre elde edecekleri gelirler ve bu gelirlerdeki kârlılık oranı da değişebilecektir. Ancak, kanunlarda alt ve üst sınırları belirlenmiş kârlılık oranları öngörüldüğünde durumları tamamen birbirinden farklı olan idarelerin gereksinim duyduğunda bu oranların altında veya üstünde bir kârlılık oranı belirlemesine imkân bulunmamaktadır. İdareler hizmet sunarken zamana ve değişen şartlara göre daha önceden kanun ile alt ve üst sınırı belirlenmiş kârlılık oranının üstünde veya altında bir kârlılık oranı uygulanmasına ihtiyaç duyabilirler. Bu itibarla, idarece sunulacak su hizmetinin zaman içinde değişen şartlara göre farklı kârlılık oranlarını gerektirebilmesi nedeniyle su bedelinin tespitinde uygulanacak kârlılık oranının belirlenmesi ölçülü ve adil olmaları koşuluyla idarenin takdirine bırakılması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralda yer alan *"…%10'dan aşağı olmayacak nispetinde…"* ibaresi Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ, bu sonuca değişik gerekçe ile katılmışlardır.

B- 2560 Sayılı Kanun'un 23. Maddesinin Birinci Fıkrasında Yer Alan *"… bir kâr oranı esas alınır."* İbaresinin İncelenmesi

Başvuru kararında, Kanun'un değiştirilen 23. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"…%10'dan aşağı olmayacak nispetinde…"* biçimindeki ibareye ilişkin gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2560 sayılı Kanun'a 5.6.1986 günlü, 3305 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle eklenen ek 5. maddede, bu Kanun'un diğer Büyükşehir Belediyelerinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Kanun'un 13. maddesinde İSKİ'nin ve bu Kanun'a tabi tüm büyükşehir belediyelerinin gelirlerine ilişkin kaynaklara yer verilmiş ve maddenin (a) bendinde de su satışı ve kullanılmış suların uzaklaştırılmasına karşılık, tarifesine göre abonelerden alınacak ücretler, belediyelerin gelir kaynakları arasında sayılmıştır. Kanun'un 23. maddesinde ise tarifenin unsurları olarak gider ve maliyetler ile itiraz konusu kuralda yer alan kârlılık oranına yer verilmiştir.

2560 sayılı Kanun kapsamında idarenin kişilere verdiği su hizmeti karşılığında alacağı bedelin niteliği Anayasa Mahkemesinin 14.2.1991 gün ve E.1990/18, K.1991/4 sayılı kararında açıklanmıştır. Söz konusu kararla; su bedelinin su satışı ve kullanılmış suların uzaklaştırılması karşılığında yapılan tarifeye ve abonman sözleşmesine göre alındığı, bu şekilde idare ile birey arasında özel hukuk ilişkisi kurulduğu ve ödenecek bedelin maliyet-kâr esasına göre belirlendiği, dolayısıyla idarece verilen bir hizmet karşılığında tarifeye göre saptanarak alınan bedelin vergi, resim, harç ve benzeri mali yüküm olmadığı, ücret niteliğini haiz olduğu belirlenmiştir.

Anayasa'nın 127. maddesinde, yerel yönetimlere görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı öngörülmüş olup, büyükşehir belediyelerinin su hizmetlerini verimli bir şekilde sürdürebilmesi, daha kaliteli ve etkin bir şekilde hizmet sağlayabilmesi, yatırımlarda bulunabilmesi için ihtiyaç duyduğu malî kaynağın bulunması gerekmektedir. Bu kapsamda büyükşehir belediyelerince sunulan hizmetlere karşılık talep edilen bedele ölçülü ve adil olarak belirlenen bir kâr oranının ilave edilmesinde Anayasaya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Bu itibarla, idarenin su tedariki ve suların uzaklaştırılması yönünde yaptığı hizmete karşılık ölçülü ve adil olarak belirleyeceği bir kâr oranını su tarifelerinin tespitinde esas alması ve bu tarifeye göre ücret istemesinde hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2560 sayılı Kanun'un 23. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *"…bir kâr oranı esas alınır."* ibaresi Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

20.11.1981 günlü, 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5.6.1986 günlü, 3305 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 23. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan;

1- "…%10'dan aşağı olmayacak nispetinde…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- "…bir kar oranı esas alınır" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

26.1.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

DEĞİŞİK GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇESİ

2560 sayılı İstanbul Su Ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un "Tarife tespit esasları" başlıklı 23. maddesinde, su satışı, kullanılmış suların uzaklaştırılması ve septik çukurların

boşaltılması tarifeleri belirlenirken, bunların tespitinde, yapılacak masraflara ek olarak "% 10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı esas alınır" kuralına yer verilmiştir. Kural'ın "% 10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir" bölümü, kâr oranlarını belirlemenin Belediye'nin takdir alanı içerisinde bulunduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir.

Suyun, insan yaşamındaki vazgeçilmez önemi nedeniyle bir hak olarak bir çok insan hakları metninde yer aldığı görülmektedir.

1992 yılında Dublin'de yapılan "Su ve Sürdürülebilir Kalkınma Konferansı"ndaki ekonomik temelli yaklaşım 3-14 Haziran 1992 tarihinde düzenlenen Birleşmiş milletler Rio Çevre ve Kalkınma Konferansı'na da yansımış ve su, doğal bir kaynak ve hem sosyal hem de ekonomik bir mal olarak öngörülerek suyu kullanandan uygun ücret alınması ve sürdürülebilir yönetim için her türlü planlama ve geliştirmede suyun tam maliyetinin esas alınması önerilmiştir. Anılan Rio Konferansı sonrasında da İkinci Uluslar arası Su Konferansı Amsterdam Deklarasyonu, 1994 Uluslar arası Nüfus ve Kalkınma Eylem Planı, 2000 Lahey Su Güvenliği Bakanlar Deklarasyonu gibi metinlerde de su hakkına yer verilmiştir. 6-8 Eylül 2000 tarihinde 189 ulus temsilcisinin katılımıyla gerçekleşen Milenyum Zirvesi'nin sonucunda ortaya çıkan Milenyum Kalkınma Hedefleri'nin bir başlığını da "su" oluşturmuştur.[1]

Su, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin[2] 11. ve 12. maddelerinde yer alan yaşam ve sağlık koşullarının yorumlandığı Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin "15 No'lu Genel Yorum"unda da geniş olarak olarak yer almıştır.[3]

Anılan 15 No'lu Genel Yorum'da su ile ilgili genel yükümlülükler (ayırımcılık yapmama ve eşit şekilde dağıtımı ile bu hakkın kullanımında zorluklarla karşılaşanlara (örneğin; kadınlar, çocuklar, kırsal alanda yaşayanlar, göçebe ve mülteciler, mahkûmlar ve hükümlüler vb. gibi) kişi ve gruplara özel önem verici ve bunların haklarını güvence altına alıcı adımlar atma konusunda

---

[1] ŞİRİN, Tolga, Uluslar arası Su Hakkı Sempozyumu, Diyarbakır 5-6 Kasım 2010 s-51

[2] Söz konusu sözleşme Türk Cumhuriyeti 15/8/2000 tarihinde New York'ta imzalanmış ve 4./6/2003 tarih ve 4867 sayılı Kanun'la onaylanmış olup, anılan Yasa'da 11/8/2003 gün ve 25142 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin orijinal metni, maddeleri ve onay kanunu hakkında detaylı bilgi için bkz. htpp://www.inhak-bb.adalet. gov.tr/uametin/eshus.pdf,

[3] 15 no'lu Genel Yorum hakkında detaylı bilgi için bkz. "UYAR, Lema, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Baskı İstanbul, Eylül 2006, s- 264-287

yükümlülükler yüklerken, özel yükümlülükler kapsamında da su hakkının kullanılmasında taraf devletlerin doğrudan veya dolaylı olarak müdahaleden kaçınılmasını öngören "saygı duyma yükümlülüğü", taraf devletlere su hakkından faydalanmasını engellemeye yönelik üçüncü kişi (birey grup, şirketler, kamu tüzel kişileri ve bunların otoritesi altında çalışanlar) müdahalelerini önlemeyi içeren "koruma yükümlülüğü" ile suyun kullanımını kolaylaştırıcı, geliştirici ve sağlayıcı tedbirler alma yükümlülüğünü öngören "yerine getirme yükümlülüğü" gibi yükümlülükler getirmektedir. Ayrıca, taraf devletlerin suyu ambargo veya ekonomik-siyasi baskı aracı olarak kullanmama gibi uluslar arası yükümlülüklerine değinilerek, suyun yeterlilik, kalite ve erişebilirlik unsurları üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde belirtilen sosyal hukuk devleti, kişilerin, insan onuruna yaraşır biçimde refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, sosyal adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda, Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının da güvencesidir. Anayasa'nın 56. maddesinde ise herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu öngörülmektedir.

İnsan ve çevre sağlığı için suyun taşıdığı yaşamsal önem dikkate alındığında, kişilerin olabildiğince uygun koşullarla suya ulaşımları sağlanamadıkça söz konusu Anayasa kurallarının uygulamaya geçirilmesinin olanaklı hale getirilemeyeceği açıktır.

İtiraz konusu kuralla su ve atık sulara ilişkin tarifeler belirlenirken kâr oranının, % 10'un altında olmayacağı belirtilerek, sosyal amaçlarla kârsız bir bedel tespitine izin verilmediği gibi üst sınır gösterilmeyerek yüksek oranlara ulaşabilecek zam oranlarına karşı bir önlem de alınmamıştır.

Hukuk devletinin en önemli yükümlülüklerinden biri de kuşkusuz, adil ve öngörülebilir kurallarla kişilerin yarınlarından kuşku ve endişe duymadan yaşayabilecekleri bir ortam yaratmaktır. Buna göre, yasal düzenlemelerin, hem kişiler hem de idare yönünden belirlilik içerecek şekilde, açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.

Belediyeler tarafından sunulan ve karşılığı da kamu gücüne dayanılarak alınan, su, atık su ve benzeri hizmetler, tekel niteliğinde olup, kişilerin özgür iradeleri ile başka kaynaklardan sağlayabilecekleri hizmetlerden değildir. Bu durumda, anılan hizmetlere ilişkin kâr oranlarında üst sınır saptanmaması, kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına ve kişiler yönünden de belirsizliğe neden olacağından; kâr oranı bölümünün iptal edilmemesi ise, hizmetin sosyal amaçlarla kâr alınmaksızın görülmesini engelleyeceğinden, Anayasa'nın 2., 17. ve 56. maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kararın Kural'ın iptaline ilişkin bölümüne farklı gerekçe ile katılıyorum. Belediye'nin, sosyal amaçlarla kârdan vazgeçebilmesine olanak vermeyen "kâr oranı" sözcüklerinin ise iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

DEĞİŞİK GEREKÇE

2560 sayılı Kanun'un 23. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen ***"…% 10'dan aşağı olmayacak nispetinde …"*** şeklindeki ibarenin incelenmesi.

İtiraza konu ibare, 23. madde uyarınca belirlenecek tarife tespitinde en az %10 nispetinden aşağı olmayacak bir kâr oranının uygulanacağını öngörmekte, ancak, bu oranın üst sınırını belirleyen bir düzenlemeye yer vermemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir"* denilmektedir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de hukuk güvenliğidir. Bu ilke, eylem ve işlemler karşısında oluşacak hukuki sonuçların önceden öngörülebilir şekilde düzenlenmesini gerekli kılar.

İtiraza konu ibare, uygulanacak kâr oranının sadece alt sınırını göstermekte, üst sınırı göstermediği için sınırsız hale gelen üst sınırının belirlenmesi takdire terk edilmiş olmaktadır. Buna göre, takdire dayalı olarak belirlenecek üst sınır kâr oranının uygulanması sonucu oluşacak tarifelerin, önceden öngörülmesi olanaksız hale gelmektedir. Hukuk kurallarının önceden öngörülebilecek şekilde düzenlenmesi hukuk güvenliğinin gereğidir. İtiraza konu ibare, tarifelerin önceden öngörülmesini imkânsızlaştırdığı için kişilerin hukuki güvenliklerini ihlâl etmektedir.

Bu nedenle tarifenin belirlenmesinde alt sınırı tanımlayan *"… % 10'dan aşağı olmayacak nispetinde …"* nın esas alınmasını öngören ibare, tek başına hukuk güvenliğini sağlamaya yeterli olmadığından Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

İptali gerekir.

İptale ilişkin çoğunluk kararına, bu gerekçeyle katılıyoruz.

Üye Mehmet ERTEN	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY YAZISI

İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un, 3305 sayılı Kanunla değiştirilen 23. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…bir kar oranı esas alınır" ibaresi, Belediyelerin verdiği su hizmeti karşılığında alacakları ücret üzerinden mutlaka belli bir oranda kar sağlamalarını yasal bir zorunluluk haline getirmektedir.

Su kullanımı ve suya erişim hakkı, Birleşmiş Milletler belgelerinde de yer aldığı üzere, insan olmanın doğal bir sonucudur. Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı, kişiler için temel bir sağlık kaynağı olan suyun kullanımın kolaylaştırılmasını da devlete bir görev olarak vermektedir. Günümüzde demokratik ve yüksek yaşam kalitesi standartlarına erişmiş ülkelerin çoğunda su ücretsizdir.

İdare ve birey arasında özel hukuk ilişkisi kurulduğu gerekçesiyle su kullanımında ücretin kar-maliyet esasına göre belirlenmesi Anayasa'nın 2. maddesinde tanımlanan sosyal devlet ilkesiyle bağdaşmaz. Su kaynaklarının sınırlı olması karşısında suyun ücret karşılığı verilmesi belli ölçülerde zorunluluk sayılabilirse de, yerine göre ücretin sadece maliyet karşılığı hatta bir kısmı devletçe karşılanarak maliyetin altında tespit edilmesi de mümkündür. Su arzının ve talebinin dengelenmesi yanında sosyal boyutu da gözetilerek, ücretin tespiti, yerel koşulları ve kaynakları en iyi değerlendirebilecek olan ilgili mahalli idarelerin takdirine bırakılmalıdır. Ancak itiraz konusu ibare bu yolda bir uygulamayı önlemekte ve sudan mutlaka kar sağlanmasını mahalli idarelere dayatmaktadır. Suyun mutlaka bir kar gözetilerek temin edilmesi yönündeki bir yasa kuralı Anayasa'ya aykırıdır.

Anayasa'nın 2. ve 56. maddelerine aykırı olan ibarenin iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2011/19
Karar Sayısı : 2012/21
Karar Günü : 16.2.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Trabzon İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.6.1965 günlü, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a 27.4.2005 günlü, 5338 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Geçici Madde 11'in "*Bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilir*." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

İmam-hatip olarak görev yapmakta olan davacının, vekil imam-hatiplik görevinde geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi istemiyle yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"22.6.1965 tarihli ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 5338 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle eklenen geçici 11. maddesinde, imam-hatip kadrolarına vekaleten atananlardan bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte görevli olanlar veya askerlik hizmeti nedeniyle söz konusu görevden ayrılmış olanlar Devlet Personel Başkanlığınca açılan kamu personeli seçme sınavlarının herhangi birinden,

Diyanet İşleri Başkanlığınca belirlenecek yeterli puanı almış olmaları koşuluyla aynı göreve aday imam-hatip olarak atanmış sayılacağı, bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.

Olay: Dava dosyasının incelenmesinden; Trabzon ili, Araklı ilçesi, Konakönü Mahallesi Camii, imam-hatibi olarak görev yapmakta olan davacı tarafından; 21.10.1992 ile 14.02.1994 tarihleri arasında vekil imam hatiplik görevinde bulunduğu, 15.02.1994 tarihinde imam hatip olarak açıktan atandığı, 23.11.2004 tarihinden itibaren Araklı Konakönü Camii imam hatibi olarak görev yaptığı, 08.03.2010 tarihinde 03.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5338 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca 21.10.1992 ile 14.02.1994 tarihleri arasında vekil imam hatip olarak görev yaptığı hizmet süresinin kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi istemiyle idareye başvuru yaptığı, anılan başvuruya davalı idarece 03.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5338 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca sadece 03.05.2005 tarihinde vekil imam hatip olarak görev yapanlar için geçmişteki vekil imam hatiplik hizmet sürelerinin mükteseplerinde değerlendirileceği, dolayısıyla davacının o tarihte vekil imam hatip olmadığından geçmişteki vekil imam hatiplikte geçen hizmet sürelerinin müktesebinde değerlendirilemeyeceğinden bahisle reddedilmesi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Benzer konu ile ilgili; Samsun İdare Mahkemesi 07.06.2007 gün ve E.2006/3538; K.2007/819 sayılı kararı ile 5338 sayılı Yasa ile getirilen haktan, daha önce vekil imam-hatip olarak görev yapanların yararlanamayacağına yönelik kısıtlayıcı bir hükme açıkça yer verilmediğinden 5338 sayılı Yasa ile getirilen 633 sayılı Yasa'nın geçici 11. maddesinin yürürlüğe girdiği tarihte imam hatip kadrolarına vekaleten atananların sadece bu Kanunla getirilen haklardan yararlanmasının Anayasada ifadesini bulan eşitlik ilkesi ile hak ve nesafet kurallarına aykırılık teşkil edeceği hususları dikkate alınarak davacının 26.10.1993 ile 02.01.1996 tarihleri arasındaki vekil imam-hatiplikte geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilmesine karar verildiği, bu kararın temyiz incelemesi sonucunda, Danıştay 5. Dairesi'nin E.2008/515; K.2010/5434 sayılı kararı ile anılan maddede, vekil imam-hatiplikte geçirilen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi için imam-hatip kadrolarına vekaleten atananlardan bu maddenin yürürlüğe girdiği 03.05.2005 tarihinde görevde bulunanların veya askerlik hizmeti nedeniyle söz konusu görevden ayrılmış olmalarının ön şart olarak sayılması nedeniyle bu

tarihte vekil imam hatip kadrosunda olmayan veya askerlik hizmeti nedeniyle görevinden ayrılmış durumda bulunmayan davacının 26.10.1993 ile 02.01.1996 tarihleri arasındaki vekil imam hatiplikte geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylığında değerlendirilemeyeceği gerekçesiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

Anayasa'nın 10. Maddesine Aykırılık Sebepleri:

Anayasanın 10. maddesinde; herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmış ve Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları hüküm altına alınmıştır.

Eşitlik ilkesi ile birbirleriyle aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasının sağlanması amaçlanmıştır. Bu itibarla aynı hukuksal durumda olanlar için yapılan farklı düzenlemeler Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Olayda; 03.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5338 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile 03.05.2005 tarihinde, vekil imam hatip olarak görev yapanlar ile askerlik hizmeti nedeniyle söz konusu görevinden ayrılmış olanların açılan kamu personeli seçme sınavlarının herhangi birinden, Diyanet İşleri Başkanlığınca belirlenecek yeterli puanı almış olmaları koşuluyla aynı göreve aday imam-hatip olarak atanmış sayılacağı ve asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirileceğinin hüküm altına alınmasına rağmen Kanun'un yürürlüğe girdiği 03.05.2005 tarihinden önce vekil imam hatip olarak görev yapıpta bu tarihten evvel atananların bu kapsamın dışında tutulduğu, dolayısıyla 22.6.1965 tarihli ve 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun 5338 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle eklenen geçici 11. maddesinin "Bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilir" tümcesinin Anayasa'nın 10. maddesinde hüküm altına alınan eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanısına varılmıştır.

3.5.2005 tarihinde yürürlüğe giren ve iptali istenilen yasa kuralının, bu tarihte vekil imam hatip olarak görev yapanlar ile askerlik hizmeti nedeniyle söz konusu görevinden ayrılmış olup asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet sürelerinin, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilmesine rağmen; bu tarihten evvel vekil imam hatip olarak görev yapıpta bu tarihten evvel kamu personeli seçme sınavına göre aldığı puan neticesinde ÖSYM kurumunca imam hatip veya herhangi bir kadroya atanan veya KPSS'den önce açıktan atanan kişilerin vekil imam hatip olarak yapmış oldukları hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilmemesinin Anayasa'nın 10. maddesine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bir tarafta, vekil imam-hatip olarak görev yaparken 03.05.2005 tarihinde yürürlüğe giren Kanunla beraber sadece herhangi bir KPSS'den geçerli puan almak şartıyla bu kişilere hem kadro hakkı verilip hem de bu kişilerin geçmişte yapmış oldukları vekil imam-hatiplik görevindeki hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylıklarında değerlendirmesine rağmen diğer tarafta geçmişte vekil imam-hatip olarak görev yapmış ve 03.05.2005 tarihinden evvel bir ayrıcalık tanınmadan memur olarak atanmış kişilerin bu haktan yararlandırılmamasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu düşünülmüştür.

Açıklanan nedenlerle; 5338 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle eklenen geçici 11. maddesinde yer alan "Bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilir" tümcesinin bu davada uygulanacak hüküm olduğu ve Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu kanaatine ulaşıldığından bu hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dava dosyasının tüm belgeleriyle birlikte onaylı suretinin dosya oluşturularak karar aslı ile birlikte Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine, iş bu karar aslı ile dosya suretinin Anayasa Mahkemesi'ne tebliğinden itibaren 5 ay süre ile beklenmesine, 5 aylık süre içerisinde karar gelmez ise davanın yürürlükteki mevzuat uyarınca çözümlenmesine, 09.12.2010 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.6.1965 günlü, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un itiraz konusu cümleyi de içeren Geçici 11. maddesi şöyledir:

"İmam-hatip kadrolarına vekaleten atananlardan bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihte görevli olanlar veya askerlik hizmeti nedeniyle söz konusu görevden ayrılmış olanlar Devlet Personel Başkanlığınca açılan kamu personeli seçme sınavlarının herhangi birinden, Diyanet İşleri Başkanlığınca belirlenecek yeterli puanı almış olmaları koşuluyla aynı göreve aday imam-hatip olarak atanmış sayılırlar. ***Bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilir****".*

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Anayasa'nın 10. maddesine dayanmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 24.2.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında,

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kuralın yürürlüğe girdiği tarihten önce vekil imam-hatip olarak görev yapmış ve daha sonra memur olarak atanmış kişilerin, vekillikte geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilmemesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

633 sayılı Kanun'un geçici 11. maddesinin ilk cümlesinde, kuralın yürürlüğe girdiği tarihte vekil imam-hatiplik görevinde bulunanların veya bu görevlerinden askerlik hizmeti nedeniyle ayrılmış olanların, Devlet Personel Başkanlığı'nca açılan kamu personeli seçme sınavlarının herhangi birinden, Diyanet İşleri Başkanlığı'nca belirlenecek yeterli puanı almaları hâlinde, aynı göreve aday imam-hatip olarak atanacakları hükme bağlanmıştır. Anılan maddenin itiraz konusu kuralı oluşturan son cümlesinde ise bu kişilerin vekil imam-hatiplik görevinde geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylığında değerlendirilmesi öngörülmektedir. Buna göre bu Kanunun yürürlüğe girdiği 3.5.2005 tarihinde vekil imam-hatiplik görevinde bulunanlardan veya bu görevlerinden askerlik hizmeti nedeniyle ayrılmış olanlardan kuralda öngörülen şartları taşıyarak aday imam-hatip olarak atananların, vekil imam-hatiplikte geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilmesi gerekecektir.

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

İtiraz konusu kural, kapsamına aldığı imam-hatiplere, vekil imam-hatiplikte geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilmesi hakkı tanıyan geçici bir düzenlemedir. Uygulamanın başlangıcı ise kanunun yürürlüğe girdiği tarih esas alınarak belirlenmiştir. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte aynı durumda bulunan kişilerin tamamına bu hak öngörüldüğüne ve bu kişiler arasında her hangi bir ayırım yapılmadığına göre itiraz konusu kural eşitlik ilkesine aykırı değildir.

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

Fulya KANTARCIOĞLU, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

22.6.1965 günlü, 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'a, 27.4.2005 günlü, 5338 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Geçici Madde 11'in "Bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilir." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 16.2.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞI OY GEREKÇESİ

633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a, 27.4.2005 günlü 5338 sayılı Kanunla eklenen Geçici 11. maddenin son tümcesi ile bu maddenin yürürlüğe girdiği 3.5.2005 gününde vekil imam hatip olarak görevde bulunmak veya bu görevden askerlik hizmeti nedeniyle ayrılmış olmak koşuluyla maddede belirtilen seçme sınavlarının herhangi birinden yeterli puanı alarak aday imam-hatip olarak atanmış olanlardan asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet sürelerinin, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirileceği öngörülmüştür. Buna göre, Geçici 11. maddenin yürürlüğe girdiği 3.5.2005 gününde vekil imam-hatip kadrosunda olmayan kişilerin, vekillikte geçen hizmet sürüleri kazanılmış hak aylıklarında dikkate alınmayacaktır. Başka bir anlatımla belirtilen tarihten bir gün önce vekil imam-hatiplik görevi sona erenlerin veya bir gün sonra vekil imam-hatip olarak göreve başlayanların, bu görevlerine asıl olarak atanmaları halinde vekillikte geçirdikleri hizmet süreleri kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilemeyecektir.

Anayasa'nın 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 maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Anayasa'nın "çalışma hakkı ve ödevi"nin düzenlendiği 49. maddesinde de devlete çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Anayasa ile her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu güçlendirerek sürdürme görevi verilen hukuk devletinin, sosyal alanda Anayasa'nın öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmesi, çalışma hayatında barışı sağlayabilmesi, aynı hukuksal konumda bulunan çalışanlar için eşitliğe dayanan adil ve hakkaniyete uygun kurallar getirmesi ile mümkün olabilir. Anayasa'nın 10. maddesinde, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı hükme bağlanmasına karşın, yasa koyucu tarafından belirli bir tarih esas alınıp, sadece bu tarihte görevde bulunanlara imtiyaz tanınarak ayrıcalıklı bir sınıf yaratılması, eşitlik ilkesi ve onu temel alan hukuk devleti bağlamında kabul edilemez bir durumdur.

Öte yandan, statü hukukunun geçerli olduğu memurlar ve kamu görevlileriyle ilgili alanlarda yasa koyucu, kazanılmış hakları ve hukuk güvenliğini ihlâl etmemek koşuluyla her zaman yeni düzenlemeler yaparak

farklı statüler oluşturabilir. Bu statülerin herkes için eşit ve aynı derecede bağlayıcı olduğunda duraksamaya yer yoktur. Ancak, yasa koyucunun, aynı konumda bulunan kamu görevlilerinden bazıları için ayrıcalık getirerek hak kaybını önlemek veya eşitliği sağlamak gibi haklı bir nedene de dayanmaksızın belirli bir tarihi esas alarak yaptığı özel düzenlemenin statü hukukunun gerekleri ile açıklanması olanaklı değildir. Ayrıca, hukuk devletinde, somut verilere dayanmaksızın, kamu yararı gibi soyut kavramlarla kişilerin özlük hakları bakımından adaletsiz ve çalışma barışını bozan kurallar getirilerek bunlara, yargısal denetim yoluyla meşruiyet kazandırılması, kişi karşısında güçlü konumda bulunan devleti, keyfi düzenlemeler yapmaya özendirebilir. Hukukun üstünlüğünün kabul edildiği bir düzende, yasa koyucunun takdir yetkisi de hukukun genel ilkelerine ve Anayasa'ya uygun olarak kullanılması gereken ve bu yönüyle de denetim dışında tutulamayacak bir yetkidir. İtiraz konusu kural yönünden, bu yetkinin eşitliğe, hakkaniyete ve adalete uygun olarak kullanılmadığı açıktır.

Belirtilen nedenlerle Kural'ın Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Celal Mümtaz AKINCI

KARŞIOY YAZISI

633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığının Kuruluş Ve Görevleri Hakkında Kanun'a 5338 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Geçici 11. madde, imam-hatip kadrolarına vekaleten atananlardan, maddenin yürürlüğe girdiği tarihte görevli olanlar veya askerlik hizmeti nedeniyle söz konusu görevden ayrılmış olanların kamu personeli seçme sınavlarından herhangi birinden Diyanet İşleri Başkanlığınca belirlenecek yeterli puanı almış olmaları koşuluyla aynı göreve aday imam-hatip olarak atanmış sayılacaklarını; bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet sürelerinin kazanılmış hak aylıklarında değerlendirileceğini öngörmektedir.

Buna göre, kuralın yürürlüğe girdiği tarihten önce vekil imam-hatip olarak görev yapmış ve daha sonra memur olarak atanmış kişilerin vekillikte geçen hizmet süreleri kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilmemektedir.

İtiraz konusu kural, kapsamına aldığı imam-hatiplerin vekillikte geçen sürelerinin kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilmesini sağlarken, başka imam-hatiplerin vekillikte geçen sürelerini benzer bir değerlendirmeye tabi tutmamıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesinin hukuksal durumları aynı olanlar arasında eşitlik şeklinde anlaşılması, yasa koyucunun keyfi olarak belirlediği bir statüyü belli kişiler için uygulama konusunda mutlak takdir hakkı olduğu ve bu nedenle bu gruptaki kişilerle bu gruba girmeyen kişiler farklı hukuki durumda bulunduklarından, bunlar arasında farklı uygulamalar yapılmasına eşitlik ilkesinin engel oluşturmayacağı şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Vekil imam-hatip olarak belli sürelerle hizmet etmiş ve daha sonra memur olarak atanıp asaleti onaylanmış kişiler arasında hukuki statü farkı yoktur. Farklılığı yaratan, yasa koyucunun belli bir tarih öngörmüş olmasıdır. Vekil imam-hatiplik yapanlardan belli bir tarihte memuriyete girenlerine farklı muamele yapılması eşitsizlik yaratır. Aksi bir anayasal yorum, yasa koyucuya birbirine benzer durumdaki pek çok kişiler arasında faklı uygulamalar yapma hak ve yetkisini tanımak demek olur ki, bu durumda büyük eşitsizlikler yapılmasının ve belli kişilerin kayırılmasının yolu açılır.

Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olan kuralın iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2011/28
Karar Sayısı : 2012/22
Karar Günü : 16.2.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Aksaray İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 30.6.1934 günlü, 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun'un 1. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının yapmış olduğu ilâmlı icra takibiyle ilgili olarak icra müdürlüğünce 2548 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince cezaevi yapı harcının alınmasına karar verilmesi üzerine bu kararın iptali için açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"GEREKÇE: Anayasa'nın 152. maddesi ile Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 28. maddesine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı olduğunu görür veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurma yetkilerinin olduğu belirtilmektedir. Bu kurallar gereğince bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için o mahkemede yargılaması devam eden ve usulünce açılmış, mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması iptali istenen hükmünde bu dava da doğrudan uygulanacak hüküm olması gerekmektedir.

Mahkememizde açılan 2011/22 Esas sayılı dava dosyasının derdest olduğu, yargılamasının devam ettiği, davanın süresinde açıldığı, 2548 sayılı Kanun'un 1. maddesi bu dava da doğrudan uygulanan ve bu davanın sonucunu etkileyen bir hüküm olması nedeniyle davacı vekilinin iptal başvuru talebi mahkememizce de ciddi olduğu kanısına varıldığından maddenin iptali amacıyla Anayasa Mahkemesine götürülmesine karar verilmiştir.

HUKUKSAL OLAY: 2548 sayılı Kanun'un 1. maddesi "İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilamlı ve ilamsız alacaklardan tahsil olunan paranın %2'si ve kıymeti muayyen olmayan ilamların icrasından tahsil harcının yarısı nîspetinde harç alınır. Maktu harçlar ilamın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır. Bu harçlar borçluya yükletilemez ve mahkümunbih meblağ bir milyon liradan aşağı olursa bundan harç alınmaz." düzenlemesi gereğince icra takibine konu gerçek ve kurumlar vergisine tâbi tüzel kişiliklerin alacaklarının tahsil edilmesi halinde tahsil edilen paranın % 2'si oranında ceza evi harcı tahsil edilmektedir.

492 sayılı Kanun'un 20. maddesi "İcra takiplerinde takipten sonra işleyecek olan faizler, harcın hesabında nazara alınamaz" hükmü gereğince takipten sonra işleyecek faiz miktarından 2548 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince de harç alınmaması gerekmektedir.

Adliye hizmeti sadece İcra Müdürlüklerinde verilen hizmetler olmayıp, ceza evleriyle mahkeme binaları inşası için sadece icra müdürlüklerinde tahsil edilen ilamlı ve ilamsız alacaklardan tahsil olunan paranın % 2'si nispetinde harç alınması, kamu hizmeti karşılığının vatandaşa eşit olarak yayılması, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemesi yükümlülüğü ile örtüşmemektedir. "Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır" ilkesinin aksine vergi ödevini yerine getiren kişi ya da kuruluşlardan yeniden kamu giderlerine katkı alınmaktadır.

Ceza evlerinin yapılması için vatandaştan katkı beklemek, tüm kamu binalarının yapılması için vatandaşın katkı sunmasının zorunlu hâle getirmesini gerektirir.

ANAYASA'YA AYKIRILIĞI İDDİA EDİLEN KANUN MADDESİ: Davada uygulanacak olan 2548 sayılı Kanun'un 1. maddesi "İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilamlı ve ilamsız alacaklardan tahsil olunan paranın

%2'si ve kıymeti muayyen olmayan ilamların icrasından tahsil harcının yarısı nisbetinde harç alınır. Maktu harçlar ilamın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır. Bu harçlar borçluya yükletilemez ve mahkümunbih meblağ bir milyon liradan aşağı olursa bundan harç alınmaz." Kanun maddesinin Anayasa'ya aykırılığı iddiasıdır.

İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ: Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen; "Türkiye Cumhuriyeti, insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, milli, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." demek suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti olduğu, insan haklarına dayandığı, hak ve özgürlüklerin güçlendirerek koruma altına aldığı, idarenin her türlü eylem ve işlemini hukuka uygun olması gerektiği Anayasa'ya aykırı olan tutum ve davranışlardan kaçındığı, hukuku tüm devlet organlarına egemen kıldığı, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı saydığı, yargı denetiminin açık olduğu bir devlettir. Bu nitelikleri nedeniyle Anayasa'ya aykırı olan bir hükmün davada uygulanamayacağı bir gerçektir.

Sosyal devlet, fertlerin sosyal durumlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir hayat düzeyi sağlamayı, sosyal adalet ve sosyal güvenliği gerçekleştirmeyi ödev sayan devlettir. Sosyal devlet, devletin, sosyal barışı ve sosyal adaleti sağlamak amacıyla sosyal ve ekonomik hayata aktif olarak müdahalesini gerekli gören bir anlayıştır. Sosyal devletin en belirgin özellikleri, kişiyi ekonomik hayatta yalnız bırakmaması, ekonomik hayata müdahale etmesi, herkes için insanlık onuruna yaraşır bir hayat seviyesi sağlamaya yönelik bir devlet biçimi olmasıdır.

Sosyal devlet, sosyal adaleti gerçekleştirmek, bireyin ve toplumun refahını sağlamak ve sosyal güvenliği oluşturmak amaçlarını taşır. Sosyal devletin ana öğelerinden biri millî geliri artırmak, bunun için yatırım yapmak, sosyal adalet kuralları içinde kalkınmayı sağlamaktır. Sosyal devletin ana öğelerinden diğeri millî gelirin adaletli dağılımını sağlamaktır. Sosyal devletin bir başka öğesi özgürlüklerin gerçekleşmesi için maddi imkân sağlamaktır. Bir diğer sosyal devlet öğesi ise bireyleri sosyal güvenliğe kavuşturmaktır.

Anayasa'nın 5. maddesi "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal

engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır" açıklaması ile Devletin temel amaç ve görevlerini saymıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na göre yürütme görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulundadır. 29.3.1984 gün ve 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde "Kanunlarda kurulması öngörülen mahkemeleri açmak ve teşkilatlandırmak, ceza infaz ve ıslah kurumları, icra ve iflas daireleri gibi her derece ve türdeki adalet kurumlarını planlamak, kurmak ve idari görevleri yönünden gözetim ve denetimini yapmak ve geliştirmek" Adalet Bakanlığının başlıca görevleri arasında sayılmıştır. Bu amacı yerine getirmek için Bakanlık bünyesinde 25.6.1992 tarihinde çıkarılan 204/8 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Adalet Bakanlığı Teknik İşler Daire Başkanlığı kurulmuştur. Teknik İşler Daire Başkanlığının "Bakanlık için ihtiyaç duyulan bina ve arazinin, kiralama ve satın alma işlerini yürütmek, Bakanlığa ait bina ve tesislerin; ilgisine göre Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü veya İdari ve Mali İşler Dairesi Başkanlığı ile işbirliği yaparak tesis, yapım, onarım ve kira işlerine ilişkin program ve projeleri hazırlamak, takip etmek, bunların bakım ve küçük onarımlarını yapmak ve yaptırmak" görevleri arasında sayılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesi kanun önünde eşitlik prensibini kabul etmiştir. "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

Vergi ödevini düzenleyen 73. madde ise "Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır."

193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 1. maddesi "Gerçek kişilerin gelirleri gelir vergisine tabidir. Gelir bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır."

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıkları Kurumlar vergisine tâbidir.

Gerçek kişiler ve kurumlar bir takvim yılı içinde elde ettikleri kazanç ve iratlarının safi tutarı üzerinden vergi ödemektedirler. Ödenen vergiler

Anayasamızın 73. maddesine göre kamu giderlerini karşılamak üzere gerçek kişilerin ve kurumların mali gücüne göre alınmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesinde; hak arama hürriyeti düzenlenmiş, herkesin yargı mercileri önünde davacı ve davalı sıfatıyla hak arama hürriyetine sahip olduğunu düzenlemiştir. Hiç kimsenin hak arama hürriyeti engellenemeyeceği bir Anayasa kuralı haline getirmiştir. Hak arama hürriyetinin diğer bireylerden farklı olarak belli oranda harca tâbi tutulması, en temel hak olan hak aramanın parasal karşılığa bağlanması bu temel hakkın özüne aykırıdır.

UYGULAMADA HAKKANİYETİN SAĞLANMASI: Amacı Kanun metninde yazılı olmasa da kanun başlığı "Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkümlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun" olan ve amacı ceza evleri ve adliye binalarının yapımı ile mahkumlara verilecek yiyeceklerin bedellerini karşılamak amacı ile çıkartılan 2548 sayılı Kanun'un 1. maddesi "İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilamlı ve ilamsız alacaklardan tahsil olunan paranın %2'si ve kıymeti muayyen olmayan ilamların icrasından tahsil harcının yarısı nisbetinde harç alınır. Maktu harçlar ilamın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır. Bu harçlar borçluya yükletilemez ve mahkümunbih meblağ bir milyon liradan aşağı olursa bundan harç alınmaz." düzenlemesi gereğince icra takibine konu gerçek ve kurumlar vergisine tabi tüzel kişiliklerin alacaklarının tahsil edilmesi halinde tahsil edilen paranın % 2'si oranında ceza evi harcı tahsil edilmektedir.

Ceza evleri ve mahkeme binalarının yapılması sosyal devlet ilkesi gereğince devletin görevidir. Bu görevin yerine getirilmesi toplum içinde bir hak arama yolu olan ve alacağını alamayan, zor bir tahsil yolu olan icra marifetiyle alacağını tahsil eden vatandaşa yüklenemez. Sosyal devlet ilkesi gereğince bu görev Adalet Bakanlığı ve Bakanlığa bağlı Teknik İşler Daire Başkanlığına aittir. Gelirler Vergisi ve Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre safi kazançları üzerinden vergisini ödeyen gerçek kişi ile kurumların bu alacakları için icra yolu ile tahsil ettiklerinde yeniden harç alınması çifte vergilendirme yoludur. İcra marifeti ile alacaklarını tahsil etmeye çalışan kişiler diğer gerçek ve tüzel kişiler gibi vergilerini kazançları üzerinden zaten ödemişlerdir. Mahkeme hizmetlerinden yararlanan ancak alacağını ya da hakkını icra marifetiyle almayan gerçek kişi ve kurumlardan ayrıca ceza evleri ve mahkeme binalarının yapımı için 2548 sayılı Kanunu'na göre harç alınmamaktadır. Örneğin değeri çok yüksek olan tapu iptal ve tescil, kadastro, miras ve benzeri davalar ile ceza mahkemelerinde

zarar görenlerden bu Kanun kapsamında bir harç alınmamaktadır. Öte yandan 100,00-TL'na kadar olan tüm alacaklardan ceza evi harcı alınmazken, geçimini sağlayamayan insanlar için hüküm altına alınan miktarı ne olursa olsun icra yolu ile tahsil edilen tüm nafaka alacaklarında % 2 oranında ceza evi harcı alınmaktadır. Bazı kuruluşların kuruluş ve teşkilat kanunlarında özel hüküm olması sebebi ile ceza evi harcı ödememektedirler. Ziraat Bankası, Halk Bankası ve Tarım Kredi Kooperatifleri kendi kuruluş kanunlarındaki özel hüküm sebebi ile ceza evi harcından muaftır. Her kamu kurumunda iş yaptıran gerçek ya da tüzel kişiler bu kurumların binalarının yaptırılması için ayrıca bir harç ödememektedir. Ceza evleri ve mahkeme binalarının yapımı için harç alınacak ise tüm gerçek ve tüzel kişilerden mali güçleri oranında harç alınmalıdır. Bu hususlar Cumhuriyetin niteliğini belirleyen Anayasa'nın 2., Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 5., Kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10., Hak arama hürriyeti düzenleyen 36. ve Vergi ödevini düzenleyen 73. maddesine aykırıdır. Bu karışıklığı gidermek ancak 2548 sayılı Kanun'un 1. maddesi "İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilamlı ve ilamsız alacaklardan tahsil olunan paranın %2'si ve kıymeti muayyen olmayan ilamların icrasından tahsil harcının yarısı nispetinde harç alınır. Maktu harçlar ilamın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır. Bu harçlar borçluya yükletilemez ve mahkümunbih meblağ bir milyon liradan aşağı olursa bundan harç alınmaz." hükmünün iptali ile mümkün olabilecektir.

SONUÇ: Yukarıda izahı yapılan 2548 sayılı Kanun'un 1. maddesi "İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilamlı ve ilamsız alacaklardan tahsil olunan paranın %2'si ve kıymeti muayyen olmayan ilamların icrasından tahsil harcının yarısı nispetinde harç alınır. Maktu harçlar ilamın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır. Bu harçlar borçluya yükletilemez ve mahkümunbih meblağ bir milyon liradan aşağı olursa bundan harç alınmaz." hükmü, Mahkememizde yargılaması devam eden davacının davasında uygulanması Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırı olduğundan, iptal edilmesini saygılarımla arz ve talep ederim. 03/03/2011"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

30.6.1934 günlü, 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun'un itiraz konusu 1. maddesi şöyledir:

"İcra dairelerince miktar ve kıymeti muayyen olan ilâmlı ve ilâmsız alacaklardan tahsil olunan paranın % 2'si ve kıymeti muayyen olmıyan ilâmların icrasından tahsil harcının yarısı nisbetinde harç alınır. Maktu harçlar ilâmın icraya konulduğu zaman peşin olarak alınır.

Bu harçlar borçluya yükletilemez ve mahkûmunbih meblağ bir milyon liradan aşağı olursa bundan harç alınmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 6.4.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında; ceza evleri ve mahkeme binalarının yapılmasının sosyal devlet ilkesi gereğince Devletin görevi olduğu, bu görevin alacağını tahsil edemeyip bunu icra marifetiyle alan vatandaşa yüklenemeyeceği, icra marifeti ile alacaklarını tahsil etmeye çalışan kişilerin diğer gerçek ve tüzel kişiler gibi vergilerini kazançları üzerinden zaten ödedikleri, mahkeme hizmetlerinden yararlanan ancak alacağını yada hakkını icra marifetiyle almayan gerçek kişi ve kurumlardan ayrıca ceza evleri ve mahkeme binalarının yapımı için 2548 sayılı Kanun'a göre harç alınmadığı, her kamu kurumunda iş yaptıran gerçek yada tüzel kişilerin bu kurumların binalarının yaptırılması için ayrıca harç

ödemedikleri, ceza evleri ve mahkeme binalarının yapımı için harç alınacak ise tüm gerçek ve tüzel kişilerden malî güçleri oranında alınması gerektiği belirtilerek, itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 73. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, icra dairelerince, miktar ve değeri belirli olan ilâmlı ve ilâmsız alacaklardan tahsil olunan paranın % 2 si, değeri belirli olmayan ilâmların icrasında ise tahsil harcının yarısı oranında harç alınacağı, maktu harçların ilâmın icraya konulduğu zaman peşin olarak tahsil edileceği, bu harçların borçluya yükletilemeyeceği öngörülmektedir.

Harç, Devletin yüklenmiş olduğu görevleri yerine getirebilmek için anayasal sınırlar içinde egemenlik yetkisine dayanarak çeşitli kaynaklardan elde etmiş olduğu vergi ve resim gibi bir çeşit kamu geliridir. Ayrıca harç, bireylerin özel menfaatlerine ilişkin olarak, kamu hizmetlerinden yararlanmaları karşılığında bu hizmetlerin maliyetlerine katılmaları amacıyla kamu gücüne dayanılarak getirilen malî yükümlülüktür. Bu nedenle, yargılama sürecinde, yasayla harca tâbi kılınmış bir hizmetten yararlanmak isteyen ilgili (davalı veya davacı), genel kurallar uyarınca harcını ödeyerek bu hizmetten yararlanabilir.

Kural ile icra müdürlükleri tarafından bireylere sunulan hizmetten yararlananlardan tahsil edilen cezaevi yapı harcı cezaevleri ile mahkeme binalarının yapımına tahsis edilmiştir. Kuralda cezaevi yapı harcının, konusu, miktarı ve yükümlüsü açık olarak belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır.

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

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinde, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülerek Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi, vergilendirme ilkeleri yönünden somut biçimde dile getirilmiştir. Vergilerde olduğu gibi harçlarda da alınan harcın hangi kamu gideri için kullanılacağının, tahsis edileceğinin belirtilmesine gerek bulunmamakla birlikte tahsis yasağı da söz konusu değildir. İtiraz konusu kuralda harcın kullanılacağı kamu gideri alanı cezaevleri ve mahkeme binaları inşası olarak gösterilmiştir. Cezaevleriyle, mahkeme binalarının inşasının Devletin görevi, bu görevin de kamu hizmeti olduğu kuşkusuzdur. Bu bakımdan kuralda, bu tür kamu hizmeti giderinin karşılanmasına, icra hizmetlerini talep eden kişilerin kısmen de olsa katılması yasa koyucu tarafından kabul edilmiş ve belirlenen oranlarda katılımın sağlanması öngörülmüştür. Hangi kamu hizmeti karşılığında harç olarak bir malî yükümlülük getirileceği anayasal ilkelere uygun olmak koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir.

Öte yandan, eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için bir yasanın aynı hukuksal durumda olanlar arasında bir ayırım veya ayrıcalık yaratması gerekir. İtiraz konusu kural uyarınca öngörülen harç, söz konusu hizmetten yararlanan herkes içine uygulanacağından eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

İcra takip işlemlerinin yapılması sonucunda cezaevi yapı harcı ödenmesini zorunlu kılan kural, bireylerin özel çıkarlarıyla ilgili olarak yargı hizmetinden yararlanmalarını, bu hizmetin karşılığı olan harcın ödenmesi koşuluna bağladığından hak arama özgürlüğünü sınırlandıran bir nitelik de taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 73. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

30.6.1934 günlü, 2548 sayılı Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun'un 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 16.2.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Cezaevleri ve adliye binalarının yapımı ile mahkûmlara verilecek yiyeceklerin bedellerini karşılamak amacıyla çıkartılan 30.6.1934 tarih ve 2548 sayılı Kanun'un itiraz istemine konu 1. maddesine göre, icra takibine konu gerçek ve tüzelkişiliklerin alacaklarının tahsil edilmesi halinde, tahsil edilen paranın %2'si oranında; kıymeti muayyen olmıyan ilâmların icrasından ise tahsil harcının yarısı nisbetinde "harç" alınacaktır. Kural'a göre bu harçlar **"borçluya"** değil, sadece **"alacaklıya"** yükletilecektir.

Adaletin dağıtımı Devletin asli görevlerinden olup, Anayasa'nın 5., 36., 37., 38., 40., 138-159. maddelerinde de bunun yöntem ve esasları düzenlenmektedir. Adaletin tecellisi amacıyla yürütülecek yargılama, cebri icra ve infaz faaliyetlerinin belli bir maddi alt yapıyı gerektirdiği, bu nedenle mahkeme binaları, cezaevleri, icra daireleri vb. yatırımların yapılmasının lüzumu izahtan varestedir. Bunun maddi finansmanı ise öncelikle vergilerden oluşan Devlet gelirleri yoluyla sağlanacaktır. Yurttaşların gelirlerine göre ödeyecekleri vergilerin bu amaçla kullanılmasında herhangi bir anayasal sorun olmadığı açıktır. Ne var ki, itiraz konusu kuralda olduğu gibi, ihkak-ı hakkı engelleme düşüncesi ile Devletin üstlendiği bir faaliyet olan "cebri icra" sonucu, bir alacağın tahsilinde, tahsil edilen tutardan belli oranda bir kesenek yapılması ve borçludan bu amaçla hiçbir harç alınmaması, yurttaşların adalet duygularını inciteceği gibi, adil yargılama, hukuk devleti ve eşitlik ilkelerini de ihlâl edecektir.

İtiraz konusu kural yaklaşık 80 sene önce yürürlüğe konulmuş olup, o günlerin Türkiye'si ile bu günün Devleti arasında maddi güç yönünden bir kıyaslama yapılması dahi mümkün değildir. Zaman içerisinde Devlet gelirleri artmış, maddi alt yapı güçlenmiş, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı gibi sağlam maddi temeli olan bir oluşum faaliyet geçmiş, ülkenin her yanı modern mahkeme binaları, cezaevleri ve diğer adliye kurumları ile donatılmış olup, bu faaliyetler devam edegelmektedir. Dolayısiyle, bugün Devletin hâlâ itiraz konusu kurala ihtiyaç duyduğunu söylemeye imkân yoktur.

Belirtilen maksatla Devlet bütçesine vatandaşın ek bir katkı yapması isteniyorsa, yasakoyucunun bunu eşitlik ilkesini zedelemeden, adalet hizmetinden yararlanan tüm ilgili kişilere yükletmek suretiyle yapması gerekmektedir. Örneğin, bu husus, dava açanlardan ek bir harç alınması, borçlu ve alacaklıdan ayrı ayrı tahsil vb. yöntemlerle pekâlâ sağlanabilecektir.

İtiraz konusu kuralın açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 2., 10. ve 36. maddelerine aykırı düştüğü ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2011/35
Karar Sayısı : 2012/23
Karar Günü : 16.2.2012

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri Kemal ANADOL, M. Akif HAMZAÇEBİ ile Muharrem İNCE

İPTAL DAVASININ KONUSU: 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal istemini içeren dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 3 üncü maddesinde "ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev" konusu düzenlenmiştir. Maddenin birinci tümcesinde, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara "asliye hukuk mahkemelerince" bakılacağı belirtilmiştir.

Maddenin diğer iki tümcesinde ise, idarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda da bu hükmün uygulanacağı belirtilirken, bu maddenin uygulanmasında, 30.01.1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklı tutulmuştur.

Dava konusu birinci tümcede, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerle vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi yahut kişinin ölümü konu edilmektedir. Hükümde, vücut

bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne sebebiyet veren taraf idaredir. Vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne sebebiyet veren eylem ve işlemlerin, idarî eylem ve işlem olduğu da açıktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde "hukuk devleti" olmak, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılmış; 11 inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve öbür kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu vurgulanmıştır. Bu kuralların doğal gereği olarak da 125 inci maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, 140 ıncı maddenin birinci fıkrasında da hakimler ve savcıların adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yapacakları belirtilmiştir. Anayasanın 155 inci maddesinin birinci fıkrasında, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" kurallarına yer verilmiştir. Anayasanın 125 inci, 140 ıncı ve 155 inci maddelerinin birlikte incelenmesinden idarî eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin idarî yargının görev alanına girdiği anlaşılmaktadır. Anayasanın "Kanunî Hakim Güvencesi" başlığını taşıyan 37 nci maddesinde ise "Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" denilmektedir. Anayasanın bu kurallarına uygun yapılmayan yasal düzenlemelerin Anayasaya aykırılık oluşturacağı kuşkusuzdur.

"Anayasa, Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Çünkü yargı denetimi demokrasinin 'olmazsa olmaz' koşuludur. Anayasanın 'idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' kuralıyla benimsediği husus da etkili bir yargısal denetimdir. Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan bu kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Kural olarak bunlardan kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz."[1]

"Anayasa kuralları gereğince yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip

[1] AYMK., 15.5.1997 tarihli ve E.1996/72, K.1997/51

değildir. Tersine bir düzenleme, Anayasanın 'Kanunî hâkim güvencesi' başlığı altındaki 37 nci maddesinin birinci fıkrasında 'Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz' biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasanın 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında, idarî uyuşmazlıkları çözümleme Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır."[2]

Anayasanın 2 nci maddesinde anlamını bulan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ölçülerinden biri, idarenin yargısal denetimidir. İdarenin yargısal özellikleri, idarî uğraşın sınırları çizilemeyen görev alanı ve farklılıklar içeren denetimi de, tarihsel gelişim içinde özel yargı yerlerini gerektirmiştir. Yönetimin konumu, yargısal denetimini yapacak yargıç ve yargı yerlerinin adlî yargı alanı dışında oluşturulması gerçeğini doğurmuştur.

Anayasada "idari ve adli yargı ayrımı" esas alınmıştır. Bu ayrımın ilkeleri Anayasada gösterilmiş, idari ve adli yargıda görev konusu yasa koyucuya bırakılmamıştır. İdari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargı yerlerine bırakan yasal düzenlemeler Anayasanın belirlediği ayrıma aykırılık oluşturur. Niteliği gereği idari olan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerle ortaya çıkan maddi ve manevi zarar tazminine ilişkin davaların, Anayasa gereği, idari yargı yerlerinde görülmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi "Anayasada idarî ve adlî yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir."[3]

Dava konusu kural, idari yargının görev alana giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargı yerlerine bırakmakla Anayasanın belirlediği idari ve adli yargı ayrımına aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer

---

[2] AYMK., 28.6.1995 tarihli ve E.1994/71, K.1995/23

[3] AYMK., 1.3.2006 tarihli ve E.2005/108, K.2005/35

sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davaları, "idari yargı denetimi" dışına çıkararak "asliye hukuk mahkemelerince" bakılacağını belirten 3 üncü maddesinin birinci tümcesi Anayasanın 2 nci, 37 nci, 125 inci ve 155 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralı

12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun iptali istenilen cümleyi içeren 3. maddesi şöyledir:

"Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve manevî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. *İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

Dosyada eksiklik bulunmadığından, işin esasının incelenmesine, 14.4.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2. maddesinde anlamını bulan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ölçülerinden birinin idarenin yargısal denetimi olduğu, Anayasa'da idari ve adli yargı ayırımının esas alındığı, bu ayırımın ilkelerinin Anayasa'da gösterildiği, idari ve adli yargıda görev konusunun yasakoyucuya bırakılmadığı, bu nedenle idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargıya bırakan dava konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralla, idari işlemler ve idari eylemler ile idarenin sorumlu tutulabildiği diğer durumlarda vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalarda asliye hukuk mahkemelerinin görevli olduğu öngörülmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"*; 155. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar"* hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayrımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adlî yargıya bırakılabilir.

Dava konusu kuralla, sadece kişinin vücut bütünlüğüne verilen maddi zararlar ile buna bağlı manevi zararların ve ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi asliye hukuk mahkemelerine verilmektedir. Buna göre, aynı idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlar kapsama alınmadığından, sorumluluk sebebi aynı olsa da bu zararların tazmini davaları idari yargıda görülmeye devam edecek, bu durumda, idarenin aynı yapı içinde aldığı kararın bir bölümünün idarî yargıda bir bölümünün adlî yargıda görülmesi yargılamanın bütünlüğünü bozacaktır. Ayrıca iki ayrı yargı kolunda görülen davalarda, idarenin sorumluluğu, bu sorumluluğun kapsamı, idarenin tazmin yükümlülüğü konularında farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Esasen idare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuzdur. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi aynı idari eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.

Öte yandan, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, Mahkemenin, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün Anayasaya aykırılığı hususunda ileri sürülen gerekçelere dayanma zorunluluğu yoktur. Mahkeme, taleple bağlı kalmak şartıyla başka gerekçeyle de Anayasaya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle iptali istenen kural Anayasa'nın 157. maddesi yönünden de incelenmiştir. Anayasa'nın 157. maddesinin birinci fıkrasında, *"Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz."* hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 157. maddesi gereğince asker

kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar, adli yargının değil; askeri idari yargının yani Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin görev alanına girmektedir. İptal konusu kural ile, vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen yitirilmesine yol açan eylem veya işlem, bir askeri hizmete ilişkin olsa ve bir asker kişiyi ilgilendirse bile, bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar asliye hukuk mahkemesinin görev alanı kapsamına alınmaktadır. Asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan eylemlerden ve işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'nın 157. maddesine de aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kural, Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal edildiğinden, Anayasa'nın 2. ve 37. maddeleri yönünden inceleme yapılmamıştır.

Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN, bu sonuca değişik gerekçelerle katılmışlardır.

B- İptal Sonucu Yasa'nın Diğer Hükümlerinin Uygulama Olanağını Yitirip Yitirmediği Sorunu

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrasında, "Başvuru, kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün sadece belirli madde veya hükümleri aleyhine yapılmış olup da, bu madde veya hükümlerin iptali kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün diğer bazı hükümlerinin veya tamamının uygulanamaması sonucunu doğuruyorsa, keyfiyeti gerekçesinde belirtmek şartıyla Mahkeme, uygulama kabiliyeti kalmayan kanunun, kanun hükmünde kararnamenin veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünün bahis konusu öteki hükümlerinin veya tümünün iptaline karar verebilir." denilmektedir.

6100 sayılı Kanun'un 3. maddesinin birinci cümlesinin iptal edilmesi sonucu kalan bölümünün uygulama kabiliyeti kalmadığından, 6216 sayılı

Kanun'un 43. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca 3. maddenin kalan bölümünün de iptali gerekir.

V- SONUÇ

12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- Birinci cümlesinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan ikinci ve üçüncü cümlelerinin de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE,

16.2.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

EK GEREKÇE

İptali istenilen kural, Askeri olsun veya olmasın her türlü idari işlem, eylem ve idari sorumluluğu gerektiren diğer sebeplerle kişinin vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğini öngörmektedir.

Yasa koyucu bu kuralın getiriliş gerekçesinin kimi bölümlerinde:

Sağlık ve yaşam hakkının temel bir insan hakkı, sorumluluk doğuran bir nedenle vücut bütünlüğünün kaybının veya kişinin ölümünün ise sağlık ve yaşama hakkının tipik bir ihlali olduğu, sorumluluk hukukunun bir dalı olarak insana verilen zararlar ve onun tazmininin insan hakkı ekseninde temellenen "tazminat hukuku" olarak özel bir disipline dönüştüğü ve bu hukuk dalının cevherinin ise bizatihi insan ve onun varlığından meydana geldiği;

Gözünü kaybeden bir insanın davasının görev alanı tartışması ile karşılaşması hâlinde askerî, idarî, adlî yargı kolları arasındaki on yılları aşan seyahati, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin zamanına ve oluşumuna göre farklı çözümleri, süre aşımı, kısmi dava, tazminat miktarı (hesaplama farklılığı) riskleri, çok farklı hukuk alanlarının farklı çözümler üretmesi, sorunların görünürde hukuk kılıfına sarılmış olsa da özü itibarıyla ve adalet duygusu ekseninde hukuk devletinin taşıyamayacağı bir yük olarak nitelendirilmesi gerektiği;

şeklinde anlaşılabilecek geniş açıklamalara yer vermiştir.

Söz konusu kural ve gerekçesinden, yasa koyucunun, kişilerin vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların sağlık ve yaşama hakkını ihlal etmeleri nedeniyle "tazminat hukuku" olarak özel bir disiplinle bu tür davaların yargı yerlerinde görev yönünden doğacak uyuşmazlıklar nedeniyle uzamadan, süratle, çelişkisiz, süre aşımına uğramadan, tazminat miktarı hesabının risk taşımadan ve farklı hukuk alanlarınca farklı çözümler üretilmeden sonuçlandırılmasını amaçladığı, başka bir anlatımla bu tür davaların istikrarlı biçimde ve süratle neticelenmesini sağlamak için getirildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin yakın zamana kadar verdiği kimi kararlarda, bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa

koyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemenin olanaklı olmadığı belirtilmekle birlikte, idarenin kamusal gücüne dayalı olarak yapmış olduğu idari işlemlerden ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kural olarak idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerekliliğine karşılık, "kamu yararı" ve "haklı neden" bulunması durumunda idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümünün adlî yargıya bırakılabileceği kabul edilmiştir.

İptali istenilen kuralın, vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut ölüme bağlı maddi ve manevi zararlarla sınırlı olarak açılacak davaların istikrarlı biçimde ve süratle sonuçlandırılmasını sağlamak için getirildiği dikkate alındığında, bu düzenlemenin kamu yararı ve haklı neden düncesine dayanılarak yapıldığında duraksama bulunmamaktadır.

Yasa koyucunun, "kamu yararı" ve "haklı neden" düşüncesi ile idarî bir uyuşmazlığın çözümünü adlî yargıya bırakabileceğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nce verilen benzer kararların bulunması, kuralın sağlık ve yaşam hakkı ile olan bağlantısı nedeniyle kamu yararı ve haklı neden ölçütünü taşıdığı gözetildiğinde, bu tür düzenlemelerin adli idari yargı ayırımına ilişkin Anayasa kurallarına aykırı olmadığı düşüncesiyle çoğunluğun kuralın kamu yararı ve haklı neden düşüncesine dayanmadığı ve Anayasa'nın idari yargı ayırımını öngören maddelerine de aykırı olduğu yolundaki gerekçesine katılmıyorum.

Ancak kuralın, askeri olan idari işlem, eylem ve idari sorumluluğu gerektiren diğer sebeplerle ilgili özellikleri yukarıda belirtilen davaları da ayırıma tabi tutmaksızın asliye hukuk mahkemelerinde görüleceğini öngörmesi, Anayasa'nın 157. maddesindeki Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesi olduğuna ilişkin Anayasa kuralına aykırılık oluşturduğundan, iptal gerekçesinin sadece bu maddeye dayandırılması gerektiğini düşünüyor ve çoğunluğun gerekçesine bu nedenle katılıyorum.

Açıklanan nedenlerle 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptali istenilen birinci fıkrasının Anayasa'nın 157. maddesine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

EK GEREKÇE

Kamu personelinin (idarenin ajanlarının) mali sorumluluğu konusu 1982 Anayasasında ilk kez anayasal kurallar biçiminde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, **kanuna göre, Devletçe tazmin edilir.** Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." hükmü yer alırken; 129. maddesinin beşinci fıkrasında "Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, **ancak idare aleyhine açılabilir.**" denilmektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin ilgili hükmünde zarar doğuran işlem ve eylemin süjesi "idare" iken, değinilen iki hükümde "**resmi görevliler**" (Md. 40/3) ve "**memurlar ve kamu görevlileri**" (Md. 129/5)nden söz edilmektedir. Yine 125. maddenin son fıkrasında işlem ve eylemlere ilişkin bir niteleme yapılmazken, Md.40/3'de "**haksız işlemler**"den, Md. 129/5'de ise "**kusurlardan**" doğan tazmin yükümü sözkonusudur. Dolayısıyla, bu hükümlerde, idarenin değil idarenin görevlilerinin davranışlarının nitelendirilmesine gidilmiştir. Söz konusu hükümler (Md.40/3, 129/5) sorumluluk koşullarını gösteren ve sorumluluğu kuran nitelikten ziyade, usûli nitelikte normlardır ve davalı tarafı belirlemeye yöneliktir. Burada hemen işaret etmek gerekir ki her iki kuralın (Md.40/3, Md.129/5) çerçevesi, memur ve kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurla sınırlı olup "**görev kusuru**" olarak nitelendirilen bu kusur hali dışında, personelin "**salt kişisel kusurlarını**" idari işlem veya eylem olarak nitelendirmeye imkân yoktur ve bu son halde "**idarilik**" niteliğinden yoksun olan ve idareye bağlanamayan bu tür kusurlardan dolayı idarenin değil, "**salt kişisel kusurlu**" olduğu saptanan kamu görevlisinin kişisel sorumluluğu söz konusu olacak, bu görevli hakkında adli yargıda doğrudan tazminat davası açılabilecektir. Diğer bir deyişle, anılan anayasal kuralların, kamu görevlilerinin "**salt kişisel kusurlarını**" kapsadığı düşünülemez. Bu istisnai durum dışında, "**görev kusuru**" nedeniyle kamu görevlisi aleyhine adli yargıda tazminat davası açılamaz; **"görev kusuru**"nun mevcudiyeti halinde, o kamu görevlisini istihdam eden idareye karşı tam yargı davası açılması gerekir.

Dava konusu kuralda, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine

ilişkin davalara asliye hukuk mahkemelerinin bakacağı belirtilmektedir. Vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi ya da kişinin ölümü halleri, doğrudan idari işlem ve eylem kaynaklı olabileceği gibi; yukarıda izahına çalışıldığı gibi idare ajanlarının görev kusurlarından kaynaklanmış da olabilir. Bu durumda idarenin sorumluluğu Anayasa'nın 125. maddesinin yanı sıra, 40/3 ve 129/5. maddelerine de dayanmış olacaktır. Diğer bir deyişle, idare ajanlarının görev kusurları sonucu vücut bütünlüğünün ihlâli ya da ölüm halleri meydana gelirse, belirtilen Anayasal kurallar karşısında idarenin ajanlarına karşı adli yargıda dava açma imkânı olamayacak ve ancak bu görevlileri istihdam eden idareye karşı tam yargı davası açılabilecektir.

Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında işaret edilen "kamu yararı ve haklı neden durumunda" idari yargının görevine giren bir hususun adli yargıya bırakılabileceği şeklindeki saptamanın da somut davada uygulanabilme imkânı yoktur. Çünkü, Anayasa'nın dört ayrı hükmünde (40/3, 125, 129/5, 157) idari faaliyetler neticesinde veya idare ajanlarının görev kusurları kaynaklı idari eylemler dolayısıyla, vücut bütünlüğünün ihlâli veya ölüm meydana gelmesi durumunda, ilgililerin açacakları davanın bir tam yargı davası olacağı ve bu konuda idari yargının görevli bulunduğu açık ve kesin biçimde ifade edilmiş olduğundan; bu görevin idari yargıdan alınarak adli yargıya devredilebilmesi mümkün değildir.

Açıklanan nedenle, kuralın iptali kararına bu ek gerekçeyle katılıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Nuri NECİPOĞLU	Celal Mümtaz AKINCI

DEĞİŞİK GEREKÇE

12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3 üncü maddesinde "ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev" konusu düzenlenmiştir. Maddenin birinci tümcesinde her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara "asliye hukuk mahkemelerince" bakılacağı belirtilmiştir.

Yasama metinlerinde: zararların tazminin de bugüne kadar kabul edilen sorumluluğu doğuran "alan" ölçütü yerine, konusu insan olan "zarar" ölçütünün alınmasının gerektiği, bu yolla farklı yargı düzenleri arasında görev uyuşmazlıkları, dava süreleri, kısmi dava hakkı kullanımı, tazminat tutarlarının hesaplanması bakımından yargı düzenleri arasındaki farklılıkların yarattığı çok hukukluluk sorunlarının hukuk devleti bakımından ağır bir yük oluşturduğu, adil yargılanma hakkı ve hukukun üstünlüğü ilkesinin yaşama geçirilmesinin amaçlandığının belirtildiği görülmektedir.

Anayasa'da idari ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır. Buna bağlı olarak idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek gerekir.

İdari yargı ve adli yargı yerlerindeki yargılamalar sonucunda ortaya çıkan farklılıkların giderilmesinde yeni "Hukuk Muhakemeleri Kanunu"nda (HMK) ve "Türk Borçlar Kanunu"nda (TBK) benimsenmiş olan, "insana verilen zararlar ve onun tazmini" konularındaki ilkeler gözetilerek, sorumluluğu doğuran sebebin özelliği yerine, öznesini insanın oluşturduğu "insan zararı" unsuru esas alınmıştır.

"Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Bu kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalara da uygulanır." (TBK m.55).

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

İdari yargıda idari eylem ya da işlemlerden doğan zararın tazmini ancak süresinde açılacak davalarla işlenebileceğinden, fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak süresi geçirildikten sonra yeniden tam yargı davası açılamaz.

Adli yargıda ise; alacaklı alacağının tümü hakkında dava açmak zorunda olmayıp fazlaya ilişkin hakkını saklı tutmak kayıt ve şartıyla alacağının önce bir bölümünü, sonra kalan bölümünü talep edebilir.

Böylece aynı nitelikli davalardan bir kısmı idari yargıda, bir kısmı da adli yargıda görüldüğü zaman idari yargıda dava açanlar "ıslah kurumundan yararlanmazken, adli yargıda dava açanlar bu kurumdan yararlanabilmektedir.

İdarenin hizmet kurusundan kaynaklanan tam yargı davalarının görüm ve çözümünde idari yargı mercileri görevli olmakla birlikte, kamu hizmetinin özelliği ve gerekleri gözetilerek kanunlarla istisnaların getirildiği haller de mevcuttur.

Medeni Kanun'un 1007. maddesi de bu istisnalardan birini oluşturmaktadır.

Medeni Kanun'un 1007. maddesinde "Tapu sicilinin tutulmasından doğan bütün zararlardan Devletin sorumlu olduğu, Devletin, zararın doğmasında kusuru bulunan görevlilere rücu edebileceği, Devletin sorumluluğuna ilişkin davaların, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görüleceği" kuralına yer verilmiştir.

Bu maddi ve hukuki duruma göre, davada tazminat istemi hakkında karar verilebilmesi bakımından tapu sicili kayıtlarının hatalı tutulup tutulmadığı hususunun değerlendirilmesi, esasen idarenin işlem ve eylemlerinde kanıksanmış bir sorumluluk nedeni olarak öngörülen hizmet kusuru kavramı ile ilintili ise de, Medeni Kanun'un 1007. maddesi uyarınca tapu sicil kayıtlarının tutulmasına ilişkin kamu hizmetinin niteliği gereği, bu hizmetten kaynaklı zarar iddialarına ilişkin uyuşmazlıklarda devletin özel hukuk ilkeleri uyarınca sorumlu tutulması esası benimsenmiş olduğundan, bu tür davaların görüm ve çözümü adli yargının görev alanına girmektedir.

Buna göre mahkemelerin görevleri belirlenirken adli ve idari olarak nitelenen yargı ayrılığının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.

Anayasa Mahkemesi bazı kararlarında idarenin kamusal gücüne dayalı olarak yapmış olduğu idari işlemlerden ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların kural olarak idari yargı yerlerinde çözümlenmesi gerekliliğine karşılık "kamu yararı" ve "haklı neden" bulunması durumunda idari yargının denetimine bağlı olmasına gereken idari bir uyuşmazlığın çözümünün yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakabileceğini kabul etmiştir.

Yasakoyucu tarafından haklı neden ve kamu yararı bulunduğu gözetilerek iptali istenilen kuralın düzenlendiği, Anayasa kurallarına aykırı olmadığı, bu nedenle çoğunluğun Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğuna ilişkin iptal gerekçesine katılmıyorum. Talebin bu maddeler yönünden reddi gerekir.

Anayasa'nın 157. maddesinin birinci fıkrasında; "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz…" hükmü getirilmiştir. Anayasa'nın 157. maddesi gereğince asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının değil askeri idari yargının görev alanına girmektedir. İptal konusu kural ile vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yol açan eylem veya işlem bir askeri hizmete ilişkin olsa ve bir asker kişiyi ilgilendirse bile bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar asliye hukuk mahkemesinin görev alanı kapsamına alınmaktadır. Asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'nın 157. maddesine aykırılık teşkil eder. Kuralın yalnız 157. madde yönünden iptali gerekir.

Belirtilen nedenle iptal kararına katılıyorum.

Üye
Recep KÖMÜRCÜ

DEĞİŞİK GEREKÇE

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinde ki; *"Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar"* ibaresi Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

İtiraz konusu kural, ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davalarında görev konusunu düzenlemektedir. Görev genel olarak bir yargı yerinin dava konusu yönünden yetkili olup olmama durumunu gösterir. Bir başka ifade ile uyuşmazlık konusu davanın hangi yargı düzeninde ve o düzen içinde yer alan mahkemelerden hangisinde görüleceği görev kuralları yani yasa kuralları ile belirlenir. Görevli yargı yeri demek konu yönünden o davaya bakacak mahkeme demektir.

Anayasa'nın 138 ila 160. maddelerinde yargı bölümü yer almaktadır. Bu bölümdeki hükümlere göre ülkemizde yargı sistemi açısından birden çok yargı düzeni benimsenmiştir. Bu bölüm içinde yer alan 142. maddede ise; *"mahkemelerin kuruluşu görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"* denilmiştir. Bu kuralın uygulanmasına yönelik pek çok kanun çıkarılmış ise de ülkemizdeki yargı düzenleri içinde yer alan yargı yerlerinin görev alanları net ve somut biçimde belirlenememiştir. Bu konuda karmaşık olay ve durumlardan kaynaklanan sorunlar bilimsel ve yargısal içtihatlarla giderilmeye çalışılmaktadır. Uyuşmazlık mahkemesine ayda ortalama yüz adet dava dosyasının gelmesi bu konuda tereddüt ve karmaşıklığın giderilemediğini göstermektedir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında; "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*", 155. maddesinin birinci fıkrasında ise; *"Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar"* hükümleri yer almaktadır. Yüksek mahkemeler bu hükümlerden hareketle önlerine gelen davalarda idari yargının görev alanını belirlerken kamu hukuku, kamu hizmeti, kamu yararı, idari işlem, idari eylem, idari sözleşme gibi ölçütleri kullanmaktadır. Ancak bu ölçütler içinde değerlendirilmesi gereken pek çok uyuşmazlık da yasalarla adli yargının

görev alanına bırakılmıştır. Medeni Kanunla ilgili bazı davalar, Kamulaştırma Kanunundan doğan uyuşmazlıklar, Kanun dışı yakalanan ve tutuklanan kişilerin uğradıkları zararlar, Sosyal Güvenlik Kanunun uygulamasından doğan uyuşmazlıklar bunlar arasında sayılabilir. Adı geçen ölçütlerin kanuni bir tanımının yapılmamış olması ve tanımlanmasının da çok zor olması pek çok davanın hangi yargının görev alanına gireceği konusunda tereddütler uyandırmaktadır. Bu tereddütler nedeniyle mahkemelerin görev yerleri açısından çıkan uyuşmazlıklar Uyuşmazlık Mahkemesi'ne havale edilmekte ve davanın hangi yargı düzeninde veya hangi mahkemede görüleceğine adı geçen mahkeme karar vermektedir. İdarenin eylem veya işleminin özel veya kamu hukukundan kaynaklanıyor olup olmadığı, idari işlem veya eylemin tanımında kullanılan ölçütlerin kapsamının geniş veya dar tutulup tutulmadığı, idari işlem veya eylem yetkisini kullanan kamu görevlisinin o yetkiyi kullanırken şahsi ihmal veya kusur'u bir davranış içinde olup olmadığı gibi pek çok durum idari işlem veya eylemin niteliğini değiştirmektedir.

Görüldüğü gibi bir davada taraflardan birinin idare olması ve uyuşmazlığın bu idarenin bir işleminden veya eyleminden kaynaklanıyor olması o davanın her zaman idari yargıda görüleceği sonucunu doğurmamaktadır. Bu konuda Anayasa'nın 142. maddesi mahkemelerin görev alanını belirlemede kanun koyucuya geniş takdir hakkı tanımıştır. Dolayısı ile kanun dışı yakalanan ve tutuklanan kişilerin uğradıkları zararlara ilişkin davaların kanunla adli yargının görev alanına alındığı gibi ölüm veya vücut bütünlüğünün yitirilmesinden doğan zararların tazmini davaları da adli yargının görev alanına alınması Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırılık teşkil etmez.

Anayasa'nın 157. maddesinin birinci fıkrasında; *"Askerî Yüksek İdare Mahkemesi, askerî olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların yargı denetimini yapan ilk ve son derece mahkemesidir. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz"* hükmü getirilmiştir. Bu. madde gereğince asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin olan işlem ve eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar adli yargının değil askeri idari yargının görev alanına girmektedir. İptal konusu kural ile vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yol açan eylem veya işlem bir askeri hizmete ilişkin olsa ve bir asker kişiyi ilgilendirse bile, bundan kaynaklanan uyuşmazlıklar asliye hukuk mahkemesinin görev alanı kapsamına

alınmaktadır. Asker kişileri ilgilendiren ve askerî hizmete ilişkin idarî işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların kanunla adli yargının görev alanına sokulması Anayasa'nın 157. maddesine aykırılık teşkil eder.

Açıklandığı üzere iptal edilen kuralın, Anayasa'nın 125., 155. ve 157. maddelerine aykırılığı nedeniyle değil, sadece 157. maddesine aykırılığı nedeniyle iptali gerekir. Anılan gerekçeyle iptal kararına katılıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

EK GEREKÇE

12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin birinci cümlesinin iptali istenmiştir. İptali istenen cümle şu şekildedir: *"(1) Her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar…"*

Görüldüğü gibi, iptali istenen hüküm, idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan, insan vücudunun bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi veya ölüm nedeniyle açılacak maddi ve manevi zararlara bakma görevini asliye hukuk mahkemelerine vermektedir. Eğer idari eylem veya işlemden sadece bir tek tür zarar doğmuşsa ve bu zararda hükümde sınırlandırıldığı şekilde, vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesi veya ölüme ilişkinse, zarar, asliye hukuk mahkemesinde açılacak bir tek dava ile talep edilebilir. Ancak, aynı idari eylem veya işlem yahut diğer sorumluluk sebebinden yukarıda belirtilenlerin dışında farklı türde bir zarar örneğin, malvarlığına ilişkin bir zarar da doğmuşsa, bu takdirde malvarlığına ilişkin zararın giderilmesi için asliye hukuk mahkemesinde dava açılamayacak, idari yargıda tekrar bir dava açmak gerekecektir.

Bu durumda, söz konusu hüküm, aynı sorumluluk sebebinden vücut bütünlüğünün ihlâli ve ölüm dışında başka bir zarar doğarsa bu zararın giderilmesi için adli yargıda dava açılamayacağından, zorunlu olarak idari

yargıda ikinci bir dava açılmasına neden olmaktadır. Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrası "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir"* diyerek "usul ekonomisi" ilkesi gereğince, gereksiz yere dava açılmamasını, açılan davaların da en çabuk, basit ve ekonomik bir şekilde sonuçlandırılmasını emretmektedir. İptali istenen hüküm, yukarıda belirtildiği şekilde, aynı sorumluluk sebebinden maddede belirtilenler dışında farklı bir zararın doğması halinde, zorunlu olmadığı halde, ikinci bir dava açılmasını gerekli kılmaktadır. Bu durum, Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasına aykırıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi 20.07.1999 tarih ve E.1999/1, K.1999/33 sayılı kararıyla, yürürlükten kaldırılan 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m. 87, son cümlesinde yer alan müddeabihin ıslah yoluyla artırılamayacağına ilişkin kuralın, *"…İtiraz konusu kuralla müddeabihin ıslah suretiyle artırılmasına olanak tanınmaması dâvâların en az giderle ve olabildiğince hızlı biçimde sonuçlandırılmasına engel olacağından, Anayasa'nın 141. maddesine aykırıdır."* diyerek, benzer gerekçeyle iptaline karar vermiştir.

İptali istenilen hükmün, Mahkememiz çoğunluğunun belirttiği gerekçelerin yanında, Anayasa'nın 141. maddesinin dördüncü fıkrasına da aykırı olduğu kanaatindeyim.

Üye
Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/98
Karar Sayısı : 2012/24
Karar Günü : 16.2.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hava Kuvvetleri Komutanlığı Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle değiştirilen 132. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sanığın, arkadaşının eşyasını çalmak suçundan cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme iptali için itiraz yoluna başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"As.C.K.'nun 132'nci maddesi aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

Üstünün, astının veya arkadaşının bir şeyini çalanlar:

Madde 132 - Bir üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyini çalan asker kişiler, altı aydan beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

T.C.K.'nunda hırsızlık suçunu düzenleyen 141'inci maddenin cezası ise bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıdır. Görüldüğü gibi As.C.K.'nundaki hapis cezasının alt sınırı daha az olmasına rağmen üst sınırı ise T.C.K.'nundaki hırsızlık suçunun cezasından daha fazladır.

T.C.K.'nun 145'inci maddesi ise aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

Malın değerinin az olması:

Madde 145- (1 Değişik 29/6/2005 - 5377/16 md.) Hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek cezada indirim yapılabileceği gibi, suçun işleniş şekli ve özellikleri de göz önünde bulundurularak, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Ayrıca hırsızlık suçununda yer aldığı T.C.K.'nun ikinci kısım onuncu bölümünün son kısmında etkin pişmanlık düzenlenmiştir.

Etkin pişmanlık:

Madde 168- (Değişik: 29/6/2005 - 5377/20 md.)

(1) Hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflas, taksirli iflas ve karşılıklı yararlanma suçları tamamlandıktan sonra ve fakat bu nedenle hakkında kovuşturma başlamadan önce, faalin, azmettirenin veya yardım edenin bizzat pişmanlık göstererek mağdurun uğradığı zararı aynen geri verme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisine kadar 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 alınır.

Görüldüğü gibi T.C.K.'nun gereğince yargılanan bir kişinin çaldığı malın değeriyle ilgili olarak indirim yapılması mümkün olduğu gibi ceza vermekten vazgeçilebilmesi de mümkündür. Ayrıca sanığın pişman olup zararı ödemesi halinde indirim yapılacağı da hüküm altına alınmıştır. As.C.K.'na

göre yargılanan kişinin çalmış olduğu malın değerinin az veya çok oluşu ve sanığın pişman olup olmaması ancak hakimin takdirini etkileyecek sübjektif bir husustur. T.C.K.'nundaki gibi objektif kriterler bulunmamaktadır.

5237 sayılı T.C.K.'nu ile daha önce mevzuatta olmayan etkin pişmanlık, uzlaşma ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi uygulamalar getirilmiştir.

Yasa koyucu Ceza Hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasaya ve Ceza Hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleştirici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya tecil edilebileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Ancak Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu uygulamakla yükümlü devlet anlayışını yansıttığından... suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması hukuk devleti olmanın gereğidir.(Anayasa Mahkemesinin 21.01.2004 gün ve 2002/166 esas, 2004/3 sayılı kararı)

5237 sayılı TCK'nun 3'üncü maddesinde "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi"

Madde 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.

Mülga olan 765 sayılı T.C.K.'nun 522 ve 523'üncü maddelerinde de benzer indirimler bulunmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin ceza siyasetinde hırsızlık suçlarında indirim maddeleri daima bulunmuştur.

Ancak yukarıda belirtildiği üzere As.C.K.'nundaki hırsızlık suçunda objektif hiçbir indirim imkanı bulunmamaktadır. As.C.K.'nun 132'nci maddesindeki suçun cezası paraya çevrilebildiği halde As.C.K.'nun 47'nci maddesine göre ertelenememektedir.

Askerlik hizmeti için 15 ay arkadaşlarıyla neredeyse 24 saat beraber yaşayan kişilerin bir arkadaşının sigarasından bir tek sigara dahi alması durumunda alacağı ceza en lehe değerlendirildiği takdirde 3.000,00 (Üç Bin) TL. adli para cezası veya 5 ay hapis cezasıdır. Bu cezanın da oldukça yüksek olduğu son derece açıktır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2 ve 10'uncu maddeleri aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

"MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Anayasanın 2 ve 10'uncu maddelerinden anlaşıldığı üzere Türkiye Cumhuriyeti bir Hukuk Devleti olup kanun önünde herkes eşittir.

Tüm bu sebepler dikkate alınarak 1632 sayılı As.C.K.'nun 132'nci maddesinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na aykırı olduğu değerlendirilmiş ve bu maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle değiştirilen 132. maddesi şöyledir:

"Üstünün, astının veya arkadaşının bir şeyini çalanlar

Madde 132-Bir üstünün, arkadaşının veya astının bir şeyini çalan asker kişiler, altı aydan beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Mahkeme, başvuru kararında Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayanmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla yapılan ilk inceleme toplantısında;

Dosyada eksiklik bulunmadığından, işin esasının incelenmesine, 28.9.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE 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, Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen hırsızlık suçunun, alt haddinin Türk Ceza Kanunu'nda yer alan basit hırsızlık suçunun alt haddinden daha düşük olmakla birlikte üst sınırının Türk Ceza Kanunu'ndan daha yüksek olduğu ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hırsızlık suçunda malın değerinin az olması ile etkin pişmanlık hallerinde indirim veya cezasızlık nedenlerinin bulunmasına rağmen Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan hırsızlık suçu bakımından bu hallerin düzenlenmediği bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural ile, üst, ast ve arkadaşa karşı işlenen hırsızlık suçu, Türk Ceza Kanunu'ndan ayrı olarak Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmekte ve Türk Ceza Kanunu'nda yer alan indirim veya artırım nedenlerine yer verilmeyerek cezanın alt ve üst hadleri farklı belirlenip takdir alanı genişletilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla bağlantısı bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasakoyucu Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine 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 sebep olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Yasakoyucu, farklı hukuksal konumda olan kişileri farklı yaptırımlara tâbi tutabilir. Asker kişiler ile sivil kişiler aynı hukuksal konumda değildirler. Hırsızlık suçu bakımından askerlik hizmetinin gereği olarak askerlik camiasının gerektirdiği karşılıklı emniyet ve itimada dayalı bir ilişki içinde bulunan asker kişiler bakımından farklı hukuki sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. İtiraz konusu kuralla söz konusu ilişki içinde bulunan ast, üst ve arkadaşa karşı işlenen hırsızlık suçlarında ortaya çıkabilecek farklı sonuçlar da dikkate alınarak Askeri Ceza Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılmıştır. Yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında farklı hukukî statü içinde bulunan kişiler hakkında farklı yaptırım öngören itiraz konusu kuralda hukuk devleti ve eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

İtiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Engin YILDIRIM ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle değiştirilen 132. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 16.2.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY YAZISI

İtiraz konusu kural, hırsızlık suçunun Askeri Ceza Kanunundaki (bundan sonra AsCK) düzenlemesiyle ilgilidir. Askerlik hizmet ve gereklerini ve askerlikteki disiplin ve karşılıklı güvenin taşıdığı önemi göz önüne alan yasa koyucu, ast, üst ve arkadaşa karşı işlenen hırsızlık suçunu, Türk Ceza Kanunu (bundan sonra TCK) kapsamında işlenen hırsızlık suçundan farklı değerlendirmiştir. Mesela, AsCK'nunda hırsızlık suçundan dolayı hiçbir şekilde nesnel bir indirim imkanı bulunmamaktadır. TCK m. 145 gereği, hırsızlık suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle cezada indirim yapılması mümkün olabildiği gibi, ceza vermekten vazgeçilmesi de söz konusu olabilmektedir. Benzer şekilde, TCK kapsamında hırsızlık suçunun cezasının paraya çevrilme olasılığı varken, AsCK 47. maddesinden dolayı AsCK kapsamındaki hırsızlık suçunda bu mümkün değildir. Denebilir ki, TCK anlamında işlenen hırsızlık suçu ile AsCK bağlamında işlenen hırsızlık suçunun koruduğu hukuki yarar farklıdır. TCK'da kişinin taşınır malları üzerindeki zilyetlik hakkı korunurken, AsCK'da buna ek olarak, askerlik hizmetinin ve onun ayrılmaz bir parçası olan askeri disiplinin gereği ast, üst ve arkadaş arasındaki karşılıklı güvene dayalı ilişkilerin korunması amaçlanmaktadır.

Öte yandan, yukarıda sayılan nedenler sadece askerlik hizmeti için değil, pek çok diğer hizmette ve meslekte de geçerlidir. Askerlik hizmet ve gerekliliklerinin farklılık arz etmesi, farklı muamele yapılması için sağlam bir gerekçe oluşturmaz. Öyle olsaydı, her meslek grubu için ayrı ayrı düzenlemeler yapılması gerekirdi. Örneğin, polislik mesleğinde de disiplin ve karşılıklı güvenin hayati öneme haiz olduğunu düşünürsek, polislerin işlediği hırsızlık veya başka bir suç içinde ayrı bir Polis Ceza Kanununun çıkarılması gerektiği mi savunulacak?

İtiraz konusu kuralda yer alan ast, üst ve arkadaşa karşı işlenen hırsızlık suçuna ait cezanın alt ve üst hadleri TCK'da yer alan basit hırsızlık suçunun alt haddinden daha düşük ancak üst haddinden daha yüksek belirlenmiştir. TCK'da basit hırsızlık suçu için bir yıldan üç yılı kadar hapis söz konusuyken itiraz konusu kuralda ise altı aydan beş seneye kadar hapis cezası düzenlemesi vardır. Her ne kadar Askeri Yargıtay'ın, itiraz konusu kuralı içeren 132. maddenin TCK'daki "hırsızlık eylemlerinin her türlü icra biçimlerini" kapsadığı yönünde içtihadı (örneğin, As.Yrg.Drl.Krl., 26.10.1978, E.65, K.80) mevcutsa da, buradan hareketle, söz konusu kuralın TCK. m.141'in yanında m.142 ve m.143'deki düzenlemeleri de kapsadığı görüşü, itiraz konusu düzenlemedeki hırsızlık suçunun cezasının üst haddinin TCK m. 141'deki basit hırsızlık suçunun üst haddinden yüksek olması gerçeğini değiştirmemektedir.

Askerlik görevini yerine getirenlerin suç işlememesine dönük tedbirlerin alınmasının, askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli olduğu açıktır. Bununla birlikte, askeri disiplini korumak ve tesis etmek amacıyla getirilmiş bir kuralın, bireyin hak ve özgürlüklerini daraltması ve adalet duygusunun zedelenmesine yol açması da kabul edilemez. Bu durum, Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Asker kişilerin bir kısmı için askerlik gönüllü olarak tercih ettikleri bir meslekken, diğerleri için zorunlu olarak yaptıkları bir görevdir. Zorunlu olarak askerlik görevini yapan asker kişilerin özgürlüklerinin askerlik hizmeti süresince kısıtlandığını düşündüğümüzde, hırsızlık gibi sırf askeri suç olmayıp, kısmen askeri suç veya askeri suç benzeri bir eylem olarak tanımlanan bir fiil için, sivil şahıslardan farklı cezai muameleye tabi tutulmaları Anayasa'nın 10. maddesinde vücut bulan eşitlik ilkesine aykırıdır. Askerlik görevinin kendine has özelliklerinden dolayı asker kişiler ile sivil kişilerin farklı hukuksal

konumlarda bulunmaları, bunlar arasında farklı muameleye neden olan her durumun meşrulaştırılmasının bir gerekçesi olamaz. Asker ve sivil kişiler arasında elbette farklılıklar vardır ama bu farklılıklar asker kişiler aleyhine temel hak ve özgürlükler anlamında eşitsizlik yaratmak için kullanılmamalıdır.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Engin YILDIRIM	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2011/41
Karar Sayısı : 2012/25
Karar Günü : 16.2.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Mihalgazi Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının sonuna 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen *"Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez."* biçimindeki cümlenin Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında, elektrik enerjisi hırsızlığı iddiasıyla açılan kamu davasında, Cumhuriyet savcısının itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanığın Mihalgazi İlçesi Alpagut Beldesinde bulunan iş yerinde yapılan kontrollerde 7324235 seri nolu elektrik sayacını sol yan taraftan ve disk hizasından delerek kullandığı, bilirkişi raporuna göre- tutanak tarihinin öncesi ve sonrası arasında tüketim değerinde farklılık olduğu, söz konusu sayacın mühürlü olduğu, şüphelinin sayacı delmesi sonucu mührün konuluş amacına aykırı hareket ettiği, bu nedenle üzerine atılı suçları işlediğinden bahisle TCK'nın 142/1.f, 168/1, 53, 203/1 ve 53. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle mahkememizde kamu davası açılmıştır.

Yapılan yargılama sırasında sanığın savunması alınmış, tanık beyanları tespit edilmiş, bilirkişi raporu celbedilmiş, diğer bilgi ve belgeler dosyaya eklenmiştir.

Sanık savunmasında özetle, sayacın delinmesi ile ilgili bilgisinin olmadığını, üzerine atılı suçlamaları kabul etmediğini belirtmiştir.

Yargılama neticesinde sanığın eyleminin sabit görülmesi durumunda 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi gereğince yasal şartları değerlendirilerek hükmün açıklanmasına veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilecektir. Ancak 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 6. fıkrasının sonuna, 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi ile sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez, şeklinde hüküm eklenmesinden sonra, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmesi durumunda 5 yıl süre ile denetime tabi tutulacağı, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemediği takdirde açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak davanın düşürüleceği, aksi durumda hükmün açıklanacağı, karara karşı itiraz hakkının bulunduğu, ancak itiraz incelemesinin merciince şeklen yapıldığı, suçun sübutu veya nitelendirilmesi hususunda denetim yapılmadığı sanığa bildirilip açıklandıktan sonra bunu kabul edip etmeyeceği sorulmuş, sanık beyanında, suçsuz olduğunu, beraatine karar verilmesi gerektiğini, HAGB kararını kabul etmediğini belirtmiştir.

5271 sayılı Yasa'nın 231. maddesindeki şartlar oluşsa bile 6008 sayılı Yasa ile getirilen düzenleme karşısında sanık HAGB kararını kabul etmediğinden suçun sübutu durumunda adli para cezası veya hapis cezası veyahut hapis cezasının ertelenmesi kararı verilecektir. Bu nedenle 6008 sayılı Yasa ile getirilen bu düzenlemenin Anayasamıza aykırı olduğu kanaatine varılmıştır. Düzenlemeye ilişkin gerekçede, "hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları itiraza tabi olup; uygulamada itiraz mercii kararları şeklen incelemektedir. Her iki durumda da sanığın suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildir. Bu sebeple sanığın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla temyiz mahkemesinde beraat etme hakkının elinden alınmaması düşüncesiyle anılan hükmü ihdas eden madde eklenmiştir." denilmiştir.

5237 sayılı CMK'nın 231. maddesi gereğince verilen HAGB kararına itiraz durumunda, itiraz merciince evrak üzerinde yapılacak incelemenin 5271 sayılı CMK'nın 231. maddesinin objektif koşullarının belirlenmesi ile ilgili sınırlı bir inceleme olacağı; suçun sübutu nitelendirilmesi gibi esasa ilişkin hukuka aykırılıkların denetlenemeyeceği yargı kararlarıyla da sabitse de, ilerde kasten yeni bir suç işlediği takdirde verilmiş olan HAGB kararının kaldırılarak hükmün açıklanması durumunda, açıklanan bu hükmün temyiz yasa yolu denetiminden geçeceği, usul ve esasa ilişkin hukuka aykırılıkların temyiz merciince denetleneceği muhakkaktır. Ancak süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmemesi durumunda verilen bu karar esas yönünden denetime tabi olmaksızın kesinleşip sonuç doğuracaktır. Bu durumda yapılması gereken itiraz merciince yapılacak incelemenin alanını esasa ilişkin hukuka aykırılıkları kapsayacak şekilde yasal düzenlemelerle veya yargı kararlarıyla genişletmektir.

Getirilen yeni düzenleme ile somut olayda olduğu gibi sanık ya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmek zorunda kalacak ya da hapis veya adli para cezası ile karşı karşıya kalacaktır. Çünkü sanık suçsuz olduğunu, beraat etmesi gerektiğini düşünse bile mahkumiyet hükmünün Yargıtayca onanması ihtimali her zaman mevcuttur. Bu nedenle sanığa temyiz hakkı tanırken aynı zamanda mahkumiyet hükmü ile karşı karşıya bırakan bu yeni düzenleme Anayasa aykırıdır. Çünkü hiç kimse kendi aleyhinde beyanda bulunmaya ve savunma yapmaya zorlanamaz, kuralı anayasal bir ilkedir. Nitekim Anayasamızın 38/5. maddesine göre, hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz. Anayasamızın 36. maddesine göre ise, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Hukukun temel ilkelerinden olan ceza muhakemesi hukukumuzda yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmama hakkı olarak ifade edilen 'susma hakkı'; kendi aleyhine tanıklık etmeme, kendi suçlanmasına katkıda bulunmama hakkı olarak da bilinir ve baskı altında verilen ifadelerin kullanılmasını yasaklama, şüphelinin ve sanığın beyanının özgür iradesine dayanmasını sağlama amacına yöneliktir.

Anayasamızın 5., 10/1. ve 12/1. maddelerine göre, herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olup, bu bağlamda herkes davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkı ile düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Herkes, dil, ırk,

renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Anayasamızın 11. ve 13. maddelerine göre, yasal düzenlemeler Anayasa'ya, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olamaz. Çünkü Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk Devletidir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir. Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve eşitlik ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 231. maddesi şöyledir:

"Hükmün açıklanması ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması

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: 6/12/2006-5560/23 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: 6/12/2006-5560/23 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. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) ***Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.***

(7) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8) (Ek: 6/12/2006-5560/23 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: 6/12/2006-5560/23 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: 6/12/2006-5560/23 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: 6/12/2006-5560/23 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: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 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) (Değişik: 23/1/2008 – 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 36. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, , Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 4.5.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraza konu kuralı da içeren 231. maddesindeki düzenleme sanık hakkında yapılan yargılama sonucunda verilecek mahkumiyet kararının açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kuralları içermektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, bir suça ilişkin kamu davasının yargılaması sonucunda sanığın suçlu bulunması halinde verilecek ceza hükmünün açıklanmasının, belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak ertelenmesi anlamına gelmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine göre, mahkeme tarafından yapılan yargılama sonucunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis ya da adli para cezasıysa, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilecektir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda, sanık beş yıl denetim süresine tabi tutulacak, denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği takdirde verilen hüküm, kararı veren mahkemece ortadan kaldırılacak ve dava hakkında düşme kararı verilecektir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı itiraz yoluna başvurma imkânı bulunmaktadır. Bu durumda itiraz mercii olan mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sadece şeklen incelenecek olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması koşullarının oluşup oluşmadığı hususuyla sınırlı bir inceleme yapılacaktır. 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 kararın esas hükümle birlikte temyiz denetimi olanaklı bulunmaktadır.

İtiraz konusu kural ile getirilen düzenlemeden önce, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesiyle yargı yoluna müracaat halinde beraat edeceğini düşünen sanığın, suçsuzluğunu ispat amacıyla kararı temyiz incelemesine götürmesi mümkün değildi. Koşulların oluşması durumunda ceza hakiminin takdiri ile verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraza konu kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra sanığın talebine bağlı olarak verilecektir. Böylece hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının tüm koşulları bulunan sanık, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını istemediğini beyan ederek, hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürebilecektir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kural ile sanığın ya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasını kabul etmek zorunda kalacağı ya da hapis veya adli para cezası ile karşı karşıya kalacağı, sanığın suçsuz olduğunu, beraat etmesi gerektiğini düşünse bile mahkumiyet hükmünün Yargıtay'ca onanması ihtimalinin her zaman mevcut olduğu, bu nedenle itiraz konusu kuralın sanığa temyiz hakkı tanırken aynı zamanda mahkumiyet hükmü ile karşı karşıya bıraktığı, zira hiç kimsenin kendi aleyhinde beyanda bulunmaya ve savunma yapmaya zorlanamayacağı belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."* hükmü yer almaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 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.

Anayasa'nın 38. maddesinde suç ve cezalara ilişkin temel ilkelere yer verilmiş, beşinci fıkrasında *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* denilmiştir. İnsan hakları arasında yer alan, manevi işkenceyi meneden, insan haysiyetinin ve kişi dokunulmazlığının teminatı olan bu düzenlemeye, ceza yasalarında sanığın *"susma hakkı"* olarak yer verilmiştir. Bu hak, suçlanmayla başlayan bir haktır. Kovuşturma ve soruşturmanın her aşaması için geçerlidir.

Hükmün açıklanmasının ertelenmesine ilişkin olarak kanunda öngörülen tüm koşulların oluşması durumunda ceza hakiminin takdiri ile verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, itiraz konusu kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra sanığın talebine bağlı olarak verilebilecektir. Ceza sistemimizde yer alan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilebilmesi koşullarına ilaveten getirilen ve sanığa kararı temyiz incelemesine götürebilme hakkı tanıyan kural, Anayasanın ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırı olmayıp, yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamındadır.

İtiraz konusu kuralda sanığın kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanması söz konusu olmadığı gibi, iptali istenilen kuralın 231. maddeye eklenmesinden sonra, sanığın iradesine önem verilerek, sanığın iradesi dışında hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesinin uygulanması engellenmiştir. Sanığa, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı olduğunu beyan etme ve dolayısıyla hakkında verilen kararı temyiz incelemesine götürebilme imkânı veren kural, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen, kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak değerlendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 5., 10., 11., 12. ve 13. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının sonuna, 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez." biçimindeki cümlenin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 16.2.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/53
Karar Sayısı : 2012/27
Karar Günü : 22.2.2012

İPTAL DAVASINI AÇAN: Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi Türkiye Büyük Millet Meclisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri M. Akif HAMZAÇEBİ ile Muharrem İNCE

İPTAL DAVASININ KONUSU: 8.3.2011 günlü, 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu'nun:

1- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…*bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir*" ibaresinin,

2- 4. maddesinin;

a- (2) numaralı fıkrasının,

b- (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…*birlik üyesi seçmek*…" ibaresinin,

3- 6. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin,

4- 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesinin,

5- 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasının,

6- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…*Bakan onayı*…" ibaresinin,

7- Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin,

b- İkinci cümlesinde yer alan "*Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer…*" ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 10., 43., 123., 126., 127., 160. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

II. GEREKÇE

1) 6172 Sayılı Yasanın 1 inci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının, "… bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir" Bölümünün Anayasaya Aykırılığı

6172 sayılı Yasanın 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasında, Bu Yasaya dayanılarak kurulan sulama birliklerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtildikten sonra, sulama birliklerinin "bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabi" olacağı belirtilmiştir.

Sulama birliklerinin, görev, yetki ve sorumluluklarıyla, Anayasanın 43 üncü ve 168 inci maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, bunları kamu yararı amacıyla kurulan ve kamu hizmeti yapan kuruluşlar oldukları açık olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu durumları gözetilerek "kamu tüzel kişiliğine" sahip olmaları öngörülmüştür.

"Kamu hizmeti" kavramının geniş tanıma göre kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinmeleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.

Toplumsal yaşamın zorunlu gereksinmelerini karşılayan hizmetler, nitelikleri gereği kamu hizmeti olarak görülmüştür. Düzenlilik ve süreklilik kamu hizmetinin önemli öğelerinden birini oluşturur. Çünkü, bunun yokluğu toplum yaşamını altüst eder. Bir kamu hizmeti, ülke düzeyinde, tüm halkın gereksinmesine yanıt verebileceği gibi; belli bir yörede belli bir topluluğun gereksinmesini de karşılayabilir. Başka bir anlatımla, hizmetin ülkesel, yöresel veya toplumun bir kesimi için söz konusu olması onun kamu hizmeti olma niteliğini etkilemez.

6172 sayılı Yasada belirtilen, Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki su varlık ve kaynaklarından yararlanarak yapılan sulama işleriyle ilgili etkinlikler kamu hizmetidir. Çünkü bunlar, toplumun ortak gereksinmelerini karşılamaya yönelik, kamu yararı için yapılan düzenli ve sürekli etkinliklerdir.

Hukuk sistemi, Anayasanın öngördüğü yapılanma da göz önünde bulundurularak "kamu hukuku" ve "özel hukuk" olmak üzere iki temel ayrıma tabi tutulmuştur.

Anayasanın 2 nci maddesinde "hukuk devleti" olmak, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılmış; 11 inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve öbür kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu vurgulanmış; bu kuralların doğal gereği olarak da 125 inci maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğunda duraksanamaz. Anayasa kuralları gereğince yasama organının, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işlemi belirlemesine karşın, Yasada hüküm bulunmayan hallerde özel hukuku seçmesi, aynı kamu tüzel kişisinin yaptığı eylem ve işlemler yönünden farklı durumların ve farklı hukuksal ilişkilerle farklı yargı yerlerinin ortaya çıkmasına neden olacaktır.

Bir kamu hizmetinin hangi kamu kurum veya kuruluşunca yerine getirileceğine karar verme yetkisi yasa koyucuya aittir. Yasa koyucu Anayasaya uygun olmak kaydıyla, kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin koşulları da belirleyerek hukuksal düzenleme yapabilir. Ancak bu düzenlemelerde, kamu ya da özel hangi hukuk kurallarının uygulanacağının da hukuksal istikrarı bozmayacak şekilde tercih kullanılmalıdır. Devlet organlarının düzenli çalışması, yönetimde istikrarın sağlanmasıyla olanaklıdır. Yönetimde istikrar,

hukuksal istikrarla gerçekleşir. Hukuk devleti olmak, yönetilenlere hukuk güvencesi sağlayan bir düzen kurmaktır. Böyle bir düzenin kurulması, yasama ve yargı yetkileriyle yürütme alanına giren tüm işlemlerin hukuk kuralları içinde kalması ile gerçekleşebilir. Bu bağlamda hukuk devleti, her dilediğini yapamayan, kendini hukukla bağlı sayan ve tüm yetkilerinin sınırının hukuksal kurallarla belirlendiği Devlettir. Ancak hukuksal kuralların da, kamu – özel hukuk alanında kendi içinde istikrarı sağlaması, kaosa neden olmaması, Anayasaya uygun düzenlenmesi gerekir.

Konusu kamu hizmetinin kurulması olan ve hizmeti yapanlara kamu gücüne dayanan yetkiler tanınan alanlarda, hizmetin düzenli ve istikrarlı biçimde yürütülmesini sağlamak için Yasadaki kamu hukuku kuralları uygulanırken, Yasada hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk kurallarının uygulanması, hukuk devleti, hukuksal istikrar ve hukuk güvenliği ilkeleriyle bağdaşmaz. Kuşkusuz bir yasanın, kapsamına giren tüm konuları düzenlemesi beklenemez. Ancak, düzenleme yapan yasanın düzenleme alanının özelliğine ve niteliğine göre, kamu ya da özel hukuk alanında hangi kuralların uygulanacağını ya da o alandaki genel hükümlerin uygulanacağını belirlemesi gerekir. Kamu hukuku alanını düzenleyen ve kamu hukuku kurallarıyla donatılan bir yasada, hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerinin uygulanacağının belirtilmesi hukuksal kargaşa oluşturur ki bu da hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasanın 123 üncü maddesindeki "idarenin bütünlüğü" ilkesi, idarenin genel iş ve işlemlerinin kamu hukukunun temel yasalarıyla yürütülmesini, kamu yönetim ve maliyesinde eşgüdümü ve disiplini gerektirir. 6172 sayılı Yasadan, sulama birliklerinin, merkezi-mahalli anayasal niteliği belirlenememekle birlikte, yaptıkları hizmetin kamu hizmeti olduğu ve DSİ ile bağlantıları, kamu tüzelkişiliği nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda, bunların da idarenin bütünlüğü ilkesinden ayrılmaları olanaklı değildir. Belirsizlik ve kargaşa, hukuk devletini olduğu gibi idarenin bütünlüğü ilkesini de zedeler.

Açıklanan nedenlerle, 6172 sayılı Yasanın 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının, "… bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir" bölümü Anayasanın 2 nci ve 123 üncü maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 6172 Sayılı Yasanın 4 üncü Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

4 üncü maddede sulama birliğinin tüzel kişilik kazanması ve birliğe üyelik konuları düzenlenmiştir. Maddenin (1) numaralı fıkrasına göre birlik; tek yerleşim biriminden oluşan birlikler hariç olmak üzere, görev alanı içinde bulunan her yerleşim biriminden; üçüncü dereceye kadar hısım olmayan ve her yerleşim biriminden en az birer kişi ve toplamda beş kişiden az olmamak üzere su kullanıcılarının imzaladığı birlik ana statüsünün, DSİ'nin de görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça onaylanması sonucu tüzel kişilik kazanacaktır.

Maddenin (2) numaralı fıkrasında ise birliğin hizmetinin, "mahalli müşterek ihtiyaç" niteliğinde olduğu; birliğin, 6172 sayılı Yasanın 3 üncü maddesinde yer alan çalışma konuları ve devir sözleşmesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, DSİ'nin sahip olduğu görev ve yetkilere sahip olduğu belirtilmiştir.

6172 sayılı Yasadan, bir kamu tüzel kişisi olan sulama birliğinin, anayasal güvence altında olan su varlık ve kaynaklarını kullanma ve kullandırma hizmetini yaptığı ve bu hizmetin niteliği gereği kamu hizmeti olduğu anlaşılmaktadır.

Anayasanın 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerinde Türkiye Cumhuriyeti'nin idari yapılanmasına ilişkin temel kurallar yer almıştır. 123 üncü maddede, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiştir. İdarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ilkesiyle Türkiye Cumhuriyeti'nin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün de bir sonucu olarak, idarenin yerine getirdiği çeşitli görevlerle bu görevleri yerine getiren kurumlar arasında birlik sağlanması ve idari yapı içinde yer alan kurumların bir bütünlük içerisinde çalışması öngörülmüştür. Bu kurumların, idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olarak denetlenmeleri hiyerarşik denetim ve idari vesayet yoluyla gerçekleşebilmekte ve burada geçen "idare" kavramı da, sadece merkezi idareyi ve onun taşradaki uzantılarını değil, yerel yönetimleri ve kamu tüzel kişiliğine sahip çeşitli kamu kurumlarını ve bütün bu teşkilatın personelini de kapsamaktadır.

Anayasanın "Merkezi idare" başlıklı 126 ncı maddesinde ise, Türkiye'nin, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafi durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, illerin de diğer kademeli bölümlere ayrılacağı, illerin idaresinin yetki genişliği esasına dayanacağı, kamu

hizmetlerinin görülmesinde verim ve uyum sağlamak amacıyla, birden çok ili içine alan merkezi idare teşkilatının kurulabileceği, bu teşkilatın görev ve yetkilerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasanın "Mahalli idareler" başlıklı 127 nci maddesinde, mahalli idarelerin, il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olduğu, kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Anayasanın öngördüğü idari yapı değerlendirildiğinde, mahalli müşterek ihtiyaçlarla ülke bütününü kapsayan genel (merkezi) müşterek ihtiyaçların ve bunların gerektirdiği görev, yetki, kaynak ve sorumluluk paylaşımının özelliklerine göre merkezi yönetimlerle yerel yönetimler arasında yasayla paylaşılabileceği açıktır. Merkezi idarede "yetki genişliği", yerel idarede ise "yerinden yönetim" ilkesi esas alınacaktır. Yasayla yapılacak bu paylaşımda, iki ana konu ortaya çıkmaktadır. Birincisi, merkezi idarenin görev ve yetkilerinin yerele devredilemeyeceği, ikincisi ise, yasayla da olsa bu idarelerin birbirlerinin yerine geçemeyeceğidir.

Anayasanın 127 nci maddesinin birinci fıkrasındaki "mahalli müşterek ihtiyaç" ölçütü, yerel yönetimlerin görev ve yetkilerinin sınırını çizmektedir. Yasa koyucu, yerel yönetimlerin görevlerine ilişkin bir düzenleme yaparken, bu ölçütü gözetecektir.

Mahalli müşterek ihtiyaç, herhangi bir yerel yönetim biriminin sınırları içinde yaşayan kişi, aile, zümre ya da sınıfın özel çıkarlarını değil, aynı yörede birlikte yaşamaktan doğan eylemli durumların yarattığı, yoğunlaştırdığı ve sürekli güncelleştirdiği, özünde etkinlik, ölçek ve sağladığı yarar bakımından yerel sınırları aşmayan, bölünebilir ve rekabet konusu olabilen yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.

6172 sayılı Yasanın 1 inci maddesinde "Ülkenin su varlık ve kaynakları"nın rasyonel kullanımından söz edilmiştir. Anayasanın 43 üncü ve 168 inci maddelerinde su varlık kaynakları ile bunları çevreleyen kıyılar devletin hüküm ve tasarrufu altına alınmıştır. Su kaynak ve varlıklarının kullanımı yerel değil ulusal bir haktır. Bu nedenle, mahalli müşterek nitelikte bir ihtiyaç olarak

görülemez. Hal böyle iken, bir merkezi idare kuruluşu olan ve yetki genişliği esasına göre çalışan DSİ'nin sahip olduğu görev ve yetkilerin, mahalli müşterek ihtiyacı karşılamakla görevli sulama birlikleri tarafından yerine getirilmesi, diğer anlatımla mahalli müşterek ihtiyacı karşılamakla görevli sulama birliğinin kendi görev ve yetki alanında DSİ'nin yerine geçmesi Anayasa gereği mümkün olamaz. Sulama birliğinin, kendi alanında, merkezi idare kuruluşu olan DSİ'nin sahip olduğu görev ve yetkilere sahip olması Anayasanın 123 üncü ve 127 nci maddeleriyle bağdaşmaz.

Dava konusu kuralda, sulama birliğinin, DSİ'nin sahip olduğu görev ve yetkilere sahip olması öngörülerek, mahalli müşterek ihtiyacı karşılayacak kuruluşa merkezî idarenin yerine geçerek ulusal su varlık ve kaynaklarını kullanım hizmetini yapma yetkisi vermektedir. Böylece, sulama birliğinin görev alanına giren yerlerde, DSİ'nin yasa ile kendisine verilen yetkilerini kullanması olanaksız duruma getirmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 6172 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrası Anayasanın 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 6172 Sayılı Yasanın 4 üncü Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "… birlik üyesi seçmek …" Sözcüklerinin Anayasaya Aykırılığı

4 üncü maddenin (8) numaralı fıkrasında, birlik üyelerinin hakları sayılmıştır. Bu haklar;

a) Birlik meclisi toplantılarını izlemek.

b) Birliğe olan borçlarını su kullanım hizmet bedelini ve cezalarını ödemiş olmak şartıyla birlik üyesi seçmek ve meclis üyesi seçilmek.

c) Birliğin sağladığı her türlü hizmetten faydalanmak.

ç) Birlik faaliyetleri ile ilgili bilgi istemek.

şeklinde belirtilmiştir.

6172 sayılı Yasanın tanımlar başlıklı 3 üncü maddesinde, birlik üyeliği tanımı bulunmamaktadır. 4 üncü maddenin (3) numaralı fıkrasında, birliğe üyelik kaydının, birlik meclisinin teşekkülüne kadar kurucular kurulu tarafından yapılacağı, (7) numaralı fıkrasında da birlik görev alanında yer alan her su kullanıcısı gerçek ve tüzel kişinin o birliğe üye olma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yasanın 5 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında, birliğin organları, "a) Birlik meclisi, b) Yönetim kurulu, c) Denetim kurulu ve ç) Başkanlık" olarak gösterilmiştir. 5 inci maddenin (3) numaralı fıkrasında da birlik meclisinin, birliğe üye su kullanıcıları tarafından seçilen üyelerden oluşacağı, birlik meclisi üye sayısının ise birlik ana statüsünde belirtileceği öngörülmüştür.

Bu maddeler bir arada değerlendirildiğinde, birlik üyelerinin tamamının oluşturduğu bir organ bulunmadığı, en geniş katılımlı organın birlik meclisi olduğu, meclisin de birlik üyeleri tarafından seçileceği, birlik üyeliğinin, birlik görev alanında yer alan her su kullanıcısı gerçek ve tüzel kişinin o birliğe üye olma hakkına sahip olmasına dayandığı ortaya çıkmaktadır. Birlik üyeliği yasayla verilmiş bir hak olduğuna göre, üyelik için mevcut üyeler tarafından ayrıca seçim yapılması, bu seçim için herhangi bir ölçüt ve nitelik belirtilmemesi, seçimin hangi usul ve esasla yapılacağının belirtilmemesi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Burada tam bir belirsizlik söz konusudur. Su kullanma hakkı olduğu halde, mevcut birlik üyelerinin takdiri ile bu hakkın kullanılmaması söz konusu olabilecektir. Bu belirsiz durum Yasanın amacıyla da bağdaşmamaktadır. Birlik üyelerini seçmek, mevcut üyelerin görevi olamaz.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri olan belirlilik ilkesine göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

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

Açıklanan nedenlerle, 6172 sayılı Yasanın 4 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…birlik üyesi seçmek …" sözcükleri Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 6172 Sayılı Yasanın 6 ncı Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının İlk Dört Tümcesinin Anayasaya Aykırılığı

6 ncı maddede, birlik meclisi üyeliğinin şartları, seçilme esasları, görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Maddenin (6) numaralı fıkrasında, birlik meclisi üyeliği seçimlerinde kullanılacak oy sayısı belirleme yöntemi gösterilmiştir. Buna göre, oy sayısı birlik görev alanı içindeki işletmeye açılmış toplam sulama alanının aynı alan içindeki ortalama parsel büyüklüğüne bölünmesiyle tespit edilecektir. Böylece, her birlik üyesi, sulama alanındaki arazisinin ortalama parsel büyüklüğüne bölünmesiyle bulunacak sayıda oy hakkına sahip olacak, ancak oy hakkı beşi geçemeyecektir. Hesaplama sonucu bulunacak küsuratlı değer yarıma eşit ve büyükse bir yukarısına tamamlanacaktır.

Görüldüğü gibi, fıkranın ilk dört tümcesi, birbirine bağlı olarak, birlik üyelerinin, birlik meclisi üyeliği seçiminde kullanacakları oy sayısını belirleme yöntemini göstermektedir. Dava konusu tümcelerde, her birlik üyesine, doğal "bir oy hakkı" tanınmamış, işletmeye açılmış toplam sulama alanı içinde, sulama arazisinin büyüklüğüne göre beşi geçmeyecek oy hakkı tanınmıştır. Sulama arazisi büyük olan su kullanıcılarının, sulama arazisi küçük olanlara göre oy sayısı artırılmış, büyüklerin oy hakkı genişletilirken, küçüklerin oy hakkı daraltılmıştır. Öyle ki, hesaplamadaki küsuratlı değerler bile büyüklerin lehine çalıştırılmıştır. Bir başka önemli sorun da, ortalama parsel büyüklüğüne bölme işleminden sonra, daha küçük parsel sahibi kullanıcıların oy kullanamayacak olmasıdır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ülkenin su varlık ve kaynakları, kamu yararına herkesindir. Bu nedenle de, bölgesel kullanımlarda dahi su varlık ve kaynaklarının sürdürülebilirliği esas alınmalıdır. Kaldı ki yer altı ve yer üstü sularının ekolojik bütünlük içinde dağılımının göz önünde bulundurulması zorunludur. Yer altı da olsa yer üstü de olsa su, geçtiği ya da bulunduğu bölgenin suyu olarak kabul edilemez. Tek başına bu gerçek bile suyun kullanımındaki hassasiyet için yeterlidir. Bir başka gerçek ise, büyük arazilerin gereksinim duyacağı su miktarı küçük arazilere göre fazla olsa da su kullanımındaki maksimum fayda, toprağını sulamak durumunda olan için aynıdır. Diğer deyişle, su kullanımındaki maksimum faydada, toprak büyüklüğü nedeniyle su kullanıcılarının durumu değişmez. Arazi küçük de olsa büyük de olsa sudan yararlanma amacı tüm su kullanıcıları için eşittir. Burada Anayasanın 10 uncu maddesindeki, durum farklılığı değerlendirilmesi yapılamaz.

Seçimin, demokrasinin vazgeçilmez unsuru olmasının temel nedeni, "eşit oy" hakkıdır. Aksi halde, her seçimde, seçime göre farklı özellikler, nitelikler, ayrımlar ya da büyüklükler ortaya çıkar ki, bu durumda ne seçimden ne de demokrasiden söz edilebilir. Bir yaşam tarzı olan demokrasi, kendine özgü yönetim sanatı olan seçimin oluşmasında insanları ayrıma tabi tutmaz. Demokratik hukuk devleti ilkesi bu ayrıma izin vermez.

Herhangi bir kuruluşun oluşmasında demokrasinin temel kuralı olan seçime yer verilmişse, bu kuruluşun yönetim ve işleyişinin de demokratik kurallara aykırı olamayacağının kabulü gerekir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Adaletli bir hukuk düzeninin kurulabilmesi, seçimlerde seçime katılacakların adil bir biçimde temsil edilmesine bağlıdır. Adil temsilin sağlanmadığı bir seçimin demokratik olmasından ve hukuk devleti ilkesine uygunluğundan söz edilemez.

Demokrasinin olmazsa olmaz kuralı seçimdir. Demokratik seçimin en önemli niteliği ise adil bir temsil ilkesine dayalı serbest, eşit ve genel-oy esasını

içermesidir. Dava konusu tümceler ile sulama arazisi büyük olanların oy sayısını artırıp küçük olanların oy sayısının sınırlandırılması, arazi büyüklüğüne göre oy sayısında farklılığa gidilmesi, kimi kullanıcılara ise oy hakkı tanınmaması ve böylece sulama birliklerinin meclislerinin oluşumunda adil temsilin önlenmesi, sulama birliklerinin iç işleyişinde demokrasiye ve eşitlik ilkesine aykırı düşen bir düzenlemedir.

Açıklanan nedenlerle, 6172 sayılı Yasanın 6 ncı maddesinin (6) numaralı fıkrasının ilk dört tümcesi Anayasanın 2 nci ve 10 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

5) 6172 Sayılı Yasanın 18 inci Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

Denetim ve birlik mallarının durumunun düzenlendiği (5) numaralı fıkrada, birlikler, "Sayıştay tarafından doğrudan denetlenebilir" hükmü getirilmiştir.

Her ne kadar birlikler, 6172 sayılı Yasa kapsamında, "mahalli müşterek ihtiyaç niteliğinde" bir kamu hizmeti yerine getirseler de Anayasanın 127 nci maddesi kapsamında "mahalli idare" birimi olmaktan çıkarılmışlar, ancak, merkezi idare ile organik bağlantıları da güçlendirilmiştir.

İdarenin bütünlüğü ilkesi içinde kamu tüzelkişisi olan sulama birliklerinin, gelirleri kamu geliri niteliğinde olup harcamaları da kamu gideri niteliğindedir. Birlikler bu yönden Anayasanın 160 ıncı maddesi kapsamındadır.

Anayasanın 29.10.2005 günlü, 5428 sayılı Yasa ile değişik 160 ıncı maddesine göre, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak ve kanunlarla verilen inceleme, denetleme ve hükme bağlama işlerini yapmak görevi Sayıştay'a aittir. Anayasanın 160 ıncı maddesinin birinci fıkrasının birinci tümcesinin sonunda yer alan ve yasalarla Sayıştay'a verilebileceği belirtilen görevler konusundaki yetki, Anayasa ile Sayıştay'a verilen kimi görevlerin bu Kurumdan alınarak başka kurumlar ya da kurullara verilmesi yetkisini içermeyeceği gibi, bu yetkinin belirsiz ve öngörülemez şekilde kullanımını da içermez.

Belirlilik ve öngörülebilirlik, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin en temel ilkeleridir. Oysa, dava konusu fıkrada birliklerin, "Sayıştay tarafından doğrudan denetlenebileceği" sözcüklerine yer verilmiş, denetlemenin yapılıp yapılmayacağı belirsiz ve öngörülemez şekilde açıkta bırakılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 6172 sayılı Yasanın 18 inci maddesinin (5) numaralı fıkrası Anayasanın 2 nci ve 160 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

6) 6172 Sayılı Yasanın 20 nci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "… Bakan onayı …" Sözcüklerinin Anayasaya Aykırılığı

Birlik tüzel kişiliğinin sona ermesi, 6172 sayılı Yasanın 20 nci maddesinde düzenlenmiş olup, (1) numaralı fıkrada, birliğin amacına ulaşamayacağının ya da birlik meclisinin Yasanın 6 ncı maddesinde belirtilen sayıda toplantı yapmadığının Bakanlıkça tespit edilmesi durumunda birliğin Bakan onayı ile feshedileceği belirtilmiştir.

Anayasanın 123 üncü maddesinde, kamu tüzelkişiliğinin, ancak yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanarak kurulacağı belirtilmiştir.

Sulama birliklerinin, 6172 Yasanın 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasında, kamu tüzel kişiliğine sahip olduğu belirtilmiş; 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasında da, "Birlik; tek yerleşim biriminden oluşan birlikler hariç olmak üzere, görev alanı içinde bulunan her yerleşim biriminden; üçüncü dereceye kadar hısım olmayan ve her yerleşim biriminden en az birer kişi ve toplamda beş kişiden az olmamak üzere su kullanıcılarının imzaladığı birlik ana statüsünün, DSİ'nin de görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça onaylanması sonucu tüzel kişilik kazanır" denilmiştir. 4 üncü madenini (2) numaralı fıkrasında, birliğin hizmetinin, "mahalli müşterek ihtiyaç niteliğinde" olduğu belirtilmekle birlikte, 6172 Yasadan, sulama birliklerinin Anayasanın 127 nci maddesi kapsamından çıkarıldığı, "yerinden yönetim" ilkesi yerine, Anayasanın 126 ncı madde kapsamında "yerinde yönetim" ilkesine göre faaliyet gösteren bir kamu tüzel kişisi haline getirildiği, DSİ ve DSİ'nin bağlı olduğu bakan ve bakanlıkla bağlantılı olduğu anlaşılmaktadır.

Bir yandan da kurucu üyelerden sonra, organlarının seçimle geldiği kendine özgü bir yapılanma söz konusudur. 6172 sayılı Yasanın 21 inci maddesinin (3)

numaralı fıkrasıyla, 24.04.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 77 nci maddesinin birinci fıkrasına ekleme yapılmış, "Sulama Birlikleri Kanunu ile 29.06.2004 tarihli ve 5200 sayılı Tarımsal Üretici Birlikleri Kanununa göre kurulmuş birlik ve merkez birlikleri de Türkiye Milli Kooperatifler Birliğine üye olabilirler" denilmiştir. Böylece, kendine özgülük farklı bir şekilde kendisini göstermiştir.

Bu genel değerlendirmelerle birlikte, organları seçimle gelen ve üyelik esasına dayanan bir kamu tüzelkişiliğinin "Bakan onayı" ile feshi hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, 6172 sayılı Yasanın 20 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "… Bakan onayı …" sözcükleri Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) 6172 Sayılı Yasanın Geçici 1 inci Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Tümcesi ile İkinci Tümcesinin "Aksi takdirde bu birliklerin tüzelkişiliği kendiliğinden sona erer …" Bölümünün Anayasaya Aykırılığı

6172 sayılı Yasanın geçici 1 inci maddesinde, mevcut birliklerin durumu düzenlenmiştir. Buna göre 6172 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 22.03.2011 tarihinde, 26.05.2005 tarihli ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununa göre kurulmuş olan sulama birlikleri onsekiz ay içinde durumlarını bu Kanuna uygun hale getirmek zorundadır. Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer ve bu birlikler valinin görevlendireceği vali yardımcısı başkanlığında; defterdarlık, tarım il müdürlüğü, DSİ bölge müdürlüğü ve il mahalli idareler müdürlüğü yetkililerinden oluşan tasfiye komisyonu tarafından en geç iki ay içinde tasfiye edilir. Birliğin tüm hak, alacak, borç ve 14.07.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olmayan personeli ile birliğe ait taşınır ve taşınmazlar bu Kanuna istinaden kurulan yeni birliğe devrolunur.

26.05.2005 tarihli ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununa göre kurulmuş olan sulama birlikleri, Anayasanın 127 nci maddesinin kapsamında, bu maddenin son fıkrasına göre kurulu "mahalli idare birlikleridir". Bu birliklerin temel özellikleri, Anayasanın mahalli idareler maddesinde düzenlenmeleri ve bu kapsamda, mahalli idarelerin özellik ve niteliklerini taşımalarıdır. Mahalli idareler, il belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda

gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir; yerinden yönetim ilkesine uygun olarak çalışırlar.

Mevcut sulama birliklerini de içinde bulunduğu mahalli idare birlikleri, bu anayasal özellikleri taşıyan mahalli idareler tarafından kurulan ve hizmet götüren birliklerdir. 5355 sayılı Yasanın 5445 sayılı Yasayla değişik 19 uncu maddesine göre kurulan mevcut sulama birlikleri, maddede belirtilen seçim esasına dayalı olarak faaliyetini sürdürmekte, birlik başkanı ise, birliğin kuruluşuna göre "ilk mahallî idareler genel seçimlerine kadar görev yapmak üzere" seçilmektedir. Dolayısıyla, mevcut sulama birliklerinin, Anayasanın 127 nci maddesinden kaynaklanan özellik nedeniyle, mahalli idareler seçimleriyle bağlantısı bulunmaktadır. Diğer deyişle mahalli idareler seçimleri, birlik başkanı ve birlik üyesi mahalli idareler yönünden yenilenme dönemleridir.

Mevcut sulama birlikleri, Anayasanın 127 nci maddesi kapsamında, 5355 sayılı Yasa doğrultusunda faaliyet gösterirken, sulama birliklerinin statüsü değiştirilerek, Anayasanın 127 nci maddesinden koparılmış yeni bir yapıya geçilmesi mümkün olmakla birlikte, mevcut sulama birliklerinin, ilk mahalli idareler seçimlerinden önce durumlarının yeni yasaya uydurulmaları, aksi halde tüzel kişiliklerinin sona ermesi Anayasanın 127 nci maddesiyle bağdaşmaz. Bu kapsamda, 18 aylık intibak süreci Anayasaya uygun değildir.

Öte yandan, mevcut sulama birlikleri, üyeleri ve organlarıyla, 5355 sayılı Yasa hükümlerine göre oluşarak faaliyetlerini sürdürmekte, bu Yasaya uygun olarak seçimlerin ne zaman yapılacağını bilmektedirler. Oysa 6172 sayılı Yasa, süresi dolmadan, bu durumu ortadan kaldırmakta, anayasal hakkı ihlal etmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinde, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için hukuki işlemlerin sonuçlarının öngörülebilir olması gerekir. Tüzelkişilik olarak mevcut sulama birlikleri ve bu birliklerin organlarını oluşturan kişiler, 6172 sayılı Yasayla öngöremedikleri bir durumla karşı karşıya gelmişlerdir.

Açıklanan nedenlerle, 6172 sayılı Yasanın geçici 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci tümcesi ile ikinci tümcesinin "Aksi takdirde bu birliklerin tüzelkişiliği kendiliğinden sona erer …" bölümü Anayasanın 2 nci ve 127 nci maddelerine aykırı olup, iptalleri gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Hukuk devletine aykırı olan, temel hak ve özgürlükleri ölçüsüzce sınırlandıran ve Anayasaya açıkça aykırı olan bir düzenlemenin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi olanaksız zararlara yol açacağı çok açıktır.

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

6172 sayılı Yasanın yukarıda Anayasaya aykırılığı ileri sürülen madde ve hükümlerinin uygulanması halinde; mevcut sulama birliklerinin tasfiyesinden, yeni sulama birliklerinin kurulmasına, birliklerinin hukuksal durumlarına, su varlık ve kaynaklarının hukuk dışı kullanılmasına kadar, Anayasaya aykırılığı ileri sürülen alanlarda, sonradan öngörülemeyecek ve giderilemeyecek büyük kayıplara sebebiyet verilebilecek, böylece su varlık ve kaynaklarının kullanımında telafisi imkansız zararlar doğacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan söz konusu madde ve hükümlerin iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 08.03.2011 tarihli ve 6172 sayılı "Sulama Birlikleri Kanunu"nun;

1) 1 inci maddesinin (2) numaralı fıkrasının, "… bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir" bölümünün,

2) 4 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasının,

3) 4 üncü maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "… birlik üyesi seçmek …" sözcüklerinin,

4) 6 ncı maddesinin (6) numaralı fıkrasının ilk dört tümcesinin,

5) 18 inci maddesinin (5) numaralı fıkrasının,

6) 20 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "… Bakan onayı …" sözcüklerinin,

7) Geçici 1 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci tümcesi ile ikinci tümcesinin "Aksi takdirde bu birliklerin tüzelkişiliği kendiliğinden sona erer …" bölümünün,

Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 43 üncü, 123 üncü, 126 ncı, 127 nci, 160 ıncı ve 168 inci maddelerine aykırı olduklarından iptallerine, Anayasaya açıkça aykırı olmaları ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

8.3.2011 günlü, 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu'nun dava konusu kuralları da içeren 1., 4., 6., 10., 18., 20. ve Geçici 1. maddeleri şöyledir:

"**Amaç ve kapsam**

MADDE 1- (1) Bu Kanunun amacı; ülkenin su varlık ve kaynaklarının rasyonel kullanımı maksadıyla umumi sulardan faydalanmak üzere Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından inşa edilmiş veya halen inşa edilmekte olan ya da inşa edilmesi planlanan sulama tesislerini gayelerine uygun şekilde kullanmak, işletmek, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün onayını almak suretiyle işlettirmek, bu tesislerin bakım, onarım ve yönetim sorumluluğunu yürütmek, tesisi geliştirmeye yönelik yeni projeler yapmak, yaptırmak veya tesisi yenilemekle görevli sulama birliklerinin kuruluşu, organlar ile görev ve yetkilerini düzenlemektir.

(2) Sulama birlikleri kamu tüzel kişiliğine sahip olup, **bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir.**"

"**Birliğin tüzel kişilik kazanması ve birliğe üyelik**

MADDE 4- (1) Birlik; tek yerleşim biriminden oluşan birlikler hariç olmak üzere, görev alanı içinde bulunan her yerleşim biriminden; üçüncü dereceye kadar hısım olmayan ve her yerleşim biriminden en az birer kişi ve toplamda beş kişiden az olmamak üzere su kullanıcılarının imzaladığı birlik ana statüsünün, DSİ'nin de görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça onaylanması sonucu tüzel kişilik kazanır.

(2) Birliğin hizmeti, mahalli müşterek ihtiyaç niteliğinde olup birlik, 3 üncü maddede yer alan çalışma konuları ve devir sözleşmesinde belirtilen esaslar çerçevesinde, DSİ'nin sahip olduğu görev ve yetkilere sahiptir.

(3) Birliğe üyelik kaydı, birlik meclisinin teşekkülüne kadar kurucular kurulu tarafından yapılır.

(4) İlk birlik meclisi seçimlerinin yapılabilmesi için, birliğin tüzel kişilik kazanmasından itibaren bir yıl içinde en az onsekiz üyelik kaydının tamamlanmış olması şarttır. Bu süre içinde, öngörülen sayıda üyelik kaydının gerçekleştirilememesi durumunda kurucular kurulu, birliğin tüzel kişiliğini sona erdirmek üzere Bakanlığa başvurmak zorundadır.

(5) İlk üyelik kaydı sırasında bir defaya mahsus olmak üzere katılım payı tahsil edilir. Katılım payı, birlikler için Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan yılı sulama ve kurutma tesisleri işletme ve bakım ücret tarifelerinde dekar başına tespit edilen en düşük ücret tarifesinden aşağı olamaz.

(6) Kurucular kurulunun çalışma usul ve esasları, üyelik kaydının nasıl yapılacağı, katılım payının tahsili ve öngörülen sayıda üyelik kaydının gerçekleştirilememesi sebebiyle tüzel kişiliğin sona erdirilmesi durumunda katılım paylarının, o zamana kadar yapılan masraflar düşüldükten sonra iadesine ilişkin hususlar birlik ana statüsünde belirlenir.

(7) Birlik görev alanında yer alan her su kullanıcısı gerçek ve tüzel kişi o birliğe üye olma hakkına sahiptir.

(8) Birlik üyelerinin hakları şunlardır:

a) Birlik meclisi toplantılarını izlemek.

b) Birliğe olan borçlarını su kullanım hizmet bedelini ve cezalarını ödemiş olmak şartıyla **birlik üyesi seçmek** ve meclis üyesi seçilmek.

c) Birliğin sağladığı her türlü hizmetten faydalanmak.

ç) Birlik faaliyetleri ile ilgili bilgi istemek.

(9) Birlik üyelerinin yükümlülükleri şunlardır:

a) Birlik tarafından tahakkuk ettirilen su kullanım hizmet bedelini ve borçlarını düzenli olarak ödemek.

b) Birlik tarafından su yetersizliğine bağlı olarak yapılan ekim planlamasına uymak, sulama planlaması ve su dağıtım ve münavebe programlarına katılmak.

c) Arazisi üzerinde yer alan sulama tesisini korumak, kişisel kusurlarından dolayı meydana gelen zararları gidermek, aksi takdirde bu zararları gidermek için birliğin yapacağı her türlü harcamayı birliğe ödemek.

ç) Birliğin sorumluluğunda olan tesisler ile kullanılan her türlü ekipmana zarar vermemek, zarar verilmesi durumunda bu zararı tazmin etmek.

d) Birliğin çalışma konuları ile ilgili olarak istediği her türlü bilgiyi zamanında ve eksiksiz olarak vermek.

e) Birliğin sorumluluğunda olan tesisler üzerinde yapılan işletme, bakım ve onarım çalışmaları için arazisine girilmesine izin vermek.

(10) Birlik üyeliğinden çıkarılma şartları şunlardır:

a) Su kullanıcısı olma vasfını kaybetmek.

b) Birlik ana statüsüne veya birlik meclisi ve yönetim kurulu kararlarına aykırı davranmak.

(11) Su kullanıcısı olma vasfını kaybedenleri birlik üyeliğinden çıkarmaya yönetim kurulu; diğer nedenlerle birlik üyeliğinden çıkarmaya yönetim kurulunun teklifi üzerine birlik meclisi yetkilidir.

(12) Yönetim kurulu veya birlik meclisi tarafından verilen üyelikten çıkarma kararları, kararın alınmasından itibaren otuz gün içerisinde yönetim kurulu tarafından ilgilisine bildirilir. Yönetim kurulu veya birlik meclisi tarafından birlik üyeliğinden çıkarılanlar, bu kararın tebliğinden itibaren kırkbeş gün içinde birlik meclisine itiraz edebilir. İtirazlar ilk birlik meclisi toplantısında sonuçlandırılır ve otuz gün içerisinde ilgilisine bildirilir. Bu kararlara karşı yargıya başvurma hakkı saklıdır."

"**Birlik meclisine üyelik şartları, seçilme esasları, görev ve yetkileri**

MADDE 6- (1) Birlik meclisine üyelik şartları şunlardır:

a) Kamu hizmetlerinden kısıtlı olmamak.

b) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama, kaçakçılık, vergi kaçakçılığı veya haksız mal edinme suçlarından hapis cezasına mahkûm olmamak.

c) Onsekiz yaşını tamamlamış olmak.

ç) Birlik görev alanı içinde mülk sahibi olmak ya da araziyi fiilen kullanmak üzere en az beş yıl süre için kiralamış olmak.

d) Seçim tarihi itibarıyla en az iki yıl süreyle su kullanıcısı olmak.

(2) Mülk sahibi ve araziyi kiralayan aynı anda aynı arazi için birlik meclisine üye olamaz. Birlik görev alanı içindeki birden fazla yerleşim biriminde arazisi bulunan ya da araziyi kiralamış olanlar, söz konusu arazilerin bulunduğu yerleşim birimlerinin yalnız birinden meclis üyeliğine aday olabilir.

(3) Birlik meclisi, birliğe üye su kullanıcıları tarafından seçilen üyelerden oluşur. Birlik meclisi üye sayısı, birlik ana statüsünde belirtilir.

(4) Birlik meclisi üyelerinin yerleşim birimlerine göre dağılımı, her yerleşim biriminden en az iki temsilci olmak üzere birlik imkanları ile sulanan toplam arazinin her yerleşim biriminde sulanan toplam araziye oranlanması suretiyle bulunur.

(5) Birlik meclisi üyelerinin yerleşim birimlerine göre dağılımı görev alanı ve tapu kayıtları gözönünde bulundurularak DSİ bölge müdürlüğü kayıtları esas alınmak suretiyle tespit edilir.

(6) **Birlik meclisi üyeliği seçimlerinde kullanılacak oy sayısı, birlik görev alanı içindeki işletmeye açılmış toplam sulama alanının aynı alan içindeki ortalama parsel büyüklüğüne bölünmesiyle tespit edilir. Her birlik üyesi, sulama alanındaki arazisinin ortalama parsel büyüklüğüne bölünmesiyle bulunacak sayıda oy hakkına sahiptir. Ancak oy hakkı beşi geçemez. Hesaplama sonucu bulunacak küsuratlı değer yarıma eşit ve büyükse bir yukarısına tamamlanır.** Birlik meclisi üyeliği seçiminde oy kullanacak su kullanıcılarına ait liste birlik merkezinin bulunduğu yerin seçim kurulu tarafından seçim tarihinden üç ay önce ilan edilir. Listelere yapılan itirazlar seçim kurulu tarafından karara bağlanır.

(7) Birlik meclisi üyeleri dört yıl için seçilir.

(8) Birlik meclisi üyeliği seçimi, birlik merkezinin bulunduğu yerin seçim kurulu tarafından yapılır.

(9) Seçim gizli oy, açık tasnif usulüyle yapılır. Seçimle ilgili diğer hususlar çerçeve ana statü ile belirlenir.

(10) Birlik meclisi her yıl iki defa birlik merkezinin bulunduğu yerde olağan olarak toplanır. Toplantıda üye tam sayısının salt çoğunluğunun bulunması gerekir. Nisap sağlanamadığı takdirde toplantı yedi gün sonraya tehir edilir ve bu toplantıda nisap aranmaz.

(11) Birlik meclisi, başkanın veya üyelerin üçte birinin yazılı isteği üzerine olağanüstü toplanır. Olağanüstü toplantının nisabı, olağan toplantıda olduğu gibidir.

(12) Birlik meclisinde kararlar, toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile alınır. Ancak birliğin iç ve dış kaynaklı kredi kullanması, sulama ücretinin tespiti, cezaların tayini ve katılım payının belirlenmesine ait kararlarda birlik meclisi üye tam sayısının üçte ikisinin oyu aranır.

(13) Birlik meclisinin toplantı ve çalışma usul ve esasları çerçeve ana statüde belirlenir.

(14) Birlik üyeleri, birlik meclisi kararının kanun, birlik ana statüsü ve sunulan hizmetin gereklerine aykırı olduğu iddiasıyla, toplantıyı takip eden otuz gün içinde birlik merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemeye başvurabilir.

(15) Birlik meclisinin görev ve yetkileri şunlardır:

a) Başkanı seçmek.

b) Yönetim ve denetim kurullarının asıl ve yedek üyelerini seçmek.

c) Yönetim ve denetim kurulunu denetlemek ve ibra etmek.

ç) Bütçe ve çalışma programını tespit, tetkik, kabul ya da reddetmek.

d) Tesislerden birliğin kuruluş gayesine uygun olanların devralınmasına karar vermek.

e) Birliğin işlerinin yürütülmesi için çalıştırılması gereken personelle ilgili politikaları tespit etmek ve çalıştırılacak personelle sözleşme akdi yapmak için başkana yetki vermek, yönetim kurulu üyelerine brüt asgari ücretin yüzde ellisini ve başkana brüt asgari ücretin üç katını geçmemek üzere aylık olarak ödenecek huzur hakları ile denetim kurulu üyelerine brüt asgari ücreti geçmemek üzere yılda bir kez ödenecek huzur haklarını tespit etmek.

f) Birlik adına yapılacak sözleşme esaslarını tespit etmek, araç, gereç ve iş makinesi temini veya satın alınması, işletme, bakım ve onarım hizmetleri ve yeni tesis ve rehabilitasyon çalışmaları ile diğer işlerin ihaleyle üçüncü kişilere yaptırılmasına karar vermek ve bu hususlarda yönetim kuruluna sözleşme yapma yetkisi vermek.

g) Birliğin sulama hizmetinin gerektirdiği yatırım, bakım ve onarım giderleri için borç kullanımına karar vermek.

ğ) Birlik ana statüsünde, Bakanlığın görüşüne uygun olarak değişiklik yapmak.

h) Birliğin feshine, üye tam sayısının üçte ikisinin oyu ile karar vermek.

ı) Birliğin faaliyetleri ve birlik çalışanlarının koordinasyonuyla ilgili düzenlemeleri yapmak, ceza tarifelerini tasdik etmek, su kullanım hizmet bedelini Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan yılı sulama ve kurutma tesisleri işletme ve bakım ücret tarifelerinde dekar başına tespit edilen en düşük ücret tarifesinden aşağı olmamak üzere belirlemek.

i) Gözlemcilerin hazırladıkları raporlar ile teklif ve tavsiyeleri görüşmek."

"**Birlik bütçesi**

MADDE 10- (1) Birliğin çalışma programına uygun olarak hazırlanan bütçe, birliğin mali yıl ve izleyen iki yıl içindeki gelir ve gider tahminlerini gösterir. Bütçe ile gelirlerin toplanması ve harcamaların yapılmasına izin verilir. Bütçeye ayrıntılı harcama programları ile finansman programları eklenir. Mali yıl takvim yılıdır. Bütçe dışı harcama yapılamaz. Başkan bütçe ödeneklerinin verimli, tutumlu ve yerinde harcanmasından sorumludur. Bütçelerde gelir ve gider denkliğinin sağlanması esastır. **Birlik meclisince kabul edilen bütçe, ilgili DSİ bölge müdürünün onayı ile yürürlüğe girer.** Birlikçe yapılan borçlanma tutarı ve borç anapara ödemeleri, bütçe gelir ve gider hesaplarıyla ilişkilendirilmeksizin ilgili hesaplarda izlenir. Ancak borçlanma giderleri, faiz ödemeleri ve faiz gelirleri bütçe gelir ve gider hesaplarında izlenir. Birliğin borç stok tutarı, DSİ'nin izni alınmak suretiyle yapılan büyük çaplı yenileme işleri borçlanmaları hariç, en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamını aşamaz.

(2) Birliklerin, devraldığı tesislerin işletme, bakım, onarım ve yönetimi ile ilgili çalışmalarında kâr gayesi güdülemez.

(3) Birliklerin, devraldığı tesislerin işletme, bakım, onarım ve yönetimi için su kullanıcılarına tahakkuk ettirilen ve tahsil edilen ücretlerle, yine bu maksatla her ne ad altında olursa olsun toplanan su kullanım hizmet bedeli, ceza, bağış ve diğer gelirlerin tamamı, işletme, bakım, onarım ve yönetim sorumluluğu devralınan tesis için sarf edilir."

"**Denetim ve birlik mallarının durumu**

MADDE 18- (1) Birliklerin idari ve mali denetimi, her yıl valiler tarafından yapılır veya yaptırılır. Birliğin idari ve mali denetimini yapmak üzere vali tarafından, vali yardımcısının başkanlığında; defterdar, tarım il müdürü, DSİ bölge müdürü ve il mahalli idareler müdürü veya bunların görevlendirecekleri temsilcilerden oluşan bir denetim komisyonu kurulur.

(2) Denetim komisyonu raporu, valilik tarafından kamuoyunun bilgisine sunulur.

(3) Komisyon tarafından yapılan denetim sonucu tespit edilen kamu zararı tahsil edilmek üzere sorumlulara tebliğ edilir. Tebligattan itibaren otuz gün içinde ödemenin yapılmaması veya tespit edilen kamu zararına sorumlular tarafından itiraz edilmesi durumunda dosya hakkında karar verilmek üzere vali tarafından Sayıştaya gönderilir. Sayıştay kararının kesinleşmesinden sonra kamu zararı sorumlular tarafından otuz gün içinde birlik hesabına yatırılır. Tespit edilen kamu zararı, sorumlular tarafından otuz gün içinde yatırılmaması halinde 2004 sayılı Kanun hükümlerine göre tahsil edilir.

(4) Birlikler, Bakanlığın idari ve teknik denetimine tabidir.

(5) Birlikler, Sayıştay tarafından doğrudan denetlenebilir.

(6) Birlikler hesaplarını ihtiyaç halinde sermaye piyasasında bağımsız denetimle yetkili kuruluşlar listesinde yer alan bağımsız denetim kuruluşlarına denetlettirebilir.

(7) Birliğin devraldığı sulama tesisi ve bütünleyici parçaları Devlet malı olup, bunlara zarar verenler hakkında 5237 sayılı Kanunun Devlet malına zarar verme ile ilgili ceza hükümleri tatbik olunur."

"**Birlik tüzel kişiliğinin sona ermesi**

MADDE 20- (1) Birliğin amacına ulaşamayacağının ya da birlik meclisinin 6 ncı maddede belirtilen sayıda toplantı yapmadığının Bakanlıkça tespit edilmesi durumunda birlik **Bakan onayı** ile feshedilir.

(2) Birlik meclisi, üye tam sayısının üçte iki çoğunluğunun kararı ile birliği feshedebilir.

(3) Birliğin tasfiyesi yönetim kurulu tarafından yürütülür. Tasfiyenin usul ve esasları çerçeve ana statü ile düzenlenir.

(4) Birliğin kurulamaması veya feshedilmesi hallerinde, hizmetlerin aksamaması için, sulama faaliyetlerini DSİ kendi imkanları ile yapar veya yıllara sari olarak hizmet alımı yoluyla yaptırabilir."

"**Mevcut birlikler**

GEÇİCİ MADDE 1- (1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte 26/5/2005 tarihli ve 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanununa göre kurulmuş olan sulama birlikleri onsekiz ay içinde durumlarını bu Kanuna uygun hale getirmek zorundadır. Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer ve bu birlikler valinin görevlendireceği vali yardımcısı başkanlığında; defterdarlık, tarım il müdürlüğü, DSİ bölge müdürlüğü ve il mahalli idareler müdürlüğü yetkililerinden oluşan tasfiye komisyonu tarafından en geç iki ay içinde tasfiye edilir. Birliğin tüm hak, alacak, borç ve 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi olmayan personeli ile birliğe ait taşınır ve taşınmazlar bu Kanuna istinaden kurulan yeni birliğe devrolunur.

(2) Kurulmuş olan sulama birliklerinde 657 sayılı Kanuna tabi olarak çalışan personel, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Devlet Personel Başkanlığınca tespit edilecek ihtiyaca göre kadroları ile mükteseplerine uygun olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarına devredilir.

(3) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş olan birliklerde sözleşmeli personel statüsünde çalışanlar, mevcut statüleri ile istihdam edilmeye devam olunur. Birlikler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren mevcut statüleri devam edenler dışında yeni sözleşmeli personel istihdam edemezler.

(4) Bakanlık DSİ'nin teklifi üzerine birliklerin, bu maddeye göre yeniden kurulmaları sırasında görev alanlarında değişiklik yapmaya yetkilidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 10., 43., 123., 126., 127., 160. ve 168.. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 2.6.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında ilk olarak 6172 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri ile 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesine yönelik olarak iptal davasının açılmış sayılıp sayılmayacağı sorunu görüşülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un *"İptal Davası Açılmasında Temsil ve Uyulması Gereken Esaslar"* başlıklı 38. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, iptal davasının, anamuhalefet partisi meclis gruplarının genel kurullarının, üye tam sayısının salt çoğunluğu ile alacakları karar üzerine açılacağı; (6) numaralı fıkrasında ise iptal davalarında, Anayasaya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunun ve gerekçelerinin belirtilmiş olmasının zorunlu olduğu kurala bağlanmıştır.

Dava dilekçesinde, 6172 sayılı Kanun'un 6. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin de iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istenilmiş ise de 29.3.2011 gün ve 22 birleşim sayılı CHP Grup Genel Kurul Kararı'nda dava konusu kurallara yönelik olarak iptal davası açılmasına dair herhangi bir yetki verilmediği anlaşıldığından bu kurallara yönelik iptal davasının açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekir.

Öte yandan, dava dilekçesinde, 6172 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesi yönünden, imzalar kısmından sonra not olarak *"…alınan kararda, Kanunun 6 ıncı maddesinde "…ilgili DSİ bölge müdürünün onayı ile…" bölümü, Kanunun 10 uncu maddesini ilgilendirmektedir." d*enildiği halde dava dilekçesinde anılan kural, iptal davasına konu olan kurallar arasında gösterilmediği gibi bu kurala yönelik iptal gerekçesinin de bulunmadığı anlaşılmıştır. Buna göre, usulüne uygun olarak açılmış iptal davasından söz edilemeyeceğinden anılan kurala yönelik iptal davasının da açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerekir.

Bu durumda;

8.3.2011 günlü, 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu'nun:

A- 1- 6. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerine,

2- 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesine,

yönelik iptal davasının açılmamış sayılmasına,

B- 1- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…*bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir*" ibaresi,

2- 4. maddesinin;

a- (2) numaralı fıkrası,

b- (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…*birlik üyesi seçmek*…" ibaresi,

3- 18. maddesinin (5) numaralı fıkrası,

4- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "… *Bakan onayı* …" ibaresi,

5- Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesi,

b- İkinci cümlesinde yer alan "*Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer* …" ibaresi,

yönünden, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

C- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kanun'un 1. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "… *bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sulama birliklerinin görev, yetki ve sorumluluklarıyla birlikte değerlendirildiğinde kamu yararı amacıyla kurulan ve kamu hizmeti yapan kuruluşlar oldukları, Anayasa'nın öngördüğü hukuk sisteminde kamu hukuku ve özel hukuk olmak üzere iki temel ayrıma gidildiği, düzenleme alanının özelliğine ve niteliğine göre kamu ya da özel hukuk alanında hangi kuralların uygulanacağının belirlenmesinin gerektiği, kamu hukuku kurallarıyla donatılan bir kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerinin uygulanmasının hukuksal kargaşaya neden olacağı, bu durumun hukuk devleti ilkesi içerisinde yer alan hukuki istikrar ve hukuk güvenliğini zedeleyeceği idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde idarenin eylem ve işlemlerinin kamu hukuku ilkelerine bağlı tutulması bu çerçevede sulama birliklerinin de nitelikleri gereği kamu hukuku kurallarına göre hizmet sunmalarının gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un "*Amaç ve Kapsam*" başlıklı 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, amacın, ülkenin su varlık ve kaynaklarının rasyonel kullanımı maksadıyla umumi sulardan faydalanmak üzere Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü (DSİ) tarafından inşa edilmiş veya halen inşa edilmekte olan ya da inşa edilmesi planlanan sulama tesislerini gayelerine uygun şekilde kullanmak, işletmek, DSİ'nin onayını almak suretiyle işlettirmek, bu tesislerin bakım, onarım ve yönetim sorumluluğunu yürütmek, tesisi geliştirmeye yönelik yeni projeler yapmak, yaptırmak veya tesisi yenilemekle görevli sulama birliklerinin kuruluşu, organları ile görev ve yetkilerini düzenlemek olduğu belirtilmiştir. Dava konusu kuralda ise sulama birliklerinin kamu tüzel kişiliğine sahip olup, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabi oldukları öngörülmüştür.

Madde gerekçesinde, Devletin esas görevinin, ülkenin çeşitli sektörlerine altyapı tesislerini sağlamak olduğu, sosyo-ekonomik bu nev'i tesislerin

işletilmesini Devletin yüklenmesi halinde hem pahalı olduğu, hem de hizmette istenen sürat ve verimliliğin yeterince sağlanamadığı, oysa tesislerin, istifade edenler tarafından işletilmesi durumunda daha koruyucu ve özenli kullanıldıklarının gözlendiği, bu nedenle kamu kurum ve kuruluşları tarafından yapılan bu nitelikteki tesislerin, onlardan istifade eden kişiler tarafından işletilmesi amaçlanarak Anayasa'nın 168. maddesi doğrultusunda demokratik katılımcılığı sağlayan yerel sivil toplum örgütü olarak ve mahalli idareler sınırları ile bağlı olmayan sulama birlikleri adı altında kurulacak birliklere devrinin öngörüldüğü, bu birliklerin yaptığı işlerin kamu hizmeti niteliği taşıması nedeniyle birliklerin kamu tüzelkişiliğini haiz olmasının hüküm altına alındığı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 123. maddesinde "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur*." denilmiştir.

Kanun'un 13. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, birliklerin, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre alacaklarının tahsili yoluna başvuracakları; 14. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, birliğin amacına uygun idari, teknik ve yardımcı personelin 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerine göre çalıştırılacağı; geçici 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, kurulmuş olan sulama birliklerinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olarak çalışan personelin, 6172 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde Devlet Personel Başkanlığı'nca tespit edilecek ihtiyaca göre kadroları ile mükteseplerine uygun olarak diğer kamu kurum ve kuruluşlarına devredileceği; 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (i) bendinde ise su kullanıcısının, görev alanında sulama yapan veya yapacak olan gerçek ya da tüzel kişiyi ifade ettiği belirtilmiştir.

Yasa koyucunun dava konusu kuralı madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, birliklerin sulama işletmeciliği ve serbest ekonominin gerektirdiği günün

ekonomik koşulları içerisinde hızlı, yerinde ve etkili olarak karar alma, bu kararları uygulama, özel hukuk hükümlerine göre personel çalıştırabilme imkanına ya da özel sektörün hareket serbestliğine ya da alternatif çözüm yollarına sahip olmaları gerektiği düşüncesiyle getirdiği anlaşılmaktadır. Birliklerin uyması gereken şartlar, Devletçe yapılacak gözetim ve denetimin usul ve esasları ile müeyyideler Kanun'da gösterildikten sonra boşluk bulunması durumunda, bu boşlukların özel hukuk hükümlerine atıf yapılarak doldurulmasında hukuk devleti ilkesi ve idarenin bütünlüğü ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

B- Kanun'un 4. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralda, birliğin hizmetinin mahalli müşterek ihtiyaç niteliğinde olduğunun belirtildiği, birliklere DSİ'nin görev ve yetkilerinin verildiği, oysa su kaynak ve varlıklarının kullanımının yerel değil ulusal bir hak olduğu, bu birliklerin DSİ'nin yerine geçerek görev ve yetki kullanmalarının Anayasa'ya uygun olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 3. maddesinin (4) numaralı fıkrasında sulama birliklerinin çalışma konuları düzenlenmiştir. Buna göre, sulama birliklerinin çalışma konuları, görev alanı içerisinde yer alan tesislerin işletme, bakım, onarım, yönetim ve yenileme hizmetlerinin usul ve esaslara uygun olarak yapmak; katılım payını, su kullanım hizmet bedelini ve uygulanan cezaları tahsil etmek; devraldığı tesislerin yatırım bedellerini geri ödemek; devraldığı tesisi DSİ'nin onayını almak suretiyle geliştirmek, bu tesis ile ilgili yeni projeler yapmak veya yaptırmak; görev alanı içerisinde su miktarına bağlı olarak ekilecek bitki desenini Tarım ve Köyişleri Bakanlığı'nın (Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı'nın) ilgili birimleri ile işbirliği yaparak planlamak; görev alanı içerisinde öngörülen üretim hedeflerinin gerçekleşmesine katkıda bulunmak üzere gerekli tedbirleri almak; sulama ve diğer tarımsal konularda faaliyet gösteren kurumlarla işbirliği yaparak araştırma, geliştirme ve eğitim çalışmalarında bulunmak; amaç ve görevleri ile ilgili konularda ulusal ve uluslararası gelişmeleri takip etmek; ortak tesisler için DSİ'ce sarf olunan işletme ve bakım masraflarından kendi payına düşen miktarı ödemektir.

Dava konusu kuralda ise birliğin hizmetinin, mahalli müşterek ihtiyaç niteliğinde olduğu ve birliğin, Kanun'un 3. maddesinde yer alan çalışma konuları ve devir sözleşmesinde belirtilen esaslar çerçevesinde DSİ'nin sahip olduğu görev ve yetkileri haiz olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında "*Mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir*." denilmiştir.

Anayasa'nın 168. maddesi gereğince, ülkenin su varlık ve kaynakları Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğundan bu kaynaklar, tüm ulusun ortak malıdır. Ancak su varlık ve kaynaklarından bulundukları bölgedeki kişilerin öncelikli olarak istifade etme imkanına sahip oldukları da bir gerçektir. Kuralda, birliğin hizmetinin mahalli müşterek ihtiyaç olarak nitelendirilmesinin, su varlık ve kaynaklarının tüm ulusun ortak malı olma özelliğini değiştiremeyeceği açıktır.

Öte yandan, 18.12.1953 günlü, 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 2. maddesinde ve 16.12.1960 günlü, 167 sayılı Yeraltı Suları Hakkında Kanun'un 7. maddesinde, DSİ'nin görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Buna göre birlikler 3. maddede yer alan çalışma konuları ile sınırlı olarak DSİ'nin sahip olduğu görev ve yetkileri haiz olsalar da 6200 ve 167 sayılı Kanunlar uyarınca DSİ'nin görev ve yetkileri devam etmekte olduğundan birliklerin DSİ'nin yerine geçmeleri söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 126. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

C- Kanun'un 4. Maddesinin (8) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan"…*birlik üyesi seçmek* …" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, birlik üyeliğinin kanunla verilmiş bir hak olmasına rağmen üyelik için mevcut üyeler tarafından ayrıca seçim yapılmasının, seçimin hangi usul ve esaslara göre yapılacağının belirtilmemesinin hukuk devleti ilkesi

ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un "*Birliğin Tüzel Kişilik Kazanması ve Birliğe Üyelik*" başlıklı 4. maddesinin dava konusu ibarenin de yer aldığı (8) numaralı fıkrasında, birlik üyelerinin haklarının, birlik meclisi toplantılarını izlemek, birliğe olan borçlarını su kullanım hizmet bedelini ve cezalarını ödemiş olmak şartıyla birlik üyesi seçmek ve meclis üyesi seçilmek, birliğin sağladığı her türlü hizmetten faydalanmak, birlik faaliyetleri ile ilgili bilgi istemek olduğu belirtilmiştir.

Bu kural uyarınca devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve tabiî servet ve kaynaklar arasında yer alan su kaynaklarının işletme hakkı, 6172 sayılı Kanun ile su kaynaklarının bulunduğu yörede yaşayan ve su kullanıcısı durumunda bulunan bireylerin oluşturduğu sulama birliklerine devredilmiş, birliklerin uyacağı şartlardan biri olan birliğe üyelik konusu ise Kanun'un "*Birliğin tüzel kişilik kazanması ve üyelik*" başlıklı 4. maddesinin (7) numaralı fıkrasıyla düzenlenmiştir. Bu fıkrada "*Birlik görev alanında yer alan her su kullanıcısı gerçek ve tüzel kişi o birliğe üye olma hakkına sahiptir.*" denilerek birlik görev alanında olmak kaydıyla her gerçek ve tüzel su kullanıcısı kişinin başka bir işleme gerek olmadan birlik üyeliğine hak kazanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Kanun'un 4. maddesine ilişkin gerekçesinde de birliğe üyelik için birlik görev alanı içinde su kullanıcısı olmanın yeterli görüldüğü belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, eşitlik temelinde adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren ve evrensel ilkelerden biri olan hukuk güvenliğini gerçekleştirebilen devlettir. Hukuk güvenliği ilkesi hukuk normlarının birbirleriyle çelişmeyecek biçimde açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Dava konusu ibare ile su kullanıcısı durumunda bulunanlardan bir bölümünün birlik üyesi olabilmeleri, diğer birlik üyelerinin değerlendirmelerine bırakılarak, birliğe üye olma hakları engellenmiştir. Bu durumun adil bir hukuk düzeni kurup bunu sürdürmekle yükümlü olan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı açıktır. Ayrıca Kanun'un 4. maddesinin (7) numaralı fıkrasıyla su kullanıcılarına hiçbir ayırım yapılmaksızın birliğe üye olma konusunda genel bir kural getirilmesine karşın, iptali istenen ibarenin bu ilkeyle çelişkili bir durum

yaratılması, hukuk kurallarının açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olması, bu bağlamda hukuk güvenliği ilkesiyle de uyumlu değildir.

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

D- Kanun'un 18. Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, kuralda, birliklerin denetiminin Sayıştay tarafından yapılıp yapılmayacağı hususunda belirsizlik bulunduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda birliklerin, Sayıştay tarafından doğrudan denetlenebileceği belirtilerek denetim hususu Sayıştay'ın takdirine bırakılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Kanun'un "*Denetim ve Birlik Mallarının Durumu*" başlıklı 18. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, birliklerin idari ve mali denetiminin, her yıl valiler tarafından yapılacağı veya yaptırılacağı, birliğin idari ve mali denetimini yapmak üzere vali tarafından, vali yardımcısının başkanlığında defterdar, tarım il müdürü, DSİ bölge müdürü ve il mahalli idareler müdürü veya bunların görevlendirecekleri temsilcilerden oluşan bir denetim komisyonu kurulacağı; (3) numaralı fıkrasında, komisyon tarafından yapılan denetim sonucu tespit edilen kamu zararının tahsil edilmek üzere sorumlulara tebliğ edileceği, tebligattan itibaren otuz gün içinde ödemenin yapılmaması veya tespit edilen kamu

zararına sorumlular tarafından itiraz edilmesi durumunda dosya hakkında karar verilmek üzere vali tarafından Sayıştay'a gönderileceği; (4) numaralı fıkrasında, birliklerin, DSİ'nin bağlı bulunduğu Bakanlığın idari ve teknik denetimine tabi olduğu; (6) numaralı fıkrasında, birliklerin hesaplarını ihtiyaç halinde sermaye piyasasında bağımsız denetimle yetkili kuruluşlar listesinde yer alan bağımsız denetim kuruluşlarına denetlettirebilecekleri belirtilmiştir. Böylece birliklerin, çok yönlü ve etkili olarak denetimlerinin sağlanması amaçlanmıştır. Bu denetimlere ek olarak Anayasa'nın 160. maddesi gereğince Sayıştay'a görev verilmesi ve bu denetimin kapsamının belirlenmesi yasa koyucunun takdir yetkisi içindedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 160. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun'un 20. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "…*Bakan onayı…*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, birlik organlarının seçim ile oluştuğu, bu birliklerin üyelik esasına dayanan kamu tüzel kişisi oldukları, dolayısıyla bu birliklerin bakan onayı ile feshinin hukuk devleti ilkesi ile çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, ilgisi nedeniyle dava konusu kural Anayasa'nın 123. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un *"Birlik Meclisine Üyelik Şartları, Seçilme Esasları, Görev ve Yetkileri"* başlıklı 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, birlik meclisinin her yıl iki defa birlik merkezinin bulunduğu yerde olağan olarak toplanacağı, toplantıda üye tam sayısının salt çoğunluğunun bulunmasının gerektiği, nisabın sağlanamaması durumunda toplantının yedi gün sonraya tehir edileceği ve bu toplantıda nisabın aranmayacağı belirtilmiştir.

Kanun'un dava konusu kuralın da yer aldığı *"Birlik Tüzel Kişiliğinin Sona Ermesi"* başlıklı 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, birliğin amacına ulaşamayacağının ya da birlik meclisinin Kanun'un 6. maddesinde belirtilen sayıda toplantı yapmadığının Bakanlıkça tespit edilmesi durumunda birliğin DSİ'nin bağlı bulunduğu Bakan onayı ile feshedileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 123. maddesinde, "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir. İdarenin kuruluş ve görevleri, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanır. Kamu tüzelkişiliği, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulur.*" denilmiştir.

Kamu tüzelkişiliğinin veya organlarının yasayla veya yasanın açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulması zorunluluğu, usulde paralellik ilkesi gereği kamu tüzelkişiliğinin veya organlarının ortadan kaldırılması bakımından da geçerlidir.

Kanun'un "*Birliğin Tüzel Kişilik Kazanması ve Birliğe Üyelik*" başlıklı 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, birliğin, su kullanıcılarının imzaladığı birlik ana statüsünün, DSİ'nin de görüşü alınmak suretiyle Bakanlıkça onaylanması sonucu tüzel kişilik kazanacağı belirtilmiştir. Buna göre, Kanun'da belirtilen şartları yerine getirmeyen birliklerin usulde paralellik ilkesi gereğince yine bakan onayı ile kamu tüzel kişiliklerini kaybetmeleri Anayasa'nın 123. maddesine aykırı olmadığı gibi hukuk devleti ilkesi ile de çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

F- Kanun'un Geçici 1. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesi ile İkinci Cümlesinde Yer Alan "*Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer…*" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'na göre kurulmuş olan sulama birliklerinin Anayasa'nın 127. maddesi kapsamında olduğu, birlik seçimlerinin ne zaman yapılacağının anılan Kanun'a göre belli olduğu, kurallarla bu sürenin dolmasının beklenmeyerek öngörülemeyen bir durum oluşturulduğu ve hukuk devleti ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un dava konusu kuralların da yer aldığı "*Mevcut Birlikler*" başlıklı Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, 6172 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte 26.5.2005 günlü, 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'na göre kurulmuş olan sulama birliklerinin onsekiz ay içinde durumlarını 6172 sayılı Kanun'a uygun hale getirmek zorunda oldukları, aksi takdirde bu

birliklerin tüzel kişiliğinin kendiliğinden sona ereceği ve bu birliklerin valinin görevlendireceği vali yardımcısı başkanlığında, defterdarlık, tarım il müdürlüğü, DSİ bölge müdürlüğü ve il mahalli idareler müdürlüğü yetkililerinden oluşan tasfiye komisyonu tarafından en geç iki ay içinde tasfiye edileceği, birliğin tüm hak, alacak, borç ve 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi olmayan personeli ile birliğe ait taşınır ve taşınmazların 6172 sayılı Kanun'a istinaden kurulan yeni birliğe devrolunacağı belirtilmiştir.

6172 sayılı Kanun ile 5355 sayılı Kanun'a göre kurulmuş olan sulama birlikleri yeniden düzenlenmiştir. Birlik çerçeve ana statüsüne göre birliklerin işleyişinin sağlanması, birlik görev alanının sulama sahası ile sınırlı olması, sulama birliklerinin sadece sulama faaliyeti ile iştigal edecek olması, birliklerin devir sözleşmesinde belirtilen esaslar dahilinde DSİ'nin yetkilerine sahip olması, birlik meclis üye sayısının her yerleşim biriminden en az iki temsilcinin katılımı ile belirlenmesi, su kullanım hizmet bedelinin her yıl Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulacak sulama ve kurutma tesisleri işletme ve bakım ücret tarifelerinde dekar başına tespit edilen en düşük ücret tarifesinden aşağı olmamak üzere belirlenmesi, birliklere denk bütçe yapma esasının getirilmesi gibi hususlar 6172 sayılı Kanun'da 5355 sayılı Kanun'dan farklı olarak düzenlenmiş ve 6172 sayılı Kanun'un 21. maddesi ile de 5355 sayılı Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla 6172 sayılı Kanun'a göre faaliyet gösterecek olan sulama birliklerinin durumlarını bu Kanun'a uygun hale getirmeleri gerektiği açıktır.

Diğer taraftan, 5355 sayılı Kanunu'na göre kurulmuş olan sulama birliklerinin, durumlarını 6172 sayılı Kanun'a uygun hale getirmemeleri halinde tüzel kişiliğinin kendiliğinden sona ereceği öngörülmüştür.

Dava konusu kuralla, birlik organlarının gerekli kararları ve önlemleri alarak durumlarını 6172 sayılı Kanun'a uygun hale getirmeleri için onsekiz aylık süre verilmiştir. Dolayısıyla öngörülen süre içerisinde gerekli kararları ve önlemleri almayarak kendi kusurları neticesinde birliğin tüzel kişiliğinin sona ermesine sebebiyet veren birlik organlarını oluşturan kişilerin öngörülemeyen bir durumla karşılaştıklarından söz edilemez. Kaldı ki birlik organlarını oluşturanların, 6172 sayılı Kanun'a göre kurulan birliklere üye olma ve birlik organlarına seçilebilme hakları da bulunmaktadır.

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

Kuralların, Anayasa'nın 127. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

V- İPTALİN DİĞER KURALLARA ETKİSİ

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, Kanun'un belirli kurallarının iptali, diğer kurallarının veya tümünün uygulanmaması sonucunu doğuruyorsa, bunların da Anayasa Mahkemesince iptaline karar verilebileceği öngörülmektedir.

Kanun'un 4. maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…*birlik üyesi seçmek*…" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden sonraki "…*ve*…" sözcüğünün de 6216 sayılı Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince iptali gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

8.3.2011 günlü, 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu'nun:

A- 4. maddesinin (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…*birlik üyesi seçmek*…" ibaresinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE;

B- 1- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…*bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir*" ibaresine,

2- 4. maddesinin (2) numaralı fıkrasına,

3- 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasına,

4- 20. maddesinin (1) fıkrasında yer alan "…*Bakan onayı* …" ibaresine,

5- Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

a- Birinci cümlesine,

b- İkinci cümlesinde yer alan "*Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer …*" ibaresine,

yönelik iptal istemleri, 22.2.2012 günlü, E. 2011/53, K. 2012/27 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra, cümle ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

22.2.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

8.3.2011 günlü, 6172 sayılı Sulama Birlikleri Kanunu'nun:

A- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "… bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 4. maddesinin;

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

2- (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan;

a) "… birlik üyesi seçmek …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b) "… birlik üyesi seçmek …" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden sonraki "… ve …" sözcüğünün de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 20. maddesinin (1) fıkrasında yer alan "… Bakan onayı …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

1- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci cümlesinde yer alan "Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

22.2.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/114
Karar Sayısı : 2012/28
Karar Günü : 22.2.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bursa 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 31. maddesiyle, 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 2'nin, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

3717 sayılı Kanun uyarınca keşif ve yol giderleri havuzunda biriken paraların tek bir çatı altında toplanıp adli ve idari yargı çalışanlarına Hazineye pay ayrılmaksızın eşit şekilde dağıtılması ve eksik ödemenin yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle Adalet Bakanlığına yapılan başvurunun reddine dair işlemin iptali ile bu işlem nedeniyle yoksun kalınan parasal hakların yasal faizi ile birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı tarafından, 3717 sayılı Adli Personel ve Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun uyarınca oluşturulan keşif ve yol giderleri havuzundan Adli Yargı'da görevli olan personele göre tarafına eksik ödeme yapıldığından bahisle bu Kanun gereğince

havuzda biriken paraların tek bir çatı altında toplanarak Adli ve İdari Yargıda görev yapan personele eşit bir şekilde ve Hazineye pay ayrılmaksızın dağıtılması ve eksik ödemenin yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle yaptığı 23.9.2010 tarihli başvurusunun reddine ilişkin 08.11.2010 tarih ve 5535 sayılı işlemin iptali ve yoksun kaldığı parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle ADALET BAKANLIĞI'na karşı açılan davada işin gereği görüşüldü.

Dosyanın incelenmesinden, davacıya 02.9.2010 tarihinde 94,64.-TL keşif ve yol gideri ödendiği, ödemenin ise 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 31. maddesi ile 3717 sayılı Adli Personel İle Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi İle 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'a eklenen geçici 2. maddesine göre yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bundan dolayı, uyuşmazlıkta davacıya yapılan ödemenin dayanağı olarak gösterilen ve uygulanacak olan kanun hükmü olan; 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 31. maddesi ile 3717 sayılı Adli Personel İle Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi İle 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'a eklenen 3717 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi olan "21.11.2008 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar bu Kanun'un 2. maddesi uyarınca banka hesaplarına yatırılan paralar, bu süreler içinde çalışan personele çalışma süresi dikkate alınarak 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan Kanun hükümlerine göre dağıtılır. Bu şekilde yapılacak ödemelerin Kanun'da öngörülen üst sınırı aşması durumunda, artan miktar Hazineye gelir kaydedilir." hükmüdür.

Bu hükme göre, adalet personeline yapılan keşif ve yol gideri ödemelerinin, 21.11.2008 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih olan 01.8.2010 tarihine kadar banka hesaplarına yatırılan paraların, bu süreler içinde çalışan personele çalışma süresi dikkate alınarak 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan Kanun hükümlerine göre dağıtılması öngörülmüş olup söz konusu düzenlemede belirtilen 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan Kanun hükmüne bakmak gerekmektedir.

21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan Kanun ise, 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin altıncı fıkrasıdır. Söz konusu fıkrada "Birinci fıkrada sayılanlardan adli yargı hakim ve savcıları ile adlî yargıda görevli yazı işleri müdürü, zabıt katibi, mübaşir, icra müdürü, icra müdür yardımcısı ile diğer personele tahakkuku müteakip yol tazminatının 1/2'si ödenir. Yol tazminatının kesilen 1/2'si o yerdeki bir kamu bankasında açılan bir hesaba yatırılır. Bu hesaba yatırılan paraların %10'u her ayın ilk haftası içinde Ankara'da bir kamu bankasında açtırılan Adalet Bakanlığı merkez hesabına gönderilir. Mahalli hesapta toplanan paraların arta kalanı, o yargı çevresinde görevli adli yargı hakim ve savcıları ile adli yargıda görevli yazı işleri müdürü, zabıt katibi, mübaşir, icra müdürü, icra müdür yardımcısı ile diğer personeline (ceza infaz kurumu personeli hariç) ayda bir, eşit miktarda ödenir; ancak, bu ödemenin yıllık tutarı en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) yıllık tutarının yarısını geçemez." hükmüne yer verilmişti.

Ancak, Konya 1. İdare Mahkemesi'nde görevli katipler ve mübaşirler tarafından, fiilen mahkeme keşiflerine iştirak ederek yol harcırahının yarısını aldıkları yarısının da idari yargı havuzuna kesildiği, adli yargıya özgü bir havuz bulunması sebebiyle bu havuz ile ilişkilendirilmedikleri için adli personel olmalarına rağmen aralarında eşitsizlik oluştuğu bunun ortadan kaldırılması, tüm yargı mensuplarına tek havuzdan ödeme yapılmasının sağlanması ve 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasından kendilerinin de yararlanmaları istemiyle yaptıkları başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle Konya 1. İdare Mahkemesi'nde açılan davada; Mahkemece, 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen altıncı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulduğu, Anayasa Mahkemesi de 17.05.2007 tarih ve E:2004/46, K:2007/60 sayılı kararıyla; 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin, 6.6.1991 tarih 3755 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Görev ve Yetkileri ile Bunların Personelinin Mali ve Soysal Haklarında Düzenlemeler Yapılmasına Dair Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkartıldığı KHK'nin dayanağı olan 3755 sayılı Yetki Kanunu'nun Anayasa Mahkemesi'nin 12.12.1991 tarih ve E.1991/27, K.1991/50 sayılı kararı ile iptal edildiği, bundan dolayı, 449 sayılı KHK'nin anayasal dayanaktan yoksun kaldığı, bu nedenle Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilen 3755 sayılı Yetki Kanunu'na dayanılarak çıkarılmış bulunan 3717 sayılı Kanun'un **2.** maddesinin 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen 6. fıkrasının birinci tümcesi dışında kalan bölümünün, Anayasa'nın 2., 6. ve 91. maddelerine aykırı

olduğu gerekçesiyle söz konusu düzenlemeyi iptal etmiş, iptal kararının da doğuracağı hukuksal boşluk, kamu yararını bozucu nitelikte olduğundan gerekli düzenlemelerin yapılması amacıyla iptal kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Daha sonra, iptal kararı, 21.11.2007 tarih ve 26707 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış ve 21.11.2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. En son olarak yukarıda anılan 6009 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile 3717 sayılı Kanun'a geçici 2. madde eklenmiş ve düzenleme de 01.08.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bu hale göre, 6009 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile değişik 3717 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi;

Anayasa'nın 2. Maddesi Yönünden:

Anayasanın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmüne yer verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Hukuk Devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir şeklinde tanımlanmıştır.

Ayrıca, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak, bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir

ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Yasa kuralı, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmelidir. "Öngörülebilirlik şartı" olarak nitelendirilen bu ilkeye göre yasanın uygulanmasında takdirin kapsamı ve uygulama yöntemi bireyleri keyfi ve öngöremeyecekleri müdahalelerden koruyacak düzeyde açıklıkla yazılmalıdır. Belirlilik, kişilerin hukuk güvenliğini korumakla birlikte idarede istikrarı da sağlar.

Öte yandan, bu maddede biriken paraların nasıl ödeneceği, ödeme usul ve esaslarının nasıl olacağı belirlenmiş ve bu ödemenin 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen altıncı fıkrasına göre yapılması hükme bağlanmış olup bu fıkrada; birinci fıkrada sayılanlardan adli yargı hakim ve savcıları ile adli yargıda görevli yazı işleri müdürü, zabıt katibi, mübaşir, icra müdürü, icra müdür yardımcısı ile diğer personele tahakkuku müteakip yol tazminatının 1/2'sinin ödeneceği, yol tazminatının kesilen 1/2'sinin o yerdeki bir kamu bankasında açılan bir hesaba yatırılacağı, bu hesaba yatırılan paraların %10'unun her ayın ilk haftası içinde Ankara'da bir kamu bankasında açtırılan Adalet Bakanlığı merkez hesabına gönderileceği, Mahalli hesapta toplanan paraların arta kalanının, o yargı çevresinde görevli adli yargı hakim ve savcıları ile adli yargıda görevli yazı işleri müdürü, zabıt katibi, mübaşir, icra müdürü, icra müdür yardımcısı ile diğer personeline (ceza infaz kurumu personeli hariç) ayda bir, eşit miktarda ödeneceği; ancak, bu ödemenin yıllık tutarının en yüksek Devlet memuru aylığının (ek gösterge dahil) yıllık tutarının yarısını geçemeyeceği hükmüne yer verilmiştir.

Ancak, 6009 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile 3717 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddede belirtilen 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen altıncı fıkra, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden iptal hükmünden önceki kanuni düzenlemeyi ihya edecek şekilde bu maddeyle kanuni düzenleme yapılması, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen Hukuk Devleti ilkesine aykırıdır.

Diğer taraftan, 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin altıncı fıkrasının, Anayasa Mahkemesi'nce iptal

edildiği bilindiği halde iptal edilmiş bir düzenleme dayanak alınmak ve bu düzenlemedeki ödemeye ilişkin ilke ve esaslar açıkça belirtilmemek suretiyle banka hesaplarında biriken paraların dağıtılması öngörülmüş olup bu haliyle Hukuk Devleti'nin en temel ilkelerinden biri olan "belirlilik ilkesi"ne de aykırı düzenleme yapılmıştır.

Ayrıca, bu ödemelerin esas dayanağı olan 3717 sayılı Kanun'a bakıldığında "farklı yargı kollarında bulunanlara farklı ödeme sistemi öngörüldüğü, böylelikle her yargı kolunun katkısı oranında havuzdan farklı nemalandığı bunun hakkaniyete uygun olduğu" ileri sürülebilecek ise de, ortaya çıkan neticenin bu doğrultuda olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü Kanun'da havuzdan yararlanmanın ölçütünün "havuza katkı oranı" olmayıp sadece "Adalet Personeli" ölçütü olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü her iki havuzda da, meblağın yarısının %10'u kesilip Adalet Bakanlığı personeline dağıtılmak üzere hesaplarına yatırılmaktadır. Burada Adalet Bakanlığı merkez teşkilat personelinin de keşiflere katkısı olmadığı dikkate alınırsa esas ölçütün "Adalet personeli olma" ölçütü olduğudur. Hatta, Adliye içinde de bazı mahkemeler çok az keşfe gittikleri halde havuzdan tam yararlanmaktadır. Bundan dolayı, idari yargı personelinin bu Kanun kapsam dışı bırakılması da Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışına da aykırıdır.

Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden;

Anayasa'nın 10. maddesinde; "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayrım gözetilmeyecek ve eşitliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen "Eşitlik" ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların

yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yine, Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yasalarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda, hizmetlerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren eşit davranma ve ayrım yapmama ilkesi olarak yorumlanmıştır.

Davacıya yapılan ödemenin dağıtım esaslarını belirleyen ve uyuşmazlıkta uygulanacak olan 6009 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile 3717 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddesinde ve bu maddede belirtilen 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen altıncı fıkrası yalnızca adli yargıda görevli yazı işleri müdürü, zabıt katibi, mübaşir, icra müdürü, icra müdür yardımcısı ile diğer personele (ceza infaz kurumları personeli hariç) yol tazminatından o yerde açtırılan hesapta toplanan paralardan ayda bir eşit miktarda ödeme yapılmasını öngörmekte, adli yargıda görevli personelle aynı konumda bulunan idari yargı personeline fıkrada yer verilmemekte, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 4001 sayılı Kanunla değişik 59. maddesinin 2. fıkrası ile, bölge idare, idare ve vergi mahkemelerinde görev yapan personelin yol giderleri ve tazminatları hakkında 3717 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağının belirtilmiş olması da, uygulamanın, idari yargıda görevli personele ödenen yol tazminatlarının ayrı bir hesapta toplanarak dağıtılması şeklinde olması nedeniyle itiraz konusu kuralda yer alan eksik düzenlemenin idari yargıda görev yapan personel yönünden doğurduğu eşitsizliği gidermemektedir.

Adliye mahkemelerinde açılan dava sayılarının çokluğu ve niteliği nedeniyle, özellikle davalara dayanak ve delil teşkil etmek üzere ilgililerce talep edilen tespitler dolayısıyla yapılan keşifler sonucunda, adli yargıda görev yapanlara dağıtılmak üzere yol gideri ve tazminat hesaplarında fazla para birikmekte, buna karşılık idari yargıda genellikle idare mahkemelerinde ve çok az keşif yapılmakta, bunun doğal sonucu olarak da adli yargıdan ayrı tutulan idari yargının yol gideri ve tazminatı hesabında adli yargı hesabına nazaran aynı düzeyde birikme gerçekleşmemektedir.

Adli ve İdari Yargının farklı teşkilatlanmış olması nedeniyle bu durumun hakkaniyete uygun olduğu düşünülebilirse de; aynı durum ve aynı konumda olduğunda şüphe bulunmayan iki personel arasında birinciler lehine bir sonuç yaratan bu düzenlemenin, Anayasa'nın özdeş nitelikte bulunan durumların yasal düzenlemelerle aynı işleme bağlı tutulmasını gerektiren 10. maddesine aykırı düştüğü kanaatine varılmaktadır.

Kaldı ki, Kanun'daki bu eksik düzenleme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 59/2. maddesinde 10.06.1994 tarihli ve 4001 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle giderilmeye çalışılmış, değişiklik sonrasında 3717 sayılı Kanun uyarınca alınan yol tazminatlarının idari yargıda görevli hakim ve savcılar ile diğer personel ve Adalet Bakanlığı merkez teşkilatındaki personele ödenmek üzere ilgili hesaplara yatırılması, defter tutulmasına ilişkin usuli işlemler ve ödeme esasları Adalet Bakanlığının 11.10.1994 tarihli ve 69199 sayılı Genelgesi ile düzenlenmiş, anılan genelgenin dava konusu edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 10.03.1995 günlü ve 1995/86 sayılı kararıyla yürütmenin durdurulması üzerine 18.05.1995 günlü ve 34371 sayılı Genelge ile yürürlükten kaldırılmış, bu tarihten, yargı kararı uyarınca yeniden yürürlüğe konulduğu 03.02.2003 tarihine kadar olan dönemde idari yargıda görevli personelin 3717 sayılı Kanun hükümlerinden yararlandırılması, başka bir deyişle anılan Kanun'un idari yargı açısından uygulanması mümkün olmamıştır.

Diğer taraftan, davacıya yapılan ödemenin dağıtım esaslarını belirleyen ve uyuşmazlıkta uygulanacak olan 6009 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile 3717 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddesinde ve bu maddede belirtilen 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen altıncı fıkrasında mahalli hesapta toplanan paraların adli yargı personeline ödenmesini keşfe bizzat katılmış olmak gibi bir koşula da bağlamamıştır. Fıkra hükmüne göre, ödemeden yararlanabilmek için adli yargıda görevli olmak yeterlidir. Dolayısıyla, Kanun ile amaçlananın adli yargı personeline kısmen de olsa parasal yönde katkı yapmak olduğu açıktır. Aynı durum, idari yargı personeli açısından da geçerli olduğundan, Kanun ile getirilen olanağın aynı konudaki personele eşit bir biçimde sunulması Anayasa'nın 10. maddesi gereğidir. Yol gideri ve tazminatlarının bir kısmının Adalet Bakanlığı merkez teşkilatı personeline dağıtılması da varılan bu sonucu doğrulamaktadır.

Ayrıca, 3717 sayılı Kanun'da son değişikliklerle bu eşitsizlik giderilmiş ve Kanun ile getirilen olanağın aynı konudaki personele eşit bir biçimde sunulması hedeflenmiş olup yürürlükte olan 2/A maddesine göre Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Yüksek Seçim Kurulu ile Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatı (ceza ve infaz kurumları hariç) ile Türkiye Adalet Akademisi kadrolarında, sözleşmeli personel dahil, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tâbi olarak çalışan personele, ayda elli saati aşmayacak şekilde fiilen yapılan fazla çalışma karşılığında, Bütçe Kanunu ile belirlenen fazla çalışma ücretinin üç katına kadar fazla çalışma ücreti ödenmesi öngörülmüştür. Yine, bu durum da varılan sonucu doğrular nitelikte olup dava konusu işlemin dayanağı olan ve uyuşmazlıkta uygulanacak olan kanun hükmünün Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olduğunu göstermektedir.

Anayasa'nın 55. Maddesi Yönünden;

Anayasanın 55. maddesinde; "Ücret emeğin karşılığıdır.

Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.

Asgari ücretin tespitinde ülkenin ekonomik ve sosyal durumu göz önünde bulundurulur" hükmü yer almaktadır.

Kamu görevlilerinin 657 sayılı Kanunve özel mevzuatlarla düzenlenen mali hakları aylık, ücret, ödenek, hizmetle ilgili çeşitli ödemeler, zam ve tazminatlar, ek gösterge gibi çeşitli unsurlardan oluşmaktadır.

6009 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile 3717 sayılı Kanun'a eklenen geçici 2. maddesinde ve bu madde de belirtilen 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen altıncı fıkrasında öngörülen, yargı personelinin mali hakları kapsamında nitelendirilebilecek ödemelerin derece, kademe, eğitim, unvan, yetki ve sorumluluk bakımlarından eşit durumda bulunan personelin sadece farklı yargı düzenleri içerisinde bulunmalarından dolayı adli ve idari yargı personeline eşit bir şekilde dağıtılmaması, Anayasa'nın ücrette adalet sağlanmasını öngören 55. maddesi hükmüne de aykırı bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, bakılan davada uygulanacak kural niteliğinde olan ve adli ve idari yargı ayrımının doğal bir sonucu olarak da görülmeyen, 6009 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile 3717 sayılı Kanun'a eklenen 3717 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesinin, Anayasada ifadesini bulan toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı ile Hukuk Devleti ilkesine ilişkin 2. maddesi yanında eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesi ile, ücrette adaletin sağlanmasına ilişkin 55. maddesine aykırı olduğu ve bu nedenle iptalinin uygun olacağı kanaatine varıldığından söz konusu kanun hükmünün iptali için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dava dosyasında bulunan dava ve savunma dilekçeleri ile eklerinin onaylı örneklerinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar, beş ay süreyle dava dosyasının bekletilmesine 29.07.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

6009 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle, 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'a eklenen itiraz konusu Geçici Madde 2 şöyledir:

"21/11/2008 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar bu Kanunun 2 nci maddesi uyarınca banka hesaplarına yatırılan paralar, bu süreler içinde çalışan personele çalışma süresi dikkate alınarak 21/11/2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan Kanun hükümlerine göre dağıtılır. Bu şekilde yapılacak ödemelerin Kanunda öngörülen üst sınırı aşması durumunda, artan miktar Hazineye gelir kaydedilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU,

Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 17.11.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anlam ve Kapsam

Adli yargı çalışanlarına ödenen yol tazminatları ile ilgili olarak ortak banka hesabı oluşturulmasını ve bu hesaptaki paraların çalışanlara dağıtılmasını öngören 3717 sayılı Kanun'un 449 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen 2. maddesinin altıncı fıkrası, 449 sayılı KHK'nin dayanağı olan 6.6.1991 günlü, 3755 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Görev ve Yetkileri ile Bunların Personelinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler Yapılmasına Dair Yetki Kanunu Anayasa Mahkemesinin 12.12.1991 günlü, E.1991/27, K.1991/50 sayılı kararı ile iptal edildiğinden 449 sayılı KHK'nin de dayanaksız kaldığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesinin 17.5.2007 günlü, E.2004/46, K.2007/60 sayılı kararı ile iptal edilmiş ve iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. İptal kararı 21.11.2008 gününde yürürlüğe girmiştir.

İptal edilen düzenlemede, adli yargı çalışanlarına tahakkuku müteakip yol tazminatının yarısının ödeneceği, kalan yarısının ise o yerdeki bir bankada açılan hesaba yatırılacağı, yatırılan paraların %10'unun Adalet Bakanlığı merkez hesabına gönderileceği ve arta kalanının o yargı çevresinde görevli adli yargı çalışanlarına ayda bir eşit miktarda ödeneceği, bu ödemenin yıllık tutarının en yüksek devlet memuru aylığının yıllık tutarının yarısını geçemeyeceği hükmü yer almıştır.

Bu hükmün, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 59. maddesinin ikinci fıkrasında 10.6.1994 günlü, 4001 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle bölge

idare, idare ve vergi mahkemelerinde görev yapan personelin yol giderleri ve tazminatları hakkında da uygulanması sağlanmıştır.

İptal hükmünün yürürlüğe girdiği 21.11.2008 tarihinden sonra yargı çalışanlarına yol tazminatının yarısının ödenmesine ve kalan yarısının açılan banka hesabına yatırılmasına devam edilmiş, ancak, yasa koyucu tarafından bir düzenleme yapılmadığından hesapta biriken paraların personele dağıtımı yapılamamıştır.

23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile yol tazminatı ortak hesaplarında biriken paraların personele dağıtılabilmesi için 3717 sayılı Kanun'a itiraz konusu kural eklenmiştir.

İtiraza konu kuralda, 21.11.2008 tarihinden bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca banka hesaplarına yatırılan paraların, bu süreler içinde çalışan personele çalışma süresi dikkate alınarak 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan Kanun hükümlerine göre dağıtılacağı ve bu şekilde yapılacak ödemelerin Kanun'da öngörülen üst sınırı aşması durumunda artan miktarın Hazineye gelir kaydedileceği öngörülmüştür. Böylece, yol tazminatı ortak hesabı ile ilgili kanun hükmünün iptal edilmesine ilişkin Anayasa Mahkemesi kararının yürürlüğe girdiği 21.11.2008 ile 6009 sayılı Kanun'un 31. maddesinin yürürlüğe girdiği 1.8.2010 tarihi arasında yol tazminatı ortak hesaplarında biriken paraların personele dağıtılması sağlanmıştır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın Anayasa Mahkemesinin 17.5.2007 günlü, E.2004/46, K.2007/60 sayılı kararı ile iptal edilen kanun hükmünü ihya edecek şekilde düzenlendiği ve bunun hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, iptal kararının yürürlüğe girdiği 21.11.2008 ile 6009 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.8.2010 tarihleri arasında banka hesaplarında biriken paraların iptal edilmiş bir düzenleme dayanak alınmak ve bu düzenlemedeki ödemeye ilişkin ilke ve esaslar açıkça belirtilmemek suretiyle dağıtılmasının öngörülmesinin belirlilik ilkesine de aykırı olduğu, mahalli hesapta toplanan paraların ödenmesinin keşfe bizzat katılmış olmak koşuluna bağlanmaması dolayısıyla amaçlananın çalışanlara kısmen de olsa parasal yönden katkı sağlamak olduğu, dava sayılarının çokluğu ve niteliği nedeniyle yapılan keşifler sonucunda

adli yargıya ait yol gideri ve tazminat hesaplarında fazla para biriktiği, buna karşılık idari yargıda çok az keşif yapıldığı için adli yargıya göre aynı düzeyde birikim gerçekleşmediği, bunun ise aynı durum ve konumda olduğunda şüphe bulunmayan adli ve idari yargı çalışanları arasında eşitsizliğe sebep olduğu, yargı personelinin mali hakları kapsamında nitelendirilebilecek söz konusu ödemenin, eşit durumda bulunan personelin sadece farklı yargı düzenleri içerisinde bulunmalarından dolayı eşit bir şekilde yapılmamasının ücrette adalet sağlanması ilkesine de uygun olmadığı belirtilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

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

İtiraz konusu kural ile amaçlanan, 21.11.2008-1.8.2010 tarihleri arasında yol tazminatı ortak hesaplarında biriken paraların bu süreler içinde çalışan personele çalışma süreleri dikkate alınarak, 21.11.2008 tarihinden önce yürürlükte bulunan kanun hükümlerine göre dağıtımının sağlanmasıdır.

Hukuk devletinde yasa koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir. Yasa koyucunun, memur ve diğer kamu görevlileri ile bunların dışındaki çalışanlarla ilgili olarak, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak, adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla düzenleme yapma yetkisi bulunmaktadır.

6009 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeyle uygulamasına son verilen yol tazminatı ortak hesaplarında biriken paraların dağıtılıp dağıtılmayacağı ve dağıtılmasının öngörülmesi halinde nasıl dağıtılacağı konusunda kurallar koymak, yasa koyucunun takdir yetkisi içindedir. Yasa koyucu itiraz konusu kuralla, ortak hesaplarda biriken paraların görevli personele dağıtılmasını öngörerek bu kişilerin lehine bir düzenleme getirmiştir. Bu nedenle kural hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

Diğer taraftan, Anayasa Mahkemesince 3717 sayılı Kanun'un 449 sayılı KHK ile değiştirilen 2. maddesinin altıncı fıkrası, 449 sayılı KHK'nin dayanağı olan Yetki Kanunu iptal edildiğinden 449 sayılı KHK'nin de dayanaksız kaldığı gerekçesiyle iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu altıncı fıkrayı içerik yönünden incelememiş ve içeriğinin Anayasa'ya aykırı olup olmadığı konusunda bir karar vermemiştir. Getirilen düzenleme ile Anayasa Mahkemesi kararının etkisiz kılındığı söylenemez.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, Türk yargı sistemi adli yargı-idari yargı ayrılığı sistemine dayanmaktadır. Yol tazminatı ödenmesini gerektiren keşif, icra takibi vb. işlerle ilgili olarak daire dışında görevlendirilme, dava sayılarının çokluğu ve davaların niteliği dolayısıyla, adli yargı mercilerine göre idari yargı mercilerinde daha az sayıda gerçekleştiğinden, idari yargı için oluşturulan yol tazminatı ortak hesabında daha az birikim olmaktadır.

Yargı personelinin keşif, icra takibi vb. işlerle ilgili olarak daire dışında görevlendirilme sayısı adli ve idari yargıda farklılık gösterdiğinden, bu iki yargı sistemi için ayrı hesap oluşturulması eşitlik ilkesini zedelemez.

Öte yandan, adaletli bir ücret dağılımı yapılan işe uygun olarak aynı durumda bulunanlara aynı ücretin, farklı durumda bulunanlara da farklı ücretin verilmesi ile sağlanabilecektir. Adli ve idari yargı sisteminin ayrı ayrı düzenlenmiş olması dolayısıyla, adli yargı için oluşturulan ortak hesaptan adli yargı personelinin, idari yargı için oluşturulan ortak hesaptan da idari yargı personelinin yararlandırılmasının, çalışanların adaletli ücret elde etmelerini engelleyici bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 31. maddesiyle 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel İle Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri Ve Tazminat Verilmesi İle 492 Sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 2'nin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.2.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/127
Karar Sayısı : 2012/29
Karar Günü : 22.2.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: İzmir 4. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "…üç yıldan…" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Diş hekimliği mesleğini diplomasız olarak icra ettiği iddiasıyla 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:

"1219 sayılı Yasa'nın 41. maddesinde, diplomasız diş hekimliği yapılması hâlinde 3 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 1000 güne kadar adli para cezası öngörülmüş olup aynı Yasa'nın 25. maddesinde diplomasız doktorluk yapılması hâlinde 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 1000 gün adli para cezası öngörülmüştür.

Doktorluk için en az 6 yıl eğitim gerekmekte olup, bu süre pratisyen doktorlar içindir. Uzman doktorluk için ayrıca en az ilave genellikle 4 yıl eğitim gerekmekte olup bu süre toplamda 10 yılı bulmaktadır. En az eğitim gerektiren pratisyen hekimlik için dahi belirtildiği gibi süre 6 yıldır. İnsan sağlığı yönünden doktorların yapmış olduğu muayene ve tedavilerin özellikle uzmanlık gerektiren durumlarda hayati önemde olduğu açıktır.

Diş hekimliği için gerekli eğitim süresinin 5 yıl olduğu hâlde ve nitelik olarak yapılan faaliyetin diğer doktorlardan ayrı bir özelliği olmamasına rağmen hapis cezasının alt sınırı 3 yıl olarak tespit edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle; aynı yasa içerisinde dahi çelişkili olan ve bütünlük arz etmeyen yasal düzenlemenin Anayasamızın "Hukuk Devleti" prensibine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, olayda uygulanması gereken yasa maddesinin iptali başvurusunda bulunulmasına karar vermek gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Kanun'un, itiraz konusu kuralı da içeren 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle değiştirilen 41. maddesi şöyledir:

"Kişisel çıkar amacı olmasa bile diplomasız olarak diş hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan, diş hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açanların meslek icraları durdurulur. Bu kimseler hakkında ***üç yıldan*** *beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur."*

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

1219 sayılı Kanun'un, itiraz konusu kural ile ilgili görülen 25. maddesi şu şekildedir:

"Diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacına yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır."

C- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi, İçtüzüğün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 30.11.2011 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında; doktorların ve diş hekimlerinin aldıkları eğitimin süresine ve yaptıkları tedavinin insan yaşamı ve sağlığı bakımından önemine değinilip, bu mesleklerin diplomasız olarak icra edilmesi suçlarını karşılaştırmak suretiyle, diş hekimliği mesleğini diplomasız olarak icra edenlere, doktorluk mesleğini diplomasız olarak icra edenlerden daha ağır hapis cezası uygulanmasının çelişkili olduğu ve bütünlük arz etmediği belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

1219 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca diplomasız olarak diş hekimliği mesleğine ilişkin herhangi bir muayene veya müdahale yapan ve diş hekimliği klinik hizmetleri ile ilgili işyeri açanlara üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası, aynı Kanun'un 25. maddesine göre diplomasız hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınanlara ise iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adlî para cezası uygulanması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her türlü işlem ve eylemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla bağlantısı bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza hukukunda sistem tercihi devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebep olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Her iki suçun koruduğu hukuki değerler benzer nitelik taşısa dahi, yasa koyucunun suçun topluma verdiği zararı ve yaygın olarak işlenmesini gözeterek diş hekimliği mesleğini diplomasız olarak icra edenlere, doktorluk mesleğini diplomasız olarak icra edenlerden daha ağır hapis cezası öngörmesi takdir hakkı kapsamında olup, itiraz konusu kuralda Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

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

VI- SONUÇ

11.4.1928 günlü, 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan " …üç yıldan…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.2.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/22
Karar Sayısı : 2012/31
Karar Günü : 1.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 4. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.1984 günlü, 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 439. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Türkiye Radyo Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğüne karşı açılan idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptali davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"...

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasası'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 bir hukuk Devletidir" hükmüne yer verilmektedir.

Anayasa'nın 10. 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. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmüne; "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" başlıklı 13.maddesinde; "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" düzenlemesine yer verilmiştir.

Öte yandan, 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan 6. maddesinde "Bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilen cihazların bandrolsüz veya etiketsiz satışını yapan imalatçı veya ithalatçıya Kurum tarafından bandrolsüz veya etiketsiz satılan veya satışa arzedilen her cihaz için cihazın satış bedeli kadar idarî para cezası verilir. Bu cihazları bandrolsüz veya etiketsiz satın alan, devralan veya kullananlara bandrolsüz veya etiketsiz her bir cihaz için cihazın rayiç değerinin yarısı kadar idarî para cezası verilir. Tahakkuku müteakip tebliğ edilen para cezalarını ödemeyenler hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre işlem yapılır. Bu maddeye göre kesilecek idari para cezalarına karşı, ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren, bir ay içerisinde yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir." hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığına özen gösteren yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koruyucunun da uymak

zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Bunun yanında hukuk devleti kavramı, kuralların ve müeyyidelerin net olarak önceden belli olduğu, dolayısıyla uyulmayan kararların müeyyidelerinin ne olduğunu insanların önceden bilmesini de ifade eder.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayrım gözetilmeyerek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen "Eşitlik" ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplumların yaratılması engellenmektedir.

Bu bağlamda, 3093 sayılı Yasanın 6. maddesi değerlendirilecek olursa; ilk anda Kanun maddesinde belirtilen cihazların bandrolsüz veya etiketsiz satışını yapan imalatçı veya ithalatçıların karşılaşacağı cezanın belli olduğu izlenimi uyanmaktadır. Ancak yasa koyucu bandrolsüz cihaz satış miktarı kadar para cezası kesileceği belirtilirken öngörülen cezanın ve yaptırımın üst sınırını belirlememekle Yasanın uygulanması esnasında, yine Yasanın kendinden kaynaklanan sebeplerle eşitsizliğe yol açan sonuçlar doğmaktadır. Bu durum da ilgililerde müeyyidenin oranı idarenin keyfine kalmış bir yasa izlenimi uyandırmaktadır.

Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "Belirliliktir" Bu ilkeye göre yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

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

Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım hakların tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır.

Bu tür idari işlemlere karşı yargı yolu açık olmakla birlikte, bu güvencenin uygulama aşamasından sonra ve ancak itiraz yoluyla ortaya çıkacağı gözönünde bulundurulduğunda, yasa kurallarının yürürlükte olduğu sürece keyfiliği ortadan kaldırmaya yeterli olduğu söylenemez. Hukuk kuralları, yargının yorumuna ihtiyaç göstermeyecek ve uygulayıcılar tarafından anlaşılabilecek şekilde açık ve belirgin olmak, ölçülü olmak uygulayıcılara güvence vermek zorundadır.

Buna göre bandrolsüz cihaz satışı nedeniyle para cezası yaptırımının öngörüldüğü 3093 sayılı Yasanın 6. maddesinde; ithalatçı firmalar tarafından malı nihai tüketiciye satacak olan firmaya yapılan satış işleminden sonra, TRT'den bandrol alınması durumunda uygulanması gereken para cezası miktarının nasıl olacağı hususunun, bir diğer ifade ile kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran nedenlerin düzenlenmemiş olması ve bandrolsüz satılan veya satışa arzedilen her cihaz için cihazın satış bedeli kadar idari para cezasının kesileceği kuralına yer verilmekle birlikte ihlal ile yaptırım arasında adil bir dengenin sağlanması ve yaptırım uygulanan firmanın ekonomik durumu açısından verilecek olan para cezasında üst sınır belirlenmesi gerekirken belirlenmemiş olması Anayasa'nın Eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi Belirlilik ve Ölçülülük niteliğini de taşımaması nedeniyle Anayasanın 2., 10. ve 13. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

…"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.12.1984 günlü, 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 439. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu kuralı da içeren 6. maddesi şöyledir:

"Madde 6- (Değişik: 23/1/2008-5728/439 md.)

Bu Kanunun 1 inci maddesinde belirtilen cihazların bandrolsüz veya etiketsiz satışını yapan imalatçı veya ithalatçıya Kurum tarafından bandrolsüz veya etiketsiz satılan veya satışa arzedilen her cihaz için cihazın satış bedeli kadar idarî para cezası verilir. Bu cihazları bandrolsüz veya etiketsiz satın alan, devralan veya kullananlara bandrolsüz veya etiketsiz her bir cihaz için cihazın rayiç değerinin yarısı kadar idarî para cezası verilir. (Ek cümleler: 16/6/2009-5904/37 md.) Tahakkuku müteakip tebliğ edilen para cezalarını ödemeyenler hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre işlem yapılır. Bu maddeye göre kesilecek idari para cezalarına karşı, ilgilisine tebliğ tarihinden itibaren, bir ay içerisinde yetkili idare mahkemesinde dava açılabilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 10.3.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler,

bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa 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 Mahkeme, 3093 sayılı Türkiye Radyo Televizyon-Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 439. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin tamamının Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmüş ise de, başvuru kararı incelendiğinde; itiraza konu olan davanın, Yasa'da belirtilen cihazların bandrolsüz satışını yapan firmaya TRT tarafından idari para cezası verilmesine ilişkin işlemin iptaline yönelik olduğu, davanın 6. maddenin ikinci cümlesinde düzenlenen bu cihazları bandrolsüz veya etiketsiz satın almak, devralmak veya kullanmak eylemleriyle ilgisi bulunmadığı gibi iptal davası açılması nedeniyle idari para cezasının ödenmemesi koşulunun gerçeklememiş olmasından dolayı 6. maddenin üçüncü cümlesiyle de ilgisinin olmadığı, 6. maddenin dördüncü cümlesinin bu maddeye göre kesilecek idari para cezalarına karşı başvurulacak yetkili mahkemeyi göstermesi nedeniyle davada uygulanacak kural olmasına rağmen, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin bu cümle ile ilgili herhangi bir Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla 3093 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü cümleleri, bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliği taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle,

1- 4.12.1984 günlü, 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 439. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümlelere ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 4.12.1984 günlü, 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 439. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin birinci cümlesinin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, ihlal ile yaptırım arasında adil bir denge kurmadığı, idari para cezasının üst sınırını belirlemediği ve ithalatçı firmalar tarafından malı nihai tüketiciye satacak olan firmaya yapılan satış işleminden sonra, TRT'den bandrol alınması durumunda uygulanması gereken para cezası miktarının nasıl olacağı hususunu, bir diğer ifade ile kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran nedenleri düzenlemediği, bu sebeplerle Anayasa'nın eşitlik, belirlilik ve ölçülülük ilkelerine, dolayısıyla 2., 10. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 3. maddesinde, bu Kanun'un 1. maddesinde belirtilen cihazları imal veya ithal edenlerin satıştan önce bandrol veya etiket almaya mecbur oldukları belirtilerek, itiraz konusu kural ile bu cihazların bandrolsüz veya etiketsiz satışını yapan imalatçı veya ithalatçıya Kurum tarafından bandrolsüz veya etiketsiz satılan veya satışa arz edilen her cihaz için cihazın satış bedeli kadar

idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre itiraz konusu kural ile düzenlenen kabahat eylemi, 3093 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen radyo, televizyon, video ve birleşik cihazların imalatçı veya ithalatçı tarafından bandrolsüz satılması ya da satışa arz edilmesi ile işlenmiş olmaktadır.

Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım yetkilerin tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır.

İtiraz konusu kural ile düzenlenen idari para cezası, Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan bir idari yaptırımdır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin idari para cezası yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle itiraz konusu kuralda öngörülen idari para cezasına da Kabahatler Kanunu'nda yer alan genel hükümler uygulanacağı açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin, kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran sebeplerin, etkin pişmanlık hallerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

İdari para cezası, kabahat sayılan eylemin işlenmesini önlemeye yönelik caydırıcılık fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın

giderilmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu nedenle, idari para cezasının alt ve üst sınırı gösterilmeden, nispi olarak belirlenmesi mümkündür.

İtiraz konusu kuralda, Kurum tarafından verilecek idari para cezasının, bandrolsüz veya etiketsiz satılan veya satışa arz edilen her cihaz için cihazın satış bedeli kadar olduğu belirtilerek, cezanın üst sınırı gösterilmeden, nispi olarak belirleneceği hükme bağlanmıştır. İtiraz konusu kural ile Kuruma tanınan nispi idarî para cezası verme yetkisinin, kamuda oluşan zararın giderilmesi yanında, caydırıcı olma amacını taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu düzenleme anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olup, bu konuda bir belirsizlik bulunmamaktadır.

İtiraz başvurusunda, ithalatçı firmalar tarafından malı nihai tüketiciye satacak olan firmaya yapılan satış işleminden sonra, TRT'den bandrol alınması durumu, kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran neden olarak nitelendirilerek, itiraz konusu kuralın kusurlulukla ilgili nedenleri düzenlememesi nedeniyle belirlilik ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de, itiraz konusu kural ile düzenlenen kabahat fiili, 3093 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtilen cihazların bandrolsüz veya etiketsiz olarak satılması veya satışa arz edilmesi anında işlenmiş olduğundan, bandrol ya da etiketin söz konusu cihazların satılması ya da satışa arz edilmesinden sonra alınması halinde, kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran nedenlerden değil, etkin pişmanlık kavramından söz edilebilir. Zira faildeki iradenin oluşum şartlarını etkileyerek, failin işlediği fiilden dolayı şahsen sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuyla ilgili olan yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusurluluğu azaltan ya da ortadan kaldıran sebeplerin, fiilin işlendiği anda mevcut olması gerekmekte olup, fiilin işlenmesinden sonra oluşan neticenin ortadan kaldırılması, etkin pişmanlıkla ilgili bir durumdur.

Kanun koyucu ceza alanında düzenleme yaparken sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak bazı suç ya da kabahatlerde, fiil işlendikten sonra etkin pişmanlık gösterilerek işlenen haksızlığın neticelerinin mümkün olduğunca izale edilmesi, azaltılması ya da tamamen ortadan kaldırılması halinde, faile hiç ceza verilmemesini veya cezasında indirim yapılmasını öngörebilmektedir. İtiraz konusu kuralda etkin pişmanlıkla ilgili bir düzenlemeye yer verilmemesi, anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olup, kuralda bu açıdan da bir belirsizlik bulunmamaktadır.

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

Kanun'da belirtilen cihazların satışını yapan imalatçı ya da ithalatçı firmalar, sattıkları ya da satışa arz ettikleri cihazların satış değeri ve miktarı bakımından farklı ekonomik büyüklüğe ve güce sahip olabileceği ve bu nedenle, aynı konumda bulunmayan imalatçı veya ithalatçı firmalara, işledikleri kabahat nedeniyle verilecek idari para cezasının miktarının nispi olarak belirlenmesinin eşitlik ilkesine aykırı bir yönü yoktur.

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

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.12.1984 günlü, 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 439. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 1.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/51
Karar Sayısı : 2012/32
Karar Günü : 1.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Muğla 2. Asliye Hukuk (Aile) Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 173. maddesinin son fıkrasında yer alan *"Koca…"* sözcüğünün, Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından boşandığı eşine ait olan soyadının kaldırılarak, kızlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"KONU: TMK'nun 173/son maddesindeki "KOCA" kelimesinin Anayasanın "EŞİTLİK" ve "HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜ" hakkındaki buyurucu düzenlemelerine aykırı olduğu savı ile iptali istemidir.

AÇIKLAMALAR: Davacı mahkememize başvurarak, daha önce yargı kararı ile boşandığı eşinin soyadını kullanmaya izin aldığını (TMK 173/2), ancak değişen koşullar karşısında artık bu soyadını kullanmak istemediğini açıklayarak, mahkemece verilen izin kararının kaldırılmasını (TMK 173/son) istemiştir.

08/12/2001 tarihinde 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 173. maddesi hükmü şöyledir:

"Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.

Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.

"743 sayılı (eski) Medeni Kanunun 14/11/1990 tarih ve 3678 sayılı Yasanın 4. maddesi ile değişik 141. maddesinde de benzer bir düzenleme var idi:

"Boşanan kadın evlenme ile kazandığı kişisel durumu korur, ancak; bekarlık soyadını yeniden alır. Şayet boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği sabit olursa, talebi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.

Koca, şartların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.

"Her iki düzenlemede de mahkeme kararı ile verilen "boşandığı kocasının soyadını kullanmaya izin" kararının kaldırılmasını mahkemeden isteme hakkı, görüldüğü üzere, kocaya tanınmaktadır.

Çok doğal olarak, kadının nüfus müdürlüğüne başvurarak bu iznin kaldırılmasını isteyebileceği düşünebilmekte ise de, uygulamada değişikliğin mahkeme kararına dayalı olması nedeniyle, ancak mahkeme kararı ile (değişikliğin) kaldırılabileceği gerekçeleri ile talepleri geri çevrilen kadınların mağdur oldukları, razı edebilirlerse boşandıkları eşlerinin TMK'nun 173/son maddesi uyarınca dava açmalarını beklemekten başka çarelerinin kalmadığı görülmektedir. Nitekim kadının bu çaresizliği karşısında yargısal uygulama (bizce yasaya aykırı biçimde), kadının da TMK'nun 173/son maddesine göre dava açma hakkının olduğunu kabul yönünde ilerlemektedir.

TMK'nun 173/son maddesindeki dava açma hakkının koca ile sınırlandırılmasının Anayasamızın 10. maddesinde yer alan "kanun önünde eşitlik" ve 36. maddesinde düzenlenen "hak arama hürriyeti" ilke ve yükümlülüğüne aykırıdır.

Şöyle ki;

a- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesinde;

"Herkes dil, ırk, 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 görevlidir.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde ve her türlü kamu hizmetlerinden yararlanmasında, kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır." ifadesi,

b- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesi;

"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılama hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." ifadesi yer almaktadır.

Anayasamızın bu hükümleri gereği, Devlet kadın-erkek ayrımı yapmaksızın, hak arama özgürlüğü ile ilgili normlar düzenlemek zorunda olduğundan, mahkememiz, buna aykırı şekilde (kadınların aleyhine), TMK'nun 173/son fıkrasındaki gibi düzenleme yapılmasının, devletin bu yükümlülüğü ile bağdaşmadığı kanaatindedir...

TALEP: Açıklanan nedenlerle; TMK'nun 173/son fıkrasındaki "KOCA" ibaresinin Mahkememizce Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varıldığından, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

İtiraz konusu kuralı da içeren 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 173. maddesi şöyledir:

"Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hakim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.

***Koca,** koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi hükmü uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 2.6.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 173. maddesinin son fıkrası gereğince *"boşandığı kocasının soyadını kullanmaya izin"* kararının kaldırılmasını mahkemeden isteme hakkının sadece kocaya tanındığı, koşulların değişmesi halinde kadınların, boşandıkları eşlerinin anılan fıkra uyarınca dava açmalarını beklemekten başka çarelerinin kalmadığı, bu durumda da dava açma hakkının koca ile sınırlandırılmasının kanun önünde eşitlik ve hak arama hürriyeti ilkeleriyle çeliştiği belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4721 sayılı Kanun'un 173. maddesinde boşanan kadının kişisel durumu düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında, boşanma halinde kadının, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacağı ancak evlenmeden önceki soyadını yeniden alacağı; ikinci fıkrasında kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunun ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğinin ispatlanması halinde istemi üzerine hakimin kadına, kocasının soyadını taşımasına izin vereceği; itiraz konusu kuralın da yer aldığı son fıkrasında ise kocanın koşulların değişmesi halinde verilen bu iznin kaldırılmasını isteyebileceği kurala bağlanmıştır.

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.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve

güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması hak arama özgürlüğünün bir gereğidir.

Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır.Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilmekte ve yasayla özel olarak korunmaktadır.

4721 sayılı Kanun'a göre kadın, doğumla aldığı soyadını evlenince terk etmek ve kocasının soyadını almak zorundadır. Boşanma halinde ise kadının kişisel durumunu koruyacağı ve evlenmeden önceki soyadını alacağı öngörülmüştür. Kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmek istediğinde ise, bunu boşanma davası ile birlikte veya boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde mahkemeden talep etmesi gerekmektedir. Yasa koyucu boşanan kadının menfaatini korumaya yönelik olarak böyle bir düzenleme yapmış ve koşulların bulunması halinde boşanan kadının, kocasının soyadını kullanmak için izin davası açabileceğini öngörmüştür. Bununla birlikte maddede kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının bu iznin kaldırılmasını talep edebileceğine dair bir düzenleme mevcut değildir.

İtiraz konusu kuralla ilgili aykırılık savında, boşanan kadına soyadı kullanımına dair verilen iznin kaldırılmasını sadece kocanın talep edebileceği belirtilmişse de anılan düzenlemenin amacının boşanan kadının dava hakkını engellemek değil koşulların değişmesi halinde bu durumdan doğrudan etkilenecek olan kocaya imkan tanınması için öngörülmüş olduğu açıktır. Ayrıca soyadının vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı oluşu, anılan fıkrada kadınların dava açmalarını engelleyici bir kısıtlama bulunmaması ve bu davayı da sadece kocanın açabileceğine dair emredici bir hüküm bulunmaması karşısında kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının, koşulların değişmesi, menfaatinin kalmaması veya haklı nedenlerin varlığı halinde verilen bu iznin kaldırılmasını Türk Medenî Kanunu'nun 173. maddesi uyarınca isteyebileceği de ortadadır. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da boşanan kadının, soyadı kullanımına dair verilen iznin kaldırılmasını isteyebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla boşanan kadının, *"boşandığı kocasının soyadını taşımaya izin"* kararının kaldırılmasını isteyebilecek olması dikkate alındığında itiraz konusu kuralın Anayasa'daki eşitlik ilkesine ve hak arama hürriyetine aykırı bir yönünün bulunmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 173. maddesinin son fıkrasında yer alan "Koca ..." sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 1.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/119
Karar Sayısı : 2012/33
Karar Günü : 1.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Ankara 5. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar ..." ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna karşı açılan idari işlemin iptali davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"...

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 verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri ile eşitlik ve hakkaniyeti gözeten devlettir. Bu bağlamda, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken takdiri, sınırsız ve keyfî olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.

Bunun yanında hukuk devleti kavramı, kuralların ve müeyyidelerinin net olarak önceden belli olduğu dolayısıyla uyulmayan kararların müeyyidelerinin ne olduğunu insanların önceden bilmesini de ifade eder.

Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayrım gözetilmeyecek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen "Eşitlik" ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yasalarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda, hizmetlerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren eşit davranma ve ayrım yapmama ilkesi olarak yorumlanmıştır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin 1. bendinde, Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Ancak, Kurum, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alır, hükmü yer almaktadır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 4 üncü, 6 ncı, 7 nci, 12 nci, 24 üncü, 33 üncü ve 60 ıncı maddeleri ile mezkûr Kanunun İkinci Kısım Üçüncü Bölümü hükümlerine dayanılarak hazırlanan ve 08.09.2009 gün ve 27343 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Erişim ve Arabağlantı Yönetmeliği'nin Müeyyideler başlıklı 21. maddesinin (ğ) bendinde, yükümlü işletmecinin ortak yerleşime ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi durumunda, işletmeciye bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde ikisine kadar, ihlalin niteliğine göre Kurum tarafından belirlenecek oranlarda idari para cezası uygulanacağı hükmü yer almaktadır.

Bu durumda, Anayasa'nın 2. ve 10. maddeleriyle ilgili olarak yukarıda yer alan açıklamalar ışığında, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin 1. bendinde yer alan "bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar" ifadesi doğrudan eşitsizlik yaratan bir düzenleme olarak görülmemekte ise de, Yasanın uygulanması esnasında, yine Yasanın kendinden kaynaklanan sebeplerle eşitsizliğe yol açan sonuçlar doğmaktadır. Yasa sadece üst sınırı belirlemiştir ve başka hiçbir kritere yer verilmemiştir. Yasa kendisi bir kriter belirlemediği gibi, kriterlerin bir alt normla belirlenmesi yoluna da gidilmediğinden ceza miktarını belirlemek tamamen idarenin takdirine bırakılmıştır. İdarenin hangi ölçütleri esas alacağı açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Bu nedenlerle, söz konusu ibarenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık oluşturduğu sonucuna varılmaktadır.

..."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin itiraz konusu ibareyi de içeren (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"MADDE 60- (1) Kurum; mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetlemeye, aykırılık halinde işletmecilere **bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar** idarî para cezası uygulamaya, millî güvenlik, kamu düzeni veya kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi ve kanunlarla getirilen hükümlerin uygulanması amaçlarıyla gerekli

tedbirleri almaya, gerektiğinde tesisleri tazminat karşılığında devralmaya, belirlediği süre içerisinde yetkilendirme ücretinin ödenmemesi ya da ağır kusur halinde verdiği yetkilendirmeyi iptal etmeye yetkilidir. Ancak, Kurum, ulusal çapta verilecek frekans bandı kullanımını ihtiva eden ve sınırlı sayıda işletmeci tarafından yürütülmesi gereken elektronik haberleşme hizmetlerine ilişkin yetkilendirmelerin iptalini gerektiren hallerde Bakanlığın görüşünü alır."

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, Serruh KALELÎ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 30.11.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Anayasa Mahkemesi Raportörü Hakan ATASOY tarafından hazırlanan 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, kanun koyucunun yasal düzenlemeler yaparken sınırsız ve keyfi bir takdir yetkisine sahip olmadığı, takdir yetkisinin hukuk devleti ilkesiyle sınırlı bulunduğu, hukuk devletinde kuralların ve müeyyidelerinin önceden net olarak belli olduğu, itiraz konusu ibarede, idari para cezasının belirlenmesine yönelik olarak sadece cezanın üst sınırının belirtildiği, bunun dışında idarenin hangi ölçütleri esas alacağına ilişkin açık, belirgin ve somut bir düzenleme bulunmadığı, ceza miktarını belirleme yetkisinin tamamen idarenin takdirine bırakıldığı, bu hususun hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, ayrıca Yasa'nın uygulanmasının eşitsizliğe yol açtığı belirtilerek, belirli ve öngörülebilir

nitelik taşımayan itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu ibare ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna, mevzuata, kullanım hakkı ve diğer yetkilendirme şartlarına uyulmasını izleme ve denetleme, aykırılık halinde işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulama yetkisi verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilke, suçun unsurlarının ve verilecek cezanın tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir, nesnel, makul bir düzeyde öngörülebilecek ve keyfi uygulamalara yol açmayacak biçimde belirlenmiş olmasını gerektirir.

Değişen sosyal, siyasal ve ekonomik koşullar kimi durumlarda devlet idarelerine bir takım yetkilerin tanınması gereğini ortaya çıkarmıştır. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım uygulama yetkileri tanınmaktadır.

İtiraz konusu ibare ile düzenlenen idari para cezası, temel işlevi telekomünikasyon alanındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek, denetlemek ve bu kurallara uyulmaması halinde de, ya doğrudan doğruya yaptırım uygulamak veya kanunlarda gösterilen yaptırımların uygulanması için adli mercileri harekete geçirmek olan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun doğrudan işlemiyle idare hukukuna özgü usullerle kesilen ve uygulanan bir idari yaptırımdır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesinde, Kabahatler Kanunu'nun genel hükümlerinin idari para cezası yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle itiraz konusu

ibarede öngörülen idari para cezasına da Kabahatler Kanunu'nda yer alan genel hükümler uygulanacaktır.

İdari para cezası, kabahat sayılan eylemin işlenmesini önlemeye yönelik caydırıcılık fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacına da hizmet etmektedir. Bu nedenle, idari para cezasının nispi nitelikte olması mümkündür. İtiraz konusu ibarede, Kurumun işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulamaya yetkili olduğu ifade edilerek, idari para cezasının üst sınırı da gösterilmek suretiyle nispi olarak belirleneceği öngörülmüştür.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesi incelendiğinde, itiraz konusu ibare ile Kuruma tanınan, işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar idari para cezası uygulama yetkisinin, caydırıcı olma ve kamuda oluşan zararın giderilmesi yanında, uygulanacak idari para cezasının kişiselleştirilerek suç ve ceza arasında adil bir dengenin kurulması amacını da taşıdığı anlaşılmaktadır. Bu düzenlemenin anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

İtiraz konusu ibare ile Kuruma idari para cezasının miktarını belirleme yetkisi verilmiş ise de, bu yetkinin keyfi olarak kullanılması söz konusu olamaz. Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin (2) numaralı fıkrasında idari para cezasının, alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumunun birlikte göz önünde bulundurulacağı hükme bağlanmıştır. Bu nedenle Kurum, işletmecilere verilecek idari para cezasının miktarını belirlerken Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinde belirtilen ölçütlere ve ayrıca hukukun genel ilkelerine de uymak zorundadır.

Öte yandan, ticari hayatta faaliyet gösteren işletmecilerin, bir önceki takvim yılındaki net satışlarının belli olması nedeniyle, idari para cezasının

miktarının belirlenmesinde bu hususu ölçüt olarak kabul eden itiraz konusu ibarenin, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine de aykırı bir yönü yoktur.

Bu nedenlerle itiraz konusu ibare hukuk devleti ilkesine aykırı değildir.

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

Suç ile ceza arasında adil bir dengenin kurulabilmesi, verilecek cezanın kişiselleştirilmesini, her somut olayda suçlunun kişiliğine uygun hale getirilmesini gerektirir. İtiraz konusu ibare ile öngörülen idari para cezası miktarı belirlenirken, işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikta gözetilerek cezanın kişiselleştirilmesi gerekeceği açıktır. Buna göre, cezaların yasal ve hukuksal anlamda eşit olmalarına rağmen ceza adaletinin gereği olarak kişiler için uygulanmasında çıkan sonucun eşitliğe aykırı olduğundan söz edilemez.

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

VI- SONUÇ

5.11.2008 günlü, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 1.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/30
Karar Sayısı : 2012/36
Karar Günü : 15.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Hava Kuvvetleri Komutanlığı Hava Eğitim Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinde yer alan "…*askeri mahallerde*…" ibaresinin, Anayasa'nın 145.maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Cinsel taciz suçunu işlediği iddiasıyla sanık hakkında açılan kamu davasında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II - İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sanık Bkm. Kd. Çvş. M... T... P... hakkında Balıkesir Bkm. Ok. ve Eğt. Mrk. K.lığı nizamiye nöbetçi astsubayı olarak görevli iken, nişanlısı olan Bkm. Onb. O... B...'yi ziyaret etmek amacıyla nizamiyeye gelen R... F... U...'ya "polis olmasından kaybetti, %70 bana düşer, bana düşmese bile yukarıda arkadaşlarım var, onlar bakıyorlar, kesin onların eline düşer, bir emniyet amiri de gelmişti daha önceden, tabi onun da aldık havasını, bu arada isim F... idi değil mi, normalde pek isim tutamam aklımda ama seninki çok güzel olduğundan olsa gerek nedense aklımda kalmış", "iyi ki gelmişsiniz tabi, hatta bugün geldiğiniz çok daha iyi olmuş, sayenizde günüm çok güzel geçecek, geceden çıkmama rağmen pozitif enerji doldum, vallahi emniyet kalitesini çok yükseltmiş", "yok o manada değil,

senin gibi güzel kızları almışlar ya helal olsun vallahi, burada bizim kurumda var birkaç tane, ama onlarda vasatın altında, hatta berbatlar aslında, seni rahatta bırakmazlar şimdi haklı olarak. Hatta burada olsan daha kötü olurdu, başta ben takılırdım. Sonra nerden baksan 10.000 asker var, başını bile kaldıramazdın. Hepsinin rüyalarını süslerdin ama böyle bir şansımız maalesef yok", "neden art niyet arıyorsun ki, buraya kadar gelip kendini sevdirdin, ara sıra bize de bir selam vermeyi çok görmezsin artık, hem ben şimdiye kadar hiçbir asker yakınıyla bu kadar ilgilenmemiştim, ama sayende iyilik meleği oldum, etrafında dönüp duruyorum sabahtan beri, aslında bak Ankara'ya hemen dönmeyeceksen bekle, bir hafta 10 güne kadar izne ayrılacağım, beraber gidelim, ya da numaranı ver Ankara'ya geldiğimde arayayım", "en sevdiğin kişi olduğu ne belli, belki ileride ayrılırsın, üstelik daha nişanlısın, sadece bir yüzük var, oda çok önemli değil bence, bak şimdiden sıkılmış gibi duruyorsun, istersen benimle gel saat 09:00'da görevim bitiyor, o gelene kadar sana biraz Balıkesir'i gezdireyim", "yahu hala mı gelmedi, bu adam sakın dün yatıya çıkmış olmasın, bak istersen tekrar numaramı verebilirim, ona ulaşamazsan beni ara yada istersen seni bekleyeyim, ona ulaşana kadar sana Balıkesir'i gezdiririm", "numaranı vermedin" demek suretiyle cinsel taciz suçunu işlediği iddiasıyla askeri mahkememizde kamu davası açılmıştır.

Yargılama esnasında Askeri Savcılık makamı; 5982 sayılı Yasa ile yapılan Anayasa'nın 145'inci maddesi değişikliği ile görevi belirleyen "Askerî mahal" kavramının yürürlükten kaldırılması neticesinde 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9'uncu maddesinin Anayasaya aykırı hale gelmiş olduğunu ileri sürmüştür.

Sanığa isnat edilen suçun TCK'nın 105/1. madde ve fıkrasında düzenlenmiş olan "cinsel taciz" suçunu oluşturacağı görülmekle sanık hakkındaki yargılamada Askerî Mahkemenin görevli olup olmadığı hususunun incelenmesinde;

Görev hususunun kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiğinden öncelikle göreve ilişkin mevzuattaki hükümlerin incelenmesi ve suçun niteliğinin ortaya konulması gerekmektedir.

353 sayılı Kanunun "Askerî Mahkemelerin Görevleri" başlığı altında düzenlenen ikinci bölümünde yer alan "Genel Görev" başlıklı 9'uncu maddesinde "Askerî Mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan

suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler" hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemeye göre bir davanın askerî mahkemenin görevine girmesi için asker kişinin; askerî bir suç işlemiş olması veya suçu askeri bir kişiye karşı işlemiş olması veya (suçu askerî mahalde işlemiş olması) veya suçu askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işlemiş bulunması gerekmektedir.

"Askerî suç" ise öğretide ve uygulamada;

a) Unsurları ve cezalarının tamamı Askerî Ceza Kanunu'nda yazılı olan, başka bir anlatımla, Askerî Ceza Kanun'u dışında hiçbir ceza Kanun'u ile cezalandırılmayan suçlar,

b) Unsurları kısmen Askerî Ceza Kanunu'nda, kısmen diğer ceza Kanunlarında gösterilen suçlar,

c) Türk Ceza Kanunu'na atıf suretiyle askerî suç haline dönüştürülen suçlar, olmak üzere üç grupta mütalaa edilmektedir.

5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 15'inci maddesiyle, askerî mahkemelerin görevlerini belirleyen Anayasanın 145'inci maddesi; "...Bu mahkemeler, asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her hâlde adliye mahkemelerinde görülür." şeklinde değiştirilerek asker kişilerin askerî mahalde işledikleri suçlarla ilgili olarak askerî mahkemelerin görevinde sınırlamaya gitmiştir.

Yüksek Seçim Kurulunun 23.9.2010 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan duyurusuyla, 5982 sayılı Kanunla yapılan ve 12.9.2010 tarihinde referanduma sunulan değişikliklerin kabul edildiği ve yürürlüğe girdiği anlaşılmaktadır.

Yapılan bu değişiklikle; Anayasanın 145'inci maddesinin değişen 1'inci fıkrasıyla tamamen paralel bir düzenleme niteliğinde olan, 353 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde yer alan; "Askerî mahkemeler kanunlarda aksi

yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler." hükmünün, asker kişilerin askerî mahalde işledikleri suçlarla ilgili yargılama görevinin askerî mahkemelere ait olduğuna ilişkin, "askerî mahallerde" kısmı, üst norm niteliğinde olan Anayasanın 145'inci maddesine aykırı hale gelmiştir.

Askeri Yargıtay İçtihatlarında 353 sayılı Kanunun 9'uncu maddesinde yer alan "askeri mahallerde" kısmının Anayasanın 5982 sayılı Kanunla değişik 145'inci maddesi tarafından örtülü olarak kaldırıldığı kabul edilmekte (Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 25.11.2010 tarihli ve 2010/117-114 E.K. sayılı; As.Yrg. 1'inci Dairesinin 08.12.2010 tarihli ve 2010/2285-2268 E.K. sayılı; As.Yrg.2'nci Dairesinin 20.10.2010 tarihli ve 2010/2174-2271 E.K. sayılı; As.Yrg. 4'üncü Dairesinin 28.09.2010 tarihli ve 2010/2233-2216 E.K. sayılı ilamları da bu doğrultudadır) ve buna gerekçe olarak Anayasanın 11'inci maddesindeki "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" kuralı gösterilmekte ise de 26.10.1963 sayılı resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9'uncu maddesinin "Askerî Mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerî mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler" hükmünü amir olduğu, söz konusu madde metninin değiştirildiğine ilişkin herhangi bir yasama işleminin olmadığı, halihazırda yürürlükte olan madde metninin üst norm niteliğinde olan Anayasanın 145'inci maddesi metnine aykırı olması halinin yorumla giderilemeyeceği değerlendirildiğinden, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9'ncu maddesi'nin "askeri mahallerde" ifadesinin Anayasanın 145'inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu maddenin "askeri mahallerde" ifadesinin iptalinin usul ve yasaya uygun olacağı kanaatine varılmıştır.

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9'ncu maddesi'nin "askeri mahallerde" ifadesinin Anayasanın 145'inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu maddenin "askeri mahallerde" ifadesinin iptali maksadıyla Anayasanın 152'nci maddesi gereğince ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURULMASINA, oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 9. maddesi şöyledir:

"Askeri mahkemeler kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya **askeri mahallerde** yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 145. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 6.4.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, 5942 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 145. maddesinde değişiklik yapılarak *"askeri mahallerde"* ibaresinin madde metninden çıkarıldığı, Anayasa'nın anılan maddesinde değişiklik yapılmasına rağmen 353 sayılı Kanun'un 9. maddesinde *"askeri mahallerde"* ibaresinin halen mevcudiyetini koruduğu, böylece itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı hale geldiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 145. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu ibarenin de yer aldığı 353 sayılı Kanun'un "*Genel Görev*" başlıklı 9. maddesinde, askeri mahkemelerin kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askeri olan suçları ile bunların asker kişiler aleyhine veya askeri mahallerde yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli oldukları kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 145. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında, "*Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür. Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz. Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adlî yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir.*" denilmiştir.

Anayasa'nın 145. maddesi 7.5.2010 gün ve 5982 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. 5982 sayılı Kanun'un madde gerekçesinde, askeri yargının görev alanının yeniden düzenlendiği, mevcut hükümde askeri yargının görev alanının oldukça geniş düzenlenmesi nedeniyle uluslararası belgelerde bu durumun vurgulandığı, askeri mahkemelerin görev alanının demokratik hukuk devletinin getirdiği ölçüler çerçevesinde yeniden tanımlandığı, getirilen düzenlemeyle askeri mahkemelerin görev alanının askeri suçların yargılanmasıyla çağdaş ülkelerde olduğu gibi sınırlandırıldığı ve asker kişilerin sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalarla sınırlı tutulduğu, asker olmayan kişilerin savaş hali haricinde, askeri mahkemelerde yargılanamayacağı belirtilmiştir.

İptali istenen kural, asker kişiler tarafından askeri mahalde işlenen, fakat askeri suç olmayan, asker kişiye karşı veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olmayan suçlar bakımından yargılama yapma görevini askeri mahkemelere vermektedir. Hâlbuki Anayasa'nın 145. maddesinde yapılan değişiklik sonucu askeri yargının görev alanı daraltılarak, asker kişilerin sadece askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri askeri suçlara ait davalarla sınırlı tutulmuştur. Bu durumda itiraz konusu kural, Anayasa'nın 145. maddesine aykırı hâle gelmiştir.

Açıklanan nedenlerle Kural, Anayasa'nın 145. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- SONUÇ

1- 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinde yer alan "… askeri mahallerde …" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

2- 353 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan "… askeri mahallerde …" ibaresinin iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan iptal edilen ibareden önceki "… veya …" sözcüğünün de, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE,

15.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/39
Karar Sayısı : 2012/37
Karar Günü : 15.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Şırnak Asliye Ceza Mahkemesi (E.2011/39, E.2011/40)

İTİRAZLARIN KONUSU: 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 422. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet suçundan dolayı açılan kamu davalarında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılık iddialarını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- E. 2011/39 sayılı davada, başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"...

Mahkememizce yapılan değerlendirmede sanıklar müdafiinin Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmuştur. Şöyle ki: 2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değişik Direnme başlıklı 32. maddesi: *"Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur. İhtara ve zor kullanmaya rağmen kolluk görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanılarak direnilmesi halinde, ayrıca 26/9/2004*

tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 265 inci maddesinde tanımlanan suçtan dolayı da cezaya hükmolunur. 23 üncü maddede yazılı hallerden biri gerçekleşmeden veya 24 üncü madde hükmü yerine getirilmeden yetki sınırı aşılarak toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin dağıtılması halinde, yukarıdaki fıkralarda yazılı fiilleri işleyenlere verilecek cezalar, dörttebire kadar indirilerek uygulanabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir." şeklinde olup 2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değişik Toplantı ve Yürüyüşe Silahlı Katılanlar başlıklı 33. maddesi de: "*Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine 23 üncü maddenin (b) bendinde sayılan silah veya araçları taşıyarak katılanlar, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Silah veya aracın ateşli silah ya da patlayıcı veya yakıcı madde olması durumunda, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz. Silah veya aracın bulundurulmasının suç oluşturması halinde ayrıca bu suçtan dolayı da ilgili hakkında kanun hükümlerine göre cezaya hükmolunur. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün kanuna aykırı olması halinde ve dağılmamak için direnildiği takdirde, ayrıca 32 nci madde hükümlerine göre cezaya hükmolunur*" şeklindedir.

Uygulamada 2911 sayılı Yasada düzenlenen suçlar, 2911 sayılı Yasaya muhalefet olarak adlandırılmaktadır. 2911 sayılı Yasanın anılan 32. ve 33. maddeleri 2911 sayılı Yasaya muhalefet suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Suçun basit halini oluşturan anılan Yasanın yasaklara aykırı hareket başlıklı 28/1. maddesi ise: "*Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindedir.

2911 sayılı Yasanın 28/1. maddesinin gereği olarak kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyen ve bunların hareketlerine katılanlara 1 yıl 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilecektir. Madde metninde suçun oluşumu için ihtara veya zor kullanmaya rağmen dağılmama şartı aranmamıştır. Yani salt kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek ya da düzenleyenlerin hareketlerine katılmak şeklindeki eylem 1 yıl 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Yargıtay uygulamada haklı olarak kanuna aykırı gösteri veya toplantıda ön saflarda yer alarak slogan atılmasını gösteri veya toplantıyı düzenleyenlerin ya da yönetenlerin hareketlerine katılma olarak değerlendirmektedir.

2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değişik 32/1. maddesinde Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanların ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar etmeleri halinde altı aydan üç yıla kadar hapis

cezası ile cezalandırılacakları, bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre; ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar edenler toplantı veya gösteriyi düzenleyenler olması halinde 9 aydan 4 yıl 6 aya kadar hapis cezası öngörülmüş olmaktadır.

6008 sayılı Yasa ile dokunulmayan 2911 sayılı Yasanın 28/1. maddesi Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenleyen yöneten veya bunların hareketlerine katılanları zor kullanma ya da ihtara dahi gerek olmadan kendiliklerinden dağılmaları halinde bile 1 yıl 6 ay hapis cezasından başlayarak cezalandırmakta iken 6008 sayılı Yasa ile değişik 32. madde; Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenleyip ihtar veya zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar eden kişileri 9 ay hapis cezasından başlayarak cezalandırmaktadır. Yani eylemin basit haline bir başka anlatımla daha az vahim olanına verilecek ceza en az 18 ay hapis iken nitelikli hali olan yani daha ağır ve vahim haline öncekinin yarısı kadar ceza öngörülmesi durumu Anayasamızın 2., 10. maddelerine aykırıdır. 2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki halinde 1 yıl 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmekte idi.

Aynı şekilde 2911 sayılı Yasanın 33. maddesine göre 23. maddesinde sayılan silahlar ile katılma eylemi için altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüş ve söz konusu toplantı ya da gösterinin kanuna aykırı olması halinde 32. maddeye göre de ceza verileceği hüküm altına alınmıştır. 2911 sayılı Yasanın 32/1. maddesinde de altı aydan üç yıla kadar hapis cezası 2. fıkrasında da görevlilere karşı cebir veya tehdit kullanarak direnme durumunda da TCK'nın 265. maddesinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu duruma göre anılan 33. madde gereğince kanuna aykırı gösteri veya toplantıyı düzenleyip ihtar ve zor kullanmaya rağmen dağılmayan hatta görevlilere taş ve sopalarla saldıran kişilere 33/1 gereği 6 ay, 33/2 deki atıf nedeni ile 32/1 gereği 6 ay ve 32/2 gereği (TCK'nın 265/1. maddesi) 6 ay olmak üzere toplamda en az 18 ay hapis cezası verilebilecektir. Halbuki 2911 sayılı Yasanın 28/1. maddesine göre silahların bulunmadığı Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenleyen yöneten veya bunların hareketlerine katılanlar ihtar veya zor kullanma dahi olmadan kendiliklerinden dağılmaları halinde dahi 18 ay hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. Yani 2911 sayılı Yasanın 32. ve 33. maddelerinde değişiklik yapılırken 28. maddeye dokunulmaması Yasanın sistematiğine uygun olmadığı gibi mezkur 28. maddeyi Anayasamızın 2. ve 10. maddelerine aykırı

hale getirmiştir. 2911 sayılı Yasanın 33. maddesinde 6008 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önceki halinde 5 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası öngörülmekte idi.

Anayasamızın 2. maddesi: *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."* şeklindedir. 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. "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. Yasa koyucu cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır." Somut olayda yukarıda anlatıldığı üzere 2911 sayılı Yasanın kanuna aykırı toplantı veya gösteriler ile ilgili olarak eylemin basit haline yani daha az vahim olanına verilecek ceza dahi en az 18 ay hapis iken nitelikli hali olan bir başka deyiş ile daha ağır ve vahim halini düzenleyen 32. madde gereğince 9 ay hapis cezası ve 32. maddeden daha vahim hali düzenleyen 33. madde gereğince de yine en az 18 ay ceza öngörülmesi hali hukuk devleti ilkesine yani Anayasamızın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasamızın 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."* şeklindedir. Suç ve cezalar arasında ölçülülük bulunması hususu aynı zamanda Anayasamızın 10. maddesi ile de ilintilidir. Yukarıda anlatıldığı üzere 2911 sayılı Yasanın 28/1. maddesinde kanuna aykırı gösteri veya toplantıyı düzenleyen ya da ön saflarda yer alarak bunların hareketlerine katılan ve ihtar veya zor kullanma dahi olmadan kendiliklerinden dağılan kişilere 1 yıl 6 ay hapis cezası verileceğinin öngörülmesine nazaran aynı Yasanın 32/1. maddesinde kanuna aykırı gösteri veya toplantı düzenleyip ihtar veya zor kullanmaya rağmen dağılmayıp direnç gösterenlere 9 ay hapis cezası verileceğinin öngörülmesi, yani daha hafif eyleme daha ağır olan eyleme nazaran

1 misli fazla ceza öngörülmesi her şeyden önce Anayasamızın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Aynı eşitsizlik ve orantısızlık yukarıda belirtildiği üzere 2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değişik 33. maddesinde de vardır.

Sanıkların somut olayda taş veya sopa bulundurmadıklarının kabulü halinde katıldıkları ve yönettikleri gösterinin kanuna aykırı olduğunun kabul edilmesi durumunda konumlarına nazaran sanıklara 2911 sayılı Yasanın 28. veya 32. maddelerinin de uygulanması kuvvetle muhtemeldir. Yukarıda arz edildiği üzere 2911 sayılı Yasanın 32. ve 33. maddelerinde değişiklik yapılırken 28. maddeye dokunulmaması yasanın sistematiğine uygun olmadığı gibi mezkur 28. maddeyi Anayasamızın 2. ve 10. maddelerine aykırı hale getirmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurulmasına karar verilmiştir.

..."

B- E. 2011/40 sayılı davada, başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"...

Mahkememizce yapılan değerlendirmede sanıklar müdafiinin Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmuştur. Şöyle ki: 2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değişik Direnme başlıklı 32. maddesi: "*Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanlar, ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederlerse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek ceza yarı oranında artırılarak hükmolunur. İhtara ve zor kullanmaya rağmen kolluk görevlilerine karşı cebir veya tehdit kullanılarak direnilmesi halinde, ayrıca 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 265 inci maddesinde tanımlanan suçtan dolayı da cezaya hükmolunur. 23 üncü maddede yazılı hallerden biri gerçekleşmeden veya 24 üncü madde hükmü yerine getirilmeden yetki sınırı aşılarak toplantı veya gösteri yürüyüşlerinin dağıtılması halinde, yukarıdaki fıkralarda yazılı fiilleri işleyenlere verilecek cezalar, dörttebire kadar indirilerek uygulanabileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.*" şeklinde olup 2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değişik Toplantı ve Yürüyüşe Silahlı Katılanlar başlıklı 33. maddesi de: "*Toplantı ve gösteri yürüyüşlerine 23 üncü maddenin (b) bendinde sayılan silah veya araçları taşıyarak katılanlar, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Silah veya aracın ateşli silah ya da patlayıcı veya yakıcı madde olması durumunda, cezanın alt sınırı bir yıldan*

az olamaz. Silah veya aracın bulundurulmasının suç oluşturması halinde, ayrıca bu suçtan dolayı da ilgili hakkında kanun hükümlerine göre cezaya hükmolunur. Toplantı ve gösteri yürüyüşünün kanuna aykırı olması halinde ve dağılmamak için direnildiği takdirde, ayrıca 32 nci madde hükümlerine göre cezaya hükmolunur." şeklindedir.

Uygulamada 2911 sayılı Yasada düzenlenen suçlar, 2911 sayılı Yasaya muhalefet olarak adlandırılmaktadır. 2911 sayılı Yasanın anılan 32. ve 33. maddeleri 2911 sayılı Yasaya muhalefet suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır. Suçun basit halini oluşturan anılan Yasanın Yasaklara aykırı hareket başlıklı 28/1. maddesi ise: "*Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindedir.

2911 sayılı Yasanın 28/1. maddesinin gereği olarak kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyen ve bunların hareketlerine katılanlara 1 yıl 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilecektir. Madde metninde suçun oluşumu için ihtara veya zor kullanmaya rağmen dağılmama şartı aranmamıştır. Yani salt kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemek ya da düzenleyenlerin hareketlerine katılmak şeklindeki eylem 1 yıl 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır. Yargıtay uygulamada haklı olarak kanuna aykırı gösteri veya toplantıda ön saflarda yer alarak slogan atılmasını gösteri veya toplantıyı düzenleyenlerin ya da yönetenlerin hareketlerine katılma olarak değerlendirmektedir.

2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değişik 32/1. maddesinde Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerine katılanların ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar etmeleri halinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları, bu suçu, toplantı ve gösteri yürüyüşünü tertip edenlerin işlemesi halinde, bu fıkra hükmüne göre verilecek cezanın yarı oranında artırılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenlemeye göre; ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar edenler toplantı veya gösteriyi düzenleyenler olması halinde 9 aydan 4 yıl 6 aya kadar hapis cezası öngörülmüş olmaktadır.

6008 sayılı Yasa ile dokunulmayan 2911 sayılı Yasanın 28/1. maddesi Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenleyen yöneten veya bunların hareketlerine katılanları zor kullanma ya da ihtara dahi gerek olmadan

kendiliklerinden dağılmaları halinde bile 1 yıl 6 ay hapis cezasından başlayarak cezalandırmakta iken 6008 sayılı Yasa ile değişik 32. madde; Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenleyip ihtar veya zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar eden kişileri 9 ay hapis cezasından başlayarak cezalandırmaktadır. Yani eylemin basit haline bir başka anlatımla daha az vahim olanına verilecek ceza en az 18 ay hapis iken nitelikli hali olan yani daha ağır ve vahim haline öncekinin yarısı kadar ceza öngörülmesi durumu Anayasamızın 2, 10. maddelerine aykırıdır. 2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki halinde 1 yıl 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası öngörülmekte idi.

Aynı şekilde 2911 sayılı Yasanın 33. maddesine göre 23. maddesinde sayılan silahlar ile katılma eylemi için altı aydan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüş ve söz konusu toplantı ya da gösterinin kanuna aykırı olması halinde 32. maddeye göre de ceza verileceği hüküm altına alınmıştır. 2911 sayılı Yasanın 32/1. maddesinde de altı aydan üç yıla kadar hapis cezası 2. fıkrasında da görevlilere karşı cebir veya tehdit kullanarak direnme durumunda da TCK'nın 265. maddesinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu duruma göre anılan 33. madde gereğince kanuna aykırı gösteri veya toplantıyı düzenleyip ihtar ve zor kullanmaya rağmen dağılmayan hatta görevlilere taş ve sopalarla saldıran kişilere 33/1 gereği 6 ay, 33/2 deki atıf nedeni ile 32/1 gereği 6 ay ve 32/2 gereği (TCK'nın 265/1 maddesi) 6 ay olmak üzere toplamda en az 18 ay hapis cezası verilebilecektir. Halbuki 2911 sayılı Yasanın 28/1. maddesine göre silahların bulunmadığı Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenleyen yöneten veya bunların hareketlerine katılanlar ihtar veya zor kullanma dahi olmadan kendiliklerinden dağılmaları halinde dahi 18 ay hapis cezası ile cezalandırılacaklardır. Yani 2911 sayılı Yasanın 32. ve 33. maddelerinde değişiklik yapılırken 28. maddeye dokunulmaması yasanın sistematiğine uygun olmadığı gibi mezkur 28. maddeyi Anayasamızın 2. ve 10. maddelerine aykırı hale getirmiştir. 2911 sayılı Yasanın 33. maddesinde 6008 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önceki halinde 5 yıldan 8 yıla kadar hapis cezası öngörülmekte idi.

Anayasamızın 2. maddesi: *"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir."* şeklindedir. 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. 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. Yasa koyucu cezaların türünü seçerken ve sınırlarını belirlerken mutlak adalet ölçülerini izlemek zorundadır." Somut olayda yukarıda anlatıldığı üzere 2911 sayılı Yasanın kanuna aykırı toplantı veya gösteriler ile ilgili olarak eylemin basit haline yani daha az vahim olanına verilecek ceza dahi en az 18 ay hapis iken nitelikli hali olan bir başka deyiş ile daha ağır ve vahim halini düzenleyen 32. madde gereğince 9 ay hapis cezası ve 32. maddeden daha vahim hali düzenleyen 33. madde gereğince de yine en az 18 ay ceza öngörülmesi hali hukuk devleti ilkesine yani Anayasamızın 2. maddesine aykırıdır.

Anayasamızın 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."* şeklindedir. Suç ve cezalar arasında ölçülülük bulunması hususu aynı zamanda Anayasamızın 10. maddesi ile de ilintilidir. Yukarıda anlatıldığı üzere 2911 sayılı Yasanın 28/1. maddesinde kanuna aykırı gösteri veya toplantıyı düzenleyen ya da ön saflarda yer alarak bunların hareketlerine katılan ve ihtar veya zor kullanma dahi olmadan kendiliklerinden dağılan kişilere 1 yıl 6 ay hapis cezası verileceğinin öngörülmesine nazaran aynı Yasanın 32/1. maddesinde kanuna aykırı gösteri veya toplantı düzenleyip ihtar veya zor kullanmaya rağmen dağılmayıp direnç gösterenlere 9 ay hapis cezası verileceğinin öngörülmesi, yani daha hafif eyleme daha ağır olan eyleme nazaran 1 misli fazla ceza öngörülmesi her şeyden önce Anayasamızın 10. maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırı olacaktır. Aynı eşitsizlik ve orantısızlık yukarıda belirtildiği üzere 2911 sayılı Yasanın 6008 sayılı Yasa ile değişik 33. maddesinde de vardır.

Sanıkların somut olayda taş veya sopa bulundurmadıklarının kabulü halinde katıldıkları ve yönettikleri gösterinin kanuna aykırı olduğunun kabul edilmesi durumunda konumlarına nazaran sanıklara 2911 sayılı Yasanın 28. veya 32. maddelerinin de uygulanması kuvvetle muhtemeldir. Yukarıda arz edildiği üzere 2911 sayılı Yasanın 32. ve 33. maddelerinde değişiklik yapılırken

28. maddeye dokunulmaması yasanın sistematiğine uygun olmadığı gibi mezkur 28. maddeyi Anayasamızın 2. ve 10. maddelerine aykırı hale getirmiştir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna başvurulmasına karar verilmiştir.

…"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 422. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu kuralı da içeren 28. maddesi şöyledir:

" Madde 28- (Değişik: 23/1/2008-5728/422 md.)

Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

10 uncu madde gereğince verilecek bildirimde düzenleme kurulu üyesi olarak gösterilenlerden 9 uncu maddede belli edilen nitelikleri taşımayanlar, toplantı veya yürüyüşün yapılması hâlinde, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

11 ve 12 nci maddelerde yazılı görevleri yerine getirmeyen düzenleme kurulu üyeleri, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Güvenlik kuvvetlerine veya hükümet komiserine veya yardımcılarına veya hükümet komiseri tarafından toplantı veya yürüyüş safahatının teknik araç ve gereçlerle tespit için görevlendirilenlere bu görevlerini yaptıkları sırada cebir ve şiddet veya tehdit veya nüfuz ve müessir kuvvet sarfetmek suretiyle mani olanlar hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası hükmolunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 28.4.2011 tarihinde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa 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 Mahkeme, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28. maddesinin tamamının Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmüş ise de, başvuru kararları incelendiğinde, Mahkemenin kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak suçlarının nitelikli hallerinin 2911 sayılı Kanun'un 32. ve 33. maddelerinde, basit şeklinin ise 28. maddesinin birinci fıkrasında düzenlendiğini belirterek, 28. maddenin birinci fıkrasında 32. ve 33. maddelere göre daha fazla ceza öngörülmesinin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürdüğü, bu nedenle iptal başvurusunun 28. maddenin birinci fıkrasına yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Zira 28. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, düzenleme kurulu üyelerinin, son fıkrası ise güvenlik kuvvetlerine veya hükümet komiserine veya yardımcılarına veya hükümet komiseri tarafından toplantı veya

yürüyüş safahatının teknik araç ve gereçlerle tespit için görevlendirilenlere bu görevlerini yaptıkları sırada cebir ve şiddet veya tehdit veya nüfuz ve müessir kuvvet sarfetmek suretiyle mani olanların cezalandırılmalarını düzenlemekte olup, dosyaya konu olaylarda, sanıklar bu suçlardan değil, yasa dışı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılmaları nedeniyle yargılanmaktadır. Dolayısıyla 2911 sayılı Yasa'nın 28. maddesinin ikinci, üçüncü ve son fıkraları bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliği taşımamaktadır.

Açıklanan nedenlerle,

1- 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 422. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin ikinci, üçüncü ve son fıkralarının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine, OYBİRLİĞİYLE,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 422. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasının esasının incelenmesine, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Fettah OTO ile Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 422. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasının iptaline karar verilmesi istemiyle açılan 2011/40 esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2011/39 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2011/39 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 28.4.2011 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, Anayasa Mahkemesi Raportörü Hakan ATASOY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

İtiraz konusu kural ile kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenlemek, yönetmek ve bunların hareketlerine katılmak suçu düzenlenmiştir. Seçimlik hareketli olan bu suçun oluşması için failin "düzenlemek", "yönetmek" veya "katılmak" hareketlerinden birini yapmış olması yeterlidir. Maddede bu suçu işleyenlerin, fiil daha ağır bir cezayı gerektiren ayrı bir suç teşkil etmediği takdirde bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır.

2911 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenlemek" fiili; hazırlıklar da dahil olmak üzere toplantı veya yürüyüşün yapılabilmesi için gerekli her türlü işlemi yapmak; "yasadışı toplantı ya da gösteri yürüyüşünü yönetmek" fiili; topluluğun dağılmaması, amaçlanan doğrultuda devam etmesi için topluluğa ya da etkin bazı kişilere gerekli talimatları vermek, duruma göre inisiyatif geliştirmek, gerekli idare işlemlerini yapmak, topluluğu hareketlendirmek ve yönlendirmek; "kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşünü düzenleyen ve/veya yönetenlerin hareketlerine katılmak" fiili ise, bu toplantı veya yürüyüşü düzenleyen ve yönetenlerden olmamakla birlikte, bizzat toplantı ve yürüyüşte hazır bulunarak bu kişilerin hareketlerini paylaşmak anlamına gelmektedir.

Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşüne silahsız katılmak suçu 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinde, silahlı katılmak suçu ise 33. maddesinde düzenlenmiş ve her iki maddede de bu suçları işleyenlerin altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları hükme bağlanmıştır. Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılmak suçunun oluşması için kolluk görevlilerinin ihtar ve zor kullanmasına rağmen yasadışı toplantı veya gösteriye katılan kimsenin eylemini sürdürmesi koşuldur. 28. maddede ise, yasadışı gösteriyi düzenleme ya da yönetme eylemine katılanlar, kolluk görevlilerinin herhangi bir uyarı ve zor kullanmasına gerek kalmadan, sırf bu katılma fiilleri nedeniyle cezalandırılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşüne katılmak suçları ile yasadışı toplantı veya gösteri yürüyüşünü düzenleyen ya da yönetenlerin hareketlerine katılmak suçları, birbirinden farklı suçlar olduğundan bunlar arasında suçun basit ve nitelikli hali şeklinde bir ayrım yapılmadığı anlaşılmaktadır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararlarında 2911 sayılı Kanun'un 32. ve 33. maddelerinin Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na muhalefet suçunun nitelikli hallerini, 28. maddesinin birinci fıkrası ise basit şeklini düzenlemesine rağmen, suçun basit şeklinin, nitelikli hallerine göre daha ağır ceza ile cezalandırılmasının Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmiştir.

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

Anayasa'nın 38. maddesinde ceza hukuku alanında yapılacak yasal düzenlemelerde kanun koyucunun suç ve cezalara ilişkin uyması zorunlu temel ilkeler belirlenmiştir. Bunlar, kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimsenin suçlu sayılmayacağı gibi ilkelerdir.

Hukuk devletinde kanun koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı, cezayı ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerin belirlenmesi gibi konularda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir.

Kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenlemek, yönetmek veya bunların hareketlerine katılmak suçunu işleyenlerin, kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşüne silahlı ya da silahsız katılmak suçunu işleyenlere nazaran daha ağır cezayla cezalandırılmalarını öngören itiraz konusu kural, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kalmakta olup, itiraz konusu kuralda Devletin cezalandırma yetkisi bakımından suç ve ceza arasında adil bir dengenin bulunması gereğini esas alan hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Kanun koyucu, kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanların fiilleri için, bu fiillerin niteliği, işlenme biçimi, toplumsal barışa ve kamu düzenine verdikleri zararı gözeterek, 32. ve 33. maddelerde düzenlenen eylemler için öngörülen cezalardan alt sınırlar bakımından daha ağır bir ceza belirlediği anlaşılmaktadır. Buna göre, itiraz konusu kuralda yer alan kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar ile 2911 sayılı Kanun'un 32. ve 33. maddelerinde düzenlenen kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşüne silahsız ya da silahlı katılanlar, işledikleri fiillerin niteliği, işlenme biçimi, toplumsal barışa ve kamu düzenine verdikleri zarar bakımından aynı konumda olmadıklarından, bu kişilerin alacakları cezanın farklı kurallara bağlı kılınması eşitlik ve hukuk devleti ilkelerine aykırı değildir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırı olmadığından iptal isteminin reddi gerekir.

VII- SONUÇ

6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 422. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 15.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞI OY GEREKÇESİ

İtiraz istemine konu 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 28. maddesi, kanuna aykırı olarak toplantı ve gösteri yürüyüşleri düzenleyen veya yönetenlerle bunların hareketlerine katılanlar yönünden bir yıl altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilmesini öngörmektedir. Madde ile ceza yaptırımı altına alınan husus, kanunsuz toplantı veya gösteri yürüyüşlerini düzenleme, yönetme ve bunların hareketlerine (yönetme ve düzenleme fiillerine) katılma olgularıdır. Kanunsuz toplantı veya gösteri yürüyüşlerine "düzenleme, yönetme ve bu hareketlere iştirak etme halleri hariç" katılma fiilleri ise aynı Kanunun 32. ve 33. maddelerinde düzenlenmiştir. Ne var ki 32. maddede bu suçun unsurları "… ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar etme…" şeklinde düzenlenmiş ve bu durumun gerçekleşmesi halinde altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür.

Davanın somutunda, itiraz mahkemesinin elindeki davada sanıkların fiillerinin kanunsuz toplantı veya gösteri yürüyüşü düzenleme, yönetme veya bu fiillere katılma değil; bu hallerin dışında, ihtara rağmen dağılmamakta ısrar etmek suretiyle kanunsuz gösteri yürüyüşüne iştirak etmekten ibaret bulunduğu, dolayısıyla anılan davanın sanıkları hakkında da 2911 sayılı Kanun'un 28. maddesinden açılmış bir iddianamenin bulunmadığı, dolayısıyla itiraz istemine konu 28. maddenin davada uygulanacak kural olmadığı açıkça görüldüğünden; başvurunun başvuran Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerektiği değendirildiğinden, çoğunluğun işin esasına geçilmesine dair kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Mehmet ERTEN
Üye Fettah OTO	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2011/105
Karar Sayısı : 2012/38
Karar Günü : 15.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Sinop Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 25.4.2006 günlü, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 68. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"... veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine..."* ibaresinin, Anayasa'nın 11., 35. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından, çocuklarının nüfus cüzdanlarının kaybolması nedeniyle kendisine verilen idari para cezalarının kaldırılması istemiyle açılan davada, itiraz konusu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mahkememizde görülmekte olan somut olayda başvuranın velayeti altındaki çocukları ... ve ...'nın nüfus cüzdanlarını kayıp olması nedeniyle yenisini çıkartmak için Sinop Nüfus İdaresine başvurduğunda, Nüfus idaresi başvuranın dilekçesine karşılık verdiği cevabi yazıda belirttiği üzere başvurana 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 68/1-b maddesine dayanarak idari para cezası düzenlemiştir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 41/4. maddesinde "Nüfus cüzdanı, yurt içinde ilçe nüfus müdürlüklerince ve yurt dışında dış temsilciliklerce kişilerin kendilerine, ergin olmayanların veli, vasi veya resmî

vekillik belgesi ibraz edenler ile bu Kanunun 17 nci maddesinde belirtilen, beyanla yükümlü kişilere Bakanlıkça tespit edilecek usûller çerçevesinde verilir." denilmekte, 68/1-b maddesinde "Nüfus olaylarını bildirme yükümlülüğü olup bu yükümlülüğünü bu Kanunda belirtilen süre içinde yerine getirmeyenlere, nüfus ve aile cüzdanlarını kaybedenlere ve nüfus cüzdanının geçerlilik süresinin son bulmasından itibaren altmış gün içinde bu cüzdanlarını değiştirmeyen kişilere veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine, yurt içinde ilçe nüfus müdürlüklerince, yurtdışında ise dış temsilcilik veya dış temsilciliklerde görevli memurlarca 50 YTL idarî para cezası verilir." denilmektedir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 68/1-b maddesi 2709 sayılı 1982 Anayasasının 38/7. ve 35. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Zira 2709 sayılı 1982 Anayasasının 38/7. maddesinde "Ceza sorumluluğu şahsidir." denilmekte, 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." denilmekte, 11. maddesinde "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." denilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20/1. maddesinde "Ceza sorumluluğu şahsîdir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz." denilmekle 2709 sayılı 1982 Anayasasının 38/7. maddesi bir kez daha vurgulanmıştır.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3/1-b maddesinde "Bu Kanunun; Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır." denilmekte, 11/1. maddesinde "Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idari para cezası uygulanamaz." denilmektedir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 68/1-b maddesinde belirtilen "...veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine, ..." cümlesi hem 2709 sayılı 1982 Anayasasının 38/7., 35., 11. maddelerine ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20/1. maddesine aykırılık teşkil etmekte hem de 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 11/1. maddesi ile de çelişmektedir. Zira bir yandan 15 yaş altındaki çocukların kabahat ehliyeti olmadığını kabul etmek diğer yandan ise bu sorumluluğu velisine yüklemek hukuka aykırılık teşkil etmektedir. Kaldı ki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 336. maddesine göre velayeti birlikte kullanan ve her biri velayet hakkına sahip olan anne ve babadan her hangi birini

velayeti altındaki çocukların eylemlerinden sorumlu tutmak da hem yukarıdan zikredilen ilgili kanunlara aykırılık teşkil etmekte hem de vicdanları rahatsız etmektedir.

2709 sayılı 1982 Anayasasının 152/1. maddesinde "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." denilmektedir.

2709 sayılı 1982 Anayasasının 38/7., 35., 11. maddelerine aykırılık teşkil eden 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 68/1-b maddesinde belirtilen "...veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine, …" cümlesinin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerektiği mahkememizce kanaat getirilmiştir.

Bu nedenle;

1- 2709 sayılı 1982 Anayasasının 38/7., 35., 11. maddelerine aykırılık teşkil eden 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 68/1-b maddesinde belirtilen "... veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine, ..." cümlesinin iptali için 2709 sayılı 1982 Anayasasının 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'ne BAŞVURULMASINA,

2- Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın GERİ BIRAKILMASINA,

3- Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi için dosya içeriği ve belgelerin onaylı birer suretinin (Anayasa Mahkemesinin 15.09.2009 tarih ve C.01.0.GNS-032-145/1170 sayılı yazısı dikkate alınarak Uyap Doküman Yönetim Sistemi üzerinden) ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

4- 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152/3. maddesinin amir hükmü gereği dosyanın Anayasa Mahkemesi, gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar verilmesinin beklenmesine, bu süre içinde karar verilmezse davanın yürürlükteki Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına,

Mahkememizce karar verilmekle, Anayasaya aykırılığını değerlendirilmesi yüksek mahkemenizden arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

25.4.2006 günlü, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 68. maddesi şöyledir:

"**İdarî para cezaları**

MADDE 68- (1) Bu Kanuna göre;

a) Nüfus olaylarını bildirmekle görevli olup, bu görevlerini bu Kanunda belirtilen süreler içinde yerine getirmeyen kamu görevlilerine, fiil başka bir suç oluştursa bile, nüfus memurunun teklifi üzerine o yerin ilçe nüfus müdürünün kararı ile 25 YTL idarî para cezası verilir.

b) Nüfus olaylarını bildirme yükümlülüğü olup bu yükümlülüğünü bu Kanunda belirtilen süre içinde yerine getirmeyenlere, nüfus ve aile cüzdanlarını kaybedenlere ve nüfus cüzdanının geçerlilik süresinin son bulmasından itibaren altmış gün içinde bu cüzdanlarını değiştirmeyen kişilere **veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine**, yurt içinde ilçe nüfus müdürlüklerince, yurtdışında ise dış temsilcilik veya dış temsilciliklerde görevli memurlarca 50 YTL idarî para cezası verilir.

c) Mülkî idare amirince bu Kanunun 50 nci maddesinde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen kişilere 250 YTL, gerçeğe aykırı beyanda bulunanlara 500 YTL idarî para cezası verilir.

(2) Yurt dışında verilen idarî para cezaları, işlem sırasında mahallî para karşılığı verildiği ülkede konsolosluk hasılatının tahsil edildiği para birimi üzerinden tahsil edilir.

(3) Bu Kanuna göre;

a) Her türlü doğal afet, gasp, hırsızlık, yangın ve terör nedeniyle nüfus ve

aile cüzdanlarının kaybedilmesi, nüfus olaylarının bildirim yükümlülüğünün yerine getirilememesi hallerinde,

b) Yetkili kurumların kimsesiz çocuklarla ilgili nüfus cüzdanı talepleri ve doğum bildirimlerinde,

c) Bu Kanunun 18 inci maddesinde belirtilen büyük ana, büyük baba veya kardeşlere ya da çocukları yanlarında bulunduranlar ile muhtarlara,

d) Bu Kanunun 31 inci maddesinde belirtilen Cumhuriyet savcılıklarına,

bu maddede belirtilen idarî para cezaları uygulanmaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 11., 35. ve 38. maddelerine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 20.10.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

İtiraz konusu ibarenin bulunduğu kuralda, nüfus olaylarını bildirme yükümlülüğü olup da bu yükümlülüğünü Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda

belirtilen süre içinde yerine getirmeyenlere, nüfus ve aile cüzdanlarını kaybedenlere ve nüfus cüzdanının geçerlilik süresinin son bulmasından itibaren altmış gün içinde bu cüzdanlarını değiştirmeyen kişilere veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine, yurt içinde ilçe nüfus müdürlüklerince, yurtdışında ise temsilcilik veya dış temsilciliklerde görevli memurlarca 50 YTL idari para cezası verileceği belirtilmektedir.

İtiraz konusu ibarenin bulunduğu kural kapsamına giren eylemlerden sorumlu olan kişilerin belirlenmesinde, 5490 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci, 15. maddesinin birinci ve ikinci ve 41. maddesinin dördüncü fıkralarının gözetilmesi gerekmektedir.

Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her kişinin yurt içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında dış temsilciliğe müracaatla kendisini nüfus kütüklerine yazdırmaya ve nüfus cüzdanı almaya mecbur olduğu, ergin olmayanların nüfus olaylarını yazdırıp nüfus cüzdanlarını almaya veli, vasi veya kayyımları, bunların bulunmaması halinde, çocukları yanlarında bulunduranlar ile 24.5.1983 tarihli ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanununun yetkili kıldığı kuruluş yetkililerinin görevli olduğu belirtilmektedir.

Kanun'un 15. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında; sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye'de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilciliğe bildirilmesinin zorunlu olduğu, bildirimin veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması halinde, çocuğun büyük ana, büyük baba veya ergin kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduranlar tarafından, doğumu gösteren resmi belgeye dayanarak yapılabileceği gibi sözlü beyana dayalı olarak da yapılabileceği öngörülmektedir.

Kanun'un 41. maddesinin dördüncü fıkrasında ise nüfus cüzdanının, yurt içinde ilçe nüfus müdürlüklerince ve yurt dışında dış temsilciliklerce kişilerin kendilerine, ergin olmayanların veli, vasi veya resmi vekillik belgesi ibraz edenler ile bu Kanun'un 17. maddesinde belirtilen, beyanla yükümlü kişilere bakanlıkça tespit edilecek usuller çerçevesinde verileceği ifade edilmektedir.

İtiraz konusu ibarenin bulunduğu kural, Kanunun 11. maddesinin birinci, 15. maddesinin birinci ve ikinci ve 41. maddesinin dördüncü fıkraları göz önüne alınarak birlikte değerlendirildiğinde, çocukla ilgili nüfus olaylarını bildirmek

ve nüfus cüzdanının geçerlilik süresinin son bulmasından itibaren altmış gün içinde bu cüzdanları değiştirmekle yükümlü olan kişilerin veli veya vasi olduğu anlaşılmaktadır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasında, *"Fiili işlediği sırada on beş yaşını doldurmamış çocuk hakkında idari para cezası uygulanmaz."* denildiği, itiraz konusu ibarenin bu hükümle çeliştiği, bir yandan on beş yaş altındaki çocukların kabahat ehliyeti olmadığını kabul etmek, diğer yandan ise bu sorumluluğu velisine yüklemenin hukuka aykırılık teşkil ettiği, velilerin velayeti altındaki çocuklarının eylemlerinden sorumlu tutulmasının kanunlara ve Anayasa'ya uygun olmadığı belirtilerek, itiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 11., 38. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi kabahatler hukuku açısından da Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin kabahat sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, yaptırımın ağırlaştırıcı ve hafifletici nedenlerinin belirlenmesi gibi konularda yasa koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır.

Anayasa'nın *"Suç ve cezalara ilişkin esaslar"* kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, *"Ceza sorumluluğu şahsidir."* hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel kurallarındandır. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı

cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.

Yasa koyucu itiraz konusu ibarenin bulunduğu kuralı, nüfus işlemlerinin düzenli olarak kaydedilmesini, bu işlemleri bildirmekle görevli olanların yükümlülüklerini vaktinde yerine getirmelerini, nüfus ve aile cüzdanlarının korunması açısından gerekli dikkat ve özenin gösterilmesini sağlamak için kamu yararı amacıyla öngörmüştür. Bunun yanında yasa koyucu, veli veya vasilerin velayet ve vesayet hukuku çerçevesinde çocuklar üzerindeki sorumluluklarını, çocuğun nüfus cüzdanını korumada gerekli dikkat ve özeni gösteremeyeceğini ve idari para cezasını ödeme gücünün olmamasını da gözeterek, nüfus ve aile cüzdanının çocuk tarafından kaybedilmesi eyleminde, veli veya vasiyi sorumlu tutmuştur. Bu düzenlemenin de anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

İtiraz konusu ibarenin yer aldığı kuralda belirtilen; nüfus olaylarını bildirme yükümlülüğünü bu Kanunda belirtilen süre içinde yerine getirmeme, nüfus cüzdanının geçerlilik süresinin son bulmasından itibaren altmış gün içinde bu cüzdanlarını değiştirmeme, çocuğa ait nüfus cüzdanının veli veya vasi tarafından kaybedilmesi eylemlerinde, eylemi işleyen kişiler veli veya vasi olduğundan cezaların şahsiliği ilkesine bir aykırılık bulunmamaktadır. Kuralda belirtilen nüfus ve aile cüzdanının çocuk tarafından kaybedilmesi eyleminde ise veli veya vasinin sorumluluğunun hukuki nedeni kendi kusurlarına dayanmaktadır. Bu kusur, çocuğa karşı dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmeme ya da yasak olan eylemin işlenmesine engel olamamaktan doğmakta ve böylece sorumlu tutulan veli veya vasinin davranışı ile meydana gelen sonuç arasında illiyet bağı da kurulmuş olmaktadır.

Bu durumda veli veya vasinin kusurlu davranışlarının sonucu olarak itiraz konusu ibarenin yer aldığı kuralda belirtilen eylemler nedeniyle idari para cezasının uygulanmasında ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu ibarenin Anayasa'nın 11. ve 35. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

25.4.2006 günlü, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 68. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 15.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/116
Karar Sayısı : 2012/39
Karar Günü : 15.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Akçaabat 2. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı vekili tarafından açılan babalık davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı ile davalılar arasında mahkememizde görülmekte olan babalık davasının görülmesi sırasında mahkememizce 03.06.2011 tarihli celse ara kararı ile davada uygulama yeri olan TMK 303. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilip somut norm denetimi için dosyanın Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine karar verilmiştir.

Soybağının tespitine ilişkin kurallar, kamu düzenine ait nüfus kayıtların doğru tutulması ve aile hukukunun evlenme yasağına ilişkin kurallarının uygulanması ile doğrudan ilgilidir.

Soybağının tespiti ve doğru olarak nüfus kütüğüne işlenmesi hukuk sistemimizde kamu düzenine ait kurallardandır. TMK.nun 303. maddesi ile

belirlenen süre geçtikten sonra, hak düşürücü sürenin kamu düzenine ait dava şartlarından olduğu da gözetildiğinde, hatalı veya eksik tescil edilmiş resmi nüfus kütük kayıtlarının düzeltilmesi imkanı ortadan kalkmaktadır. Bu durum kamu yararına açıkça aykırıdır.

Davamızda ise davacının davasını ispatladığı faraziyesinde, babasının hanesi ile nüfus kütüğünde irtibatı, hak düşürücü süre uygulandığında imkansız hale gelecek ve miras hukukundan kaynaklanan haklarını kullanamayacak bu amaçla açacağı davalar aktif husumet yokluğu nedeniyle reddedilebilecektir.

Anılan gerekçelerle ilgili yasa kuralının kamu düzenine ve Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olması nedeni ile iptali gerekmektedir. Saygı ile arz ederim. 17.10.2011"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun itiraz konusu 303. maddesi şöyledir:

"III- Hak düşürücü süreler

MADDE 303- Babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Ananın dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer.

Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde; hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar.

Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar.

Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 36. maddesine dayanılmış, 2. ve 17. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 17.11.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle davada uygulanacak kural ve sınırlama sorunu görüşülmüştür.

A- Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Bakılmakta olan dava, ergin çocuk tarafından açılan babalık davasıdır. Çocuğa daha önce kayyım atanmamış olup, başka bir erkek ile arasında soybağı ilişkisi de bulunmamaktadır. Bundan dolayı, Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları ile ikinci fıkrasının "Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde ... işlemeye başlar." bölümü davada uygulanacak kural değildir.

Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2011 günlü, 2010/71 Esas, 2011/143 Karar sayılı kararıyla, Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasının iptaline ve iptal hükmünün kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir. Dolayısıyla, itiraz konusu Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasının *"…hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte.."* bölümü hakkında daha önce inceleme yapılmış bulunmaktadır.

Bu nedenle,

1- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları ile ikinci fıkrasının "Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde ... işlemeye başlar." bölümünün, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralar ve bölüme ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

2- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasının *"...hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte..."* bölümü, 27.10.2011 günlü, E. 2010/71, K. 2011/143 sayılı karar ile iptal edildiğinden, itiraz konusu bu bölüm hakkında yeniden karar verilmesine yer olmadığına,

3- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin dördüncü fıkrasının esasının incelenmesine,

Oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Sınırlama Sorunu

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

İlk inceleme toplantısı sonucunda esasının incelenmesine karar verilen, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin dördüncü fıkrası, hem ana hem de çocuk tarafından açılacak babalık davalarında uygulanabilecek ortak bir kuraldır. Bakılmakta olan dava ise çocuk tarafından açılmış olan babalık davasıdır.

Bu nedenle, 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin dördüncü fıkrasına ilişkin esas incelemenin, "çocuk" yönünden sınırlı olarak yapılmasına 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:

A- İtiraz Konusu Kuralın Anlam ve Kapsamı

Soybağı, 743 sayılı önceki Medenî Kanundaki nesep sözcüğünün yerine 4721 sayılı Türk Medenî Kanun'u tarafından hukuk diline kazandırılan bir terim olup, biri geniş diğeri dar olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır.

Geniş anlamda soybağı, bir kimse ile onun ecdadı, üstsoyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı ifade eder. Dar anlamda soybağı ise, sadece çocuklar ile ana ve babaları arasındaki bağlantıyı, başka bir deyişle çocuğun ana ve babasına nisbetini ifade eder ki, Türk Medenî Kanunu'nun *"Aile Hukuku"* başlıklı ikinci kitabında düzenlenmiş olan soybağı da bu dar anlamdaki soybağıdır.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun soybağının hükümlerini düzenleyen 282. maddesinde, çocuk ile ana arasındaki soybağının doğumla, çocuk ile baba arasındaki soybağının ise ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulacağı belirtilmiştir. Ayrıca bu maddeye göre, soybağı evlat edinme yoluyla da kurulabilir. Çocuk ile babası arasında, anne ile evlenme, tanıma ve evlat edinme yoluyla soybağı ilişkisi kurulmasında babanın rızası bulunmaktadır. Babanın rızasının bulunmadığı durumlarda, çocuk ile babası arasında soybağının kurulması için hakim kararına ihtiyaç bulunmaktadır. Çocuk ile babası arasında soybağının kurulması için açılan bu davaya babalık davası denilmektedir.

Babalık davası ile ilgili hükümler Türk Medenî Kanunu'nun 301-304. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun'un 301. maddesinin birinci fıkrasında, çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ile çocuğun isteyebileceği belirtilmiştir. Kanun'un 303. maddesinin birinci fıkrasında ise babalık davasının, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabileceği,

ananın dava hakkının, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşeceği, ikinci fıkrasında, çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa çocuk hakkında bir yıllık sürenin atamanın kayyıma tebliği tarihinde, hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlayacağı, üçüncü fıkrasında, çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa bir yıllık sürenin bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlayacağı, itiraz konusu dördüncü fıkrasında ise, bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabileceği öngörülmektedir.

Kanun'un 303. maddesinde babalık davası için öngörülmüş olan süreler hak düşürücü sürelerdir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, soybağının tespitine ilişkin kuralların kamu düzenini ilgilendirdiği, itiraz konusu kuralda öngörülen süre geçtikten sonra nüfus kaydının düzeltilmesi imkânının ortadan kalktığı, bu durumun kamu yararına açıkça aykırı olduğu, davada davacı davasını ispatlasa dahi, hak düşürücü süre uygulandığında babasının hanesi ile nüfus kütüğünde irtibatının imkânsız hale geleceği, dolayısıyla miras hukukundan kaynaklanan haklarını kullanamayacağı, bu nedenle itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 17. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

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

Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* başlıklı 17. maddesinde, *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* denilmektedir. Buna göre kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez

temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete görev olarak verilmiştir.

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

İtiraz konusu kuralda, çocuğun babalık davası açması için öngörülen bir yıllık sürenin geçmesinden sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabileceği belirtilmektedir. Kuralda öngörülen ek dava açma süresi, yargılama usulüne ilişkin olup, soybağı davalarında dava açma süresini belirleyip belirlememe yetkisi, Anayasa'daki kurallara bağlı kalmak ve adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmek koşuluyla yasa koyucunun takdirindedir.

Yasa koyucu, soybağı davalarında dava açma süresine ilişkin hükümleri düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise *"elverişlilik"*, "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *"Elverişlilik"*, getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*", getirilen kuralın, ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise getirilen kural ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesi nedeniyle yasa koyucu, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Bu nedenle, yasa koyucu, bir yandan çocukların; babalarını bilmelerini, babalarının nüfusuna yazılmalarını ve bunun getireceği haklardan yararlanmalarını sağlamak, diğer yandan da davalı babanın ve ailesinin uzun süre dava tehdidi altında kalmalarını önlemek amacıyla babalık davasında çocuğa verilen ek dava açma süresini makul bir süre olarak belirlemeli ve her iki tarafın özgürlükleri arasında adil bir denge kurmalıdır.

Ayrıca, Anayasa'da düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile Devlet'in herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi

için gerekli şartları hazırlama görevi göz önüne alındığında; kişi evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir.

İtiraz konusu kuralda, çocuğa dava açmak için tanınan bir yıllık sürenin haklı bir sebeple kullanılamaması durumunda bunun yerine bir aylık, çok sınırlı bir ek süre öngörülmüştür. Hak düşürücü niteliğinden dolayı da çok sınırlı olan bu sürenin geçmesinden sonra çocuk, babası ile arasında soybağını kurma ve buna bağlı haklara sahip olma olanağını yitirecektir. Bu nedenle, çocuğun maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlayan itiraz konusu kuralda öngörülen süre adil, ölçülü ve makul değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 17. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

VI- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

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

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin dördüncü fıkrasının "çocuk" yönünden iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VII- SONUÇ

1- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin dördüncü fıkrasının "çocuk" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serruh KALELİ'nin karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 4721 sayılı Kanun'un 303. maddesinin dördüncü fıkrasının "çocuk" yönünden iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkraya ilişkin İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

15.3.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY

Başvuran mahkeme 4721 sayılı Yasa'nın 303. maddesinin Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı nedeniyle iptal istemi ile başvurmuş ise de,

Maddenin ikinci fıkrasının "...hiç kayyum atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte ..." bölümü Anayasa Mahkemesi'nin 27.10.2011 gün ve 2010/71 E. 2011/143 sayılı kararı ile iptal edilmiş olduğu için bölüm hakkında yeniden karar verilmesine yer olmadığı kararı ile davada uygulanacak kural ilkesi nedeniyle yalnızca maddenin dördüncü fıkrasının esasının "çocuk" yönünden sınırlı olarak incelenmesine 17.11.2011 tarihinde karar verilmiştir.

Önceki 2010/71 E., 2011/143 K. sayılı dosya başvurusunda, kişinin soy bağını bilmesinin en temel haklardan birisi olduğu kişinin babası olmayan birisi üzerine kaydedilmesi ve bunu daha sonra öğrenmesi durumunda dava açma hakkının itiraz konusu kural ile belli bir süreyle sınırlandırılmasının hak arama özgürlüğünü sınırladığı iddiasında bulunmuştur.

Mahkememizde anılan davada, kullandığı gerekçede kural ile gelen sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlüğü arasında olması gereken adil dengenin gözetilmeyip ölçülülük ilkesine uyulmadığını, hak arama özgürlüğünün zarar görmemesi için yasa koyucunun kullandığı taktir yetkisi kapsamında ki sürenin makul olması gerektiğini savunarak itiraz konusu kural, oyçokluğu ile iptal etmiştir. Anılan ve bakılan bu davada itirazen iptali istenen kural, Medeni Yasa'nın soy bağının kurulması başlıklı birinci bölümünün kurguladığı sistem içinde yer almış, "tanıma ve babalık hükmü" başlıklı ikinci kısmın üçüncü ayrımında yer alan iptali istenen 303. madde ise babalık hükmünde hak düşürücü süre başlığı altında dört fıkradan oluşan bir madde olarak ifade edildiği görülmüştür.

Madde bütünü incelendiğinde, ananın dava açma hakkının doğumdan itibaren bir yıl olduğu, aynı süre esas alınarak kayyum atanmış çocuklarda atamadan sonraki bir yıl, atanmamış ise çocuğun ergen olduğu tarihten sonra işleyen bir yıl, çocuğun bir başka erkek ile soy bağı ilişkisi var ise bir yıllık sürenin bu süre kalktıktan sonra işlemeye başlayacağını söyleyerek dava açmada hak düşürücü sürenin 1 yıllık bir zaman süreci olarak tüm olası haller için genel ve ORTAK bir anlayış ve yeterlilik takdiri içinde kullanıldığı, tüm bu genel kuralın istisnası olarak da dördüncü fıkrada hak düşürücü sürenin kullanılamamasını

haklı kılan bir sebebin varlığının tespiti halinde ise sebebin ortadan kalkmasını TAKİBEN BİR AYLIK ek bir dava açma süresinin İSTİSNAİ HAL olarak normatif düzene yerleştirildiği görülmektedir.

Yasa koyucunun, Medeni Yasa'nın iptali istenen 303. maddesinin de yer aldığı soy bağı kurulması başlıklı bölümünün altında düzenlediği kurallar arasında herhangi bir ayrım yapmadan birçok maddesinde mahkemece makul bulunmayan aynı bir yıllık süreyi kullandığı görülmektedir. Yasa'nın 285., 291., 300., 303., 319. gibi tüm ilgili maddelerinde hak düşürücü sürenin bir yıl olduğunu ortak bir anlayış ile kurala bağlamış bir yıllık sürenin kullanılmasındaki kesinliği kaldıran istisnai hallerin ise diğer fıkralarda, ifade edildiği bir düzen kurduğu görülmektedir.

Mahkememiz önceki 2010/71 E., 2011/143 K. sayılı 303. maddenin ikinci fıkrasının son cümlesinin iptaline ilişkin kararında, Anayasa'da belirlenen kurallara bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçümlerini gözetmek koşulu ile soy bağı davalarında yargılama usulüne ilişkin olduğunu kabul ettiği dava açma süresinin belirleme yetkisinin yasa koyucuda olduğunu söylemektedir.

Ancak bu kararda çoğunluğu iptale götüren düşüncede davacı kişinin, maddi manevi varlığı geliştirme hakkı nedeniyle babalık davasını açabilecek iken, davalı babayı da sürekli dava tehdidi altında bırakmayacak, makul bir süre içinde dava açma hakkının kullanılabilmesi gerektiğini, ancak sürenin hak düşürücü olup çocuğun soy bağı kurma olanağını yitirmesi olasılığı ile kuralda öngörülen ergenlikten sonraki bir sene sürenin dava açmak için kısa olduğuna işaret eden bir karar verdiği görülmektedir. Yani yasa koyucuya (bir yıl az benim kabul edilebilir bulacağım bir süre olmalıdır) diyerek sistem bütününden aynı maddenin dördüncü fıkrasının getirdiği ölçülü, tolereli, hakkaniyet ve adil hal hükümlerini uygulatan fıkrayı, madde bütününü Medeni Kanun sistematiğini görmeyi tercih etmemiştir.

Nitekim 303. maddenin ilk üç fıkrası yönünden ortak olan dördüncü fıkrasının kurala getirdiği denge ile bir yıllık süre dışında gecikmeyi haklı kılan sebebin varlığı halinde meşru nedenlerle her zaman babalık davası açabilme haline işaret edilerek çocuk ile baba arasında soy bağı kurulması bir hak olmakla birlikte bu hakkın kullanımının ihlal edildiğini söylemeye imkan olmadığını ve yasa koyucu değişik ihtimalleri gözeterek dava hakkı tanıdığının açıklığı

karşısında kuralda anayasal bir aykırılığın bulunmadığı kanaati ile çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Hal böyle iken aynı maddenin (303. maddenin dördüncü fıkrasının) çocuk yönünden esas denetimi yaptıran 2011/116 sayılı işbu dava dosyamızda da gecikmeyi haklı kılan haklı sebebin varlığının ortadan kalkmasından sonra başlayan dava açmak için verilen ek BİR AYLIK sürede makul ve ölçülü görülmeyerek oy çokluğu ile iptal edilmiştir.

Medeni Yasa'nın toplumsal düzende kavranması ve işlevini yerine getirebilmesi için belirli bir seviyede kuralları arasında ortak tutarlılığa usul ve kapsadığı alan ve içerik yönünden temel ilkelere sahip olması gerekir. Aile hukukuna ilişkin soy bağının kurulması, babalığın tanınması v.b, zorunlu düzen kurallarının oluşmasında öngörülen ortak payda da yasa koyucunun tercih ettiği politika ve düzenleme amacı pragmatik bir tutarsızlığa düşmemelidir.

Pozitif normun hak düşürücü süre başlığında öngördüğü süreye ölçüsüz denebilmesi, hukukta ölçülülüğü elverişli/gerekli/orantılı unsurlarından sadece birinin tanımı ya da yarattığı hukuki beklenti ile özdeşleşmiyorsa, (düzenlemeyi ortadan kaldıran İPTAL KARARI ile yasa koyucu yerine geçilmeyecek ise) ölçülükten beklenenin nelerden ibaret olması gerektiği de belirtilmelidir. Böylece iptal sonucu gelecek yeni yasa kural insan hayatının, davranışlarının belirlenmesinde, tercihlerde anayasal meşruluğa ya da kabule uygun, yakın düzenlemeler ile yasa koyucuya yönlendirme pratiğinde hizmet etmiş olmalı, tahmin edilebilir yasal çerçeve çizmesi beklenmelidir.

Ölçüsüzlük yorumunun güvenli bir ölçütü yoktur. Medeni Kanun'un 303. maddesinin getirdiği düzenlemede, kullandırılan hak yönünden işlevsel, mantıki bir sistem nitelenerek kural haline getirilmiştir. Ahlaki içeriği, zorunluluğu Medeni Yasa'nın kabul ettiği sistematiğe uygun genel davranış ilkeleri ile şekillenmiş önceden bilinebilir, anlaşılabilir açık, benzer tanımlı eylemler ve hukukları yönünden eşit ve doğal adalet duyguları ile uyumlu bir ifası vardır. Bir kuralın ölçüsüzlüğü ifadesi onun hakkaniyetsiz, adaletsiz, hukuk devleti gereklerini karşılayamayan nitelikte olduğu söylemini içerir. Bir yorumda bu yaklaşımın kabul görmesi halinde ise devlet karşısında korunan birey özgürlüğü ile çatışan bir alan çıktığında ve bunun mahkemece tespitinde normun ulaştırmayı istediği amaç da eksik olanın teorisinin, sınırlarının öngörülmesi gerektiği düşünülmektedir.

Örneğin bir aylık süre sahip olunacak haklara ulaşmayı engelleyen mahkememiz kabulüne göre adil, makul ve ölçülü olmayan bir sınırlı süre ise her yapılan yeni düzenlemede kayba uğrayan hak ile sınırlama kuralının koruduğu yarar dengesini ne ile ölçülecek, kıstas olarak neler ele alınacak, dengeyi oluşturmaya çalışırken terazinin kefelerine konacak birimler neler olacaktır?

Çatışma alanlarında orantısızlık ölçüsüzlüğün genelde yaklaşılan en öncelikli ilkelerinden biri olmakla beraber iptal edilen kararda bir aylık ek dava açma süresinin neye oranla ölçüsüz olduğunun ifadesi yoktur.

Anayasa'nın 17. maddesi ile korunan maddi manevi varlığı geliştirme hakkı devredilemez ve vazgeçilemez ise de kapsamı kamusal yarar ve sosyal niteliği nedeniyle toplumsal denge adına kollanmak ve gözetilmek zorundadır. Anayasa'nın 36. maddesinin yarattığı hak arama özgürlüğü de diğer temel hak ve özgürlüklerden yararlanılması noktasında etkili bir güvence olsa da o hakların kullanılma niteliği de birlikte değerlendirilmeye alınmak zorundadır.

Anayasa'nın 40. maddesinde hak ve hürriyeti ihlal edilmiş herkese yetkili makama gecikmeden başvurma ödevi ve imkanının sağlanmasını isteme hakkı getirdiği düzende Medeni Kanun'un ilgili bölümünde soy bağının kurulmasına ilişkin hükümlerde tüm benzer diğer hükümler yönünden getirilen ortak ölçü sisteminde bir farlılık oluşturmayan iptali istenen düzenlemede yer alan ek sürenin hakka ulaşmada bir engel getirmediği ve korunan düzen ile ulaşılacak hak arasında makul bir denge öngördüğü kaldı ki, 303. maddenin ikinci fıkrasının daha önce Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmesi ile çocuk yönünden hakka kavuşmak adına dava açmasını engelleyen bir süre sınırı da kalmayıp ek dava açma süresine ihtiyaç kalmadığı nedenleri ile çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2011/128
Karar Sayısı : 2012/40
Karar Günü : 15.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Diyarbakır 2. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Diyarbakır ilinde bulunan bina inşaatında meydana gelen iş kazası nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumunca hak sahiplerine bağlanan gelir, ödenen geçici iş göremezlik ödeneği ve yapılan hastane masrafları sonucunda ortaya çıkan Kurum zararı için davalılar aleyhine açılan rücuen tazminat davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptal için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İptali istenen 5510 sayılı Yasanın 21. maddesi 4. fıkrası "İş kazası meslek hastalığı ve hastalık üçüncü bir kişinin kusuru nedeni ile meydana gelmişse sigortalıya ve hak sahiplerine bağlanan veya ilerde yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru var ise bunları çalıştıranlara rücu edilir." hükmünü içermektedir.

5510 sayılı Yasanın 21. maddesi 4. fıkrası hükmü aşağıdaki sebeplerle mahkememizce Anayasa'ya aykırı görülmüştür:

Anayasa'nın 10. maddesi 1. fıkrası "Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."; 4. fıkrası "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde Kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmünü içermektedir. 5510 sayılı Yasanın 21. maddesi 4. fıkrasında üçüncü kişilerin sorumluluğu düzenlenmiş kusurları olması durumunda meydana gelen zararın yarısı oranda rücu edileceği belirtilmiş ancak maddede kusur oranının miktarı hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolaysıyla kusuru çok düşük miktarda olan ve zarara sebebiyet veren üçüncü kişiyle kusuru yüksek olan ve zarara sebebiyet veren üçüncü kişi aynı miktarda zarardan sorumlu tutulmuştur. Bu nedenle bu düzenleme mahkememizce Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı görülmüş olup, davacı vekilinin Anayasaya aykırılık iddiası Mahkememizce ciddi görülmekle bu hususta karar verilmek üzere dosya örneğinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine 03/06/2011 tarihli ara kararı gereğince karar verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun iptali istenilen fıkrayı da içeren 21. maddesi şöyledir:

"İş Kazası ve Meslek Hastalığı İle Hastalık Bakımından İşverenin ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğu

Madde 21- İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

İş kazasının, 13 üncü maddenin ikinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen sürede işveren tarafından Kuruma bildirilmemesi halinde, bildirim tarihine kadar geçen süre için sigortalıya ödenecek geçici iş göremezlik ödeneği, Kurumca işverenden tahsil edilir.

Çalışma mevzuatında sağlık raporu alınması gerektiği belirtilen işlerde, böyle bir rapora dayanılmaksızın veya eldeki rapora aykırı olarak bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılan sigortalının, bu işe girmeden önce var olduğu tespit edilen veya bünyece elverişli olmadığı işte çalıştırılması sonucu meydana gelen hastalığı nedeniyle, Kurumca sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneği işverene ödettirilir.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık, üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı, zarara sebep olan üçüncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara rücû edilir.

İş kazası, meslek hastalığı ve hastalık; kamu görevlileri, er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç olmak üzere, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler veya bağlanan gelirler için kurumuna veya ilgililere rücû edilmez. Ayrıca, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölümlerde, bu Kanun uyarınca hak sahiplerine bağlanacak gelir ve verilecek ödenekler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kusuru bulunan hak sahiplerine veya iş kazası sonucu ölen kusurlu sigortalının hak sahiplerine, Kurumca rücû edilmez."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış; 2., 49. ve 60. maddeleri ile ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 8.12.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

1- Kuralın Anlam ve Kapsamı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "üçüncü kişi" terimi; kazaya, hastalığa veya meslek hastalığına uğrayan sigortalı ile bunun işvereni dışında kalan tüm kişileri ifade etmektedir. İtiraz konusu kurala göre; üçüncü kişiden talep edilecek rücu tazminatı miktarının üst sınırı, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısıdır. Bu sebeple Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK), sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı ödemelerin bu miktarı geçen kısmını isteyemez.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun mülga 26. maddesi ve 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinde, işveren ve üçüncü kişinin sorumluluğu kusur esasına dayandırılmıştır. 506 sayılı Kanun'un uygulamasında SGK tarafından açılan rücu davalarında sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ya da ilerde yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki sermaye değeri toplamının işveren ve üçüncü kişilerin *kusur oranlarına* isabet eden miktarının, bu kişilerden istendiği görülmektedir. İş kazası ve meslek hastalığı sebebiyle oluşan zarardan birden ziyade kimsenin sorumlu olması halinde, SGK'nın alacağı, sorumluların kusur oranına göre tevzi ve taksim olunmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun bu konudaki en eski kararlarında hâkimin *müterafık kusuru* dikkate almakla yükümlü olduğu açıklanmıştır (YİBGK, 31.3.1954 T. E.1953/17 K.1954/10 ve YİBGK, 22.6.1966 T. E.1966/7 K.1966/7 sayılı kararlar). Yeni tarihli Yargıtay içtihatlarında da SGK'nın, sigortalı veya hak sahiplerine bağladığı gelirin ilk peşin sermaye değerinin tazmin sorumlularının kusuruna isabet eden miktarını isteyebileceğine karar verilmiştir (YHGK, 1.7.2009 T. E.2009/10-270 K.2010/14; YHGK, 27.1.2010 T. E.2010/10-10 K.2009/313; Yarg. 10. HD., 3.3.2011 T. E.2009/11974 K.2011/2752).

Sonuç olarak itiraz konusu kurala göre SGK, iş kazası, meslek hastalığı ve hastalığın meydana gelmesinde üçüncü kişinin kusuru bulunması halinde, sigortalıya ve hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısının üçüncü kişinin kusur oranına isabet eden kısmını talep edebilmektedir.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinin dördüncü fıkrasında iş kazası ve meslek hastalığı sebebiyle açılan rücu davalarında, meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığında üçüncü kişinin kusurlu olması hâlinde oluşan zararın yarısı oranında rücu edileceğinin düzenlendiği, böylece üçüncü kişilerden kusuru çok düşük olan ile kusuru çok yüksek olanın aynı miktarda zarardan sorumlu olacağı, bu sebeple düzenlemenin Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 49. ve 60. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin "*… demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti*" olduğu belirtilmiştir. Anayasa'nın 49. maddesinde "*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.*" denilmiş, 60. maddesinde "*Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.*" hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan sosyal devlet, toplumdaki güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği ve toplum dengesini sağlamakla yükümlü devlettir. İtiraz konusu kural uyarınca, iş kazası, meslek hastalığı veya hastalık üçüncü bir kişinin kusuru nedeniyle meydana gelmişse, SGK tarafından bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı üçüncü kişiden tahsil edilmekte, diğer yarısı ise SGK üzerinde kalmaktadır. Böylece sosyal devlet ilkesine uygun olarak, çoğunlukla SGK'nın sigortalısı olup prim ödeyen, kusurlu davranışı ile iş kazası, meslek hastalığı veya hastalığa neden olan üçüncü kişilerin, çalışma yaşamlarını sürdürebilmeleri

ve prim ödemeye devam etmeleri sağlanarak, ücretli olan bu kişilerin altından kalkamayacakları büyük külfetler altına girmeleri önlenmek istenmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu, Anayasa'nın 60. maddesinin tüm yurttaşlar yararına Devlete yüklediği sosyal güvenlik hakkını sağlama ödevini, yurttaşlardan bir bölümü yönünden yerine getirmek ve yine Anayasa'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasındaki Devlete çalışma hayatı ve çalışanlar yararına yüklenen ödevlerin gereklerinden bir bölümünü gerçekleştirmek üzere kurulmuştur. SGK'nın bu işlevlerini yerine getirebilmesi ve sosyal sigorta yardımlarının yetersiz kalmaması için, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde sigortalı ve işveren primleri yönünden Devlet tarafından desteklenmesinin usul ve esaslarına yer verilmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinin birinci fıkrasında, meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığında işverenden ilk peşin sermaye değeri toplamının işverenin kusuruna isabet eden kısmının talep edileceği düzenlenmişken; itiraz konusu 21. maddesinin dördüncü fıkrasında üçüncü kişiden ilk peşin sermaye değerinin yarısının üçüncü kişinin kusuruna isabet eden kısmının talep edileceği düzenlenmiştir. SGK'nın rücu alacağının hesaplanmasında, emek gelirleri düşük olan ve SGK'ya prim ödeyen üçüncü kişilerin karşılaşacakları sosyal riskler karşısında yoksulluğa düşmemeleri için sorumluluklarının işverene göre daha hafif olarak belirlenmesi ve SGK'nın yapacağı giderlerin bir kısmının Devlet tarafından karşılanması Anayasa'nın yukarıda anılan maddeleriyle uyum içindedir.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2., 49. ve 60. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 15.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/26
Karar Sayısı : 2012/41
Karar Günü : 15.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bakırköy 3. Çocuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle, 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 34. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 34/A maddesinin,

2- 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine eklenen "*Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz*." biçimindeki fıkranın,

3- 8. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın,

4- 9. maddesiyle, 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin (4) numaralı fıkrasının sonuna eklenen "*Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz*." biçimindeki cümlenin,

5- 10. maddesinin,

Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Suça sürüklenen çocuklar hakkında *"silahlı terör örgütüne üye olma, örgüt propagandasını yapma, tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma veya el değiştirme"* suçlarını işledikleri iddiasıyla açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İstanbul C.Başsavcılığı 25/02/2010 tarih, 2010/416 - 215 esas sayılı iddianamesi ile suça sürüklenen çocuklar hakkında "silahlı terör örgütüne üye olma, örgüt propagandası yapma, tehlikeli maddeleri izinsiz olarak bulundurma veya el değiştirme" atılı suçları ile ilgili olarak kamu davası açılmıştır. İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi (CMK'nun 250. maddesi ile görevli) 12/08/2010 tarih, 2010/164 esas, 2010/163 karar sayılı kararı ile 6008 sayılı Yasa ile CMK'nun 250. maddesine eklenen 4. fıkrası göz önünde bulundurularak dosyanın tefriki ile yaşı küçük sanıklar hakkında görevsizlik kararı vermiş, dosyayı Bakırköy 2. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesine göndermiştir. Bakırköy 2. Çocuk Ağır Ceza Mahkemesi 08/09/2010 tarih, 2010/367 esas, 2010/143 karar sayılı kararı ile görevsizlik kararı vermiş, dosya mahkememize intikal etmiştir.

6008 sayılı Kanun ile getirilen yeni düzenleme Anayasanın 10. maddesine açıkça aykırıdır. Bu sebeple iptali gerekir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesinde; "Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir." hükmü yer almaktadır.

Ceza hukukunun temel ilkelerini özetleyecek olursak;

Ceza hukukun en önemli iki temel ilkesi suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve suçta ve cezada kusur ilkesidir.

1- Suçta ve cezada kanunilik ilkesi (nulla poena sine lege);

Suç ve bunun karşılığı olan cezanın ancak kanun ile belirlenmesidir. Bu temel ilke, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır: "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz." Bu da suç tanımının belirgin ve açık biçimde kanunla düzenlenmesini gerektirir. Belirsiz ve muğlak ifadelerle suç tanımlanamaz (nulla poena sine lege certa).

Kanunilik ilkesinin gerektirdiği bir başka şart da, aleyhe olan kanunun geçmişe yürüyemeyeceğidir. Yani, işlendiği sırada suç olmayan bir fiilden dolayı, sonradan fiilin suç olarak düzenlenmesi nedeniyle kimse cezalandırılamaz (nulla poena sine lege praevia).

Gene kanunilik ilkesinin getirdiği bir başka koşul da failin aleyhine kıyas yasağıdır. Hukuk biliminde kıyas, kanunda boşluk bulunması halinde bu boşluğun en benzer hukuk kuralı bulunarak doldurulmasını ifade eder. Ceza hukukunda kıyas, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin 3. fıkrasında "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz." şeklinde belirtildiği üzere uygulanamaz (nulla poena sine lege stricta).

2- Suçta ve cezada kusur ilkesi;

Ceza hukuku anlamında kusur, bir fiilin isnat yeteneği mevcut bir kimse tarafından bilerek ve istenerek işlenmesidir. Yani, failin cezalandırılabilmesi için fiili bilerek ve isteyerek yapmış olması gerekir. Bu ilkeden de ancak fiili bizzat-işlemiş failin cezalandırılabileceği ilkesi türetilmiştir. Bu ilke de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinin 1. fıkrasında yer almaktadır: "Ceza sorumluluğu şahsîdir. Kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz."

Suçun unsurları;

Bir fiilin cezalandırılacak bir suç teşkil etmesi için belli unsurların mevcut olması gerekir. Suçu oluşturan temel unsurlar, kanuni unsur, maddi unsur, hukuka aykırılık unsuru ve manevi unsurdur.

1- Kanuni unsur (tipiklik);

Kanuni unsur, işlenmiş bulunan bir fiilin ceza kanununda düzenlenen suç tanımına birebir uygun olmasıdır. Bu unsura tipiklik adı da verilmektedir. Örneğin, hırsızlık suçunun gerçekleşmesi için failin "zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alması" gerekir. Kanunda tanımlanan bu unsurlardan biri yoksa, mesela alınan malın zilyedinin rızası varsa, hırsızlık suçunun kanuni unsuru oluşmaz.

2- Maddi unsur (hareket/fiil);

Suçun meydana gelebilmesi için failin bir fiil işlemesi gerekir. Fiilden kasıt, insanın kendi iradesiyle dış dünyayı değiştiren bir iş ortaya çıkarmasıdır. Mesela refleks hareketleri veya epilepsi hastasının bilincini kaybettiğinde gerçekleştirdiği hareketler fiil unsuru taşımaz.

3- Hukuka aykırılık unsuru;

İşlenen fiil hukuk düzeniyle uyuşmazlık içindeyse hukuka aykırılık unsuru tamamlanır. İlke olarak kanuni unsuru gerçekleştiren bir hareket hukuka aykırıdır. Ancak, ceza hukuku hukuka aykırılığa bir takım istisnalar getirerek, kanuni unsuru tamamlayan bazı fiillerin hukuka uygun olacağını belirlemiştir, bunların başlıcaları şunlardır:

Kanunun hükmü ve amirin emri (TCK m. 24/1)
Meşru savunma ve zorunluluk hâli (TCK m. 25)
Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası (TCK m. 26)

4- Manevi unsur (kusur);

Suçu gerçekleştiren son unsur kanuni tipikliği mevcut hukuka aykırı fiilin isnat yeteneği var olan bir kimse tarafından bilerek ve isteyerek yapılmasıdır. Bu unsur aynı zamanda, ceza hukukunun evrensel ilkelerinden biri olan kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesinin suçu oluşturan unsurlara yansımasıdır.

5237 SAYILI KANUNUN IKINCI BÖLÜMÜNDE CEZA SORUMLULUĞUNU KALDIRAN VEYA AZALTAN NEDENLER (İSNAT YETENEĞİNİ ETKİLEYEN FAKTÖRLER) düzenlenmiştir. Buna göre;

KANUNUN HÜKMÜ VE AMİRİN EMRİ

Madde 24- (1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.

(2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.

(3) Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.

(4) Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.

MEŞRU SAVUNMA VE ZORUNLULUK HÂLİ

Madde 25- (1) Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hâl ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

(2) Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.

HAKKIN KULLANILMASI VE İLGİLİNİN RIZASI

Madde 26- (1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.

(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.

SINIRIN AŞILMASI

Madde 27- (1) Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması hâlinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa,

taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur.

(2) Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez.

CEBİR VE ŞİDDET, KORKUTMA VE TEHDİT

Madde 28- (1) Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hâllerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.

HAKSIZ TAHRİK

Madde 29- (1) 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 hâllerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.

HATA

Madde 30- (1) Fiilin icrası sırasında suçun kanunî tanımındaki maddî unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hâli saklıdır.

(2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hâllerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır.

(4) (Ek fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./4. mad) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz.

YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

Madde 31- (1) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir.

(2) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./5. mad) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanların işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamaması veya davranışlarını yönlendirme yeteneğinin yeterince gelişmemiş olması hâlinde ceza sorumluluğu yoktur. Ancak bu kişiler hakkında çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur. İşlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılama ve bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin varlığı hâlinde, bu kişiler hakkında suç ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde dokuz yıldan onbir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların yarısı indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası yedi yıldan fazla olamaz.

(3) (Değişik fıkra: 29/06/2005-5377 S.K./5. mad) Fiili işlediği sırada onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında suç, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde onsekiz yıldan yirmidört yıla; müebbet hapis cezasını gerektirdiği takdirde oniki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer cezaların üçte biri indirilir ve bu hâlde her fiil için verilecek hapis cezası oniki yıldan fazla olamaz.

AKIL HASTALIĞI

Madde 32- (1) Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Birinci fıkrada yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmibeş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir. Diğer hâllerde verilecek ceza, altıda birden fazla olmamak üzere indirilebilir. Mahkûm olunan ceza, süresi aynı olmak koşuluyla, kısmen veya tamamen, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbiri olarak da uygulanabilir.

SAĞIR VE DİLSİZLİK

Madde 33- (1) Bu Kanunun, fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmamış olan çocuklara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olanlara ilişkin hükümleri, onsekiz yaşını doldurmuş olup da yirmibir yaşını doldurmamış olan sağır ve dilsizler hakkında da uygulanır.

GEÇİCİ NEDENLER, ALKOL VEYA UYUŞTURUCU MADDE ETKİSİNDE OLMA

Madde 34- (1) Geçici bir nedenle ya da irade dışı alman alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.

(2) İradî olarak alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.

Böylece Kanunla ihtilaf halinde olan, diğer bir ifade ile kanunlarda suç sayılan bir eylemi gerçekleştirdiği iddia edilen çocukların, hangi yaş diliminde, bu eylemlerinden hangi koşullarda sorumlu olduklarına ilişkin düzenleme Türk Ceza Kanunun Birinci Kitap, İkinci Kısım ve İkinci Bölümünde "Yaş Küçüldüğü" başlığı altında 31. maddede de açık bir şekilde belirtilmiştir.

Türk Ceza Kanunun 6. maddesinde 'Çocuk' henüz 18 yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmıştır.

Türk Ceza Kanunda çocuklar yaş küçüklüğü başlığı altındaki düzenleme çerçevesinde, Türk Ceza Kanununda suç teşkil eden fiilleri işlediklerinin iddia edilmesi halinde ceza sorumlulukları söz konusudur. Yani Ceza Hukuku sistematiğinde çocuklar şu suçu işleyemez, sorumlulukları yoktur, bu suçtan sadece yetişkinler sorumludur şeklinde suç ve ceza sorumluluğu açısından yetişkinlerle çocuklar arasında bir ayırıma gidilmemiştir. Sadece isnada etki eden faktörleri gözönüne alınmış, düzenlemeye göre de,

0-12 ceza ehliyeti yok, kusur yeteneği yok.

12-15 bunların temyiz kudreti olup olmadığına bakılır.

15-18 ayırt etme gücü varsa indirilir, yoksa ceza verilmez. Anlayışı benimsenmiştir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sistemi Uygulaması Hakkında Asgarî Standart Kurallar

(Beijing Kuralları)

Genel Kurul'un 29 Kasım 1985 tarih ve 40/33 sayılı kararıyla kabul edilmiştir.

ÖNSÖZ

Genel Kurul,

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ve Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile genç insanların haklarına ilişkin diğer uluslararası insan hakları belgelerini dikkate alarak,

1985 yılının Uluslararası Gençlik Yılı: Katılım, Kalkınma ve Barış Yılı ilân edildiğini; uluslararası topluluğun, Çocuk Hakları Bildirgesine tanınan önemin de gösterdiği gibi genç insanların haklarının korunmasına ve geliştirilmesine önem verdiğini dikkate alarak, Üye Devletler için model teşkil edecek olan, çocuk ceza adaleti sisteminin yönetimi ve çocuk suçluların bakımı için asgarî standart kuralların geliştirilmesi çağrısında bulunan ve Suçların Önlenmesi ve Suçlulara Muamele 6. Birleşmiş Milletler Kongresi tarafından kabul edilen çözüm 4'ü anımsatarak, ayrıca taslak kuralların, 14-18 Mayıs 1984 tarihleri arasında Beijing'de yapılan Uluslararası Hazırlık Toplantısı aracılığıyla 26 Ağustos - 6 Eylül 1985 tarihleri arasında Milano'da yapılan Suçların Önlenmesi ve Suçlulara Muamele 7. Birleşmiş Milletler Kongresi'ne aktarılmasına temel olan 25 Mayıs 1984 tarih ve 1984/153 sayılı Ekonomik ve Sosyal Konsey kararını anımsatarak,

Gençlerin, insanî gelişme sürecinin erken aşamalarında bulunmaları nedeniyle, fiziksel, zihinsel ve sosyal gelişme açısından özel bakıma ve yardıma;

barış, özgürlük, değer ve güvenlik koşullarında yasal korumaya gereksinimleri olduğunu kabul ederek,

Mevcut ulusal yasal düzenlemelerin, politikaların ve uygulamaların gözden geçirilmesi gerekebileceğini belirleyerek,

Ayrıca, mevcut sosyal, ekonomik, kültürel, siyasal ve hukukî koşullarda bu tür standartların yerleştirilmesinin güç olabileceğini kabul etmekle birlikte, aynı standartların en azından asgarî bir sınır olacak hedeflenebileceğim kabul ederek,

1. Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kuralların geliştirilmesi konusunda Suç Önleme ve Kontrol Komitesi, Genel Sekreter ve Birleşmiş Milletler Suç Önleme ve Suçlulara Muamele Asya ve Uzak Doğu Enstitüsü ile diğer Birleşmiş Milletler kuruluşlarının yaptıkları çalışmaları memnuniyetle karşılar;

2. Genel Sekreter'in, Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kurallarla ilgili taslağa ilişkin raporunu yine memnuniyetle karşılar;

3. Beijing'de yapılan Bölgelerarası Hazırlık Toplantısı'nı, görüşme ve nihaî girişim için Suçların Önlenmesi ve Suçlulara Muamele 7. Birleşmiş Milletler Kongresi'ne sunulan kurallar metnini nihaî haline getirdiği için kutlar;

4. Bu karara ek olarak verilen ve Yedinci Kongre tarafından benimsenen Birleşmiş Milletler Çocuk Ceza Adaleti Sisteminin Uygulanması Hakkında Asgarî Standart Kuralları ve Yedinci Kongre'nin bu Kurallar'ın Beijing Kuralları olarak anılmasına ilişkin tavsiyesini kabul eder;

5. Üye Devletler'i, gerektiği durumlarda, kendi ulusal yasalarını, politikalarını ve uygulamalarını, bu arada özellikle çocuk ceza adaleti sisteminde görev yapan kişilerin eğitilmelerine ilişkin uygulamaları Beijing Kurallarına uygun hale getirmeye ve bu Kurallara ilgili yetkililere ve genel kamuoyuna sunmaya davet eder;

6. Suç Önleme ve Kontrol Komitesi'ne, Birleşmiş Milletler'in, suç önleme ve suçlulara muamele alanında görev yapan kuruluşlarının da yardımıyla,

Beijing Kuralları'nın etkili biçimde uygulanmasını sağlayacak önlemleri alma çağrısında bulunur;

7. Üye Devletler'i, Beijing Kuralları'nın uygulanması konusunda Genel Sekretere bilgi vermeye ve alınan sonuçlara ilişkin raporları düzenli olarak Suç Önleme ve Kontrol Komitesi'ne iletmeye davet eder,

8. Üye Devletler'den ve Genel Sekreter'den, çocuk ceza adaleti alanındaki etkili uygulama ve politikalar konusunda araştırma yapmalarını ve veri tabanı geliştirmelerini talep eder;

9. Beijing Kuralları'nın Birleşmiş Milletlerin bütün resmî dilleriyle mümkün olan en geniş biçimde tanıtılması ve bu arada çocuk ceza adaleti alanındaki etkinlikler konusunda bilgilendirmenin yoğunlaştırılması için Genel Sekreter'den talepte bulunur ve Üye Devletler'i de bu yöndeki çalışmalara davet eder;

10. Genel Sekreter'den, Beijing Kuralları'nın uygulanmasına yönelik pilot projeler geliştirmesini talep eder;

11. Genel Sekreter'den ve Üye Devletlerden, Beijing Kuralları'nın, özellikle personel alımı, eğitimi ve mübadelesi ile araştırma ve değerlendirme gibi alanlarda başarılı biçimde uygulanmasını ve kurumlara yerleştirme dışında yeni alternatifler geliştirilmesini sağlayacak gerekli kaynakları sağlamalarını talep eder;

12. Birleşmiş Milletler Suç Önleme ve Suçlulara Muamele 8. Kongresi'nden, Beijing Kuralları ile buradaki kararda yer alan tavsiyelerin uygulanmasında kaydedilen mesafeyi çocuk ceza adaleti kapsamında ayrı bir gündem maddesi olarak ele almasını talep eder;

13. Birleşmiş Milletler sisteminin ilgili bütün organlarını, bu arada özellikle bölge komisyonlarını ve uzman kuruluşları, Birleşmiş Milletler'in suç önleme ve suçlulara muamele ile ilgili kurumlarını, diğer hükümetler arası kuruluşlarla hükümet dışı kuruluşları Sekreterya ile işbirliği yapıp, Beijing Kuralları'nda yer alan ilkelerin uygulanması için kendi teknik yetkinlik alanlarında uyumlu ve sürekli çabalara zemin oluşturacak gerekli önlemleri almaya davet eder.

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL İLKELER

1.Temel görüşler

1.1 Üye ülkeler, kendi temel çıkarları dairesinde, çocukların ve ailelerin daha iyiye yönlendirilmelerini sağlamalıdır.

1.2 Üye ülkeler, çocukların doğru yoldan saptırılmaya müsait yaşlarda olmaları nedeniyle, bu dönemlerinde onlara toplum içinde yararlı bir yaşam sağlamak için çaba göstermeli ve suçtan ve kabahatlerden uzak bir yaşam için çocukların içinde bulundukları koşulları iyileştirmelidirler.

1.3 Çocukların refahını arttırmak amacı ile aile, gönüllüler ve öteki toplumsal gruplar yanında okullar ile diğer kurumlar da dahil olmak üzere her kaynağın harekete geçilerek elbirliği ile çalışmalarını sağlamak için gerekli özen gösterilmeli, böylece hukukun araya girmesi olabildiğince aza indirilmeli ve hukuka aykırı davranışta bulunan çocuklara etkili, hakkaniyetli ve insanca davranılması sağlanılmalıdır.

1.4 Gençliğin korunması ve toplumda barış düzenin sürdürülmesi amacı ile tüm çocuklara ayrıntılı bir sosyal adalet çerçevesi içinde uygulanacak adalet, her ülkenin ulusal kalkınma sürecinin bir parçası olarak görülmelidir.

1.5 Bu Kurallar bütününün her üye ülkede uygulama yöntemleri o ülkenin ekonomik, sosyal, kültürel koşullarına bağlıdır.

1.6 Çocuk ceza adaleti hizmetleri, hizmetteki personelin çalışma yöntemleri, yaklaşımları ve bilgileri de dahil olmak üzere sistematik olarak geliştirilmelidir.

Açıklama

Temel nitelik taşıyan bu genel ilkeler, genel olarak kapsayıcı sosyal politikaları gerektirip çocukların refah düzeylerinin mümkün olduğunca artırılmasını amaçlamaktadır. Bu sayede çocuk ceza adaleti sisteminin devreye girme gereklilikleri en aza indirilecek, böylece söz konusu uygulamaların çocuklar üzerinde yaratabileceği zararlı etkiler de azaltılmış olacaktır. Çocukların, suçun işlenmesinden önce bu tür bakım ve özenden yararlanmaları, Kurallar'ın uygulanmasına gerek bırakmayacak temel politikaları oluşturmaktadır.

1.1'den 1.3'e kadar olan kurallar, çocuklara yönelik yapıcı bir sosyal politikanın, başka şeylerin yanısıra, çocuk suçlarının ve çocuk suçluluğunun önlenmesindeki önemli rolüne işaret etmektedir. Kural 1.4 çocuk ceza adaleti sistemini çocuklara yönelik sosyal adaletin ayrılmaz bir parçası olarak görürken, kural 1.6 çocuk ceza adaleti sisteminin sürekli olarak iyileştirilmesi, genel olarak çocuklara yönelik geliştirici bir sosyal politika çizgisinden geriye düşülmemesi ve bu arada personel hizmetlerinin sürekli geliştirilmesi gerekliliğine değinmektedir.

Kural 5.1 ise Üye Devletler'de halen mevcut koşulları dikkate alarak, belirli kuralların uygulanma tarzının ülkeden ülkeye farklılık gösterebileceğine işaret etmektedir.

2. Kuralların uygulama alanları ve tanımlar

2.1 Aşağıdaki Standart Kurallar, çocuk suçlulara ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ve diğer görüşler, millî ve sosyal köken, varlık, doğum yeri vs. hiçbir ayrım gözetmeksizin uygulanacaktır.

2.2 Kurallar'ın amaçları bakımından aşağıdaki tanımlar, üye ülkelerin kendi hukuk sistemleri ile bağdaşabildiği ölçüde uygulamada kullanılacaktır.

(a) Çocuk, mevcut hukuk sistemi içinde işleyebileceği bir suçtan dolayı kendisine büyük insanlardan farklı davranılması gereken kişidir;

(b) Suç, mevcut hukuk sistemi içinde ceza verilmesini gerektirecek her türlü eylem ve ihmaldir;

(c) Çocuk suçlu, suç işlediği iddia edilen ya da suç işlediği ortaya çıkan bir çocuk veya genç bir insandır.

2.3 Her hukuk sisteminde aşağıdaki amaçların gerçekleştirilmesi için özellikle çocuk suçlulara uygulanabilecek kanunlar kabul edilmeli ve çocuk ceza adaleti alanında düzenlemeler yapılmalı ve anılan kişiler için kurum ve kuruluşlar gerçekleştirilmelidir. Bu amaçlar şunlardır:

a) Çocuk suçluların temel hakları korunurken, aynı zamanda her çeşit gereksinimlerinin karşılanması;

b) Toplumun gereksinimlerinin karşılanması;

c) Aşağıdaki kuralların tamamen ve hakkaniyetle uygulanması.

Açıklama

Bu Kurallar, farklı hukuk sistemlerinde uygulanmak üzere düzenlenmiş olup çocuk suçlularla ilgili her sistem ve tanım altında bu kişilere uygulanacak işlemlere ilişkin asgarî standartları içermektedir. Kurallar daima tarafsızlıkla ve hiçbir ayrım gözetmeksizin uygulanmalıdır. Dolayısıyla kural 2.1, Kuralların her zaman tarafsız biçimde ve herhangi bir ayrım gözetmeksizin uygulanmasının önemine işaret etmektedir. Bu kural Çocuk Hakları Bildirgesi'nin 2. ilkesinin metnine uygundur. Kural 2.2, Asgarî Standart Kuralların konusunu oluşturan "çocuk", "suç" ve "çocuk suçlu" kavramlarını tanımlamaktadır, (bkz. kural 3 ve 4). Şu da göz önüne alınmalıdır ki, yaş sınırı her üye ülkenin ekonomik, sosyal, kültürel, siyasi ve hukukî sistemlerine dayalı olarak farklılıklar gösterecektir. Dolayısıyla, Üye Devletler'in ekonomik, sosyal, siyasal, kültürel ve hukukî sistemlerine gerekli saygı gösterilmektedir. Bu durumda 7 yaşından 18 yaşına (ya da daha fazlaya) kadar olan sınırlar içinde bir çocuk tanımı getirmiştir. Çok değişik hukuk sistemleri içinde farklılık kaçınılmaz olsa bile bu durum Asgarî Standart Kurallar'ın geçerliliğini ortadan kaldırıcı nitelikte değildir.

Kural 2.3, Asgarî Standart Kurallar'ın millî hukuk sistemleri içinde yasal ve pratik uygulamasında özellikle bu amaca yönelik millî kanunların gerekliliğini işaret etmektedir.

3. Kuralların kapsamının genişletilmesi

3.1 Bu Kurallar'ın ilgili hükümleri sadece çocuk suçlulara değil, fakat aynı zamanda büyük tarafından yapıldığı zaman suç oluşturmayacak bir eylemi gerçekleştiren herhangi bir çocuğa da uygulanmalıdır.

3.2 Kurallar'ın temel ilkelerinin, haklarında koruma ve sosyal yardım tedbirleri alınmış olan bütün çocuklara teşmil edilmesi için de çaba harcanmalıdır.

3.3 Ayrıca Kurallar'ın aynı zamanda genç (çocuk olmayan) suçlulara da teşmili için çaba harcanmalıdır.

Açıklama

Kural 3, Asgarî Standart Kurallar'ın kapsamını aşağıda belirtildiği şekilde genişletilmiştir:

(a) Değişik millî hukuklarda "statü suçları" olarak tanınan ve büyüklerden ziyade çocuklar için suç oluşturan (örneğin okuldan kaçmak, okula ve aileye itaatsizlik, toplum içinde sarhoşluk gibi) bazı eylemler anlatılmak istenmiştir (kural 3.1);

(b) Haklarında koruma ve sosyal yardım tedbirleri alınmış olan çocukları da kapsayacak şekilde bu Kurallar'ın uygulama alanları genişletilmiştir (kural 3.2);

(c) Her olay için önceden belirlenmiş yaş sınırları içindeki çocuk olmayan yetişkin suçlulara da teşmil edilmiştir (kural 3.3).

Bu Kurallar'ın bu üç alana genişletilmesi haklı sebeplere dayanır görülmektedir. Kural 3.1 bu alanda asgarî teminatlar öngörmektedir ve kural 3.2'de kanunla ihtilafa düşen çocuklar açısından daha insancıl, daha hakkaniyete dayalı ve daha doğru bir ceza adaleti getirmek açısından daha özlenen bir aşama oluşturulmaktadır.

4. Cezaî sorumluluk yaşı

4.1 Cezaî sorumluluğun alt sınırını belirleyen sistemler açısından, bu sınır çocuğun duygusal, zihinsel ve entelektüel açılardan olgunluğa eriştiği yaşın altında tutulmamalıdır.

Açıklama

Cezaî sorumluluğa ilişkin asgarî yaş sınırı, tarih ve kültüre göre değişmektedir. Bu konuda modern yaklaşım, çocuğun cezaî sorumluluğunun gerektirdiği ahlâkî ve psikolojik unsurlara uyumlu olarak cezaî sorumluluğun psikolojik ve manevî sonuçlarını kaldırmaya hazır olup olmadığıdır. Yani, çocuğun kişisel anlama ve isteme yeteneğinin anti sosyal davranışından onu sorumlu tutmaya yeterli olup olmadığıdır. Cezaî sorumluluk yaşı küçük tutulur ya da böyle bir sınır hiç konulmamış olursa sorumluluk kavramı anlamını

kaybeder. Genelde suç ve kabahat oluşturan davranışlara ilişkin sorumlulukla, öteki sosyal hak ve sorumlulukların sınır yaşı arasında bir ilişki vardır (örneğin evlenme yaşı, rüşt yaşı vb.).

Bu durumda, uluslararası alanda genel kabul görebilecek makul bir yaş sınırı belirlemek üzere çaba harcanması gerekmektedir.

5. Çocuk ceza adaleti sisteminin amaçları

5.1 Çocuk ceza adaleti sisteminde daima çocuğun iyileştirilmesi ön plana alınmalıdır ve çocuk suçlulara gösterilecek tepki hem suçun hem de suçlunun içinde bulunduğu koşullarla orantılı olmalıdır.

Açıklama

Kural 5, çocuk ceza adaleti sisteminin en önemli iki hedefini açıklamaktadır. Birinci hedef çocuğun durumunun iyileştirilmesidir. Bu amaç, çocuk suçluların, çocuk mahkemelerinde yahut idarî makamlarda yargılandıkları hukuk sistemlerinde odak noktayı oluşturmaktadır. Fakat çocuğun iyileştirilmesi amacının çocukların genel mahkemelerde yargılandıkları sistemlerde de vurgulanması gereklidir.

İkinci hedef ise "oran ilkesidir'. Bu ilke genel anlamıyla suçun ağırlığı ile ilişkili olarak cezaî hükümlerin ayarlanmasıdır. Çocuk suçlular söz konusu olunca, yalnızca bu ağırlığın değil, aynı zamanda kişisel koşulların da göz önüne alınması gerekmektedir. Bu koşullar (sosyal durum, aile durumu, suçla ortaya çıkan zarar ya da kişisel koşullar üzerine etki yapan diğer noktalar) kararı dengelenmelidir (örneğin suçlunun verdiği zararı tazmin için gösterdiği gayret ya da sağlıklı ve yararlı bir yaşama dönme arzusu gibi).

Aynı şekilde, çocuk suçlunun korunmasını amaçlayan tedbirler bazı durumlarda gerektiğinden fazla ileri gitmekte ve onun temel haklarına zarar vermektedir. Burada da olayla tepkiyi iyi ayarlamak gerekir.

Özünde Kural 5 bu haliyle genç suçlunun işlediği suça ne fazla ne de eksik bir tepki gösterilmesini istemektedir. Bu maddede düzenlenen hususlar, yeni bazı tepki tiplerinin geliştirilmesini özendirdiği gibi çocuklar üzerindeki sosyal kontrolün gereksiz yere büyümesini de önleyecek tedbirlerin de alınmasını özendirmektedir.

6. Takdir yetkisinin kapsamı

6.1 Çocuk suçluların çeşitli özel ihtiyaçları ve çeşitli uygun yaptırımlar göz önüne alındığında, yargılamanın her aşamasında, özellikle inceleme, soruşturma, muhakeme ve tedbirlerin uygulanması sırasında yeterli bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

6.2 Anılan takdir yetkisinin her aşamada kullanılmasında bu yetkinin sorumlulukla uygulanmasının sağlanmasına çalışılacaktır.

6.3 Bu yetkiyi kullanan kişiler bunu uygulamak için özel olarak eğitilmiş ve bunu kullanacak nitelikte kimseler olacak ve bu yetkilerini görevlerine uygun titizlik ve hakkaniyetle kullanacaklardır.

Açıklama

Kurallar 6.1, 6.2 ve 6.3, çocuk ceza adaleti sisteminin etkili ve insanca uygulanabilmesi açısından konuyla ilgili bir çok hususu ortaya koymaktadır. Öncelikle takdir yetkisinin yargılamanın önemli evrelerinde kullanılmasına izin vermek suretiyle karar mercilerinin her olaya özgü, doğru karar vermelerinin sağlanması söz konusudur. Bunun yanısıra gerekli denetim ve dengelerden söz edilerek takdir yetkisinin aşırıya kaçması engellenmiştir. Bu aşırıya kaçmayı önlemenin en yerinde iki yolunun meslekten olmak ve sorumluluk taşımak olduğu belirtilmektedir. Aynı zamanda kalifiye meslek eğitiminin ve uzman yetiştirmenin çocuk suçlularla ilgili davalarda takdir yetkisinin adilane kullanımında yararlı olduğu belirtilmektedir. Bu metinde ayrıca takdir yetkisinin yanında, iadei muhakeme, temyiz gibi kararların yeniden incelenmesine olanak tanıyan kurallara atıfta, bulunarak sorumluluğun önemi anlatılmaktadır. Bu mekanizmaların burada ayrı ayrı belirtilmesinin sebebi, değişik hukuk sistemleri olan ülkelerin göz önüne alınarak uluslararası genel bir Asgarî Kurallar dizisi getirmektedir.

7. Çocukların hakları

7.1 Masumiyet karinesi, suçlamanın bildirilmesi, konuşmama hakkı, avukatla temsil edilme hakkı, veli veya vasinin hazır bulunması hakkı, tanıklarla yüzleştirme ve tanıklara çapraz sorgu hakkı, daha üst makama temyiz hakkı ve temel usulî güvenceler yargılamanın her aşamasında güvence altına alınmalıdır.

Açıklama

Kural 7.1, yürürlükteki insan haklarına ilişkin düzenlemelerle tanınmış olan dürüst ve hakkaniyetli yargılamanın esaslı bazı unsurlarını dile getirmektedir. Sözgelimi masumiyet karinesi aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11. maddesinde ve Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14. maddesinde de yer almaktadır. Bu Asgarî Kurallar'ın 14. maddesi ise çocukların yargılanmasına ilişkin özel hükümler de getirmektedir.

8. Özel yaşamın gizliliğinin korunması

8.1 Her aşamada çocuğun afişe olması yahut damgalanması gibi zararlara yol açabilecek durumların ortadan kaldırılması için gizliliğe azamî özen gösterilmelidir.

8.2 İlke olarak, çocuk suçlunun kimliğine ilişkin hiçbir bilginin yayınlanmasına izin verilmemelidir.

Açıklama

Kural 8, çocuğun kimliğinin gizlenmesi hakkının korunması ilkesinin önemine işaret etmektedir. Genç insanlar "damgalanmak" konusunda özellikle çok hassastır. Kriminolojik araştırmalar, genç insanların "kabahatli" ve "suçlu" gibi sıfatlarla tanınmaktan büyük çapta ve zararlı olarak etkilendiklerini ortaya çıkarmıştır.

Bu Kural ayrıca dava hakkında kitle iletişim araçlarında yayınlanan haberlerin zararlı etkilerinden de çocukların korunmasını amaçlamaktadır. Çocuğun çıkarı, hiç değilse ilke düzeyinde korumaya alınmıştır. (8. maddenin genel olarak kapsamına aldığı şeyler 21. madde de ayrıntıları ile belirlenmiştir.)

9. Mevcut hükümlerin mahfuz tutulması

9.1 Bu Kurallar'daki hiçbir hüküm Birleşmiş Milletler'ce kabul edilen Hükümlülerin Islahı İçin Asgarî Standart Kurallar'ın ve öteki İnsan Hakları'nı düzenleyici Kurallar ile evrensel olarak tanınan çocukları korumaya yönelik standartların uygulanmasını engelleyici şekilde yorumlanmamalıdır.

Açıklama

Kural 9'un amacı, bu Kurallar'ın konuyla ilgili öteki düzenlemelerle birlikte uygulandıkları durumlarda herhangi bir yanlış anlamaya meydan verilmemesidir. Örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi; Uluslararası Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Bildirgesi ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme sayılabilir. Mevcut Kurallar'ın uygulanmasında unutulmaması gerekli en önemli nokta, daha geniş hükümler içeren uluslararası düzenlemelerin uygulanmasının engellenmemesidir (bkz. madde 27).

İKİNCİ BÖLÜM İNCELEME VE SORGULAMA

10. İlk aşama

10.1 Bir çocuk gözaltına alınır alınmaz durum derhal ebeveynlerine veya yasal veli ya da vasisine bildirilir. Durumun derhal bildirilmesi mümkün olmazsa bu bildirim mümkün olan en kısa zamanda yapılır.

10.2 Hakim ya da yetkili makam gecikmesizin çocuğun serbest bırakılma durumunu tetkik etmelidir.

10.3 Yasayı uygulamakla görevli makamlarla çocuk suçlunun ilişkileri daima çocuğun yasal durumunu gözetir tarzda ve onun iyiliği ve olayın özelliğinden dolayı zarar görmemesi esasına dayalı olarak düzenlenmelidir.

Açıklama

Kural 10.1 Hükümlülerinin Islahı İçin Asgarî Standart Kuralların 92. maddesindeki ilkenin tekrarıdır.

Kural 10.2 ise hakim veya yetkili makamın vakit geçirmeksizin çocuğu serbest bırakmasını öngörmektedir. Kuralda sözü edilen yetkili makam polis de dahil olmak üzere gözaltına alınan birini serbest bırakmaya yetkili tüm kamu kurum ve kuruluşlarını kapsamaktadır (ayrıca bkz. Uluslararası Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, madde 9, parag.3)

Kural 10.3 ise usul hükümlerinin bazı yönleriyle, çocukların işledikleri suçlarla ilgili polisin davranışlarından söz etmektedir. Bu maddede geçen çocuğun zarar görmesi deyimi çok esnek bir anlatım olup meydana gelebilecek bir çok zararlı davranışı kapsamaktadır (örneğin çok sert bir dille hitap, fiziksel saldırı veya çevreye afişe etmek gibi). Adaletin çocuğa uygulanmasının bizatihi kendisi çocuğa zarar verebilir. Bu itibarla zararın önlenmesi deyimi çok geniş yorumlanmalıdır ki, ilk başta böyle davranmakla çocuğun daha fazla zarara uğraması önlenebilsin. Bu husus özellikle çocuklarla ilk temasa geçen yetkili makamlar için geçerlidir. Zira bunların davranışı çocuğun devlet ve topluma bakış açısını ve tutumunu köklü olarak etkileyebilir. Daha da ötesinde, ileride yapılacak müdahalelerin başarısı da bu ilk davranışlara bağlıdır. Merhamet ve tatlı sert davranmak bu durumlar için çok önemlidir.

11. Yargı dışı yollara başvurma

11.1 Çocuk suçlularla ilgili olarak kural 14.1 de sözü edilen yetkili makamlarca genel mahkemede yargılamadan başka çarelerin olup olmadığı hususu göz önüne alınmalıdır.

11.2 Çocukların davalarıyla ilgili polis, savcılık veya öteki yetkili makamlar, resmî ceza usulüne başvurmaksızın, her hukuk sisteminde ve işbu Asgarî Kurallar çerçevesinde olayı halletmeye yetkili olmalıdır.

11.3 Çocuklara özgü bu yargı dışı yollara başvurma halinde, yetkili topluluk ya da kuruluşa yapılacak başvurunun çocuğun veya kanunî veli veya vasisinin rızasını içeren yargılama sonunda verilecek kararın başvuru halinde temyiz edilebilir olması gerekmektedir.

11.4 Çocuk suçluluğu olaylarının yargı mekanizması dışında hallini kolaylaştırmak için topluluk programları, geçici gözetim ve rehberlik ve suç mağdurlarının zararlarının tazmini gibi çeşitli çabalar harcanmalıdır.

Açıklama

Çocukların genel mahkemeler yerine özel kurumlarda yargılanmaları bir çok hukuk sisteminde resmî ya da gayri resmî olarak uygulama alanı bulmuştur. Bu uygulamanın çocuklar için bir avantajı da, normal bir yargılama usulünün

olumsuz sonuçlarının engellenmiş olmasıdır (örneğin bir mahkumiyet ya da hüküm nedeniyle damgalanma gibi). Bir çok halde, herhangi bir müdahalede bulunmamak en iyi çözümdür. Bu durum özellikle suçun çok ciddî nitelikte olmadığı ve ailenin, okulun veya öteki gayri resmî sosyal kontrol müesseselerinin olumlu ya da yapıcı tepki göstermeye müsait olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır.

Kural 11.2'de de belirtildiği gibi, yargı dışı diğer yollara başvurma işlemi, karar sürecinin herhangi bir aşamasında polis, savcılık ya da mahkemeler, kurullar ve konseyler gibi başka organlar tarafından gerçekleştirilebilir. Bu yetki, ilgili sistemde geçerli kurallara ve usullerle, bu belgede yer alan kurallara göre tek bir makam, birkaç makam ya da ilgili makamların hepsi tarafından gerçekleştirilebilir. Sözkonusu işlemin yalnız çocuk suçlularla sınırlı tutulmaması, bu yöntemi önemli bir araç haline getirmektedir.

Kural 11.3, çocuğun ya da veli veya vasinin önerilen çözümü onaylamalarını öngörmektedir. (Bu onay olmaksızın toplum hizmetleri yaptırmak Angaryayı Lağveden Konvansiyona aykırı düşmektedir.) Yine de bu onay, gayri kabili rücu olmamalıdır. Çünkü bazen çocuk buna çaresizlik içinde muvafakat etmiş olabilir. Bu madde, yargı dışı çözümlerin her safhasında, zorlama ve korkutma olanaklarını en aza indirmeye gayret edilmesi gereğini vurgulamaktadır. Çocuklar (örneğin mahkeme önüne çıkmamak için) bir baskı hissetmemeliler ya da onay vermeye zorlanmamalıdırlar. Böylelikle, talep halinde yetkili merciin, çocuk suçlularla ilgili hükümlerin uygun olup olmadığının objektif bir değerlendirmesini yapması tavsiye edilir. (Bu yetkili mercii kural 14'de belirtilen başka bir mercii de olabilir)

Kural 11.4, Çocuklar için normal yargı prosedürünün yerini alabilecek gerçekçi çözümlerin, toplumsal programlarla düzenlenmesini önerir; özellikle mağdurdan haksız alınmış malların geri verilmesi, tazmin edilmesi veya çocuklar üzerinde geçici bir gözetim ve yönlendirme programı uygulanarak ilerde kanuna karşı gelmelerinin önlenmesi gibi. Yargı dışı tedbirlere başvurmanın gerekçeleri (daha ağır suçların işlenmiş olmaları halinde dahi) her durumun özel koşullarına göre değişir (ilk suç, bir çetenin baskısı ile suç işleme gibi).

12. Polis teşkilatın da uzmanlaşma

12.1 Doğrudan doğruya çocukların suçtan korunması konusunda görevlendirilen, yahut görevleri gereği çocuk suçlularla sık sık temas etmek

durumunda olan polis görevlilerinin özel olarak eğitilmesi gereklidir. Bu amaçlarda büyük kentlerde özel polis birimleri oluşturulmalıdır.

Açıklama

Kural 12, çocuk ceza adaletinin çocuklara uygulanması ile görevli tüm kanun adamlarının özel olarak eğitilmesine dikkat çekmektedir. Polisin çocuk suçlularla ilk temas noktası olduğu göz önüne alındığında, bilgili olması ve iyi davranışta bulunması büyük önem arzetmektedir.

Kentleşme ile suç arasındaki ilişkilerin karmaşık bir nitelik taşıdığı açıkken, çocuk suçlarındaki artışla kentlerin özellikle hızlı ve plansız biçimde daha da büyümesi arasında ilişki kurulmuştur. Dolayısıyla, alanlarında uzmanlaşmış polis birimlerinin varlığı, yalnızca bu belgede yer alan belirli ilkelerin (örneğin kural 1.6 gibi) uygulanması açısından değil, ayrıca daha genel olarak çocuk suçlarının önlenmesi, denetlenmesi ve çocuk suçlulara yönelik muamele açısından da vazgeçilmez olmaktadır.

3713 SAYILI TERÖRLE MÜCADELE KANUNU'NDA;

TERÖR TANIMI

Madde 1- (Değişik fıkra: 15/07/2003 - 4928 S.K../20. md.) Terör; cebir ve şiddet kullanarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasi, hukuki, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgüte mensup kişi veya kişiler tarafından girişilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.

(Değişik fıkra: 15/07/2003 - 4928 S.K./20. mad.;Mülga fıkra: 29/06/2006-5532 S.K./17. mad)

(Mülga fıkra: 29/06/2006-5532 S.K,/17. mad)

TERÖR SUÇLUSU

Madde 2- Birinci maddede belirlenen amaçlara ulaşmak için meydana getirilmiş örgütlerin mensubu olup da, bu amaçlar doğrultusunda diğerleri ile beraber veya tek başına suç işleyen veya amaçlanan suçu işlemese dahi örgütlerin mensubu olan kişi terör suçlusudur.

Terör örgütüne mensup olmasa dahi örgüt adına suç işleyenler de terör suçlusu sayılır ve örgüt mensupları gibi cezalandırılırlar.

TERÖR SUÇLARI

Madde 3- (Değişik madde: 29/06/2006-5532 S.K./2. mad)

26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 302, 307, 309, 311, 312, 313, 314, 315 ve 320 nci maddeleri ile 310 uncu maddesinin birinci fıkrasında yazılı suçlar, terör suçlarıdır.

TERÖR AMACI İLE İŞLENEN SUÇLAR

Madde 4- (Değişik madde: 29/06/2006-5532 S.K./3. mad)

Aşağıdaki suçlar 1 inci maddede belirtilen amaçlar doğrultusunda suç işlemek üzere kurulmuş bir terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlendiği takdirde, terör suçu sayılır:

a) Türk Ceza Kanununun 79, 80, 81, 82, 84, 86, 87, 96, 106, 107, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 142, 148, 149, 151, 152, 170, 172, 173, 174, 185, 188, 199, 200, 202, 204, 210, 213, 214, 215, 223, 224, 243, 244, 265, 294, 300, 316, 317, 318 ve 319 uncu maddeleri ile 310 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

b) 10/7/1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan suçlar.

c) 31/8/1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları.

ç) 10/7/2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.

d) Anayasanın 120 nci maddesi gereğince olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, olağanüstü halin ilanına neden olan olaylara ilişkin suçlar.

e) 21/7/1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 inci maddesinde tanımlanan suç.

CEZALARIN ARTIRILMASI

Madde 5- (Değişik madde: 29/06/2006-5532 S.K./4. mad)

3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilir. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet, hapis cezasına hükmolunur.

Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.

(Ek fıkra:22.07.2010 - 6008 S.K./4. mad) Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.

TERÖR ÖRGÜTLERİ

Madde 7- (Değişik madde: 29/06/2006-5532 S.K./6. mad)

Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemleriyle, 1 inci maddede belirtilen amaçlara yönelik olarak suç işlemek üzere, terör örgütü kuranlar, yönetenler ile bu örgüte üye olanlar Türk Ceza Kanununun 314 üncü maddesi hükümlerine göre cezalandırılır. Örgütün faaliyetini düzenleyenler de örgütün yöneticisi olarak cezalandırılır.

Terör örgütünün propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. Ayrıca, basın ve yayın organlarının suçun işlenişine iştirak etmemiş olan *1* yayın sorumluları hakkında da bin günden

onbin güne kadar adlî para cezasına hükmolunur. Ancak, yayın sorumluları hakkında, bu cezanın üst sınırı beşbin gündür. Aşağıdaki fiil ve davranışlar da bu fıkra hükümlerine göre cezalandırılır:

a) Terör örgütünün propagandasına dönüştürülen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde, kimliklerin gizlenmesi amacıyla yüzün tamamen veya kısmen kapatılması.

b) Terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduğunu belli edecek şekilde, örgüte ait amblem ve işaretlerin taşınması, slogan atılması veya ses cihazları ile yayın yapılması ya da terör örgütüne ait amblem ve işaretlerin üzerinde bulunduğu üniformanın giyilmesi. İkinci fıkrada belirtilen suçların; dernek, vakıf, siyasî parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğretim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde işlenmesi halinde bu fıkradaki cezanın iki katı hükmolunur.

HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI VERİLMEMESİ, SEÇENEK YAPTIRIMLARA ÇEVİRME VE ERTELEME YASAĞI

Madde 13- (Değişik madde: 29/06/2006 - 5532 S.K./l0. mad; Değişik madde: 26.02.2008 - 5739 S.K./3. mad)

Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler (Mülga cümle: 22.07.2010 - 6008 S.K./l0. mad) çocuklar hakkında uygulanmaz.

5271 SAYILI CEZA MUHAKEMESİ KANUNU

Madde 250- (1) Türk Ceza Kanununda yer alan;

a) (Değişik bend: 26.06.2009 - 5918 S.K./7. mad) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan mal varlığı değerini aklama suçu,

b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),

Dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür.

(2) Gelen iş durumu göz önünde bulundurularak birinci fıkrada belirtilen suçlara bakmakla görevli olmak üzere, aynı yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi kurulmasına, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Bu hâlde, mahkemeler numaralandırılır. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adlî yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

(3) Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile savaş ve sıkıyönetim halinde *2* askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.

(4) (Ek fıkra: 22.07.2010 - 6008 S.K./8. mad) Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamazlar ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz.

TERÖRLE MÜCADELE KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN

Kanun No. 6008 Kabul Tarihi: 22/7/2010

MADDE 3- 2911 sayılı Kanuna 34 üncü maddeden sonra gelmek üzere aşağıdaki madde eklenmiştir.

"Çocuklar hakkında uygulanmayacak hüküm

MADDE 34/A- Bu Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak direnme suçunu veya katıldıkları toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında propaganda suçunu işleyen çocuklar hakkında bu suçlara bağlı olarak ayrıca 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanmaz."

MADDE 4- 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 5 inci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz."

MADDE 8- 5271 sayılı Kanunun 250 nci maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"(4) Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamazlar ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz."

MADDE 9- 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 107 nci maddesinin dördüncü fıkrasının sonuna aşağıdaki cümle eklenmiştir.

"Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz."

MADDE 10- A)

Terörle Mücadele Kanununun;

1) 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi,

2) 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" ibaresi,

B) İnfaz Hâkimliği Kanununun 2 nci maddesinin üçüncü fıkrası,

yürürlükten kaldırılmıştır.

ANAYASANIN;

X. KANUN ÖNÜNDE EŞİTLİK

MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

(Ek fıkra: 7/5/2004-5170/1 md.) Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. (Ek cümle: 12/9/2010-5982/1 md.) Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/1 md.) Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar. (*)

III. TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN KÖTÜYE KULLANILAMAMASI

Madde 14- (Değişik madde: 03/10/2001 - 4709 S.K./3. md.)

Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz. Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir.”

Bu durumda;

Eşitlik, biri mutlak, diğeri nispî olmak üzere iki değişik anlamda anlaşılmaktadır.

1. Mutlak Eşitlik

Mutlak eşitlikten kastedilen şey, kanunların herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Kişilerin kişisel ve özel durumlarına bakılmaz.

2. Nispî Eşitlik

Nispî eşitlikten kastedilen şey ise, aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tâbi tutulmasıdır. Bu şu anlama gelir ki, farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tâbi tutulabilirler. Diğer bir ifadeyle, nispî eşitlik anlayışına göre, eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bu ilkeye göre, kişinin hakları ve ödevleri, yetkileri ve sorumlulukları, durumunu, niteliğine yaptığı işe göre değişebilecektir.

Anayasaya giren başka bir kavram pozitif ayırımcılık.

POZİTİF AYIRIMCILIK, yalnızca "dezavantajlı" gruplara mensup bireylere verilen ekstra haklardır. Pozitif ayrımcılık, dezavantajlı gruplar herkesin rahatça kullanabildiği bazı hakları çeşitli sebeplerden dolayı kullanamayabileceği için; onlar ancak bazı özel birtakım haklara sahip olurlarsa çoğunlukla gerçekten eşit olma şansını yakalayabilecekleri düşüncesiyle yapılır.

POZİTİF AYRIMCILIK FAZLADAN BİR HAK DEĞİLDİR. SADECE HERKESLE GERÇEKTEN EŞİT OLUNABİLMESİNİN GARANTİ ALTINA ALINMASIDIR.

3713 sayılı Yasa kapsamında yargılanan yaşı küçük sanık ve yaşı büyük sanık ile ilgili örnek verecek olursak;

Toplantı ve gösteri yürüyüşüne aykırı olarak toplantıya katılan, bölücü terör örgütü lehine propaganda yapan şahıslar ile ilgili olarak

Örgüt Üyesi olmayan 18 yaşından büyük (cezalar alt hadden belirlenmiştir)	Örgüt Üyesi olmayan 18 yaşından küçük (Cezalar alt hadden belirlenmiştir)
- 2911 sayılı Kanunun 32. maddesine Muhalefetten 6 Ay Hapis - 3713 sayılı Kanunun 2/2 maddesi gereğince örgüt adına suç işlemesi sebebi ile örgüt gibi cezalandırılacağı için TCK'nun 314/2. maddesi gereğince 5 Yıl Hapis Cezası ile Cezalandırılmasına, - 3713 sayılı Kanunun 5. maddesi gereğince cezası 1/2 oranında artırılarak 7 Yıl 6 Ay Hapis Cezası ile Cezalandırılmasına,	- 2911 sayılı Kanunun 32. maddesine Muhalefetten 6 Ay Hapis - 3713 sayılı Kanunun 2/2. maddesi toplantı ve gösteri yürüyüşlerde uygulanamayacağı için TCK'nun 314/2. maddesi gereğince bu kişilere ceza vermek mümkün değildir.

Yukarıdaki tablodan da anlaşılacağı üzere 18 yaşını 1 gün ile ikmal eden şahıs ile bir gün eksik ile 15-18 yaş grubunda bulunan şahıslara verilen cezalar arasında büyük orantısızlık mevcuttur. 3713 sayılı Yasanın infaz hükümleri de farklı olduğundan eşitsizlik yaşı büyükler noktasında üst hadde ulaşmaktadır. Bu durum hem ceza hukuku hem de infaz hukuku açısından büyük adaletsizlik oluşturmaktadır.

3713 sayılı Kanunun 13. maddesi hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yasağı da getirmektedir.

21. Yüzyıla girerken dünya terör ile tanışmış, dünyanın bir çok ülkesi terör ile mücadele ederken sağlam, caydırıcı, toplumsal huzur ve barışı en üst seviyede koruyucu yasal önlemler alma yoluna gitmiştir. Ülkemizde yasa koyucu da aynı yöntemi izlemiştir. 3713 sayılı Kanunun 1. maddesinde bu husus çok net olarak açıklanmıştır. 6008 sayılı Yasa, fırsatçı terör örgütüne daha çok toplumsal olay yaratma bu toplumsal olaylarda çocuk olarak tanımlanan 15-18 yaş grubunu kullanma fırsatı verecektir. Nitekim geldiğimiz noktada ülkemizin bir çok il ve ilçelerinde taşlı, sopalı, toplumsal olaylarda artış gözlemlenmiş, yazılı ve görsel basında bu olaylar hemen hemen her gün gündemde yer almaya başlamıştır. Toplumsal olayların aktörleri de daha çok 6008 sayılı Yasa ile ayrıcalık getirilen şahıslar oluşturmaktadır.

Terör örgütünün düzenlediği organizasyonlarda yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılan, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılarak polise direnen Molotofkokteyli atan bölücü lider ve örgüt adına propaganda suçunu işleyen çocuklar hakkında 3713 sayılı Kanunun 2. maddesinin uygulanmaması terör ile mücadelede de zafiyet oluşturacaktır. İŞLEDİĞİ FİİLİN HUKUKÎ ANLAM VE SONUÇLARINI ALGILAMA VE BU FİİL İLE İLGİLİ OLARAK DAVRANIŞLARINI YÖNLENDİRME YETENEĞİNE SAHİP OLAN BU KİŞİLERİN EYLEMLERİNİN YAPTIRIMSIZ KALMASI ANAYASANIN 10. MADDESİ İLE TCK'NUN SİSTEMATİĞİNE AÇIKCA AYKIRIDIR.

Ben terör örgütü adına suç işlerim, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılırım, istediğim gibi kolluk güçlerine direnirim, sloganımı atarım diyen şahsa yasaların hayır ben seni 3713 sayılı Yasanın 2/2. maddesi gereğince terör suçlusu olarak kabul etmiyorum deme lüksü yoktur. İsnat yeteneğine etki eden faktörler yukarıda açıklanmıştır. Yetişkinler ile yaşı küçükler arasında suç işleme konusunda bir ayrım yapılmamıştır. 15-18 yaş grubunun katıldığı toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılarak direnme suçunu veya katıldıkları toplantı ve yürüyüşleri sırasında propaganda suçunu işleyen çocukların sanki yasal bir derneğe üyeymiş gibi tipiklik unsuru düzenlenmiş, 3713 sayılı Yasanın uygulanmaması hukuka ve Anayasaya uygun değildir. Türk devletinin ve Cumhuriyet'in varlığını tehlikeye düşürecek her türlü eyleme karşı yasa koyucunun gerekli önlemleri alması şart ve gereklidir. 3713 sayılı Kanunda bu zorunluluktan doğmuştur. Getirilen düzenlemenin pozitif ayrımcılık olmadığı yukarıda açıklanmıştır.

NETİCE-İ TALEP: Yukarıda belirtilen nedenler gereğince 22/07/2010 tarihinde kabul edilen 25/07/2010 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Terör ile Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6008 sayılı Kanunun 3, 4, 8, 9, 10. maddelerinin iptaline karar verilmesini saygılarımla arz ederim."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle, 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na eklenen 34/A maddesi şöyledir:

"**Çocuklar hakkında uygulanmayacak hüküm**

MADDE 34/A- (Ek: 22/7/2010 - 6008/3 md.)

Bu Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak direnme suçunu veya katıldıkları toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında propaganda suçunu işleyen çocuklar hakkında bu suçlara bağlı olarak ayrıca 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 2 nci maddesinin ikinci fıkrası hükmü uygulanmaz."

2- 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'na eklenen ve itiraz konusu kuralı da içeren 5. maddesi şöyledir:

"**Cezaların artırılması**

Madde 5- (Değişik: 29/6/2006-5532/4 md.)

3 ve 4 üncü maddelerde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezaları veya adlî para cezaları yarı oranında artırılarak hükmolunur. Bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırı aşılabilir. Ancak, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

Suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse; sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılır. Ancak, yapılacak artırım, cezanın üçte ikisinden az olamaz.

(Ek fıkra: 22/7/2010 - 6008/4 md.) Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz."

3- 6008 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na eklenen ve itiraz konusu kuralı da içeren 250. maddesi şöyledir:

"Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi

Madde 250- (1) Türk Ceza Kanununda yer alan;

a) (Değişik: 26/6/2009 - 5918/7 md.) Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen uyuşturucu ve uyarıcı madde imâl ve ticareti suçu veya suçtan kaynaklanan malvarlığı değerini aklama suçu,

b) Haksız ekonomik çıkar sağlamak amacıyla kurulmuş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde cebir ve tehdit uygulanarak işlenen suçlar,

c) İkinci Kitap Dördüncü Kısmın Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (305, 318, 319, 323, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç),

Dolayısıyla açılan davalar; Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görülür.

(2) Gelen iş durumu göz önünde bulundurularak birinci fıkrada belirtilen suçlara bakmakla görevli olmak üzere, aynı yerde birden fazla ağır ceza mahkemesi kurulmasına, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca karar verilir. Bu hâlde, mahkemeler numaralandırılır. Bu mahkemelerin başkan ve üyeleri adlî yargı adalet komisyonunca, bu mahkemelerden başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemez.

(3) Birinci fıkrada belirtilen suçları işleyenler sıfat ve memuriyetleri ne olursa olsun bu Kanunla görevlendirilmiş ağır ceza mahkemelerinde yargılanır. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler ile (…) askerî mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler saklıdır.

(4) (Ek fıkra: 22/7/2010 - 6008/8 md.) Çocuklar, bu madde hükümleri uyarınca kurulan mahkemelerde yargılanamazlar ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümleri çocuklar bakımından uygulanmaz."

4- 6008 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle, 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a eklenen ve itiraz konusu kuralı da içeren 107. maddesi şöyledir:

"**Koşullu salıverilme**

Madde 107- (1) Koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için mahkûmun kurumdaki infaz süresini iyi hâlli olarak geçirmesi gerekir.

(2) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar yirmidört yılını, diğer süreli hapis cezalarına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının üçte ikisini infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler.

(3) Koşullu salıverilme için infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre;

a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzaltı,

b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuz,

c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzaltı,

d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuz,

e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla yirmisekiz,

Yıldır.

(4) Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ancak, bu süreler;

a) Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk,

b) Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört,

c) Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk,

d) Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört,

e) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki,

Yıldır. **(Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/9 md.) Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.**

(5) Koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınır.

(6) Koşullu salıverilen hükümlünün tâbi tutulacağı denetim süresi, yukarıdaki fıkralara göre infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadardır. Ancak süreli hapislerde hakederek tahliye tarihini geçemez.

(7) Hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılabilir.

(8) Onsekiz yaşından küçük olan hükümlüler, denetim süresinde eğitimlerine, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir kurumda devam ederler.

(9) Hâkim, denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek hâkime verir.

(10) Hâkim, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldırabilir.

(11) Bir hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, hükmü veren mahkemeye; hükümlü başka bir yerde bulunuyorsa o yerde bulunan aynı derecedeki mahkemeye verilir. Mahkeme, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir. Mahkeme, raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.

(12) Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklere, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde koşullu salıverilme kararı geri alınır.

(13) Koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün;

a) Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen,

b) (Değişik: 25/5/2005-5351/8 md.) Yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, bu yükümlülüklere uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla takdir edilecek bir sürenin,

Ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir. Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez.

(14) Denetim süresi yükümlülüklere uygun ve iyi hâlli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır.

(15) Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına;

a) Hükümlü geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkûm edilirse, hükmü veren ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi tarafından,

b) Hükümlünün bağlı tutulduğu yükümlülükleri yerine getirmemesi hâlinde koşullu salıverilme kararına esas teşkil eden hükmü veren ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi veya koşullu salıverilme kararını vermiş olan mahkeme tarafından,

Dosya üzerinden karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır.

(16) 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine

Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardan birinin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi dolayısıyla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde, koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz."

5- 6008 sayılı Kanun'un 10. maddesi şöyledir:

"**A) Terörle Mücadele Kanununun;**

1) 9 uncu maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi,

2) 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "onbeş yaşını tamamlamamış" ibaresi,

B) İnfaz Hâkimliği Kanununun 2 nci maddesinin üçüncü fıkrası,

yürürlükten kaldırılmıştır."

B- İlgili Yasa Kuralları

1- 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun ilgili görülen 9. ve 13. maddeleri şöyledir.

"**Görev ve yargı çevresinin belirlenmesi**

Madde 9- (Değişik: 29/6/2006-5532/8 md.)

Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalara, 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerinde bakılır. (Mülga ikinci cümle: 22/7/2010 - 6008/10 md.)"

"**Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmemesi, seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme yasağı**

Madde 13- (Değişik: 26/2/2008-5739/3 md.)

Bu Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununun 231 inci maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemez; verilen hapis cezası seçenek yaptırımlara çevrilemez ve ertelenemez. Ancak bu hükümler (…) çocuklar hakkında uygulanmaz."

2- 16.5.2001 günlü, 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu'nun ilgili görülen 2. maddesi şöyledir:

"**İnfaz hâkimliklerinin kuruluşu**

Madde 2- İnfaz hâkimlikleri, Adalet Bakanlığınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak, yargı çevresinde ceza infaz kurumu ve tutukevi bulunan ağır ceza mahkemeleri ile coğrafî durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak ilçe asliye ceza mahkemeleri nezdinde kurulur. İnfaz hâkimliğinin yetki alanı, kurulduğu yer ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlıdır.

Gerektiğinde birinci fıkradaki usule göre bir yerde birden çok infaz hâkimliği kurulabilir. Bu durumda infaz hâkimlikleri numaralandırılır.

(Mülga üçüncü fıkra: 22/7/2010 - 6008/10 md.)

İnfaz hâkimliklerinde bir yazı işleri müdürü ile yeteri kadar personel bulunur."

C- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmış, 2., 141. ve 142. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 17.3.2011 gününde 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, 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, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde, ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 6008 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 2911 sayılı Kanun'a eklenen 34/A maddesinin, 9. maddesiyle 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinin (4) numaralı fıkrasına eklenen "*Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz*." biçimindeki cümlesinin ve 10. maddesinin (B) fıkrasının da iptalini istemiştir.

6008 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 2911 sayılı Kanun'a eklenen 34/A maddesinde, 2911 sayılı Kanun'a aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşlerine katılarak direnme suçunu veya katıldıkları toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında propaganda suçunu işleyen çocuklar hakkında bu suçlara bağlı olarak ayrıca 3713 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün uygulanmayacağı kural altına alınmıştır.

5271 sayılı Kanun'un 225. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, hükmün, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verileceği belirtilmiştir. Buna göre iddianame ya da aşamalarda mahkemelerce verilen görevsizlik kararlarında unsurları gösterilmeyen suça ilişkin fiil hakkında hüküm kurulamayacaktır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'de yargılanan suça sürüklenen çocuklar hakkında düzenlenen iddianamede ve aşamalarda mahkemelerce verilen görevsizlik kararlarında anılan çocukların 2911 sayılı Kanun'a aykırı herhangi bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılarak direnme veya propaganda suçunu işlediklerine dair bir anlatıma yer verilmediği gibi anılan Kanun'a muhalefet ettiklerinden bahisle cezalandırılmaları da talep edilmemiştir. Bu nedenle itiraz yoluna başvuran Mahkemede yargılanan suça sürüklenen çocuklar hakkında 6008 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle 2911 sayılı Kanun'a eklenen 34/A maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kural, bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

5275 sayılı Kanun'un "*Koşullu Salıverilme*" başlıklı 107. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanların otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanların otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanların cezalarının dörtte üçünü infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilecekleri; ancak, bu sürelerin birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde kırk, birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde otuzdört, bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla kırk, bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuzdört, birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde en fazla otuziki yıl olacağı kural altına alınmıştır. 6008 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle anılan fıkraya eklenen cümlede ise anılan fıkra hükümlerinin çocuklar hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir.

5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinde düzenlenen koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanabilmesi için, sanığın hapis cezası almış ve bu cezanın infazına başlanılmış olması gerekmektedir. Diğer bir ifade ile koşullu salıverilme hükümleri, alınan cezanın infazı aşamasında uygulanmaktadır. Dolayısıyla itiraz

yoluna başvuran Mahkemede henüz yargılaması devam eden suça sürüklenen çocuklar hakkında verilmiş ve kesinleşmiş bir hapis cezası söz konusu olmadığı gibi bu hapis cezasının infazına başlanmasından da söz edilemez. Bu nedenle 6008 sayılı Kanun'un 9. maddesiyle, 5275 sayılı Kanun'un 107. maddesinin (4) numaralı fıkrasının sonuna eklenen "*Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz*." biçimindeki cümle bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

İnfaz Hakimliği Kanunu'nun "*İnfaz Hakimliklerinin Kuruluşu*" başlıklı 2. maddesinde, infaz hakimliklerinin, Adalet Bakanlığınca Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak, yargı çevresinde ceza infaz kurumu ve tutukevi bulunan ağır ceza mahkemeleri ile coğrafi durum ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak ilçe asliye ceza mahkemeleri nezdinde kurulacağı; İnfaz hakimliğinin yetki alanının, kurulduğu yer ağır ceza veya asliye ceza mahkemesinin yargı çevresi ile sınırlı olacağı belirtilmiştir. 6008 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (B) fıkrası ile 4675 sayılı Kanun'un anılan maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*İnfaz hakimlikleri, kuruldukları yer adliye binasında görev yapar.*" kuralı yürürlükten kaldırılmıştır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nun 25. maddesine göre kurulup faaliyet gösteren özel bir mahkeme olup 4675 sayılı Kanun kapsamında infaz hakimliği görev ve yetkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla 6008 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (B) fıkrası bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenlerle;

A- 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle, 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 34. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 34/A maddesinin,

2- 9. maddesiyle, 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin (4) numaralı fıkrasının sonuna eklenen "*Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.*" biçimindeki cümlenin,

3- 10. maddesinin (B) fıkrasının,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu madde, fıkra ve cümleye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE;

B- 1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

a- 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine eklenen "*Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz*." biçimindeki fıkranın,

b- 8. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın,

c- 10. maddesinin (A) fıkrasının,

esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE;

karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kanun'un 4. Maddesiyle, 12.4.1991 Günlü, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. Maddesine Eklenen "*Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz*." Biçimindeki Fıkranın İncelenmesi

Başvuru kararında, onsekiz yaşını bir gün geçen bir kişi ile onsekiz yaşından bir gün eksik olan kişiye verilecek cezalar arasında büyük bir orantısızlığın bulunduğu, infaz hükümlerinin de gözetilmesi durumunda ceza ve infaz hukuku bakımından adaletsiz sonuçlara sebebiyet verildiği, terör örgütlerine çocukları kullanma fırsatının verildiği, ülkemizde birçok il ve ilçede toplumsal olayların çoğaldığı, toplumsal olayların aktörlerinin 6008 sayılı Kanun ile ayrıcalık getirilen çocuklar olduğu, bu çocuklar hakkında itiraz konusu kuralın uygulanması halinde terör ile mücadelede zafiyete düşüleceği, bu çocukların eylemlerinin yaptırımsız kalacağı, yetişkinler ile çocuklar arasında suç işleme konusunda bir ayrım yapılmadığı, 3713 sayılı Kanun'un çocuklara uygulanmamasının hukuka ve Anayasa'ya aykırı olduğu, Türk Devleti'nin ve Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürecek her türlü eyleme karşı yasa koyucunun gerekli önlemleri almasının şart ve gerekli olduğu belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesi uyarınca, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, henüz onsekiz yaşını doldurmamış kişi, çocuk; 5395 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise kanunlarda suç olarak tanımlanan bir fiili işlediği iddiası ile hakkında soruşturma veya kovuşturma yapılan ya da işlediği fiilden dolayı hakkında güvenlik tedbirine karar verilen kişi, suça sürüklenen çocuk olarak tanımlanmıştır.

3713 sayılı Kanun'un "*Cezaların Artırılması*" başlıklı 5. maddesinin birinci fıkrasında, anılan Kanun'un 3. ve 4. maddelerinde yazılı suçları işleyenler hakkında ilgili kanunlara göre tayin edilecek hapis cezalarının veya adlî para cezalarının yarı oranında artırılarak hükmolunacağı, bu suretle tayin olunacak cezalarda, gerek o fiil için, gerek her nevi ceza için muayyen olan cezanın yukarı sınırının aşılabileceği, müebbet hapis cezası yerine, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacağı; ikinci fıkrasında suçun, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olması dolayısıyla ilgili maddesinde cezasının artırılması öngörülmüşse

sadece bu madde hükmüne göre cezada artırım yapılacağı, yapılacak artırımın cezanın üçte ikisinden az olamayacağı belirtilmiştir. İtiraz konusu kuralda ise anılan 5. madde hükümlerinin çocuklar hakkında uygulanmayacağı kural altına alınmıştır.

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

Çocuk suçluların ya da diğer bir deyimle suça sürüklenen çocukların, temyiz kabiliyeti, işlenen suçun sebep ve sonuçlarını değerlendirebilecek akli, ruhi ve fiziki olgunluğa sahip olma, geçerli hukuki işlem yapabilme, kendini savunma ve kendini üçüncü kişilere karşı temsil etme bakımından reşit kişilerden farklı konumda oldukları için, reşit kişilerle farklı ceza ve ceza usul kurallarına tâbi tutulmalarında Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir durum bulunmamaktadır. Nitekim, çağdaş devletlerin ceza hukuku ve ceza usul hukuku uygulamalarında da reşit olan suçlular ile çocuk suçluların, farklı konumda oldukları kabul edildiğinden bunlar ceza yargılaması sürecinde soruşturma, kovuşturma ve infaz aşamalarında farklı kurallara tâbi tutulmuşlardır. Buna göre terör ve terör amacı ile işlenen suçları işleseler bile farklı konumda bulunan suça sürüklenen çocuklar bakımından, aynı suçu işleyen reşit suçlular hakkında uygulanacak artırım maddesinin uygulanmaması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

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

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. 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 konularında takdir yetkisine sahiptir.

Kanun'un genel gerekçesinde de belirtildiği üzere uluslararası mevzuatta, çocuklar hakkında hapis veya para cezası verilmesinin en son çare olması gerektiği görüşü benimsenmiş ve çocukların yararının her zaman üstün tutulması ilkesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla terör ve terör amacı ile işlenen suçları işleseler bile farklı konumda bulunan suça sürüklenen çocuklar bakımından, aynı suçu işleyen reşit suçlular hakkında uygulanacak artırım maddesinin uygulanıp uygulanmayacağına karar verme hususu yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olduğu ve yasa koyucunun suça sürüklenen çocukların üstün yararını gözeterek bu takdir yetkisini kullandığı açıktır.

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

B- Kanun'un 8. Maddesiyle, 4.12.2004 Günlü, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. Maddesine Eklenen (4) Numaralı Fıkra İle Kanun'un 10. Maddesinin (A) Fıkrasının (1) Numaralı Bendinin İncelenmesi

Başvuru kararında, Kanun'un 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine eklenen "*Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz*." biçimindeki fıkraya ilişkin gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 141. ve 142. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

5271 sayılı Kanun'un "*Görev ve Yargı Çevresinin Belirlenmesi*" başlıklı 250. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hangi suçlardan dolayı açılan kamu davalarının Adalet Bakanlığı'nın teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca yargı çevresi birden

çok ili kapsayacak şekilde belirlenecek illerde görevlendirilecek ağır ceza mahkemelerinde görüleceği kural altına alınmıştır. Anılan maddeye eklenen itiraz konusu (4) numaralı fıkrada ise bu maddeye göre kurulan ağır ceza mahkemelerinde çocukların yargılanamayacağı ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümlerinin çocuklara uygulanmayacağı belirtilmiştir.

3713 sayılı Kanun'un "*Görev ve Yargı Çevresinin Belirlenmesi*" başlıklı 9. maddesinde de 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili davalara, 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerinde bakılacağı kural altına alınmıştır. İtiraz konusu 6008 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (A) fıkrasının (1) numaralı bendi ile de anılan 9. maddenin ikinci fıkrasında yer alan "*Bu suçlardan dolayı onbeş yaşın üzerindeki çocuklar hakkında açılan davalar da bu mahkemelerde görülür.*" biçimindeki cümle yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece itiraz konusu kuralla, suça sürüklenen çocukların anılan ağır ceza mahkemelerinde yargılanmaları bakımından "*onbeş yaşını bitiren-onbeş yaşını bitirmeyen*" şeklindeki ayrım kaldırılmıştır.

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.*" denilmiştir.

Çağdaş devletlerin ceza hukuku ve ceza usul hukuku uygulamalarında reşit olan suçlular ile çocuk suçluların, farklı konumda oldukları kabul edildiğinden bunlar ceza yargılaması sürecinde soruşturma, kovuşturma ve infaz aşamalarında farklı kurallara tâbi tutulmuşlardır. Nitekim, uluslararası belgelerde suça sürüklenen çocukların yetişkinler gibi yargılanmalarının ve cezalandırılmalarının, çocukları suç ve benzeri risklerden koruyamadığı gibi daha fazla riske açık hale getirdiği gerçeğinden hareketle, çocuklara özgü kanun, usul ve makamların oluşturulması gerektiği belirtilmektedir. Ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 40. maddesi ile haklarında ceza kanunlarını ihlâl ettiği ileri sürülen, bunlarla itham edilen ya da ihlâl ettikleri kabul olunan çocuklar bakımından, yalnızca onlara uygulanabilir kanunların, usullerin, uygulayacak makamların ve kuruluşların oluşturulması gerekliliği hususu tüm taraf devletler için bir yükümlülük haline getirilmiştir.

Çocuk suçluların ya da diğer bir deyimle suça sürüklenen çocukların, temyiz kabiliyeti, işlenen suçun sebep ve sonuçlarını değerlendirebilecek akli,

ruhi ve fiziki olgunluğa sahip olma, geçerli hukuki işlem yapabilme, kendini savunma ve kendini üçüncü kişilere karşı temsil etme bakımından reşit kişilerden farklı konumda oldukları için, reşit kişilerle farklı ceza ve ceza usul kurallarına tâbi tutulmalarında Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir durum bulunmadığı gibi Anayasa'nın 141. ve 142. maddeleri gözetildiğinde işleyiş ve yargılama usulü olarak çocukların yargılanmasıyla görevlendirilmiş mahkemeler açısından, çocukların özel durumları dikkate alınarak kanunla ayrık hükümler konulması yasa koyucuya görev olarak verilmiştir.

İtiraz konusu kurallar birlikte değerlendirildiğinde terör ve terör amacı ile işlenen suçları işleseler bile suça sürüklenen çocukların 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesinin (1) numaralı fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerinde yargılanmalarının ve bu mahkemelere özgü soruşturma ve kovuşturma hükümlerinin uygulanmasının imkanı kalmamıştır. Dolayısıyla bu çocuklar, 5395 sayılı Kanun hükümlerine göre özel olarak kurulan ve faaliyet gösteren, uyguladıkları maddi ve usulî yasa hükümlerinde çocuğun yüksek yararını gözeten, bozulan kamu düzeninin sağlanmasından çok çocuğun topluma yeniden kazandırılmasını hedefleyen, bu nedenle suça sürüklenen çocukların cezalandırılmaları yerine haklarında güvenlik tedbirlerini uygulayan özel mahkemelerde yargılanacaklardır. Buna göre suça sürüklenen çocukların hassasiyetlerinin gözetilerek çocuğun yüksek yararının esas alınması ve bu amaçla özel olarak kurulan çocuk mahkemelerinde yargılanmalarının sağlanması Anayasa'nın 141. ve 142. maddelerine uygun bir düzenleme olduğu gibi Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırı değildir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kurallar, Anayasa'nın 10., 141. ve 142. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

C- Kanun'un 10. Maddesinin (A) Fıkrasının (2) Numaralı Bendinin İncelenmesi

Başvuru kararında, Kanun'un 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine eklenen "*Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz.*" biçimindeki fıkraya ilişkin gerekçelerle kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

3713 sayılı Kanun'un "*Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararı Verilmemesi, Seçenek Yaptırımlara Çevirme ve Erteleme Yasağı*" başlıklı 13. maddesinin birinci cümlesinde, 3713 sayılı Kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilemeyeceği, verilen hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilemeyeceği ve ertelenemeyeceği kural altına alınmıştır. Anılan maddenin ikinci cümlesinde ise bu hükümlerin çocuklara uygulanmayacağı belirtilmiştir.

6008 sayılı Kanun'un 10. maddesinin (A) fıkrasının itiraz konusu (2) numaralı bendi ile anılan 13. maddenin ikinci cümlesinde yer alan "*onbeş yaşını tamamlamamış"* biçimindeki ibare yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece itiraz konusu kuralla, suça sürüklenen çocuklar bakımından "*onbeş yaşını bitiren-onbeş yaşını bitirmeyen"* şeklindeki ayrım kaldırılmış, tüm suça sürüklenen çocuklar bakımından terör ve terör amacı ile işlenen suçları işleseler bile şartlarının bulunması durumunda hükmün açıklanmasının geri bırakılabilmesi, hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilebilmesi ve ertelenebilmesi imkanı getirilmiştir.

6008 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine eklenen "*Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz*." biçimindeki fıkraya ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Terörle Mücadele Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine eklenen "Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz." biçimindeki fıkranın,

2- 8. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın,

3- 10. maddesinin (A) fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 15.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

Esas Sayısı : 2011/9
Karar Sayısı : 2012/44
Karar Günü : 22.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Malatya İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun;

1- 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen 25. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…talep tarihinden itibaren başlatılır." ibaresinin,

2- 4956 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen Geçici 18. maddesinin,

Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 10., 60. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davanın açıldığı 7.5.2007 tarihine kadar Bağ-Kur'a hiçbir şekilde kayıt ve tescili yapılmamış olan davacının, kasaplık mesleği sebebiyle vergi mükellefiyetinin başladığı 1.7.1978 tarihinden itibaren Bağ-Kur sigorta kaydının tespitinin yapılarak, bu tarihten itibaren Bağ-Kur sigortalısı sayılmasına karar verilmesi istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"MADDİ OLAY VE UYGULANACAK YASA HÜKMÜ KONUSU:

Anayasanın 152/1. maddesinde "bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, anayasa mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır" hükmüne yer verilmektedir.

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin Sürgü kasabasında ikamet etmekte olup, kasaplık yaptığını, müvekkilinin kasaplık mesleği nedeni ile 01/07/1978 tarihinden 30/12/1978 tarihine kadar ve 06/07/1981 tarihinden 31/03/1989 tarihine kadarki dönemler içerisinde Doğanşehir vergi dairesinin 4732 vergi hesap numaralı vergi mükellefi olduğunu, müvekkilinin Sürgü esnaf ve sanatkarlar odasına 08/03/1983 tarihinde üye olduğunu ve üye numarasının 114 olduğunu halen üyeliğinin faal olarak devam ettiğini, aynı zamanda müvekkilinin Malatya Esnaf ve Sanatkarlar siciline 01/11/1984 tarihinde kayıt yaptırmış olup bu kaydını 12/05/2006 tarihinde sildirdiğini, müvekkilinin Malatya Esnaf ve Sanatkarlar sicil numarasının 5016 olduğunu, Yüksek Yargıtayın uygulamaları ve 1479 sayılı Bağ-kur kanununun 24. maddesine baktığımızda Bağ-kur sigortalılığı unsurlarının oluşması için vergi mükellefiyetini gerektiren faaliyette bulunulmasının yeterli olacağı yönünde olduğunu, müvekkilinin bütün yükümlülüklerinin yerine getirmesine rağmen Bağ-kur kaydının yapılmamasının hukuka aykırı olduğunu, açıklanan nedenlerle müvekkili Abuzer Eğilmez'in yapmış olduğu kasaplık mesleği sebebi ile vergi mükellefiyetinin başlamış olduğu 01/07/1978 tarihinden itibaren bağ-kur sigorta kaydının tespitinin yapılarak bu tarihten itibaren bağ-kur sigortalısı sayılmasına karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; davacının yasal süre içerisinde kuruma kayıt ve tescilini yaptırmadığını, 4956 sayılı Yasa ile 1479 sayılı Yasaya eklenen geçici 18.maddesi uyarınca davacının 04/10/2000 tarihinden önce kayıt ve tescilinin yapılmasının mümkün olmadığını, davacının gelir vergisi mükellefi yada gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkarlar sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun kayıtlı olması gerektiğini beyan ederek davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

-Bağ-Kura yazılan müzekkere cevabında;davacının sigortalılık tescil kaydına rastlanılmadığı bildirilmiştir.

-Malatya ili, Doğanşehir Mal Müdürlüğünden gelen müzekkere cevabında; davacının kasap olarak 01.07.1978-30.12.1978 ve 06.07.1981-31.03.1989 tarihleri arasında vergi kaydı olduğu bildirilmiştir.

-Sürgü Esnaf ve Sanatkarlar Odası Başkanlığının kayıtlarına göre; davacının 114 üye no'su ile 08.03.1983-11.05.2006 tarihleri arasında üyelik kayıtlarının bulunduğu bildirilmiştir.

-Davacının bildirmiş olduğu tanıklar Doğanşehir Asliye Hukuk Mahkemesi aracılığı ile dinlenmiştir.

-Tüm deliller toplandıktan sonra dava dosyası Ankara Nöbetçi İş Mahkemesine gönderilerek Bağ-Kur mevzuatı konusunda uzman bilirkişiden rapor alınmıştır.

Davacı vekili bu aşamada Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

Bakılan ihtilafta davacının Anayasaya aykırılık iddiası yerinde görülmüş; 4956 sayılı Yasanın 15. maddesi ile değişik 1479 sayılı Yasanın 25. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alan -TALEP TARİHİNDEN İTİBAREN BAŞLATILIR- ibaresi ile 4956 Sayılı Yasanın 47. maddesi ile 1479 sayılı Yasaya eklenen geçici 18. maddesinin tamamının Anayasanın başlangıç hükümleri ile 2, 10, 60 ve 138. maddelerinin amir hükümlerine aykırı düştüğü düşüncesiyle Anayasa Mahkemesine müracaat edilmesi gerekmiştir.

-5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 4/1-b bendi kapsamındaki sigortalılara ilişkin olmakla beraber geçiş hükümlerini içeren aynı Kanunun 7. maddesi gereğince mülga 1479 sayılı kanunun 25. ve 47.maddelerinin uygulanması gerektiğinden söz konusu mevzuat hükümleri gereği inceleme yapılmıştır.

-Dava konusu ihtilafın geçtiği tarihte yürürlükte bulunan 1479 sayılı yasanın sigortalama ve tescile ilişkin hükümleri;

3165 sayılı Kanunun (04/10/2000 tarihine kadar) 6. maddesi ile 1479 sayılı kanunun 24. maddesi değiştirilerek sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan;

a) Esnaf ve sanatkarlar , tüccar, sanayici ve borsa , ajans ve acenteleri, mimar ve mühendisler, sigorta prodüktörleri ve eksperleri, eczacılar, tabipler, veterinerler, gümrük komisyoncuları gibi ticari veya serbest kazancı dolayısı ile gerçek veya götürü usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı bulunanlar veya kanunla kurulu meslek kuruluşlarına usulüne uygun olarak kayıtlı olanlar....

619 sayılı K.H.K. (08/08/2000 tarihine kadar) 619 sayılı K.H.K. nın 13. maddesi ile 1479 sayılı kanunun 24. maddesi değiştirilerek sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan esnaf ve sanatkarlar ile diğer bağımsız çalışanlardan ticari kazanç veya serbest meslek kazancı dolayısı ile gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar ile gelir vergisinden muaf olanlardan esnaf ve sanatkarlar siciline veya kanunla kurulu meslek kuruluşuna usulüne uygun olarak kayıtlı olanlar... Bu kanuna göre sigortalı sayılırlar.

04/10/2000 tarihinde yürürlüğe giren ve 26/10/2000 tarihinde Anayasa Mahkemesince iptal edilen ve 08/08/2001 tarihine kadar yürürlükte kalan 619 sayılı K.H.K. nın geçici 1. maddesi; "1479 sayılı kanuna göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde, bu kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri bu kanuna göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olmak kaydıyla, 20/04/1982 tarihinden bu kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğe girdiği tarihe kadar vergi dairelerine kayıtlı olarak kendi nam ve hesabına bağımsız çalıştıklarını belgeleyen sigortalıların, vergiye kayıtlı bulundukları süreler, bu süreye ilişkin primleri, ödeme tarihinde bulundukları gelir basamağı prim tutarı üzerinden ödemek kaydı ile sigortalılık süresi olarak değerlendirilir."

Dava konusu ihtilafın geçtiği tarihte yürürlükte bulunan 1479 sayılı yasanın (4956 sayılı yasanın 47. maddesi ile eklenen) geçici 18. maddesi; "Bu kanuna göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 04/10/2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri 04/10/2000 tarihinden itibaren başlar. Ancak, bu kanuna göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanları sigortalılıkları, bu kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde kuruma yazılı olarak başvurmaları ve 20/04/1982-04/10/2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve belgelenen bu sürelere ilişkin olarak 49. ve ek 15. Maddelere göre hesaplanacak prim borçlarının tamamını,

tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, ödeme tarihinde bulundukları gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarı üzerinden ödemek kaydı ile bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir."

Dava konusu ihtilafın geçtiği tarihte yürürlükte bulunan 1479 sayılı yasanın (5458 sayılı yasanın 14. Maddesi ile eklenen) geçici 27.maddesi; "Bu kanun ve 2926 sayılı kanuna göre kayıt ve tescilleri yapılmış olan sigortalılar 31/12/2006 tarihine kadar sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin tespitine ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri kuruma ibraz etmek zorundadırlar. 31/12/2006 tarihinden sonra bilgi ve belge ibraz edenlerin hizmet süreleri saklı kalmak kaydı ile, ibraz ettikleri bilgi ve belgeler basamak tespiti ve geriye dönük prim hesabında dikkate alınmaz. Anılan tarihe kadar söz konusu bilgi ve belgeleri kuruma ibraz etmeyen sigortalıların kurumda mevcut bilgi ve belgelere göre basamak tespiti yapılır ve geriye dönük prim borçları hesaplanır."

01/10/2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Yasanın geçici 8. maddesinin 2.bendi;

"Ancak, bu kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) ve (3) numaralı alt bentlerine göre sigortalı sayılanlardan bu kanunun yürürlük tarihinden itibaren sigortalıkları başlatılanların, bu kanunun yürürlük tarihi ile 04/10/2000 tarihi arasında geçen vergi mükellefiyet süreleri bulunmak kaydı ile, sigortalının bu kanunun yürürlük tarihinden itibaren 6 ay içinde talepte bulunması halinde, vergi mükellefiyet sürelerinin tamamı için 80. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendine göre talep tarihindeki prime esas kazancının %32 si üzerinden borçlanma tutarı hesaplanır ve sigortalıya tebliğ edilir. Sigortalının kendisine tebliğ edilen borçlanma tutarının tamamını tebliğ tarihinden itibaren 6 ay içinde ödemesi halinde, bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir. Sigortalıya tebliğ edilen borç tutarının bu süre içerisinde tam olarak ödenmemesi halinde bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilmez ve ödenen tutar bu Kanunun 89. maddesine göre iade edilir." Hükümleri amirdir.

Bu husustaki yargısal Uygulama ise;

"... 4956 sayılı yasa ile eklenen geçici 18. maddede ise <yasaya göre sigortalılık niteliği taşıdığı halde 04/10/2000 tarihine kadar kayıt ve tescil yaptırmamış olanların> sigortalılıklarının 04/10/2000 tarihinden itibaren başlayacağının belirtilmesi karşısında davacı, maddenin birinci cümlesindeki

koşulları taşıması nedeni ile 04/10/2000 tarihi itibari ile tescil edilmiştir. Bu tarihten önce tescili bulunmadığından hakkında maddenin ikinci cümlesinin uygulanması mümkün bulunmamaktadır. Anılan maddenin ilk cümlesindeki koşullar dikkate alınmaksızın devamında yer alan <ancak bu kanuna göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanların> sigortalıklarının değerlendirileceğine ilişkin hüküm bu olayda uygulanmaz. Daha önce kayıt ve tescili bulunmadığından 04/10/2000 tarihi itibari ile sigortalılığı başlatılan sigortalının bu defa da maddenin ikinci cümlesi gereğince önceki sürelere de hak kazanması gibi bir sonuç 1479 sayılı Yasaya 4956 sayılı Kanunun 47. maddesi ile eklenen geçici 18. maddesi bütün olarak ele alındığında aykırılık teşkil eder. Bu yön Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15/11/2006 gün, 2006/21-703-728 sayılı kararlarında da vurgulanmıştır..."

"...02/08/2003 tarihi itibari ile yürürlüğe giren 4956 sayılı Yasanın 46. maddesi ile 1479 sayılı Yasaya eklenen geçici 18. madde hükmü ile de ; 619 sayılı yasanın hükmünde kararnamenin geçici 1. maddesi hükmüne benzer bir düzenlemeyle; sigortalılık niteliğini taşıdıkları durumda 04/10/2000 gününe kadar kayıt ve tescilini yaptırmayanlara, 20/04/1982 ile 04/10/2000 tarihleri arasında vergi kayıtlarına dayalı çalışma sürelerini belirli koşullara borçlanma imkanı tanınmıştır. Bu yönde; borçlanma hakkı; 04/10/2000 gününden sonra zorunlu sigortalı olarak bağ-kura tescil edilmiş olduklarından daha önce vergi kaydı bulunanlara tanındığı gibi, bu hak; sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin başlaması için ön görülen tarihlerden itibaren, yasada belirtilen ve hak düşürücü süre niteliğindeki süreler dahilinde kullanılmalıdır..."

İLGİLİ KANUN MADDELERİ:

1- 1479 sayılı yasanın (4956 sayılı yasanın 47. maddesi ile eklenen) geçici 18.maddesi; "Bu kanuna göre sigortalılık niteliği taşıdığı halde 04/10/2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri 04/10/2000 tarihinden itibaren başlar. Ancak, bu kanuna göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanları sigortalılıkları, bu kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde kuruma YAZILI OLARAK BAŞVURMALARI ve 20/04/1982-04/10/2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve belgelenen bu sürelere ilişkin olarak 49. ve ek 15. Maddelere göre hesaplanacak prim borçlarının tamamını, tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, ödeme tarihinde bulundukları gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarı üzerinden ödemek kaydı ile bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir."

2- Madde 25- (Değişik: 24/7/2003-4956 sayılı yasanın 15. maddesi ile eklenen)

Bu Kanunun 24 üncü maddesine göre sigortalı sayılanlardan gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıkları, mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıkları ise Esnaf ve Sanatkar Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmak şartıyla TALEP TARİHİNDEN İTİBAREN BAŞLATILIR.

Bu suretle sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri sigortalı sayıldıkları tarihte başlar.

ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ VE İLGİLİ ANAYASA MADDELERİ:

1- ANAYASANIN 2. MADDESİ YÖNÜNDEN: Anayasanın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir" hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekte 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. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken ki takdiri, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkeleri ile sınırlıdır.

Hukuk devletinin unsurları doktrinde belirlenmiş olup, bunlardan konu ile ilgili olan bir tanesi "hukuki güvenlik" ilkesidir. Hukuki güvenlik, devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olmasını gerektirir. Bu sebeple devlet faaliyetleri önceden hukuk kuralları ile düzenlenmeli ve mümkün olduğunca "hukuki istikrar" sağlanmalıdır.

Bu ilkenin bir anlam kazanabilmesi için, o ülkede egemen olan hukukun yönetilenlere, devlete karşı da hukuk güvenliği sağlaması boyutunun da gerçekleşmesi gerektiği tartışmasızdır. Böylelikle devlet, toplum yaşamını düzenlerken ortaya koyduğu, kişilerde tam bir güven duygusu yaratacak, onlara

hukuk kurallarının tam anlamı ile geçerli olduğu ve toplumun bütün unsurları ile birlikte uyum içinde yürüdüğünü gösteren bir güven ortamı tesis edecektir. (Danıştay 11. dairesinin 12/06/1195 gün ve E:1995/1838, K:1995/1861)

Davacı 29/08/1973 tarihinde başladığı çalışma hayatının 25.yılını doldurarak yaşlılık aylığı almaya hak kazanmıştır. Bu hak yasalarla korunmuştur. Bu hakkın sonradan çıkarılan yasalarla elinden alınması "kazanılmış haklar" ilkesine aykırıdır.

Davacı aleyhine mahkememizde görülmekte olan 2007/187 esas sayılı davada;

Uygulanacak olan 1479 sayılı kanunun 4956 sayılı kanunun 15. maddesi ile değiştirilen 25. maddesi ve 4956 sayılı yasanın 47. maddesi ile 1479 sayılı Kanuna eklenen geçici 18. madde Anayasa'ya açıkça aykırıdır.

Şöyle ki;

a) Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen kanun maddeleri ile Hukuk devletinin temel şartlarından birisi olan "Kazanılmış haklara saygı" kaidesi ihlal edilmiştir. Zira hukuk devletinin temel şartlarından birisi bireylerin hukuken kazanılmış sonradan vaaz edilen kanun hükümleri ile ortadan kaldırılmak Anayasanın bu yöndeki hükümlerinin ihlali anlamına gelmektedir. Kanun koyucunun kazanılmış hakları zedeler mahiyette kanun çıkarmasının Anayasa'ya aykırılık teşkil edeceği Anayasa Mahkemesinin bir çok kararında da zikredilmiştir.

b) Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun E.19921/2-283, K.1991/403 sayılı ve 03/07/1991 tarihli kararında da belirtildiği üzere "……Yasada öncesine etkili olabilme hükmü olsa bile kazanılmış haklara dokunulamaz. Zira yasaların öncesine etkileyebilme koşulu usulü bir kuraldır. Usulü kurallar ise kazanılmış hakları zedelememe koşulu ile öncesine etkili olabilirler. Anayasanın 2. maddesi uyarınca Türkiye cumhuriyeti sosyal bir devlettir…. Yasa koyucunun kazanılmış hakları ortadan kaldırıcı nitelikte bir yasa ve diğer düzenleyici bir kural koyması hukuk devleti ilkesine ve bunun sonucu olarak Anayasaya aykırı bir düzenleme ve davranış olacaktır." Aynı minval üzere bir çok Yargıtay kararı ve Anayasa mahkemesi kararı bulunmaktadır.

c) Somut olay açısından bakıldığında davacının 01/07/1978 tarihi itibari ile vergi kaydının bulunduğu görülecektir. Sürgü Esnaf ve Sanatkarlar odası kaydının ise 1983 tarihinde yapıldığı ve halen devam etmekte olduğu anlaşılacaktır. Yine esnaf sicil memurluğundaki kaydının 1984-2006 yılları arasında kesintisiz devam ettiği açıktır. Tüm bu bilgilere ve verilen tarihlere göre davacının vergi kaydının başladığı tarihten bağ-kura kurum tarafından resen ve zorunlu olarak tescil edilmesi gerektiği o dönemdeki yürürlükteki mevzuat gereğidir. Davacının bu hakkı kazanılmış bir haktır. Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Davalı kurumun yeni yasal düzenlemeleri ileri sürerek davacının tescilinin 04/10/2000 tarihinden itibaren başlayacağını ileri sürmesi hukuk devleti İlkesi karşısında hukuki himaye görememelidir. Zira 01/07/1970 tarihi itibari ile davacının tescilinin yapılması mükellefiyeti ve zorunluluğu davalı kuruma aittir. O dönem itibari ile yasal düzenlemeler bu minvaldedir. Bu durum da hukuken kazanılmış bir haktır.

2- ANAYASANIN 10. MADDESİ YÖNÜNDEN:

"Herkes kanun önünde eşittir"

Ayrıca Anayasanın 60. maddesinde de "HERKES SOSYAL GÜVENLİK HAKKINASAHİPTİR" hükmü ile eşitlik ilkesi birlikte değerlendirildiğinde;herkes sosyal güvenlik hakkına eşit şekilde sahip olmalıdır.

Kişilerin yürürlükteki mevzuat hükümlerine güvenerek eylem ve işlemlerini yürütmesi hayatın olağan akışına ve hukukun genel kurallarına uygundur. Daha sonra yasalarda meydana gelen değişiklikler aynı konumda ;fakat farklı haklara sahip olan sigortalılar ortaya çıkarmaktadır.Bir kısım sigortalıları vergi ve oda kaydını RESEN dikkate alarak 1479 sayılı Yasa kapsamında zorunlu sigortalı yaparken,diğer bir kısım sigortalılara talepte bulunma yükümlülüğü yüklemek Anayasanın EŞİTLİK ilkesine aykırılık teşkil eder.

3- ANAYASANIN 60. MADDESİ YÖNÜNDEN:

"Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir"

Davacının kasaplığı dolayısı ile 01.07.1978-30.12.1978, 06.07.1981-31.03.1989 tarihleri arasında Doğanşehir Vergi Dairesinde vergi mükellefidir.

Sürgü Esnaf ve Sanatkarlar Odası Başkanlığının kayıtlarına göre;davacının 114 üye no'su ile 08.03.1983-11.05.2006 tarihleri arasında üyelik kayıtları mevcuttur.

Davacının vergi kaydının ve oda kaydının bulunduğu tarihte yürürlükte olan yasa 1479 sayılı yasanın 24. maddesini değiştiren 3165 sayılı Yasadır. Bu yasa hükmüne göre;

3165 sayılı kanunun (04/10/2000 tarihine kadar) 6. maddesi ile 1479 sayılı Kanunun 24. maddesi değiştirilerek sosyal güvenlik kuruluşları kapsamı dışında kalan ve herhangi bir işverene hizmet akdi ile bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan:

a) Esnaf ve sanatkarlar , tüccar, sanayici ve borsa , ajans ve acenteleri, mimar ve mühendisler, sigorta prodüktörleri ve eksperleri, eczacılar, tabipler, veterinerler, gümrük komisyoncuları gibi ticari veya serbest kazancı dolayısı ile gerçek veya götürü usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı bulunanlar veya kanunla kurulu meslek kuruluşlarına usulüne uygun olarak kayıtlı olanlar....

Bu yasa hükmüne göre davacı hem vergi kaydı, hemde oda kaydı ile Bağ-Kur sigortalısı olma hakkına haizdir.

Tüm bu bilgilere ve verilen tarihlere göre davacının vergi kaydının başladığı tarihten bağ-kura kurum tarafından resen ve zorunlu olarak tescil edilmesi gerektiği o dönemdeki yürürlükteki mevzuat gereğidir.

Kaldı ki somut davaya uygulanacak olan ve Anayasa ya aykırılığı ileri sürdüğümüz kanun maddeleri Anayasa ile güvence altına alınan "Sosyal güvenlik hakkının" ortadan kaldırılması manasına da gelmektedir. Sosyal Güvenlik hakkını da ölçüsüzce sınırlandırdığı ve özünden zedelediği için,söz konusu kanunun hükümleri Anayasanın hukuk devleti ile ilgili maddelerine aykırı olduğu gibi, Anayasanın 60. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir.

SONUÇ: Açıklanan nedenlerle;

Anayasanın 152/1. maddesi uyarınca,

a) 4956 Sayılı Yasanın 15. maddesi ile değişik 1479 sayılı Yasanın 25. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesinde yer alan -TALEP TARİHİNDEN İTİBAREN BAŞLATILIR- ibaresi ile,

b) 4956 sayılı Yasanın 47. maddesi ile 1479 sayılı Yasaya eklenen geçici 18. maddesinin tamamının Anayasanın başlangıç hükümleri ile 2, 10, 60 ve 138. maddelerinin amir hükümlerine aykırı düştüğü,

İddiası ve bu hükümlerin iptali istemiyle re'sen Anayasa Mahkemesine gidilmesine,dava dosyasının tüm belgeleri ile onaylı suretinin dosya oluşturularak anayasa mahkemesine sunulmasına, iş bu karar aslı ile dosya suretinin Yüksek Mahkemeye tebliğinden itibaren 5 ay beklenilmesine, 5 ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre davanın görüm ve çözümüne devam edilmesine, 24/11/2010 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 25. maddesi ile itiraz konusu Geçici 18. Maddesi şöyledir:

"**Sigortalılığın başlangıç ve bitiş tarihi**

Madde 25- (Değişik: 24/7/2003-4956/15 md.) Bu Kanunun 24 üncü maddesine göre sigortalı sayılanlardan gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıkları, mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıkları ise Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmak şartıyla **talep tarihinden itibaren başlatılır.**

Bu suretle sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri sigortalı sayıldıkları tarihte başlar.

Bu Kanuna tâbi sigortalılık;

a) Gelir vergisi mükellefi olanların, mükellefiyetlerini gerektiren faaliyetlerine son verdikleri,

b) Gelir vergisinden muaf olanların, Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarındaki üye kayıtlarının silindiği,

c) Şirketlerle ilgisi kalmayanların, çalışmalarına son verdikleri veya ilgilerinin kesildiği,

Tarihten itibaren,

d) Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığına tâbi olarak çalışmaya başlayanların, emekli keseneği kesilmeye başladığı,

e) İflâsına karar verilmiş olan tasfiye halindeki özel işletmeler ile şirket ortaklarının, özel işletmenin veya şirketin mahkemece tasfiyesine karar verildiği, iflâsına karar verilmiş olan veya tasfiye halindeki özel işletmeler ile şirket ortaklarından hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başladığı,

f) 2108 sayılı Kanuna göre 1479 sayılı Kanun kapsamına giren köy ve mahalle muhtarlarından; kendi nam ve hesabına bağımsız çalışmasından dolayı gelir vergisi mükellefiyeti bulunanlar hariç, aynı zamanda hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başladığı,

g) Gelir vergisinden muaf olan, ancak Esnaf ve Sanatkârlar Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarındaki kayıtlara istinaden Bağ-Kur sigortalısı olanlardan bu sigortalılıklarının devamı sırasında, hizmet akdi ile çalışanların çalışmaya başladığı,

Tarihten bir gün önce,

Sona erer.

Sigortalılığı sona erenler sigortalılıklarının sona erdiği tarihten itibaren üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıtlarını sildirmek zorundadırlar."

"**Geçici Madde 18- (Ek: 24/7/2003-4956/47 md.) Bu Kanuna göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde 4.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetleri 4.10.2000 tarihinden itibaren başlar. Ancak, bu Kanuna göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanların sigortalılıkları, bu Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren altı ay**

içinde Kuruma yazılı olarak başvurmaları ve 20.4.1982-4.10.2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve belgelenen sürelere ilişkin olarak 49 uncu ve ek 15 inci maddelere göre hesaplanacak prim borçlarının tamamını, tebliğ tarihinden itibaren bir yıl içinde, ödeme tarihinde bulundukları gelir basamağının yürürlükte olan prim tutarı üzerinden ödemek kaydıyla bu süreler sigortalılık süresi olarak değerlendirilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 10., 60. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılmalarıyla 3.2.2011 tarihinde 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 Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yönteminceaçılmış 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.

Başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu dava, davanın açıldığı tarihe kadar Bağ-Kur'a hiçbir şekilde kayıt ve tescili yapılmamış olan şahsın, yapmış olduğu kasaplık mesleği sebebiyle vergi mükellefiyetinin başladığı tarihten

itibaren Bağ-Kur sigorta kaydının tespitinin yapılarak, bu tarihten itibaren Bağ-Kur sigortalısı sayılmasına karar verilmesi istemine ilişkindir.

1479 sayılı Yasanın 25. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *"…gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıkları ise Esnaf ve Sanatkâr Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmak şartıyla talep tarihinden itibaren başlatılır."* şeklindeki düzenlemede yer alan itiraz konusu *"talep tarihinden itibaren başlatılır"* ibaresi, gelir vergisinden muaf olan kişilerin durumunu ilgilendirmektedir. Başvuran Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada, davacı şahsın kasaplık mesleğini icra etmeye başladığı tarihte vergi mükellefi olarak kaydedilmiş olduğu anlaşıldığından, iptali istenilen *"talep tarihinden itibaren başlatılır"* ibaresi bakılmakta olan davada uygulanacak kural değildir.

Bu nedenle;

A- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 1- 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun, 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen 25. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "… talep tarihinden itibaren başlatılır" ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine, OYBİRLİĞİYLE,

2- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'na 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen Geçici 18. Maddenin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE,

karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anlam ve Kapsam

1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun 24. maddesinde Bağ-Kur Kanunu kapsamında sigortalı sayılmanın koşulları düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalı sayılmanın temel koşulu kişinin kendi ad ve hesabına bağımsız çalışmasının olmasıdır. Bu koşul, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren varlığını sürdürmüştür. Bunun yanında sigortalı sayılmanın diğer bir kısım koşulları ve sigortalılığa karine oluşturan olgular zaman içerisinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. Bir dönem bağımsız çalışma koşulunun gerçekleşmesi durumunda sigortalılığın oluşacağı kabul edilirken, diğer bir dönem bağımsız çalışma olgusunun gerçekleşmesinin yanında sigortalılığın oluşumu için ayrıca kanunla kurulan meslek kuruluşlarına kayıtlı olma koşulu da aranmış, diğer bir dönem ise bağımsız çalışanların sigortalı olabilmeleri yönünden vergi yükümlülüğü yeterli görülmüş, vergiden muaf olanların da kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmaları durumunda sigortalı sayılacakları kabul edilmiştir.

Bağ-Kur Kanunu'nun 25. maddesinin ilk iki fıkrasında Bağ-Kur sigortalılığının başlangıcı ile sigortalıların hak ve yükümlülüklerinin başlangıcı konuları düzenlenmiştir. Söz konusu bu fıkralarda, "Bu Kanunun 24 üncü maddesine göre sigortalı sayılanlardan gelir vergisi mükellefi olanların sigortalılıkları, mükellefiyetin başlangıç tarihinden, gelir vergisinden muaf olanların sigortalılıkları ise Esnaf ve Sanatkârlar Sicili ile birlikte kanunla kurulu meslek kuruluşlarına kayıtlı olmak şartıyla talep tarihinden itibaren başlatılır. Bu suretle sigortalı olanların hak ve yükümlülükleri sigortalı sayıldıkları tarihte başlar." denilmektedir.

1479 sayılı Kanun'da, vergi mükellefiyetinin başlangıç tarihini aynı zamanda Bağ-Kur sigortalılığının sağladığı haklar ve getirdiği yükümlülüklerin de başlangıç tarihi olarak düzenlenmiştir. Bağ-Kur Kanunu'nun 25. maddesi, sigortalılık hak ve yükümlülüklerinin başlangıç tarihi bakımından genel

düzenleme niteliğindedir. 1479 sayılı Kanun'un itiraz konusu Geçici 18. maddesinde ise konuyla ilgili özel bir düzenleme yapılmıştır. Geçici 18. maddede, Bağ-Kur Kanunu'na göre sigortalılık niteliği taşıdıkları halde, 4.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olan sigortalıların sigortalılık hak ve mükellefiyetlerinin 4.10.2000 tarihinden itibaren başlayacağı kurala bağlanmıştır. Bu düzenlemenin kapsamına girenlerin sigortalılık hak ve yükümlülükleri 4.10.2000 tarihinden itibaren başlatılmıştır.

Bağ-Kur Kanunu'nun 26. maddesinde de zorunlu sigortalı sayılanlara sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmak mükellefiyeti getirilmiştir. Ayrıca, Kanunda, kayıt ve tescil işlemlerini yasal süresi içinde yerine getirmeyen sigortalılar hakkında bir takım yaptırımlara yer verilmiştir.

İtiraza konu Geçici 18. maddede ayrıca, 1479 sayılı Kanun'a göre zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanlara 20.4.1982-4.10.2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek koşuluyla bu sürelere yönelik borçlanma imkanı getirilmiş ve bu borçlanma imkanının kullanılmasında Kanunun yürürlüğe girişinden itibaren Kuruma yazılı olarak yapılması öngörülen başvurular için altı aylık başvuru süresi ve hesaplanacak prim tutarlarının ödenmesi için de tebliğ tarihinden itibaren bir yıllık ödeme süresi öngörülmüştür.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, 1479 sayılı Kanun'a göre vergi kaydı bulunduğu halde sigortalılık kayıt ve tescilini yaptırmayanların Bağ-Kur tarafından re'sen ve zorunlu olarak tescil edilmesi gerektiği, 4956 sayılı Kanun ile 1479 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 18. maddeye göre zorunlu sigortalılık niteliği taşıdığı halde 4.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olanların her türlü hak ve mükellefiyetlerinin 4.10.2000 tarihinden itibaren başlayacağı ve bunun ise kazanılmış haklara saygı ilkesini ihlal ettiği, bu nedenlerle kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu; kanunlarda meydana gelen değişikliklerin aynı konumda fakat farklı haklara sahip sigortalıların ortaya çıkmasına sebep olduğu, bir kısım sigortalılar vergi ve oda kayıtları re'sen dikkate alınarak zorunlu sigortalı yapılırken bir kısım sigortalılara talepte bulunma mükellefiyetinin yüklendiği, bunun ise eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu; Anayasa'nın 60. maddesi gereğince herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu, itiraz konusu kuralın Anayasa ile güvence altına alınan sosyal güvenlik hakkının ortadan kaldırılması

anlamına da geldiği, bu hakkı ölçüsüzce sınırlandırdığı ve özünden zedelediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 10., 60. ve 138. 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 adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır.

Kazanılmış hakka saygı ilkesi, hukukun genel ilkelerinden birisi olup hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucudur. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Kanunlarda yapılan değişiklikler kazanılmış hakları etkilemediği ve hukuk güvenliğini zedelemediği sürece bu değişikliklerin hukuk devleti ilkesine aykırı oldukları ileri sürülemez.

1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'nun itiraz konusu Geçici 18. maddesi, Bağ-Kur sigortalılarının kazanılmış haklarını ihlal etmemiş, aksine belirtilen tarihe kadar Bağ-Kur'a kaydını yaptırmayan ve sosyal güvenlik sistemi dışında kalan kimselerin, vergi kaydı, meslek kuruluşu kaydı vb. belgelere dayalı olarak Kuruma kayıt ve tescil edilmelerine imkan tanımış ve zorunlu sigortalı olarak tescil edilmiş olanlara 20.4.1982-4.10.2000 tarihleri arasındaki vergi kayıtlarını belgelemek ve gösterilen süreler içinde başvurmak ve primlerini ödemek şartıyla geçmişe dönük borçlanma imkanı da getirmiştir. Hukuk devletinde, belli bir hakkın kullanılabilmesi için belli sürelerin öngörülmesi kazanılmış hakların ihlali olarak değerlendirilemez.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da

topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu kuralla, kişilerin geçmiş çalışmaları tamamen yok sayılmayıp, kendisinin ya da Kurumun ihmali veya kusuru nedeniyle Bağ-Kur kapsamında sosyal güvenlik sistemine dahil edilmemiş kişilerin Kuruma kayıt ve tescil edilmelerine imkan tanındığı ve bunların belirtilen süreler içinde başvurmaları ve primlerini ödemeleri şartıyla geçmiş çalışmalarının da sigortalılık süresine eklenmesi öngörüldüğü için itiraz konusu kuralla Bağ-Kur sigortalıları arasında eşitsizliğe yol açıldığı yönündeki iddia isabetli görülmemiştir. Kaldı ki, yasal yükümlülüklerini yerine getiren sigortalılarla bunları yerine getirmeyenler aynı durumda olmadığından bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Anayasa'nın 60. maddesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı ifade edilmiştir.

Kural, Bağ-Kur sigortalılarına geçmişe dönük borçlanma imkanı getirmiş, ancak geçmiş hizmetlerin sigortalılık süresi olarak sayılması için başvuruda bulunulmasını ve bu sürelere isabet eden primlerin ödenmesini belli sürelere bağlamıştır. Böylece Bağ-Kur sigortalıların geçmiş çalışmaları tümüyle yok sayılmamıştır. İtiraza konu kuralda geçmiş sürelerin borçlanılması ve bu sürelere ait primlerin ödenmesi için belli hak düşürücü süreler öngörülmesi nedeniyle sosyal güvenlik hakkının sınırlandırıldığı yönündeki iddialar da isabetli görülmemiştir.

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

Serruh KALELİ, Engin YILDIRIM ve Celal Mümtaz AKINCI bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ve 138. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun, 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen Geçici 18. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Engin YILDIRIM ile Celal Mümtaz AKINCI'nın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.3.2012 gününde karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY YAZISI

İtiraz konusu olan hüküm, 1479 sayılı Kanun'un 25. maddesinin birinci fıkrasında yer alan, "...talep tarihinden itibaren başlatılır", ibaresini içermektedir. Davacı, vergi mükellefiyetinin başladığı 1.7.1978 tarihinin sigortalılığının da başlangıç tarihi olarak tespitini ve bu tarihten itibaren Bağ-Kur sigortalısı sayılmasına karar verilmesini talep etmektedir. Davacının 8.3.1983 tarihinden başlayan meslek kuruluşu kaydı da bulunmaktadır. 1479 sayılı Kanun'un 25. maddesine göre sigortalılığın başlangıç tarihinin, vergi mükellefiyetinin başladığı tarih olduğundan hareketle, ki taraflar arasında bu konuda bir anlaşmazlık da bulunmamaktadır, davacının 1.7.1978 tarihi itibariyle Bağ-Kur-sigortalısı olması ve sigortalılık ve hak ve yükümlülüklerinin de bu tarihten itibaren başlaması

gerekmektedir. Gerek davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan kurallara göre, gerekse uyuşmazlık konusu dönem için geçerli olan yasa kurallarına göre, davacının zorunlu Bağ-Kur sigortalısı sayılması için gerekli koşullar mevcuttur. Burada sorun davacının, vergi mükellefiyetinin başladığı tarihten dava tarihine kadar, 479 sayılı Kanun'un 26. maddesi uyarınca kayıt ve tescil yaptırmak için geçici 18. maddede öngörülen 4.10.2000 tarihine kadar Bağ-Kur'a başvurmamış olmaması ve kurumunda re'sen kayıt ve tescil işlemini gerçekleştirmemesidir.

4956 sayılı Kanun ile 1479 sayılı Kanun'a eklenen geçici 18. maddeye göre zorunlu sigortalılık niteliği taşıdığı halde, 4.10.2000 tarihine kadar kayıt ve tescilini yaptırmamış olanların her türlü hak ve mükellefiyetlerinin bu tarihten itibaren başlaması, davacının, yasalarla güvence altına alınan sigortalı olma hakkının sonradan yapılan düzenlemelerle elinden alınması "kazanılmış haklar" ilkesine aykırıdır. Kazanılmış bir haktan söz edilebilmesi için bu hakkın, yeni yasadan önce yürürlükte olan kurallara göre bütün sonuçlarıyla fiilen elde edilmiş olması gerekir. Davalı kurumun yeni yasal düzenlemeleri ileri sürerek davacının tescilinin 4.10.2000 tarihinden itibaren başlayacağını ileri sürmesi, ilgilinin bu tarihten önceki çalışmasını yok sayarak, kazanılmış bir hakkı temelinden zedelemektedir.

Kanunlarda yapılan sınıflandırmalar veya farklılaştırmalar, kişilerin ve durumların sahip oldukları özelliklerin tümü veya bazı yönleri bakımından taşıdıkları benzerlik ve farklılıklardan türemektedir. Herhangi bir ayrımcılığa imkân tanımamak için eşitlik ilkesi, yasayla yapılan ayrım, sınıflandırma veya farklılaştırmaların ilgili konunun içeriği bakımından meşrulaştırılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu amaçla kullanılacak haklı neden veya nedenlerin anlaşılabilir, amaçla ilgili, makul ve adil olması gerekir. Haklı nedenlerin var olması kanunun yaptığı ayrımın eşitlik ilkesine aykırı olmadığı sonucunu doğururken, bu nedenlerin bulunmaması yapılan ayrımın veya farklılaştırmanın eşitlik ilkesini ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Haklı bir nedeninin yokluğunda yapılan ayrım keyfi olarak nitelendirilebilir.

Anayasa'nın 10. maddesinde ifade bulan eşitlik ilkesi, aynı durumda olanların, haklı bir neden olmadıkça, aynı kurallara bağlı olmaları gerektiğini belirtmektedir. Somut olayda, sosyal güvenlik hakkından yararlanabilmenin neden belli bir talep tarihinden sonra mümkün olduğunun açık, makul, anlaşılabilir haklı nedeni veya nedenleri yoktur. Kanunlarda sonradan meydana gelen değişiklikler aynı konumda; fakat farklı haklara sahip olan sigortalılar ortaya çıkarmaktadır. Bir kısım sigortalılar vergi ve oda kayıtları re'sen dikkate

alınarak zorunlu sigortalı yapılırken, diğer bir kısım sigortalılara talepte bulunma mükellefiyetinin yüklenmesi eşitlik ilkesine aykırıdır.

İtiraz konusu kural, kişilerin geçmiş çalışmalarını önemli ölçüde görmezden gelmektedir. 1479 sayılı Kanun'a göre vergi kaydı bulunduğu halde sigortalılık kayıt ve tescilini yaptırmayanların Bağ-Kur tarafından re'sen ve zorunlu olarak tescil edilmesi, sosyal devlet ilkesinin ve sosyal güvenlik hakkının bir gereğidir. Sosyal güvenlik hakkının Anayasal öznesi "herkes"tir ve buradan hareketle sosyal sigortaların ilke olarak ilgilinin fiilen çalışmaya başlamasıyla devreye girdiği kabul edilir. Sigortalı olmak kişi açısından sadece bir hak olmayıp yükümlülük de getirmektedir. Kişi istese de istemese de yasanın öngördüğü koşulların varlığı halinde sigortalı olmak zorundadır. Kişinin iradesi rol oynamaz. Sigortalılığın sağladığı hak ve yükümlülüklerden 1479 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde ifadesini bulduğu gibi kaçınılamaz ve vazgeçilemez. Kişiyi belirli risklerin zararlı sonuçlarından korumayı amaçlayan sosyal güvenlik bu risklerin genellikle çalışma olgusuyla birlikte ortaya çıktığı varsayımına dayalıdır. Bunun sonucu olarak, sigortalılık niteliğinin kazanılması, ilgili sosyal sigortalar kurumuna tescil edilme veya başka bir kişi veyahut idari makamın bir amaçla bir işlemi gerçekleştirilmesi koşuluna bağlanmaz. Bu kural 506 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, "Çalıştırılanlar, işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı sayılırlar..." şeklinde ifade edilmiştir. Açıklanan bu esasların zorunlu Bağ-Kur sigortalılığının başlangıcı konusunda da aynen geçerli olması gerektiği halde, 1479 sayılı Kanun'da zaman içinde yapılan değişikliklerle belirtilen esaslardan uzaklaşılmış ve sigortalılığın başlangıcı bir anlamda kanunun öngördüğü kurumlara kayıt olma koşuluna bağlanmıştır. Dolayısıyla, burada sosyal sigortaların yukarıda değindiğimiz önemli bir ilkesine aykırı düşülmektedir.

Sosyal hukuk devleti ilkesine aykırı olan bu durum kanunlarda meydana gelen değişikliklerin aynı konumda fakat farklı haklara sahip sigortalıların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Her ne kadar, Kanun'a göre sigortalının kayıt ve tescil işlemlerini kendisinin yaptırması esas olsa da, sigortalının bunu çeşitli nedenlerle yapmamasının, Anayasal temel bir sosyal haktan mahrum kalması sonucunu doğuracak kadar ağır bir bedelinin olmaması gerekir. Sosyal güvenlik hakkını ölçüsüzce sınırlayıp, özünü zedeleyen söz konusu Kanun'un ilgili hükmü, Anayasa'nın 60. maddesini ihlal etmektedir. Anayasa'nın 60. maddesinde, herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu ve devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı ifade

edilmiştir. Bu maddeyi dikkate alırsak, itiraz konusu kuralın Anayasa ile teminat altına alınan sosyal güvenlik hakkını ölçüsüzce sınırladığı görülmektedir.

Bağ-Kur Kanunu'na göre zorunlu sigortalı sayılanlar sigortalı sayıldıkları tarihten itibaren en geç üç ay içinde Kuruma başvurarak kayıt ve tescillerini yaptırmak zorundadırlar. Eğer kişiler bunu yapmazsa Kurumca re'sen kayıt ve tescil işlemi gerçekleştirilmektedir. Bu işlemin Kuruma bazı zorluklar getirdiği bir gerçek olmakla birlikte, anayasal temel bir sosyal hakkın yerine getirilmesinin devletin ana görevlerinden biri olduğunu düşünürsek, bu zorluklar sigortalı sayılmayı önleyici nedenler olarak görülmemelidir. Davacı, eski kanuna göre çalışmaya başlayıp, vergi mükellefi olup, ilgili meslek kuruluşuna kayıtlı olduğunda sigortalılık hakkını kazanmıştır. Bağ-Kur'un bunu re'sen kayıt altına almaması Kurumun kusurudur. Burada kişinin Bağ-Kur'a kaydını yaptırmaması değil, Bağ-Kur'un kişiyi re'sen kaydetmemesi sosyal hukuk devleti ilkesinden hareketle eşitlik ilkesi ve sosyal güvenlik hakkı açısından Anayasal sorunu teşkil etmektedir. Kişinin, kendi ihmali de dahil olmak üzere, çeşitli nedenlerle sosyal güvenlikle ilgili kuruma kaydolmaması, kişinin sosyal güvenlik hakkından mahrum kalması sonucunu doğurmamalıdır. Sosyal hukuk devleti sosyal güvenlik hakkından tüm çalışanların imkânlar ölçüsünde yararlanabilmesi için tedbirler almak durumundadır. Prosedürel bir eksiklik gerekçesiyle, kişinin bu haktan mahrum edilerek, ayrımcılığa tabi tutulması kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk görüşüne muhalif kalınmıştır.

Başkanvekili	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Engin YILDIRIM	Celal Mümtaz AKINCI

Esas Sayısı : 2011/13
Karar Sayısı : 2012/45
Karar Günü : 22.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Birecik Asliye Hukuk Mahkemesi (E. 2011/13, E. 2011/14)

İTİRAZLARIN KONUSU: 1- 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin,

2- 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun;

a- 2. maddesinin,

b- (1) sayılı Tarifesinin "(A) Mahkeme Harçları" bölümüne 6009 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen (V) numaralı fıkranın,

Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Kamulaştırma bedelinin artırılması talebiyle açılan davalarda, keşif işlemleri için harç ve ücret alınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi gören Mahkeme, kuralların iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

Başvuru kararlarının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacılar tarafından (…) kamulaştırma bedelinin 4000 TL. arttırılması talep edilmiştir.

Mahkememizce yargılamaya devam edilmiş, devam eden yargılama sürecinde davacı vekili mahkeme tarafından keşif ücretinin 560 TL olarak belirlenmesini, özellikle de Devletin herhangi bir harcama yapmadan keşif harcını 120 TL. olarak belirlemesi ve bunun bir kısmının yolluk olarak mahkeme heyetine dağıtmasının hak hürriyetine engel olduğunu, ayrıca mahkeme heyeti için cüzi bir miktar belirlenirken bilirkişiler için fahiş miktarda bilirkişi ücretinin takdir edilmesinin de Anayasaya aykırı olduğunu, adli yardım taleplerinin de olmadığını ifade ederek Anayasaya aykırılık iddiasında bulunmuştur.

(...)

6009 sayılı Yasa ile Harçlar Kanunu'nda yapılan değişiklik ile Yasaya bağlı (1) sayılı Tarife'de düzenlenmiş mahkeme harçlarına keşif harcının eklenmiş olmasının aşağıdaki gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine ulaşılmaktadır:

1- Harçlara Dair Teorik Esaslar:

Harçlar devletin egemenliğinden kaynaklanan kamu gücüne dayanarak topladığı cebri nitelikte kamu gelirleridir. Devlet, kendisini oluşturan en önemli ve ayırt edici unsur olan egemenliğine dayanarak tek taraflı iradesi ve üstün buyurma gücü ile kişiler ve topluluklarına mali yükümlülükler yükleyebilir. Devletin mali egemenliğinden kaynaklanan bu yetki üstün bir yetki olmakla birlikte sınırsız ve keyfi biçimde kullanılabilecek bir yetki değildir. Devlet kamu gücünü kullanarak yeni mali yükümlülükler getirir veya mevcut mali yükümlülüklerde değişikliğe giderken Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesi gerekleri ile sınırlı hareket etmek, hukukun üstünlüğü esasına riayet etmek zorundadır.

Kamu gücüne dayanarak toplanan cebri kamu gelirlerinin en önemlilerinden biri olan harçlar, belli kamu kurum ve kuruluşlarınca verilen

bazı somut hizmetlerden yararlananlardan bu hizmetler karşılığında alınan cebri nitelikte parasal ödentiler olarak tanımlanabilir. Harcın konusunu ancak kamu kurum ve kuruluşlarınca verilebilen somut nitelikte bazı kamusal hizmetler oluşturur. Bu hizmetlerin başka bir kişi ve kuruluştan temini kesinlikle mümkün değildir.

Vergilerin aksine harçlar karşılıklılık esasına dayanan cebri kamu gelirleridir. Belli ve somut kamusal hizmetlerden yararlanma karşılığında harç ödenir. Harca tabi hizmet sunulmaz ise, harcın ödenmesi talep edilemez. Harç konusu hizmetten yararlanıp yararlanmamak (bu hizmetin kendisine sunulmasını isteyip istememek) kişinin ihtiyarında olsa da bir kez harç konusu kamusal hizmetten yararlanma tercih ve bu hizmetin sunulması talep edildiğinde harç ödemek zorunlu hale gelir. Bu nedenle harçlar karşılıklı ve zorunlu nitelikte kamu gelirleridir.

Ödenen harcın karşılığında vatandaş somut bir kamusal hizmetten yararlanma hakkını elde eder. Harç ödemesine rağmen bu hakkı gerçekleştirilmez, harç konusu kamusal hizmet kendisine sunulmazsa harç ödeyen bu hususta idari ve adli makamlara başvurabilir.

Harçlar da vergiler gibi kural olarak bireyler ve toplulukları tarafından, bir başka deyişle piyasa ekonomisi aktörleri tarafından ödenir. Kamu sektörü ise kural olarak harç ödemez.

Günümüz ekonomilerinde harçlar bireyler ve topluluklarından parasal değer-nakit olarak-para cinsinden toplanır. Harçlar bakımından mali güce göre alınma kuralı uygulanmaz, harca tabi hizmetten yararlanan ilgili harcı ödemek zorunda kalır.

Harç konusu kamusal hizmetler kamusal faydanın yanında bireysel fayda da sağlar. Harç kamusal hizmet sayesinde elde edilen bireysel faydanın karşılığını oluşturmaktadır. Bu nedenle harç tutarı makul olmak zorundadır. Bir başka deyişle harç tutarı yararlanılan kamusal hizmetin maliyetinin bir kısmına karşılık gelmeli, maliyeti aşan tutarlarda ise harç yükümü getirilmemelidir.

Anayasamızın 73. maddesinin III. fıkrası uyarınca harçlar ancak bir yasa hükmüne istinaden toplanabilir. Ülkemizde harçlar, Belediye Gelirleri Kanunu'nda düzenlenmiştir. Harçlar Kanunu merkezi yönetim tarafından

alınan harçları, Belediye Gelirleri Kanunu ise yerel yönetimler tarafından alınan harçları düzenlemektedir. Mali hukukta geçerli olan yasallık ilkesi gereğince harcın tüm temel unsurları (konu, yükümlü, matrah, oran-tutar, harç yükümlülüğünü doğuran olay, istisna ve muaflık biçimindeki harç kolaylıkları) ve harcın ödeme zamanı ve biçimi ilgili yasada açıkça düzenlenmek zorundadır.

Devletin harca konu ettiği kamu hizmetleri arasında en önemlilerinden biri yargı hizmetleridir. Yargı hizmetleri ile ilgili olarak alınan harçlara yargı harçları adı verilir. Yargı harçları 492 sayılı Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifede düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca yargı harçları, mahkeme harçları ve icra ve iflas harçları olmak üzere iki temel gruba ayrılır. 492 sayılı Harçlar Kanununun yargı harçlarının konusunu düzenleyen 2. maddesine göre yargı harcına konu edilen yargı organlarının yargı işlemleridir. Bu işlemler devletin tekelinde bulunan yargılama ve hüküm verme faaliyeti ile ilgili olarak yargı organları (mahkemeler ve icra daireleri) tarafından yapılan kendine özgü niteliği haiz kamu hukuku işlemleridir.

Yukarıda yer verilen açıklamalar dikkate alındığında 6009 sayılı Yasa ile keşif harcı getirilirken harçlara dair teorik esaslara yeterince dikkat edilmediği göze çarpmaktadır.

2- 6009 sayılı Yasanın 20. maddesi ile getirilen Keşif Harcının Anayasaya Aykırılığı Sorunu

6009 sayılı Gelir Vergisi Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 20. maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

"MADDE 20- 492 sayılı Kanunun (1) sayılı Tarifesinin "(A) Mahkeme Harçları" bölümüne aşağıdaki (V) numaralı fıkra ve (1) sayılı Tarifesinin "B) İcra ve iflas harçları" bölümüne aşağıdaki (III) numaralı fıkra eklenmiştir.

"V. Keşif harcı: 120 TL" (Mahkemelerce re'sen veya istem üzerine verilen keşif ya da tespit kararlarını yerine getirmek için)

Mali hukukun özellikle kamu gelirleri hukuku (geniş anlamı ile vergi hukuku) dalına hakim olan temsilsiz vergi olmaz ilkesi (vergilerin yasallığı ilkesi) mali alandaki her türlü yükümlülüğün yasa ile konulması, değiştirilmesi,

kaldırılması ile çıkarılan bu yasada mali yükümlülüğün temel unsurlarının açıkça belirtilmesi yanında ve daha önce olarak mali yükümlülüklerin halkın özgür iradesi ile seçerek iş başına getirdiği temsilcilerden oluşan parlamento tarafından çıkarılmış yasalara dayanılarak getirilmesini gerektirir. Bu husus halkın temsilcilerinin rızası ve onayı alındıktan sonra mali alanda yükümlendirme yapılacağını ifade eder.

6009 sayılı Yasa 23.07.2010 tarihinde TBMM tarafından kabul edilmiş 1.8.2010 tarih ve 27659 numaralı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

6009 sayılı Yasa ile getirilen keşif harcı çeşitli açılardan Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle getirilen harç yükümünün meşru bir dayanağı bulunmamaktadır. Harçlar Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı'nın ne genel gerekçesinde ne de madde gerekçelerinde Harçlar Kanunu'na bağlı (1) sayılı tarifeye eklenen harçların getirilmesini meşru kılan bir sebebe yer verilmemiş, keşif veya haciz talebinde bulunan kişilerin bu taleplerinin yerine getirilmesi için maktu bir keşif ödeyeceği belirtilmiştir. Getirilen harç yükümlülüğünün meşruluğunu ortaya koymak için devlet bütçesinin tekliği (bütçede birlik) ilkesinden söz edilmiş ve bu ilkeye uygun olarak keşif ve haciz masraflarının ödenmesi ve bu paralardan hak eden kişilere ödeme yapılmasının bütçe üzerinden gerçekleşeceği belirtilmiştir. Kamu maliyesinde ve bütçe hukukunda bütçede birlik ilkesi, devletin tüm gelir ve giderlerinin tek bir bütçede gösterilmesini öngörür. Bu ilke bütçe denetiminin kolaylaşması ve israfın önlenmesi bakımından etkinliği sağlayıcı bir yapı sağlamayı hedefler bu açıdan bakıldığında birlik ilkesinin, bütçenin açıklık, doğruluk, genellik gibi bütçe ilkelerini tamamladığı söylenebilir. Bu ilke kamu hizmetlerinin tek elden planlanması ve yönlendirilmesi, kamusal hizmetlerin finansman kaynaklarını oluşturması ve kamusal kaynakların planlı kullanılması konularında yarar sağlayabilmektedir. Birlik ilkesinin karşıtı, her kamu idaresinin gelir ve giderlerinin ayrı bütçelerde gösterilmesine ve bundan dolayı, merkezi idare dışında birden fazla bütçe oluşmasını (merkezi idare bütçesi, yerel yönetim bütçesi vb.) öngörür. Görüldüğü üzere bütçede birlik ilkesinden keşif harcı getirilmesinin haklı kılınması hususunda yararlanılması mümkün değildir. Bilakis bütçede birlik ilkesinin uygulamasına destek verdiği bütçede genellik ilkesi adem-i tahsis gereğini öngörür ki bu da belli gelirlerin

belli harcamaların finansmanına tahsis edilmesini engeller. Bir başka deyişle ödenen keşif harçları ile keşfe çıkan personele ödeme yapılmasında prensip olarak kullanılamaz.

Vurgulanması gereken ikinci husus gerekçede çok önemli bir hususun ihmal edildiğidir. Yasanın TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmesi sırasında bazı milletvekilleri tarafından isabetle belirtildiği üzere keşif, bir yargılamayı sonuçlandırabilmek amacıyla yapılması gereken bir işlemdir. *Bu işlemin bedeli ise harç biçiminde devlete değil fakat ücret (yolluk) biçiminde işlemin yapılmasına katılan kamu görevlisine ödenir.* Bu farklılığa rağmen ücret-yolluk niteliğinde bir ödemenin harç yükümlülüğü haline getirilmesi durumunda bütçeye dâhil edilen hazineye yapılan bu ödemelerin daha sonra bütçe üzerinden, keşfe katılan kişilere yollukları biçiminde ödenmesi söz konusu olabilirse de böyle bir durumda hazineden bu paraları hak sahiplerine çok geç ödenecektir, bu husus geçmişteki tecrübeler ile sabittir. *3717 sayılı Kanuna göre mahkemelerde keşfe katılan tüm Yargı mensupları, Hakim ve Savcılar ve Hazine Avukatları yapılan keşif bedeli ödemesinin bu kişilerin emekleri karşılığında verilen ve taraflarca karşılanan bir ücret olduğudur.* 6009 sayılı Yasa ile bu ödemenin harç olarak düzenlenmesi sonucunda belirtilen görevlilerin hak ettiği bir ödeme hazineye gidecek ve hazineden bu görevlilere yapılması ise bütçede genellik ilkesinin adem-i tahsis alt gereği uyarınca söz konusu olamayacaktır. *Kamu görevlilerinin kazanılmış haklarından adeta mahrum edilmesi sonucunu doğuran bu durumun* Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu aşikardır.

Üzerinde durulması gereken üçüncü husus ise 6009 sayılı Yasa ile Harçlar Kanununun 123 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda yer alan bir takım harç muafiyetlerinin, mahkemelerce re'sen veya istem üzerine verilen keşif ya da tespit kararlarını yerine getirmek için alınan keşif harçları bakımından uygulanmamasıdır. *Bu* gerekçede bu hükmün getirilmesini açıklayan herhangi bir açıklamaya yer verilmediğinden düzenlemenin Anayasa'nın eşitlikle ilgili hükümlerine (10. madde) aykırı olduğu açıktır.

Yukarıda açıklanan tüm nedenlerle birlikte dava açıldığı esnada davacı taraftan alınan nispi (veya maktu) harcın yanında yargılamanın devamı esnasında davacı taraftan ayrıca keşif harcı adı altında bir harç alınması "Anayasamızın 36. maddesinde belirtilen hak arama hürriyeti ilkesine" aykırılık teşkil etmektedir.".

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu 2. maddesi şöyledir:

"Daire dışında yapılması gereken her keşif ve icra işlemi için; hâkimlere, Cumhuriyet savcılarına, askerî mahkemelerdeki subay üyelere, adlî tabiplere, icra müdürleri ve yardımcıları ile icra işlemlerini yapmakla yetkili memurlara, Hazine avukatlarına, Hazine avukatı olmayan il ve ilçelerde davaları takibe yetkili daire amirleri ve 3402 sayılı Kadastro Kanununa göre yetkili kılınan kişilere (275); yazı işleri müdürlerine, hâkim veya Cumhuriyet savcısının kararı üzerine görevlendirilen sosyal çalışmacı, psikolog ve pedagoglara, muhakemat hizmetlerinde görev yapan memurlara, zabıt kâtiplerine ve ceza ve infaz kurum personeli hariç olmak üzere diğer adlî ve idarî yargı personeline (200); mübaşir ve hizmetlilere (150) gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar kadar yol tazminatı ödenir.

Bu madde uyarınca yol tazminatı bütçenin ilgili tertibinden her ayın sonunda ödenir ve ayrıca yevmiye ödenmez.

Bir kişinin alacağı aylık yol tazminatı tutarı, en yüksek Devlet memuru aylığının ek gösterge dahil iki katını geçemez.

Kamu adına takibi gereken işler ile Hazine avukatlarına, Hazine avukatı olmayan il ve ilçelerde davaları takibe yetkili daire amirlerine ödenecek yol giderleri ile yol tazminatı, bu madde hükümlerine göre bütçenin ilgili tertibinden ödenir.

Bu madde uyarınca ödenen yol tazminatı damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmaz.

Yol giderleri ilgili kişiler tarafından karşılanır. Görülen işler birden fazla ise ödenecek yol gideri uzaklıkla orantılı şekilde hesaplanır.".

2- 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun;

a- İtiraz konusu 2. maddesi şöyledir:

"Yargı işlemlerinden bu kanuna bağlı (1) sayılı tarifede yazılı olanları, yargı harçlarına tabidir.

Ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması hâlinde de, celse harçları hariç olmak üzere (1) sayılı tarifeye göre harç alınır."

b- İtiraz konusu (1) sayılı Tarifesinin "(A) Mahkeme Harçları" bölümüne 6009 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen (V) numaralı fıkra şöyledir:

"V. Keşif harcı: 120 TL. (Mahkemelerce re'sen veya istem üzerine verilen keşif ya da tespit kararlarını yerine getirmek için)".

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 55. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 2011/13 ve 2011/14 Esas sayılı dosyalarda 24.2.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

A- Anayasa'nın 152. maddesi ile 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, ilgili kural ya da kuralların iptali için Anayasa Mahkemesi'ne

başvurmaya yetkilidir. Ancak bu hükümler uyarınca, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, yöntemince açılmış, mahkemenin görevine giren bakmakta olduğu bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da bu davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kanun veya kanun hükmünde kararnamelerdir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 492 sayılı Kanun'un 2. maddesinin tamamının iptali istemiyle başvurmuştur.

İtiraz konusu kuralın ikinci fıkrasında, ceza mahkemelerinde şahsi hukuka ait hakların hüküm altına alınması hâlinde, celse harçları hariç olmak üzere Kanun'a bağlı (1) sayılı Tarifeye göre harç alınacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla anılan fıkranın hukuk davası niteliğindeki bakılmakta olan davalarda uygulanması mümkün değildir.

Bu nedenle 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrasının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davalarda uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkraya ilişkin başvuruların Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince 2011/13 ve 2011/14 Esas sayılı dosyalarda 24.2.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında;

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve oyçokluğuyla,

2- Dosyalarda eksiklik bulunmadığından:

a- 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun

Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin,

b- 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun;

aa- 2. maddesinin birinci fıkrasının,

bb- (1) sayılı Tarifesinin Yargı Harçları başlıklı "(A) Mahkeme Harçları" bölümüne 6009 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen (V) numaralı fıkranın,

esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

24.2.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, 2011/14 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2011/13 Esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2011/13 Esas 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:

A- Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. maddesi ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, ilgili kural ya da kuralların iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidir. Ancak bu hükümler uyarınca, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için, yöntemince açılmış, mahkemenin görevine giren bakmakta olduğu bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da bu davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise, bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı

sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kanun veya kanun hükmünde kararnamelerdir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, 3717 sayılı Kanun'un 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin tamamının iptalini istemektedir.

İtiraz konusu kuralın birinci fıkrasında, daire dışında yapılması gereken her keşif ve icra işlemi için, hâkim ve savcılar ile adalet personeline belli gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutar kadar "yol tazminatı" ödeneceği; ikinci fıkrasında, anılan tazminatın bütçenin ilgili tertibinden karşılanacağı; üçüncü fıkrasında, bir kişinin alacağı aylık toplam yol tazminatı tutarının üst sınırı; dördüncü fıkrasında, kamu adına takibi gereken işler ile Hazine avukatlarına, Hazine avukatı olmayan il ve ilçelerde davaları takibe yetkili daire amirlerine ödenecek yol giderleri ve yol tazminatının bütçenin ilgili tertibinden karşılanacağı; beşinci fıkrasında ise yol tazminatının damga vergisi hariç herhangi bir vergiye tabi tutulmayacağı düzenlenmektedir. Keşif işlemine katılacak kamu görevlileri, genel bütçenin ilgili tertibinden yapılacak söz konusu ödemelere keşfe katılmakla birlikte kendiliğinden hak kazanırlar. Bunun için Mahkeme'nin herhangi bir karar vermesi ya da işlem yapması gerekmez. Yapılan ödemelerin daha sonra yargılama gideri olarak taraflara yükletilmesi ise usul kanunlarında yer alan yargılama giderlerine ilişkin özel hükümlerin konusudur. Dolayısıyla itiraz konusu kuralın anılan fıkraları bakılmakta olan davalarda uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Bu nedenle 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 Sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un, 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- 3717 sayılı Kanun'un 6009 sayılı Kanun'un 30. Maddesiyle Değiştirilen 2. Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararlarında, kuralın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin doğrudan bir gerekçe gösterilmemiş, 6009 sayılı Kanun ile keşfe katılan kamu görevlilerine ödenen yol tazminatına ilişkin sistemin bütünüyle değiştirilmesi Anayasa'ya aykırı görülerek, anılan sistemin bir parçası olan 3717 sayılı Kanun'un 2. maddesinin diğer fıkraları yanında son fıkrasını oluşturan kuralın da, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralın birinci cümlesinde, daire dışında yapılması gereken keşif işlemleri için gerekli yol giderinin ilgili kişiler tarafından karşılanacağı; ikinci cümlesinde, görülen işler birden fazla ise ödenecek yol giderinin uzaklıkla orantılı şekilde hesaplanacağı düzenlenmiştir. 3717 sayılı Kanun'un 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin dördüncü fıkrasında kamu adına takibi gereken işler ile Hazine avukatları ve davaları takibe yetkili daire amirleri için ödenecek yol giderleri özel olarak hüküm altına alınmış olup, bunlar kural kapsamında değildir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Kuşkusuz bireylere iddialarını ispat etmek için delil ileri sürme olanağının tanınması da adil yargılanma hakkının gereklerindendir.

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesinde, ispat yükünün, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu; 25. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, hâkimin kanunla belirtilen durumlar dışında kendiliğinden delil toplayamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre hukuk

yargılamasında keşif yapılabilmesi için, kural olarak kendi lehine hak çıkaracak olan tarafın talepte bulunması gerekir.

Özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlıkta, iddia edilen vakıayı ispat ederek buna bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkarmak isteyen ve bu nedenle keşif yapılması talebinde bulunan taraftan, işlem daire dışında yapılması gerektiğinde, işleme katılacakları mahalline götürüp getirecek aracı işleten kişiye ödenecek olan yol giderinin alınması doğaldır. Yol giderini ödeme gücü olmayanların ise 6100 sayılı Kanun'un 334 ilâ 340. maddeleri arasında düzenlenmiş olan adlî yardım müessesinden yararlanma olanakları bulunmaktadır.

Diğer taraftan 6100 sayılı Kanun'un 325. maddesinde, hâkim tarafından re'sen başvurulması gereken deliller için gereken giderlerin taraflardan birisi veya belirtilecek oranda her ikisi tarafından ödenmesine, tarafların ödememesi durumunda, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazineden ödenmesine karar verileceği hükme bağlanmıştır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinin, bakmakta oldukları davalara ait her çeşit incelemeleri kendiliklerinden yapacakları; 31. maddesinde, keşif işlemlerine hukuk yargılamasındaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiş olduğundan, 6100 sayılı Kanun'un 325. maddesi idari yargı alanında yapılacak keşif işlemleri yönünden de uygulanır. Buna göre hukuk ve idari yargı alanlarında re'sen keşif yapılmasına karar verilmesi gereken durumlarda, yol giderinin ödenmemesi taraflar aleyhine sonuç doğurmaz, ödeme gücüne bakılmaksızın bu gider Hazineden karşılanır.

İtiraz konusu kuralın birinci cümlesinde taraflara yol giderini ödeme yükümlülüğü getirilmekle birlikte, bunun keşif deliline dayanılmasını engellememesi için gerekli yasal tedbirlere de yer verilmiştir. İtiraz konusu kuralın ikinci cümlesinde ise birden fazla keşif işleminin yapılması gereken durumlarda, yol giderinin uzaklıkla orantılı olarak hesaplanacağı düzenlenerek, hakkaniyet ölçü alınmıştır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 10. ve 55. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- 492 sayılı Kanun'un 2. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelemesi

Başvuru kararlarında, kuralın Anayasa'ya aykırılığına ilişkin doğrudan bir gerekçe gösterilmemiş, keşif harcını düzenleyen 492 sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinin "(A) Mahkeme Harçları" bölümüne 6009 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen (V) numaralı fıkrası Anayasa'ya aykırı görüldüğünden, anılan harç dahil tüm yargı harçlarının alınmasının dayanağını teşkil eden kuralın da Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, 492 sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinde belirtilen yargı işlemlerinden harç alınması düzenlenmiştir. Kural, sadece keşif işlemine ilişkin olmayıp, tüm yargı hizmetlerinden alınacak harçların dayanağını oluşturmaktadır. Dolayısıyla kuralla ilgili sorun, yargı hizmetlerinden harç alınıp alınamayacağına ilişkindir.

Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Kuşkusuz yargı hizmetleri de, kamu kurumlarının sunduğu en önemli hizmetlerden biridir. Anayasa'da yargı hizmetlerinin ücretsiz olarak verileceğine ve Devletin harç alma yetkisi dışında tutulacağına dair hüküm bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 10. ve 55. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

3- 492 Sayılı Kanun'un (1) sayılı Tarifesinin "(A) Mahkeme Harçları" Bölümüne 6009 sayılı Kanun'un 20. Maddesiyle Eklenen (V) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

Başvuru kararlarında, keşif harcı alınmasının meşru bir dayanağının bulunmadığı, keşif işleminin bedelinin Devlete değil işlemin yapılmasına katılan kamu görevlilerine ödenmesi gerektiği, 6009 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerin bu bedelin harç adı altında hazineye aktarılmasından sonra genel bütçe üzerinden keşfe katılan kamu görevlilerine ödenmesini düzenlemek

suretiyle kamu görevlilerinin hak ettikleri bedele çok geç kavuşmaları sonucunu doğurduğu, davanın açılması sırasında alınan harcın yanında yargılama devam ederken ayrıca keşif harcı adı altında bir harç alınmasının hak arama hürriyetini engellediği, harç muafiyetlerine ilişkin hükümlerin keşif harcı bakımından uygulanmamasının eşitlik ilkesini ihlal ettiği belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, mahkemelerce re'sen veya istem üzerine verilen keşif ya da tespit kararlarının yerine getirilmesi için 120 TL keşif harcı alınacağı düzenlenmiştir. Keşif işlemine katılan hâkim ve Cumhuriyet savcıları ile adalet personeline ödenecek olan yol tazminatının kuralla doğrudan bir ilgisi olmayıp, bu husus 3717 sayılı Kanun'un 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinde hüküm altına alınmıştır.

Keşif işlemi, kural olarak ilgili tarafın talebi üzerine, ileri sürülen iddianın ispatı bakımından delil elde edilmesi biçimindeki kişisel yararın sağlanması için, daire dışında ve kamu görevlilerinin ayrı bir emek sarf etmesi suretiyle verilen bir yargı hizmeti olup, bunun ayrıca harç konusu yapılması harçlara ilişkin anayasal ilkelere aykırı değildir.

Anayasa Mahkemesi'nin 20.10.2011 günlü, 2011/54 Esas ve 2011/142 Karar sayılı kararında belirtildiği üzere, kanun koyucunun yargı hizmetlerinin verilmesi karşılığında harç alınması biçiminde düzenleme yapma yetkisi bulunmakla birlikte, bunun Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal etmemesi için "harcın miktarının makul olması", "harcın alınmasında haklı bir amacın olması", "ulaşılmak istenen amaç ile harç miktarı arasında orantı olması" ve "ödeme gücü olmayanlar bakımından etkili adlî yardım sisteminin olması" kriterlerine uyulması gerekmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da bu yöndedir (Tolstoy-Miloslavsky/İngiltere, 13.6.1995, No: 18139/91; Kreuz/Polonya, 18.6.2001, No: 28249/95; Bakan/Türkiye, 12.6.2007, No: 50939/99; Ülger/Türkiye, 26.6.2007, No: 25321/02).

Keşif harcını ödeme gücü olmayanların 6100 sayılı Kanun'un 334 ilâ 340. maddeleri arasında düzenlenmiş olan adlî yardım müessesinden yararlanma olanağı bulunmaktadır. Diğer taraftan 6100 sayılı Kanun'un 325. maddesinde re'sen keşif yapılmasına karar verilmesi gereken durumlar için adlî yardım hükümlerinden daha geniş bir düzenlemeye yer verilerek, taraflarca ödenmeyen

giderlerin ödeme gücüne bakılmaksızın Hazineden karşılanacağı hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla keşif harcını ödeme gücü olmayanlar bakımından adlî yardım olanağı bulunmaktadır. Diğer yandan harcın, haklı bir amaç taşıması, makul ve orantılı olması ilkelerine de aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 10. ve 55. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

1- 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 Sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un, 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin son fıkrasının,

2- 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun;

a- 2. maddesinin birinci fıkrasının,

b- (1) SAYILI TARİFE'sinin "(A) Mahkeme Harçları" bölümüne 6009 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen (V) numaralı fıkranın,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.3.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN	
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2011/34
Karar Sayısı : 2012/48
Karar Günü : 30.3.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Tarsus 2. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 25.4.2006 günlü, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin **"***Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir***."** biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 17., 36. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı tarafından açılan soyadının düzeltilmesi davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"OLAYLAR: Tarsus 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2010/540 esas sayılı dosyasının davacısı (...) mahkememize vermiş olduğu dava dilekçesi ile 18 yaşından küçük iken babasının sevdiği bir bayanın soyadını aldığını, bu nedenle kendisinin soyadının da o bayanın soyadı olduğunu, davacının bu olaydan dolayı çevresinde alay konusu olduğunu, küçük düştüğünü, psikolojisinin bozulduğunu beyan ederek soyadının herkesçe bilinen ve babası tarafından değiştirilmezden önceki soyadı olan (...) soyadı olarak tekrar değiştirilmesini, zira kendisinden başka tüm kardeşlerinin bu soyadı taşıdığını beyan etmiştir.

Davalı nüfus temsilcisi, 5490 sayılı Nüfus Kanunu'nun 36/1B maddesi gereğince aynı konuda nüfus davaları bir defa açılacağından davacının babası tarafından Tarsus 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 30/03/2010 tarih 2010/154-201 E.K. sayılı kararı ile (...) olan soyadını (...) olarak düzelttiğinden, benzer konuda Tarsus 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen kararın temyizi üzerine Yüksek Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 03/02/2011 tarih 2010/12423 Esas, 2011/1183 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere bu davalar bir defa açılabileceğinden davanın reddine karar verilmesi talep etmiştir.

Cumhuriyet Savcısı duruşmada alınan beyanında, davada uygulanması gereken kanun maddelerinin 5490 sayılı Yasa'nın 36-1/B maddesi kapsamında kaldığı, bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğundan iptali için Anayasa Mahkemesine müracaatta bulunulması talep etmiştir.

OLAYA UYGULANACAK KANUN MADDELERİ:

Mahkememize açılan davanın nüfusta soyadının değiştirilmesi davası olduğu, söz konusu davada davacının babasının daha önce Tarsus 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin kesinleşen 30.03.2010 tarih 2010/154-201 EK sayılı kararı ile (...) olan soyadını (...) olarak değiştirdiği, Yüksek Yargıtay 18. H.D.'nin 03/02/2011 tarih 2010/12423 Esas, 2011/1183 Karar sayılı kararında da belirtildiği üzere, babanın açtığı davanın çocukları da bağlayacağı, bu nedenle davanın 5490 sayılı Yasa 36/1-b maddesi gereğince reddedilmesi gerekeceğinin bildirildiği,

Ancak, dosya kapsamı ile sabit olduğu üzere davacının babası evli iken başka bir bayan ile duygusal ilişkiye girdiği, bu bayanın şart koşması üzerine soyadını bu bayanın soyadı olan (...) soyadı olarak değiştirdiği, bu durumdan dolayı da 18 yaşından küçük olan davacının soyadının rızası dışında değiştiği, 18 yaşını doldurduğunda babasının sevdiği kadının soyadı olan (...) soyadından kurtularak eski soyadına dönmek için bu davayı açtığı, mevcut yasa hükmünün uygulanması halinde Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17. maddesinde belirtilen herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğuna ilişkin hükme, Anayasamızın 36. maddesinde belirtilen herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak üzere yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir ilkesine, Anayasamızın 41. maddesinde belirtilen Türk toplumunun temelinin aile olduğu, ailenin korunması ve çocuk haklarına keza Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde koruma altına alınan özel hayat ve aile hayatının

korunması ilkesine, aynı sözleşmenin 13. maddesinde belirtilen etkili başvuru hakkına, 18. maddesinde belirtilen hakların kısıtlanmasının sınırları ilkelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

SONUÇ: 5490 sayılı Yasa'nın 36/1-B maddesinin "aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir" kısmının Anayasamızın yukarda belirtilen maddelerine aykırı olduğundan Anayasamızın 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar verilmiş olup;

Gereği takdirlerinize saygıyla arz olunur. 21.03.2011"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

25.4.2006 günlü, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 36. maddesi şöyledir:

"(1) Mahkeme kararı ile yapılan kayıt düzeltmelerinde aşağıdaki usullere uyulur:

a) Nüfus kayıtlarına ilişkin düzeltme davaları, düzeltmeyi isteyen şahıslar ile ilgili resmi dairenin göstereceği lüzum üzerine Cumhuriyet savcıları tarafından yerleşim yeri adresinin bulunduğu yerdeki görevli asliye hukuk mahkemesinde açılır. Kayıt düzeltme davaları nüfus müdürü veya görevlendireceği nüfus memuru huzuru ile görülür ve karara bağlanır.

b) Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir. *Ad değişikliği halinde, nüfus müdürlüğü bu kişinin çocuklarının baba veya ana adına ilişkin kaydı, soyadı değişikliğinde ise eş ve ergin olmayan çocukların soyadını da düzeltir.*

c) Tespit davaları, kaydın iptali veya düzeltilmesi için açılacak davalara karine teşkil eder.

(2) Kişilerin başkasına ait kaydı kullandıklarına ilişkin başvurular Bakanlıkça incelenip sonuçlandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 17., 36. ve 41. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 14.4.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında; babanın açtığı aile soyadı değişikliğini içeren dava ile ergin olmayan çocuğun da soyadı değişmiş bulunduğundan o çocuğun ergin olduktan sonra aynı konuda dava açamayacağına dair itiraz konusu kuralın; herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak üzere yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu ve Türk toplumunun temelinin aile olduğuna ilişkin ilkeleri ihlâl etmesi nedeniyle Anayasa'nın 17., 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5490 sayılı Kanun'un 36. maddesinde, nüfus davaları ile ilgili esas ve usuller öngörülmektedir. Kanun'un 36. maddesinin itiraz konusu hükmü içeren (b) bendinde aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılabileceği belirtilmiştir.

Nüfus kaydının düzeltilmesinin kapsamında ad, soyadı, cinsiyet, doğum kaydı değişikliği gibi nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davaları bulunmaktadır. Genel olarak nüfus davalarında, en önemli dava açma koşulu davacının dava açmakta hukuki yararının bulunmasıdır. Türk Medeni Kanunu'nun 27. maddesine göre, açılacak davalarda haklı sebepler göz önünde tutulacaktır. Nüfus kaydının düzeltilmesi davasında da haklı nedenin varlığı halinde 5490 sayılı Kanun'un anılan hükmü uyarınca ilgili kayıt ancak bir kez düzeltilebilecektir.

Anayasa'nın *"Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı"* başlıklı 17. maddesinde, *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir"* denilmektedir. Buna göre kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilemez, vazgeçilemez temel haklardandır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da Devlete görev olarak verilmiştir.

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

Ad, soyadı, cinsiyet, doğum kaydı gibi kişilere ait kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez, kişiye sıkı surette bağlı kişilik hakları kapsamındadır. Kişilere ait kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgileri içeren kayıtların kişilik haklarından olması, onlara hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. 5490 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde açıklandığı gibi, Türkiye Cumhuriyetinin en belirgin temel niteliklerinden olan sosyal hukuk devletinin genel çerçevesi içerisinde Türk toplum yaşamı hukuk kuralları ile düzenlenmiştir ve bu düzenlemenin konusunu oluşturan kişilere ait çeşitli bilgiler de hukuk kurallarına uymanın bir gereği olarak kamu yönetimlerince kayıt altına alınmıştır. Bu nedenle, yasa koyucunun kamu yararı ve kamu düzenini sağlamak amacıyla kişilere ait kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler konusunda anayasal hakları ihlâl etmemek koşuluyla düzenleme yapma yetkisi bulunduğu açıktır.

Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olan kimliği ve aile bağlarıyla ilgili bilgileri içeren nüfus kayıtlarında haklı nedenlerin varlığı halinde değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma, geliştirme hakkı kapsamında olup, bunun dava yoluyla bir defadan fazla talep edilememesini öngören kural Anayasa'nın 17. maddesi ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, itiraz konusu kuralla kişilerin ad, soyadı, cinsiyet ve doğum kaydı gibi bilgilerinde herhangi bir nedenle meydana gelen değişikliklerin resmi kimlik kayıtlarında yer almasını sağlamak amacıyla dava açmaları hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Ancak dava hakkının bir kere ile sınırlandırılarak maddi gerçeğin resmi kayıtlara geçmesinin engellenmesi hak arama özgürlüğüne müdahale niteliğindedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 17. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 41. maddesi ile bir ilgisi görülmemiştir.

Haşim KILIÇ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ve Hicabi DURSUN bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

25.4.2006 günlü, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin "Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir." biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Nuri NECİPOĞLU ile Hicabi DURSUN'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 30.3.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

KARŞIOY GEREKÇESİ

2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde, her Türk'ün öz adından başka soy adını da taşımaya mecbur olduğu hüküm altına alınmış olup; soyadının, öz addan sonra taşınması zorunlu olan, soyları ayırt edici özelliği itibariyle de nesilden nesile geçen, kişinin kimliğinin belirlenmesinde çok önemli rol oynayan, vazgeçilemez, devredilemez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olduğu açıktır. Soyadı ile ilgili düzenlemelerin kişilik haklarını ilgilendirmesinin yanı sıra, kamu yararı ve kamu düzeni ile olan yakın ilgisi nedeniyle, yasa koyucunun soyadı ile ilgili düzenlemeler konusunda takdir yetkisinin bulunduğu ve bu konuda bir takım hukuki sınırlandırmalar yapabileceği tabiidir ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de konuya ilişkin içtihatlarında, sözleşmeci ülkelerin bu konuda geniş bir takdir alanlarının bulunduğuna işaret etmektedir. Dolayısıyla, yasa koyucu diğer nüfus kayıt bilgileri gibi soyadı ile ilgili kayıtlar konusunda da aile düzeninin korunması, nüfus kayıtlarında karışıklıkların önlenmesi ve istikrarın sağlanması vb. kamu düzenini ilgilendiren nedenlerle bazı kayıtlamalara gidebilecektir. İtiraz istemine konu 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin (1) no'lu fıkrasının (b) bendindeki "Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir." biçimindeki kuralın da bu çerçevede değerlendirilmesi ve kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca soyadının değiştirilmesi davaları yönünden yapılan bu müdahalenin Anayasa'nın 17. ve 41. maddelerine aykırı bir yönünün bulunmadığı sonucuna varılması gereklidir.

Öte yandan, Medeni Kanun'un "Adın değiştirilmesi" başlıklı 27. maddesinde "Adın değiştirilmesi, ancak **haklı sebeplere dayanılarak** hâkimden istenebilir." denildiğinden ve anılan maddede bu konuda açılacak davalar bakımından bir sınırlama öngörülmediğinden; kanun metni itiraz konusu kuralla birlikte değerlendirileceğinde, davacı sıfatıyla isim ve soyadı değiştirme davasında "**aynı davacının**" birden fazla bu davaları açamayacağının hukuken kabulü gerekli bulunmaktadır. Kanun metninden, çocuğun reşit olduktan sonra dahi, evvelce veli ya da vasisinin açmış olduğu ve onu da bağlayan "ad veya soyadı değişikliği" davasını bir daha açamayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Çocuk, reşit olduktan sonra bir defaya mahsus olmak üzere soyadını değiştirmek için dava açabilmelidir.

İtiraz istemine konu kuralın, salt davayı açan kişi yönünden bağlayıcı mahiyet arzettiği, davanın somutunda olduğu gibi ana babanın açtığı ve doğrudan reşit olmayan çocuğu da etkileyen soyadı davasının çocuk reşit olduktan sonra dahi bir daha açılamayacağı şeklinde yorumlanması mümkün olmadığından; kuralın aksine bir yorumla Anayasa'ya aykırı düştüğü şeklindeki sonuca katılamıyoruz.

Açıklanan nedenlerle ve izaha çalışılan yorumun doğal sonucu olarak, kuralın Anayasa'nın 17., 36. ve 41. maddelerine aykırı bir yönünün bulunmadığı sonucuna ulaştığımızdan; iptale ilişkin çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Başkan Haşim KILIÇ	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin iptali istenilen birinci cümlesinde ***"Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir"*** denilmektedir. Buna göre, dava yoluyla düzeltilen (değiştirilen) nüfus kaydının tekrar dava konusu edilerek ikinci kez düzeltilmesi (değiştirilmesi) yasaklanmıştır.

Başvuru kararı, baba tarafında önceki yıllarda dava yolu ile değiştirilen soyadının ergin hale gelen çocuğu tarafından dava yoluyla tekrar değiştirilmek istenmesine dayanmaktadır.

İptali istenilen kuralda yer alan, aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davasının ancak bir kere açılabileceği biçimindeki hükmün, aynı konuya ilişkin nüfus kaydının dava yoluyla düzeltilmesinin, aynı şahıs tarafından ancak bir kere dava konusu edebileceği şeklinde anlaşılması gerekir. Aksinin kabulü başkası tarafından dava yoluyla düzeltilen nüfus kaydının kendisine sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasına, dava açmakta yararı bulunmasına ve düzeltme davasının açılmasında hiçbir katkısı bulunmamasına rağmen dava konusu edememesi, kişinin, Anayasada güvence altına alınan dava açma hakkını ortadan kaldırmak anlamını taşır ki bunu yasa koyucunun öngördüğünü kabul etmek olanaksızdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar arasında sayılan nüfus kayıtlarının, bu nitelikleri gereği üzerinde tasarruf etme yetkisinin ilgilisine (hak sahibine) ait olması, genel hukuk ilkesinin bir gereği olup, bu ilke göz ardı edilmemelidir.

Öte yandan, soyadına ilişkin nüfus kaydının baba tarafından açılan bir dava ile düzeltilmesinin, velayet ve evlilik bağı bulunanlar bakımından da uygulanması açılmış bir davanın sonucu olarak değil, yasal düzenlemeden kaynaklanan idari bir işlem olarak algılanması ve aynı konuda bir kere dava açılabileceğine ilişkin kuralın buna göre de yorumlanması gerekir.

Somut olaydaki davada yukarıda yapılan saptamalar gözetilmeden, "aynı konuya ilişkin olarak" sözcüklerine dar anlam yüklenerek, davacının bu hakkının bulunmadığını ve kuralın hak arama hürriyetine aykırı olduğunu ileri sürmek, doğru bir değerlendirme olarak kabul edilemez.

Açıklanan nedenle baba tarafından dava yolu ile düzeltilen soyadının, ergin olan çocuğu tarafından düzeltilmesi için açılan davanın görülmesine kural engel değildir.

Hak ihlaline neden olmayan kurala yönelik iptal başvurusunun reddi gerektiğinden, çoğunluğun Anayasa'da öngörülen kurallar çerçevesinde denetim yapmasına ilişkin görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

Esas Sayısı : 2011/18
Karar Sayısı : 2012/53
Karar Günü : 11.4.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Kilis 2. Asliye Ceza Mahkemesi (E.2011/18)
2- Germencik Asliye Ceza Mahkemesi (E.2011/137)

İTİRAZLARIN KONUSU: 21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun;

1- 17.6.1987 günlü, 3386 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 7. maddesinin,

2- 14.7.2004 günlü, 5226 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin,

3- 11. maddesinin,

4- 15. maddesinin,

5- 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin,

Anayasa'nın 2., 5., 13., 35. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Sanıklar hakkında açılan ceza davalarının incelemesi sırasında kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

1- E.2011/18 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"A) GENEL OLARAK

A- 1) T.C ANAYASASI'NDA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

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 5- Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.

Madde 13- (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

XII. Mülkiyet hakkı

Madde 35- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

A- 2) 2863 SAYILI YASADA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Madde 3/a-1

Kültür varlıkları; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır veya taşınmaz varlıklardır.

Madde 3/a- 4

"Koruma"; ve "Korunma"; taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında muhafaza, bakım, onarım, restorasyon, fonksiyon değiştirme işlemleri; taşınır kültür varlıklarında ise muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işleridir.

Madde 6-

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları şunlardır.

a) Korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19 uncu yüzyıl sonuna kadar yapılmış taşınmazlar,

b) Belirtilen tarihlerden sonra yapılmış olup önem ve özellikleri bakımından Kültür ve Turizm Bakanlığınca korunmalarında gerek görülen taşınmazlar,

c) Sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları,

d) Milli tarihimizdeki önemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil sözkonusu olmaksızın Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyetinin Kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tesbit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal Atatürk tarafından kullanılmış evler.

Madde 7- (Değişik: 17/6/1987 - 3386/2 md.)

(Değişik birinci fıkra : 26/5/2004-5177/26 md.) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespiti, Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılır.

Yapılacak tespitlerde, kültür ve tabiat varlıklarının tarih, sanat, bölge ve diğer özellikleri dikkate alınır. Devletin imkanları gözönünde tutularak, örnek durumda olan ve ait olduğu devrin özelliklerini yansıtan yeteri kadar eser, korunması gerekli kültür varlığı olarak belirlenir.

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitler koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunur.

Tespit ve tescil ile ilgili usuller, esaslar ve kıstaslar yönetmelikte belirtilir.

Vakıflar Genel Müdürlüğünün idaresinde veya denetiminde bulunan mazbut ve mülhak vakıflara ait taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan cami, türbe, kervansaray, medrese han, hamam, mescit, zaviye, sebil, mevlevihane, çeşme ve benzeri korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının tespiti, envanterlenmesi Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılır.

Tescil kararlarının ilanı, tebliği ve tapu kütüğüne işlenmesi ile ilgili hususlar yönetmelikle düzenlenir.

Madde 9- (Değişik: 14/7/2004 - 5226/3 md.)

Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşaî ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılamaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaî ve fizikî müdahale sayılır.

Yetki ve yöntem:

Madde 10- Her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırmak ve bunların her türlü denetimini yapmak veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve valiliklere yaptırmak, Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir.

Türkiye Büyük Millet Meclisinin idare ve kontrolünde bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanmasında, gerektiğinde, Kültür ve Turizm Bakanlığının teknik yardımı ve işbirliği sağlanır.

Milli Savunma Bakanlığının idare ve denetiminde veya sınır boyu ve yasak bölgede bulunan kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi, Milli Savunma Bakanlığınca yerine getirilir. Bu korunmanın sağlanması, Milli Savunma Bakanlığı ile Kültür ve Turizm Bakanlığı arasında düzenlenecek protokol esaslarına göre yürütülür.

(Değişik: 17/6/1987 - 3386/4 md.) Vakıflar Genel Müdürlüğünün idaresinde veya denetiminde bulunan mazbut ve mülhak vakıflara ait taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan cami, türbe, kervansaray, medrese, han, hamam, mescit, zaviye, mevlevihane, çeşme ve benzeri kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi koruma kurulları kararı alındıktan sonra, Vakıflar Genel Müdürlüğünce yürütülür.

Diğer kamu kurum ve kuruluşlarının mülkiyetinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunma ve değerlendirilmesi, bu Kanun hükümlerine uygun olarak kendileri tarafından sağlanır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının mülkiyetinde bulunan taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunması, bu kuruluşların bütçelerine her yıl bu maksatla konacak ödeneklerle yapılır.

Bu hizmetlerin yerine getirilebilmesi için, Kültür ve Turizm Bakanlığı Bütçesine her yıl yeteri kadar ödenek konur.

(Ek: 17/6/1987 - 3386/4 md.) Araştırma, kazı ve sondaj yapılan alanların korunması ve değerlendirilmesi Bakanlığa aittir.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/4 md.) Büyükşehir belediyeleri, valilikler, Bakanlıkça izin verilen belediyeler bünyesinde kültür varlıkları ile ilgili işlemleri ve uygulamaları yürütmek üzere sanat tarihi, mimarlık, şehir plânlama, mühendislik, arkeoloji gibi meslek alanlarından uzmanların görev alacağı koruma, uygulama ve denetim büroları kurulur. Ayrıca, il özel idareleri bünyesinde, kültür varlıklarının korunmasına yönelik rölöve, restitüsyon, restorasyon projelerini hazırlayacak ve uygulayacak proje büroları ve sertifikalı yapı ustalarını yetiştirecek eğitim birimleri kurulur.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/4 md.) Belediyeler belediye sınırları ve mücavir alanları içerisinde, valilikler ise bu sınırlar dışında yetkilidir.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/4 md.) Bu bürolar koruma bölge kurulları tarafından uygun görülen koruma amaçlı imar plânı, proje ve malzeme değişiklikleri ile inşaat denetimi de dahil olmak üzere uygulamayı denetlemekle yükümlüdürler.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/4 md.) Alanın özelliği göz önüne alınarak, bu büroların hangi uzmanlık dallarından teşekkül edeceği, çalışma, izin usul ve esasları; Bakanlık ve İçişleri Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir.

Hak ve sorumluluk:

Madde 11- Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının malikleri bu varlıkların bakım ve onarımlarını Kültür ve Turizm Bakanlığının bu Kanun uyarınca bakım ve onarım hususunda vereceği emir ve talimata uygun olarak yerine getirdikleri sürece, bu Kanunun bu konuda maliklere tanıdığı hak ve muafiyetlerden yararlanırlar. (Değişik ikinci cümle: 22/5/2007- 5663/1 md.) Ancak, kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurullarınca birinci grup olarak tescil ve ilan edilen kültür varlıklarının bulunduğu taşınmazlar ile birinci ve ikinci derece arkeolojik sit alanlarındaki taşınmazlar zilyetlik yoluyla iktisap edilemez.

Malikler bu varlıkların üzerindeki mülkiyet haklarının tabii icabı olan ve bu Kanunun hükümlerine aykırı bulunmayan bütün yetkilerini kullanabilirler.

Bu Kanunun belirlediği bakım onarım sorumluluklarını yerine getirmekte aczi olanların mülkleri, usulüne göre kamulaştırılır. Mazbut veya mülhak vakıf varlıkları bu hükme tabi değildir.

Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görmesi ile, Vakıflar Genel Müdürlüğü, il özel idareleri, belediyeler ve diğer kamu kurum ve kuruluşları, yukarıda sözü geçen maliklere lüzum görülen hallerde, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının koruma, bakım ve onarımlarına, teknik eleman ve ödenekleri ile yardımda bulunabilirler.

Taşınmaz kültür varlıklarının onarımına yardım sağlanması ve katkı payı

Madde 12- Özel hukuka tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan korunması gerekli kültür ve tabiat varlıklarının; korunması, bakım ve onarımı için Kültür ve Turizm Bakanlığınca ayni, nakdi ve teknik yardım yapılır.

(Ek fıkra: 14/7/2004 - 5226/6 md.) Bu amaçla, Bakanlık bütçesine yeterli ödenek konulur. Bakanlıkça yapılacak yardımlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Kamulaştırma:

Madde 15- Taşınmaz kültür varlıkları ve bunların korunma alanları, aşağıda belirlenen esaslara göre kamulaştırılır:

a) Kısmen veya tamamen gerçek ve tüzelkişilerle mülkiyetine geçmiş olan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanları Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanacak programlara uygun olarak kamulaştırılır. Bu maksat için, Kültür ve Turizm Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konur.

(Ek: 17/6/1987 - 3386/5 md.; Değişik: 14/7/2004 - 5226/7 md.) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri ve mahallî idare birlikleri tescilli taşınmaz kültür varlıklarını, koruma bölge kurullarının belirlediği fonksiyonda kullanılmak kaydıyla kamulaştırabilirler.

b) Menşei vakıf olup da çeşitli sebeplerle kısmen veya tamamen gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetine geçen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve bunların korunma alanlarının kamulaştırılmaları, Vakıflar Genel Müdürlüğüce yapılır. Bu maksat için Vakıflar Genel Müdürlüğü bütçesine yeteri kadar ödenek konur.

c) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunma alanları, imar planında yola, otoparka, yeşil sahaya rastlıyorsa bunların belediyelerce; sair kamu kurum ve kuruluşlarının bakım ve onarım ile görevli oldukları veya kullandıkları bu gibi kültür varlıklarının korunma olanlarının ise, bu kurum ve kuruluşlarca, kamulaştırılması esastır.

d) Kamulaştırmalarda bedel takdirinde, taşınmaz kültür varlıklarının eskilik, enderlik ve sanat değeri dikkate alınmaz.

e) (Değişik: 17/6/1987 - 3386/5 md.) Kamulaştırma işlemleri, bu Kanun hükümleri ile *2942* sayılı Kamulaştırma Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerine göre yapılır.

f) (Ek: 17/6/1987 - 3386/5 md.; Değişik: 25/6/2009-5917/24 md.) Sit alanı ilan edilen ve 1/1000 ölçekli oranlı koruma amaçlı imar planında kesin inşaat yasağı getirilen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu parseller, aynı ada içerisindeki bütün parsel maliklerinin başvurusu ve karşılığında önerilen parsellerin tamamının kabulü koşuluyla, başka Hazine arsa veya arazileri ile müstakil veya hisseli olarak değiştirilebilir. Sit alanı ilan edildiği tapu kütüğüne şerh edilen taşınmazları, miras ve ölüme bağlı tasarruflar dışında, sonradan edinenlerin talepleri değerlendirilmez. Ancak, Bakanlık izniyle gerçekleştirilen kazıların yapıldığı alanlarda bulunan parsellerde, maliklerin başvurusu ve kabulüne ilişkin koşul parsele yönelik uygulanır ve 1/1000 ölçekli onanlı koruma amaçlı imar planı şartı aranmaz. Bu parsellerin üzerinde bina veya tesis varsa malikinin başvurusu üzerine rayiç bedeli, *2942* sayılı Kanunun *11* inci maddesi hükümlerine göre belirlenerek ödenir. Bu bentle ilgili usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenir.

Madde 65- (Değişik: 23/1/2008-5728/408 md.)

a) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

Bu fiiller, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak maksadıyla işlenmiş ise, verilecek cezalar bir kat artırılır.

b) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

c) Bu Kanuna aykırı olarak yıkma veya imar izni veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

d) Bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerden bu Kanunun *57* nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca izin almaksızın veya izne aykırı olarak tamirat ve tadilat yapanlar ile izinsiz

inşaî ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar altı aydan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılırlar.

A-3) KONUYA İLİŞKİN DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Mülkiyetin Anayasal garantisi, maliki klasik anlamda yalnız devlet müdahalesine karşı değil diğer sosyal güçlerin ve üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da korunmaktadır, bu manada devlet, bir taraftan kendi organları vasıtası ile özel mülkiyete haksız müdahalede bulunmama ödevini taşırken diğer taraftan da diğer sosyal güçlerin ihlallerini önlemek için tedbir almak ödevini taşımaktadır. (CHALLAYE, Felicien, Mülkiyet Tarihi (Çev.Turgut AYTUĞ), 2. Bası, İstanbul 1969, s.82-83.)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından 1954 yılında onaylanması ile birlikte 1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir" kuralından açıkça anlaşılacağı gibi, Türk hukuk düzeninde anlaşmalar yasa gücündedir ve doğrudan hüküm doğurur. Ayrıca "usulüne göre yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" kuralı antlaşmaların iç hukuktaki değeri bakımından önem taşır. Kimi yazarlara göre bu kural antlaşmaların yasalarla eşdeğer olduğu görüşünü etkilemez, kimilerine göre bu kural antlaşmaların yasaların üstünde olduğunu gösterir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki yeri ve değeri konusunda şu sonuçlara ulaşılabilir.

- Sözleşme iç hukukun bir parçasıdır, ayrıcalıklı bir yere sahiptir.

- Sözleşme iç hukukta kendiliğinden (doğrudan) uygulanır, ayrıca bir ulusal düzenleme yapılmasına gerek yoktur.

- Sözleşmenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Bunun doğan sonucu sözleşme Anayasaya aykırı olsa bile uygulanır.

- Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen sözleşmenin yasaya aykırılığı nedeni ile uygulanmaması, Anayasanın getirdiği sisteme ters düşer.

- Uluslararası hukuk bakımından da sözleşme Türkiye'yi bağlayan bir andlaşmadır. Sözleşme bu yönden bir yasa ile değiştirilemez. Antlaşmalar kendi

koyduğu kurallara göre bozulabilir ya da değiştirilebilir. Sözleşme bozulmadıkça bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilemez. Sözleşmeden sonra çıkan Anayasa ya da yasa ile ne açıkça ne de üstü kapalı bir biçimde sözleşmede değişiklik yapma olanağı yoktur. (GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 8. Bası, Ankara 2001, s. 156.)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalardan olduğu için ulusal kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri AİHS esas alınır. Yani sözleşme kuralları ile diğer ulusal hukuk kuralları arasında bir çatışma olması durumunda yargıcın sözleşme kurallarına üstünlük tanıması, ulusal kuralları sözleşmeye uygun şekilde yorumlaması gerekir. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ek 1 nolu protokolle sözleşmeye eklenen mülkiyet hakkına ilişkin düzenlemeye değinmek gerekmektedir. Mülkiye hakkı Sözleşme'de şu şekilde düzenlenmiştir. "Her gerçek ve tüzel kişinin, mal ve mülk dokunulmazlığına riayet edilmesini isteme hakkı vardır. Herhangi bir kimse ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve Uluslar arası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin mülkiyetin genel menfaate uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

Sözleşmeye göre mülkiyet hakkı mutlak olmayıp genel yarar amacına yönelik bazı kısıtlamalara konu olabilecektir. Mülkiyete saygı ilkesi, maddenin açıkça izin verdiği özel müdahale şekilleri dışındaki her türlü müdahaleyi yasaklayan niteliktedir. Bu yolla mülkiyet hakkına genel bir koruma getirilmiştir. Mülkiyet hakkından yoksun bırakma ancak kanunla ve milletlerarası hukukun genel ilkelerine uygun olarak yapılabilir. Mülkiyet hakkının kullanımını düzenleme ise, ancak kanunla yapılabilir. Sözleşmenin tamamına egemen olan ölçülülük ilkesi, mülkiyet hakkının sınırlandırılması bakımından da geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadında, mülkiyet hakkına müdahale teşkil eden tedbirin hem amaçla orantılı hem de bu amacın gerçekleştirilmesine elverişli olması gerekir. (GÜRİZ, Adnan , Hukuk Başlangıcı, 8. Bası, Ankara 2001, s.156-157.)

Ergun ÖZBUDUN'a göre, temel hak ve hürriyetlerin hepsi için geçerli bir "hakkın özü" tanımı vermek mümkün değildir. Bunu her hak ve hürriyet için

onu kendisine özgü niteliklerine uygun olarak, ayrı ayrı tanımlamak gerekir, ancak genel olarak şunu söylemek mümkündür ki bir hak ve hürriyetin özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu hürriyeti anlamsız kılacak olan asli çekirdeğidir. (AKAD, Mehmet /VURAL DİNÇKOL, Genel Kamu Hukuku, İstanbul 2002, s.217-218.) Sınırlama, hakkı anlamsız hale getirilip ortadan kaldırırsa özüne dokunmaktadır. Belirli bir hak ve özgürlükle ilgili özün nerede başladığı, önceden kesinlikle belirtilemeyen ve ancak Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ortaya çıkacak bir konudur. (AKIN İlhan F, Kamu Hukuku 1987, s.45)

Öz ile ilgili karar bir takdir yetkisi uygulamasıdır. Ancak hukuki bakımdan takdir yetkisi yasama organına değil, bağımsız yargı organına aittir. (TUĞRUL, Saim Kamu Hukuku Açısından Mülkiyet Hakkı ve Sınırlandırılması, İstanbul 2004, s.52)

"Bir hakkın ya da hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde yapılmaz hale koyucu veya ciddi suretle güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldırıcı nitelikte olmadıklarından, hürriyetin özüne dokunulmadığı meydandadır. ...neyi ifade ettiği açıkça anlaşılmayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan (maksadı mahsus) gibi terimlerle belirtilen hükümler, kişinin temel haklarından olan toplantı ve gösteri yürüyüşünün belli şekilde konularını kökünden kaldırmakta ve bu sebeple de 11/2'ye aykırı olarak hak ve hürriyetin özüne dokunmaktadır. (SOYSAL Mümtaz, Anayasaya Giriş, 2. Bası, Ankara 1969, s.30)

Genel hukuk ilkesi kavramının kendisine ait hayati bir uygulama alanı olmayan ve öteki normların yorumunda bunların normatif kapsamının belirlenmesinde rol oynayan bir ilkeyi de kapsadığını kabul ediyorsak, ölçülülük ilkesi genel bir hukuk ilkesidir. Çünkü kendisinin hayati bir uygulama alanı yoktur, yani; genel yaşamın bir kısmını düzenleyen bir norm değildir. Avrupa'da sık sık söylediğine karşın bireye sübjektif hukuk konumunu tanımaktadır, idareye veya kanun koyucuya bireyin hukuk alanına müdahale yetkisini de tanımamaktadır, ölçülük ilkesinin kaideselliği, yukarıda açıklanan işlevine dayanır. Yürütme organı için takdire yön veren bir ilkedir. İdareye kanun tarafından tanınan ve aynı zamanda idarenin kanunun norm metnine bağlılığını zayıflatan düzenleme serbestliği, vatandaşların hukuki konumlarını koruyan diğer normlar tarafından sınırlandırmaktadır. Burada kamu menfaati ile bireyin menfaati arasındaki uyuşmazlık, normatif bir çatışma oluşturmaktadır. Bu

uyuşmazlık veya çatışma iki yolla çözülebilir ilk yol, çatışan normların birisine norm hiyerarşisinin içerisinde üstün bir yeri tanımakla öncelik vermektir. İkinci yol, çatışan normları eşdeğerde sayıp, dengeleşme süreciyle tartarak birisine daha fazla bir ağırlığı tanıyacak öncelik vermektedir. Anayasa düzeyinde genellikle ikinci yola başvurulup ölçülülük ilkesinin uygulama alanı açılır. İlkenin normatif etkinliği kanun koyucunun, idarenin veya yargıcın dengeleşme sürecinde hangi unsur ve kriterlerden faydalanacağını buyurmakla yatmaktadır, bunun ötesinde bir kaidesellik düşünülemez. (Anayasa Mahkemesi Anayasa Yargısı Dergisi Sayı: 10, Sayfa 46)

A- 4) KONUYA İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında, "Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Ne var ki bu sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur" denilmiştir.

Diğer taraftan Anayasanın 13 üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkeleri iptali istenen kural bakımından da geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında "...sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur" denilmiştir.

Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir. (Esas Sayısı: 2006/121 Karar Sayısı: 2009/90, Karar Günü : 18.6.2009)

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir. (Esas Sayısı: 2006/121, Karar Sayısı: 2009/90, Karar Günü : 18.6.2009)

A- 5) KONUYA İLİŞKİN AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ DÜZENLEMELERİ VE KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi Mülkiyet hakkını garanti altına alan 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi düzenlemesi aşağıdaki gibidir.

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez"

Kişi Mülkiyetten yoksun bırakılmamalıdır.

Malikin hukuki haklarının ihlal edilmesi mülkten yoksunluğun esasını oluşturmaktadır. Fakat daha genel olarak, Mahkeme sadece resmi bir kamulaştırmanın yapılıp yapılmadığını veya mülkiyetin kazanımını değil aynı zamanda fiili (de facto) bir kamulaştırmanın yapılıp yapılmadığının tespiti için durumun koşullarını da inceleyecektir. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi devletin, bireyi sahip olduğu mülkiyet hakkından yoksun bırakıp bırakmadığına bakmaktadır. Bu yoksunluk bir resmi kamulaştırma şeklinde olabileceği gibi fiili (de facto) bir kamulaştırma yani el koyma durumunda da söz konusu olabilir. "Papamichalopoulos Yunanistan'a karşı davasında başvurucuların değerli arazisi 1967 yılında diktatörlük döneminde devlet tarafından alınarak donanmaya tahsis edilmiş ve donanma da sonradan bu arazide bir donanma üssü inşa etmiştir. Bu tarihten itibaren başvurucu mülkünü etkin bir şekilde kullanamamış ya da satamamıştır. Mahkeme davalı devleti fiili (de facto) kamulaştırmadan ötürü sorumlu tutmuştur.

Devletin mülke müdahalesi Orantılılık ilkesine uygun olmalıdır.

Mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahale eden bir tedbirin meşru bir amacın gerçekleştirilmesi hedefiyle demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Bu tedbirin toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge gözetmesi şarttır. Böylesi adil bir denge bireysel mülk sahibinin "bireysel ve aşırı bir yük altına sokulduğu durumlarda gerçekleşmiş olmayacaktır. Scollo İtalya'ya karşı davasında başvurucu Roma'da içinde kiracı bulunan bir daire satın almıştır. Başvurucu engelli, işsiz ve daireye kendi kullanımı için ihtiyacı olmasına rağmen kiracıyı 12 yıl kadar bir süre tahliye ettirememiştir. Kira hakları ile ilgili diğer bir çok davada olduğu gibi Mahkeme davayı 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinde öngörülen genel kural, mülkiyetin kullanımının kontrol hakkı, uyarınca incelemiştir. Mahkeme başvurucunun içinde bulunduğu durumu kendilerine açıkça ifade etmiş olmasına rağmen yerel makamların kiracının evden tahliyesi amacıyla harekete geçmiş olmalarına dikkat çekerek, başvurucunun kendi mülklerindeki kullanım hakkının kısıtlanmasının orantılılık ilkesiyle bağdaşmadığı ve 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut olarak çoğu zaman ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkelerini bir arada kullanmakta ve meşru bir nedene dayansa bile yasal sınırlamanın "demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliği taşımasını" aramaktadır. Bu ilkeler bizim Anayasamızda temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir koruma maddesi olan 13 üncü madde içinde yer aldığına göre, AİHM'nin bu yaklaşımının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tüm yasal düzenlemelerde göz önünde tutulması, insan hakları kavramının evrensel niteliğine de uygun düşer.

B) ÖZEL OLARAK:

Dava konusu somut olayda sanığın vekaleten maliki olduğu taşınmazın tapu kaydına 01.06.1999 tarihinde Korunması gerekli Taşınmaz Kültür Varlığı şerhi konulmuştur. Bu konuda karar verme yetkisi ve karar aşamaları ve uygulama usulü 2863 sayılı Yasanın 3, 6, 7. maddelerinde açıkça belirtilmiştir. Bir taşınmaz usulüne uygun olarak Korunması gerekli Taşınmaz Kültür Varlığı kabul edildikten sonra anılan Yasanın 9 ve 11 maddesinde belirtilen sınırlamalarla karşılaşmakta ve bu maddelerde belirtilen sınırlamalara

uymadıkları takdirde 65. maddede belirtilen ceza ile cezalandırılmaktadırlar. 2863 sayılı Yasanın 9. maddesi ile malikin koruma bölge kurulları kararlarına aykırı olarak yapamayacağı işler önce genel olarak sonra da örnekleyici mahiyette tek tek sayılmıştır. Madde metnine dikkat edildiğinde malikin koruma kurulu izni olmadan yapamayacağı işler mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldırıcı niteliktedir. (Dava konusu olayda çatısı akan bir taşınmazın çatı onarım işi bile 9. maddedeki yasak kapsamına girmektedir.) Esasen bu durum 2863 sayılı Yasanın düzenlenmesi sırasında yasa koyucu tarafından da kabul edildiği için 15. maddede taşınmaz kültür varlıklarının kamulaştırılması hususu düzenlenmiştir. Yani yasa koyucu Taşınmaz Kültür Varlığı olarak kabul edilen bir taşınmaz üzerinde malikin mülkiyet hakkının özüne dokunacak şekilde yasal düzenlemede bulunduğunu kabul ettiğinden bu taşınmazların kamulaştırılması gerektiğini belirtmiştir. Ancak somut dava konusu olayda olduğu gibi devlet aradan 12 yıl gibi bir süre geçmesine rağmen kamulaştırma işlemini yapmamıştır. Dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yukarıda anılan kararında belirtildiği gibi de facto yani fiili bir el koyma işlemi gerçekleştirmiştir. Fiili el koyma işleminin ise hem Anayasamızın 2, 5, 13 ve 35. maddelerine hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 1 Nolu ek protokolünün 1. maddesine aykırı olduğu izahtan varestedir. 2863 sayılı Yasanın 7, 9, 11, 15 ve 65. maddelerindeki düzenlemeler mülkiyet hakkının özüne dokunan, demokratik toplum düzeninin gereklerine uymayan ve toplum yararı ile bireyin mülkiyet hakkı arasındaki dengede ölçülülük ilkesini (Orantılılık) toplum yararına birey aleyhine bozan bir düzenlemedir.

İSTEM : Yukarıda izah edilen nedenlerden dolayı 2863 sayılı Yasanın 7, 9, 11, 15 ve 65. maddelerinin Anayasanın 2, 5, 13 ve 35. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi saygıyla arz olunur. 02/02/2011"

2- E.2011/137 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Germencik Cumhuriyet Başsavcılığının 2009/280 E. sayılı iddianamesi ile sanığın 1. Derece sit alanı içerisinde bulunan arazi içerisindeki bahçede incir ağaçlarının arasına çukur kazdığı ve yeni incir ağaçlan diktiğinden bahis ile 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/b maddesi uyarınca sanığın cezalandırılması talep edilmiştir.

Yargılama aşamasında suça konu taşınmazın Germencik ilçesi Tekin Köyü 384 parsel nolu taşınmaz olduğu, sanığın taşınmazın maliklerinden olduğu,

taşınmazın beyanlar hanesine 06.03.1997 tarihinde "Sit alanıdır" ibaresinin yazılmış olduğu anlaşılmıştır. Sanık savunmasında atılı suçlamaya konu eylemi kabul etmiş, kendi taşınmazı olması sebebi ile ağaç dikmesinin suç olduğunu bilmediğini beyan etmiştir.

Eyleme uyan 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65/b maddesinde; "Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar planlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fiziki müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılır." denmiştir. Somut olayda taşınmaz sanığa ait olup 1997 yılından beridir de sit alanıdır, belirtilen Kanunun ilgili maddesinde "öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşai ve fiziki" müdahaleler yaptırıma bağlanmıştır. Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun SİT ALANLARINDA GEÇİŞ DÖNEMİ KORUMA ESASLARI VE KULLANMA ŞARTLARI İLE KORUMA AMAÇLI İMAR PLÂNI başlıklı 17. maddesinde ise; "Bir alanın koruma bölge kurulunca sit olarak ilanı, bu alanda her ölçekteki plân uygulamasını durdurur. Sit alanının etkileşim çevresine ilişkin varsa 1/25.000 ölçekli plân kararları ve notları alanın sit statüsü dikkate alınarak yeniden gözden geçirilerek ilgili idarelerce onaylanır.

Koruma amaçlı imar plânı yapılıncaya kadar, koruma bölge kurulu tarafından üç ay içinde geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları belirlenir... Koruma amaçlı imar plânları ve çevre düzenleme projelerinde yapılacak değişiklikler yukarıdaki usullere tabidir. Yukarıdaki fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bayındırlık ve İskân Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Bakanlıkça hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir." denmektedir. Anılan madde gereği sit alanı olan taşınmazlarda malikin kullanma şartları Koruma Bölge Kurulları tarafından belirlenmektedir. Koruma Bölge Kurulları uygulamada taşınmazı sit alanı olan malikin bu taşınmazda hangi eylemi gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğini her yıl belirlemekte ve belirlenen esaslar internet sitesinde yayınlanmaktadır. Yukarıda anılan düzenlemelerden ötürü iki durumla karşılaşılmaktadır. Birincisi bahsi geçen Kanunun 65/b maddesinin "2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası" olarak yaptırıma bağladığı cezaya konu eylemin ne olduğu esasen kanunla belirlenmiş olmayıp Koruma Bölge Kuralları tarafından yapılan belirlemeler ile ortaya çıkacaktır. Nitekim somut olayda sanık taşınmazında dikenli tel çekilmesi, için yasaya uygun davranarak izin talebinde bulunduğu halde yeni ağaç fidanı

dikmek için aynı izin talebinde bulunmamıştır. Koruma Bölge Kurulu'nun suç tarihindeki kararı ile ağaç dikilmesi yasak işler arasında sayılmaması halinde de eylemi suç oluşturmayacaktır. Nitekim geniş sit alanları bulunan Germencik ilçesi gibi yerlerde sözkonusu alan maliklerinin büyük bölümü çiftçi olup bahse konu taşınmazlar genel olarak tarım amaçlı kullanılmakta ve genelde incir ve zeytin bahçelerinden oluşmaktadır. Malikler taşınmazlarında hangi eylemi yapıp yapamayacaklarını, cezalandırılan eylem bakımından ortada somut bir kanun maddesi bulunmaması nedeni ile ve eylem bölge kurulu kararı ile yıla göre değişiklik gösterdiğinden duyum üzerine hareket etmekte, domates ekmek için izin yoluna başvuranlar olduğu gibi, malik olduğu saikiyle taşınmazını korumak için izinsiz dikenli tel ile çeviren malikler de olmaktadır. Söz konusu düzenleme Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." maddesine ve "Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

2. olarak da sözkonusu sit alanı ilan edilen suça konu eylemin yapıldığı taşınmazın maliki sanıktır. Her ne kadar 2863 sayılı Yasanın 17. maddesinin (b) fıkrasında; "Koruma amaçlı imar planlarıyla kesin yapılanma yasağı getirilen sit alanlarında bulunan gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetindeki taşınmazlar malikin başvurusu üzerine, belediye ve il özel idaresine ait taşınmazlarla takas edilebilir," denmekte ise de bu hüküm hem kesin yapılanma yasağı getirilen sit alanları içindir hem de malike bu hususu zorunlu kılmamaktadır. Ayrıca tarım amaçlı kullanılan taşınmazlar bakımından benzer imkan sağlayan bir hüküm de anılan yasada yer almamaktadır. Bu durum karşısında özellikle tarım amaçlı kullanılan taşınmazlarda malikin belirsiz ve oldukça kısıtlanmış olan kullanma hakkı uygulamada taşınmazını tanım amaçlı kullanan malikin Yasanın 65/b maddesindeki cezayla karşılaşmasını adeta kaçınılmaz kılmakta, bu durum da; Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen "Mülkiyet Hakkı" başlıklı "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir." maddesine aykırılık taşımakta nitekim sözkonusu kanun maddesi uygulamada Anayasanın verdiği mülkiyet hakkını bu taşınmazlar bakımından tamamen kullanılmaz hale getirmektedir. Zira taşınmazın toprak altına zarar vermeyecek şekilde hırsızlık veya hayvan tehlikesine karşı çitle çevrilmesinden, yeni ağaç dikimine kadar neredeyse tüm eylemler Koruma Kurulu kararları ile yasaklanmaktadır. Sözkonusu durum çeşitli gazete haberlerinde de yer bulmuş özellikle tarımsal faaliyet yapan vatandaşın taşınmazında suç oluşturan eylemin ne olduğunu bilemediği haber olarak yer almıştır.

Belirtilen nedenlerle sanık hakkında uygulanması ihtimali bulunan 2863 sayılı Yasanın 65/b maddesinin TC. Anayasası'nın 35. ve 38. maddelerine aykırı olduğu düşünülerek Anayasa'nın 152. maddesi gereği Anayasa Mahkemesi'ne başvuru zorunluluğu doğmuştur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun iptali istenen 7., 9., 11., 15. ve 65. maddeleri şöyledir:

"**Tespit ve tescil**

Madde 7- (Değişik: 17/6/1987 - 3386/2 md.)

(Değişik birinci fıkra: 26/5/2004-5177/26 md.) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespiti, Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde ilgili ve faaliyetleri etkilenen kurum ve kuruluşların görüşü alınarak yapılır.

Yapılacak tespitlerde, kültür ve tabiat varlıklarının tarih, sanat, bölge ve diğer özellikleri dikkate alınır. Devletin imkânları göz önünde tutularak, örnek durumda olan ve ait olduğu devrin özelliklerini yansıtan yeteri kadar eser, korunması gerekli kültür varlığı olarak belirlenir.

Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili yapılan tespitler koruma bölge kurulu kararı ile tescil olunur.

Tespit ve tescil ile ilgili usuller, esaslar ve kıstaslar yönetmelikte belirtilir.

Vakıflar Genel Müdürlüğünün idaresinde veya denetiminde bulunan mazbut ve mülhak vakıflara ait taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan cami, türbe, kervansaray, medrese han, hamam, mescit, zaviye, sebil, mevlevihane, çeşme ve benzeri korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının tespiti, envarterlenmesi Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılır.

Tescil kararlarının ilanı, tebliği ve tapu kütüğüne işlenmesi ile ilgili hususlar yönetmelikle düzenlenir.

İzinsiz müdahale ve kullanma yasağı

Madde 9- (Değişik: 14/7/2004 - 5226/3 md.)

Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında inşaî ve fizikî müdahalede bulunulamaz, bunlar yeniden kullanıma açılamaz veya kullanımları değiştirilemez. Esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaî ve fizikî müdahale sayılır.

Hak ve sorumluluk

Madde 11- Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının malikleri bu varlıkların bakım ve onarımlarını Kültür ve Turizm Bakanlığının bu Kanun uyarınca bakım ve onarım hususunda vereceği emir ve talimata uygun olarak yerine getirdikleri sürece, bu Kanunun bu konuda maliklere tanıdığı hak ve muafiyetlerden yararlanırlar. **(Değişik ikinci cümle: 22/5/2007-5663/1 md.)** Ancak, kültür ve tabiat varlıklarını koruma bölge kurullarınca birinci grup olarak tescil ve ilan edilen kültür varlıklarının bulunduğu taşınmazlar ile birinci ve ikinci derece arkeolojik sit alanlarındaki taşınmazlar zilyetlik yoluyla iktisap edilemez.

Malikler bu varlıkların üzerindeki mülkiyet haklarının tabii icabı olan ve bu Kanunun hükümlerine aykırı bulunmayan bütün yetkilerini kullanabilirler.

Bu Kanunun belirlediği bakım onarım sorumluluklarını yerine getirmekte aczi olanların mülkleri, usulüne göre kamulaştırılır. Mazbut veya mülhak vakıf varlıkları bu hükme tabi değildir.

Kültür ve Turizm Bakanlığının uygun görmesi ile, Vakıflar Genel Müdürlüğü, il özel idareleri, belediyeler ve diğer kamu kurum ve kuruluşları, yukarıda sözü geçen maliklere lüzum görülen hallerde, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının koruma, bakım ve onarımlarına, teknik eleman ve ödenekleri ile yardımda bulunabilirler.

Kamulaştırma

Madde 15- Taşınmaz kültür varlıkları ve bunların korunma alanları, aşağıda belirlenen esaslara göre kamulaştırılır:

a) Kısmen veya tamamen gerçek ve tüzelkişilerle mülkiyetine geçmiş olan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile korunma alanları Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanacak proğramlara uygun olarak kamulaştırılır. Bu maksat için, Kültür ve Turizm Bakanlığı bütçesine yeterli ödenek konur.

(Ek: 17/6/1987 - 3386/5 md.; Değişik:14/7/2004 – 5226/7 md.) Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri ve mahallî idare birlikleri tescilli taşınmaz kültür varlıklarını, koruma bölge kurullarının belirlediği fonksiyonda kullanılmak kaydıyla kamulaştırabilirler.

b) Menşei vakıf olup da çeşitli sebeplerle kısmen veya tamamen gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetine geçen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve bunların korunma alanlarının kamulaştırılmaları, Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılır. Bu maksat için Vakıflar Genel Müdürlüğü bütçesine yeteri kadar ödenek konur.

c) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunma alanları, imar planında yola, otoparka, yeşil sahaya rastlıyorsa bunların belediyelerce; sair kamu kurum ve kuruluşlarının bakım ve onarım ile görevli oldukları veya kullandıkları bu gibi kültür varlıklarının korunma olanlarının ise, bu kurum ve kuruluşlarca, kamulaştırılması esastır.

d) Kamulaştırmalarda bedel takdirinde, taşınmaz kültür varlıklarının eskilik, enderlik ve sanat değeri dikkate alınmaz.

e) **(Değişik: 17/6/1987-3386/5 md.)** Kamulaştırma işlemleri, bu Kanun hükümleri ile 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerine göre yapılır.

f) **(Ek: 17/6/1987 - 3386/5 md.; Değişik: 25/6/2009-5917/24 md.)** Sit alanı ilan edilen ve 1/1000 ölçekli onanlı koruma amaçlı imar planında kesin inşaat yasağı getirilen korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bulunduğu parseller, aynı ada içerisindeki bütün parsel maliklerinin başvurusu

ve karşılığında önerilen parsellerin tamamının kabulü koşuluyla, başka Hazine arsa veya arazileri ile müstakil veya hisseli olarak değiştirilebilir. Sit alanı ilan edildiği tapu kütüğüne şerh edilen taşınmazları, miras ve ölüme bağlı tasarruflar dışında, sonradan edinenlerin talepleri değerlendirilmez. Ancak, Bakanlık izniyle gerçekleştirilen kazıların yapıldığı alanlarda bulunan parsellerde, maliklerin başvurusu ve kabulüne ilişkin koşul parsele yönelik uygulanır ve 1/1000 ölçekli onanlı koruma amaçlı imar planı şartı aranmaz. Bu parsellerin üzerinde bina veya tesis varsa malikinin başvurusu üzerine rayiç bedeli, 2942 sayılı Kanunun 11 inci maddesi hükümlerine göre belirlenerek ödenir. Bu bentle ilgili usul ve esaslar Maliye Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça çıkarılan yönetmelikle belirlenir.

Bu hükümle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Cezalar

Madde 65- (Değişik: 23/1/2008-5728/408 md.)

a) Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

Bu fiiller, korunması gerekli kültür ve tabiat varlığını yurt dışına kaçırmak maksadıyla işlenmiş ise, verilecek cezalar bir kat artırılır.

b) Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

c) Bu Kanuna aykırı olarak yıkma veya imar izni veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır.

d) Bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerden bu Kanunun 57 nci maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca izin almaksızın veya izne aykırı olarak tamirat ve tadilat yapanlar ile izinsiz

inşaî ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar altı aydan üç yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılırlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 13., 35. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E.2011/18 sayılı dosyanın 24.2.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1**-** 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

2- 21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 7., 9., 11., 15. ve 65. maddelerinin 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.

İtiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu dava, korunması gerekli tescilli taşınmaz kültür varlığında izinsiz uygulamalar yaptığı iddiasıyla sanık hakkında açılmış bir ceza davasıdır. Savcılık iddianamesi sanığın 2863 sayılı Kanun'un 65/a maddesi gereğince cezalandırılması istemiyle düzenlenmiştir. 2863 sayılı Kanun'un 7. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile doğal sit alanlarının tespiti ve tesciline ilişkin kurallar düzenlenmiştir. 9. maddesinde ise korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak, inşaî ve fizikî müdahalede bulunulamayacağı ve bunların yeniden kullanıma açılamayacağı veya kullanımlarının değiştirilemeyeceği öngörülmüştür. Kanun'un 11. maddesinde taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının maliklerinin hakları ve sorumlulukları düzenlenmiştir. Buna göre malikler bu varlıkların bakım ve onarımlarını yasaya uygun olarak yerine getirme yükümlülüğü altına alınmışlar ve bu yükümlülüğe uydukları sürece Kanunda tanınan haklardan yararlanabilecekleri öngörülmüştür. Kanun'un 15. maddesinde ise taşınmaz kültür varlıkları ve bunların korunma alanlarının Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından bir plan çerçevesinde kamulaştırılması öngörülmüştür. 65. maddede de Kanuna aykırı hareket edenlere uygulanacak cezai yaptırımlar dört bent halinde düzenlenmiştir. (a) bendinde taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını tahrip edenlerin cezalandırılacağı, (b) bendinde ise sit alanlarında ve koruma alanlarında belirlenen koşullara aykırı olarak izinsiz inşai ve fiziki müdahalede bulunanların cezalandırılacağı düzenlenmektedir. (c) bendinde kanuna aykırı imar izni verenlerin (d) bendinde ise Kanun'un 57. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarına göre izin almaksızın tadilat ve tamirat yapanların ya da yaptıranların cezalandırılması öngörülmektedir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu davada sanığın sit alanında bulunan tescilli taşınmaz kültür varlığı üzerinde izinsiz fiziki müdahalede bulunduğu iddiasıyla cezalandırılması talep edilmiştir. Bu nedenle 2863 sayılı Kanun'un 7., 11. ve 15. maddeleri ile 65. maddesinin (c) ve (d) bentlerinin itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle 7., 11., ve 15. maddeler ile 65. maddenin (c) ve (d) bentlerine ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile 65. maddesinin (a) ve (b) bentlerine ilişkin olarak ise dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, E.2011/137 sayılı dosyanın 4.1.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 65. maddesinin "Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezasıyla cezalandırılır." biçimindeki (b) fıkrasının iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin E.2011/137 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2011/18 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2011/18 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 4.1.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, Anayasa Mahkemesi Raportörü Ali Rıza ÇOBAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 2863 Sayılı Kanun'un 9. Maddesinin İncelenmesi

Başvuru kararında 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde yer alan sınırlamaların mülkiyet hakkının özünü ortadan kaldırıcı nitelikte olduğu, yasa koyucunun bunun farkında olması nedeniyle Kanun'un 15. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarının kamulaştırılmasını öngördüğü ancak uygulamada tespit yapıldıktan sonra uzun yıllar geçmiş olmasına rağmen kamulaştırmaların yapılmadığı belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararları çerçevesinde koruma bölge kurullarınca alınacak kararlara aykırı olarak

koruma altına alınan kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarına inşai ve fiziki müdahalede bulunulamayacağı, bunların yeniden kullanıma açılamayacağı ve kullanımlarının değiştirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca kural inşai ve fiziki müdahaleyi tanımlamıştır. Buna göre esaslı onarım, inşaat, tesisat, sondaj, kısmen veya tamamen yıkma, yakma, kazı veya benzeri işler inşaî ve fizikî müdahale olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla koruma alanlarında yapılacak onarım, inşaat, tesisat, sondaj, yıkım, yakma ve kazı gibi işlemlerin Koruma Yüksek Kurulunca belirlenen ilke kararlarına ve bu kararlara uygun olarak alınmış olan bölge koruma kurulu kararlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Bu kurallara uyulmaması halinde Kanun'un 65. maddesine göre cezai yaptırım uygulanması öngörülmüştür.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. İtiraz konusu kural taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkilerini önemli ölçüde kısıtladığından özel mülkiyet altındaki koruma altına alınmış varlıklar açısından önemli bir sınırlama teşkil etmektedir. Bu sınırlamanın Anayasa'ya uygun olabilmesi için Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin ilkelere uygun olması gerekir. Anayasa'nın 13. maddesinde her hakkın yalnızca ilgili maddedeki sebeplerle sınırlandırılması öngörülmüştür. Diğer taraftan sınırlamanın sınırı olarak demokratik toplum düzenine aykırı olmama ilkesinin yanında, öze dokunmama, ölçülülük ve laik cumhuriyet ilkelerine aykırı olmama koşulları da getirilmiştir.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Anayasa'da mülkiyet hakkının kapsamı diğer bazı maddelerde yer alan hükümlerle çerçevelenmiştir. Bu bağlamda kıyılara ilişkin 43., toprak mülkiyetine ilişkin 44., kamulaştırmayı düzenleyen 46., tarih, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına ilişkin 63., tabii servet ve kaynaklara ilişkin 168., ormanlara ilişkin 169. ve 170. maddelerde Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı güvencesinin çerçevesini belirleyen kurallar yer almaktadır.

Anayasa'nın "tarih kültür ve tabiat varlıklarının korunması" başlıklı 63. maddesinde devletin, tarih kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin

korunmasını sağlama ve bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alma ödevine yer verilmiş ve özel mülkiyet konusu olan varlık ve değerlere getirilecek sınırlamaların ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımların ve tanınacak muafiyetlerin kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 2863 sayılı Kanun'un çıkarılma nedeni devletin bu ödevleri yerine getirmesini sağlamaktır. Bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'da öngörülen meşru bir amaç güttüğü anlaşılmaktadır.

Ancak Anayasa'nın 13. maddesine göre temel haklara getirilen sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olması ve hakkın özüne dokunmaması gerekir. Mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların kamu yararı ile malikin bireysel yararı arasında makul bir denge gözetmesi gerekir. 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesi ile mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların ölçülü olup olmadığını değerlendirebilmek için Kanun'un diğer maddelerinde getirilen düzenlemeler de göz önüne alınmalıdır. Kanun'un 9. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile sit alanlarına inşai ve fiziki müdahalelerin ancak Koruma Yüksek Kurulu ilke kararları ve bölge koruma kurullarınca belirlenen kurallar çerçevesinde yapılmasına izin verilerek malikin mülkünü kullanmasına bazı sınırlamalar getirmiştir. Ölçülülük ilkesinin geçerli olabilmesi için sınırlamalar kamu yararını amaçlamakla birlikte, kamu yararının sağlanmasının bütün külfeti malik üzerinde bırakılmamalıdır. Kanun'un çeşitli maddelerinde özel mülkiyet altındaki korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili olarak sağlanacak yardım ve kolaylıklar düzenlenmiştir. Bu çerçevede, Kanun'un 12. maddesinde taşınmaz kültür varlıklarının onarımına Kültür ve Turizm Bakanlığınca ayni, nakdi ve teknik yardım sağlanması öngörülmüştür. Aynı şekilde Kanun'un 15. maddesinde bu taşınmazların Kültür ve Turizm Bakanlığınca hazırlanacak bir program çerçevesinde kamulaştırılması kural altına alınmıştır. Diğer taraftan Kanun'un 21. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının ve bunlarda yapılacak bakım ve onarımların belli koşullarda her türlü vergi, resim ve harçtan muaf olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un ilgili maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, özel mülkiyetteki tabiat ve kültür varlıklarının kullanımına belli sınırlamalar getirilmekle birlikte, taşınmaz sahiplerinin bazı kolaylıklardan ve yardımlardan yararlandırılması ve belli bir program dâhilinde taşınmazının kamulaştırılmasını isteme hakkı tanındığı görülmektedir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde Kanun'un birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir. Serdar ÖZGÜLDÜR bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 2. ve 5. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- 2863 Sayılı Kanun'un 65. Maddesinin (a) ve (b) Bentlerinin İncelenmesi

Başvuru kararlarında, 2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Kanun'un 9. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde mülkiyet hakkının özüne dokunduğu, bu nedenle Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu, diğer taraftan idari organlara suç teşkil eden fiilleri belirleme yetkisi tanındığı ve hukuki belirlilik ilkesinin ihlal edildiği belirtilerek kuralların Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2863 sayılı Kanun'un 65. maddesinin (a) fıkrasında korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenlerin, (b) fıkrasında ise sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahale yapanların cezalandırılması öngörülmüştür. Buna göre korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yıkılmasına, bozulmasına, tahribine, yok olmasına veya her ne suretle olursa olsun zarara uğramalarına kasten sebebiyet verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranlar cezai yaptırıma tabi tutulmuştur.

Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı güvence altına alınmıştır. Birey özgürlüğü ile doğrudan ilgili olan mülkiyet hakkı bireye emeğinin karşılığına sahip olma ve geleceğe yönelik planlar yapma olanağı tanıyan temel bir haktır. İtiraz konusu 65. maddenin (a) ve (b) bentlerinde yer alan kurallar yukarıda incelenen 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen sınırlamalara uymayanlara uygulanacak yaptırımı düzenlemektedir. Bu nedenle Kanun'un 9. maddesine ilişkin gerekçede belirtilen nedenler Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri açısından 65. maddenin (a) ve (b) bentleri yönünden de geçerlidir. Bu kurallarla mülkiyet hakkına getirilen sınırlamanın birey hakları ile kamu yararı arasında

açık bir dengesizlik yarattığı söylenemez. Bu nedenle kural Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı değildir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *"suçların kanuniliği"*, üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek, *"cezaların kanuniliği"* ilkesi öngörülmüştür. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini oluşturmaktadır. Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır.

İtiraz konusu Kanun'un 65. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarına zarar verenler ile sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptıranların cezalandırılması öngörülmektedir.

Kanun'un tespit ve tescil başlıklı 7. maddesinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının ve doğal sit alanlarının tespitinin Kültür ve Turizm Bakanlığının koordinatörlüğünde yapılacağı ve bu tespitlerin koruma bölge kurulu kararı ile tescil edileceği öngörülmüştür. Ancak bu tespit ve tescilin maliklere tebliği öngörülmemiştir. Maddenin ilk halinde maliklere tebliğ de öngörülmüşken 17. 6. 1987 tarih ve 3386 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle tebliğ zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

Öte yandan, koruma bölge kurullarınca tespit edilen koruma alanlarında belirlenen şartlara aykırı izinsiz inşaî ve fizikî müdahale yapan ya da yaptıranların cezalandırılması öngörülmektedir. Burada suç teşkil eden fiilin konusunu koruma bölge kurullarınca belirlenen esaslara aykırı izinsiz inşai ve fiziki müdahaleler oluşturmaktadır. Ancak koruma alanlarında uyulacak şartların neler olduğunu belirleme yetkisi koruma bölge kurullarına tanınmıştır. Herhangi bir sit alanında bulunan korunması gerekli taşınmaza yapılan hangi müdahalelerin suç oluşturacağını belirlemek idari bir organ olan koruma bölge kurullarına verilmiştir. Kanun'un 57. maddesinin, birinci fıkrasının (g) bendinde korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar alma yetkisi bölge kurullarına verilmiştir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasının son cümlesinde de bu kararların Kanun ve ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçelerinin belirtilerek yazılacağı hükme bağlanmıştır. Aynı şekilde Kanun'un 61. maddesinde Koruma Yüksek Kurulu ve koruma bölge kurullarının kararlarına kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişilerin uymak zorunda olduğu hükmü yer almaktadır. Ancak Kanun, Koruma Yüksek Kurulunun ilke kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasını zorunlu tutmakla birlikte koruma bölge kurulları kararları için böyle bir yayım zorunluluğu öngörmemiştir. Alınan kararların ilgili herkesin bilgisine sunulmaması nedeniyle ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik açısından sorunlar çıkması kaçınılmazdır.

Hem tescil kararının tebliğ edilmemesi hem de koruma bölge kurulu kararlarının ilgililere duyurulmasını güvence altına alacak bir yasal hükmün bulunmaması karşısında itiraz konusu kurallarda belirtilen cezai yaptırımların bireyler açısından öngörülebilir olmadığı ve suçların kanuniliği ilkesine uymadığı açıktır.

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

VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

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

21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edecek nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince bu fıkralara ilişkin iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

21.7.1983 günlü, 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun;

1- 14.7.2004 günlü, 5226 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin (a) ve (b) fıkralarının iptal edilmesi nedeniyle, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince İPTAL

HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

11.4.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

21.7.1983 tarih ve 2863 sayılı Kültür Ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun iptaline konu 9. maddesinde, izinsiz müdahale ve kullanma yasağına ilişkin genel esaslara yer verilmekte; bu meyanda, korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve koruma alanları ile sit alanlarında geçerli olacak müdahale ve kullanma yasağı teşkil eden fiil ve hareketlerin "Koruma Yüksek Kurulu"nun ilke kararları çerçevesinde, "Koruma Bölge Kurullarınca" alınan kararlara göre belirleneceği hüküm altına alınmaktadır.

Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararlarının Türkiye çapında bir çok yerde bulunan Koruma Bölge Kurulları'nca dikkate alınması gerektiği anılan yasa hükmü gereği ise de; kuralda zikredilen Koruma Bölge Kurullarının bu konuda alacakları kararların birbiriyle ayniyet gösteremeyebileceği, diğer bir deyişle bir kurulun yasak ve müdahale saydığı fiilin, bir başka kurulca bu şekilde değerlendirilemeyebileceği açıktır. Bu durumda aynı fiilin ülkenin farklı

bölgelerinde farklı değerlendirmelere tâbi tutulabilme si söz konusu olabileceği gibi; Koruma Bölge Kurulları kararlarının ülke çapında yeknesaklığı sağlayacak biçimde (örneğin Resmî Gazete'de) yayımlanmadığı gerçeği karşısında, kuralın uygulamada tam bir belirsizliğe yol açacağında kuşku yoktur. İtiraz Mahkemelerinden birinde açılan davada SİT alanında taşınmazı bulunan sanık, bu taşınmaz üzerindeki incir ağaçlarından bir kısmının kuruması nedeniyle, onların yerine izin almadan incir fidanı dikerek ilgili Koruma Bölge Kurulu'nun bu yöndeki yasağına karşı geldi diye 2863 sayılı Kanun'un 9. maddesinin yollamasıyla aynı Kanun'un 65. maddesi uyarınca hakkında açılan dava nedeniyle yargılanmaktadır. Oysa, aynı olay (ağaç fidanı dikme) bir başka bölgede bir başka kurulca yasak fiil kapsamında değerlendirilmeyebilir.

Hukuk devleti ilkesi, yasaların belirli olmasını gerektirdiği gibi; mevcut haliyle itiraza konu kural, taşınmaz mal sahiplerinin mülkiyet haklarını esaslı biçimde zedelemesi itibariyle ölçülü de değildir.

Açıklanan nedenle, kuralın "…koruma bölge kurullarınca alınan kararlara aykırı olarak…" bölümünün, Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanısında olduğumdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2011/33
Karar Sayısı : 2012/54
Karar Günü : 11.4.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Eğil Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.1984 günlü, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasının *"Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde mahkemeler veya icra iflas daireleri tarafından bu arazi hakkında devir ve temliki gerektiren bir karar verilemez."* biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı ve karşı davalı tarafından açılan el atmanın önlenmesi ve ecri misil ödenmesi ile karşı davacı ve davalılar tarafından açılan tapu iptali ve tescile ilişkin karşı davanın birleştirilerek incelenmesi sırasında kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı karşı davalı ... ile davalı ... 14/07/1998 havale tarihli dava dilekçeleri ile Eğil İlçesi Sarıcak Köyü 478 parsel sayılı taşınmaza davalı karşı davacılar tarafından yapılan elatmanın önlenmesini ve dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık ecri misil talep etmişlerdir.

Davalı karşı davacılar 31/12/1998 havale tarihli dilekçeleri ile Eğil İlçesi Sarıcak Köyünde bulunan 228, 409, 463, 478 ve 544 parsel sayılı taşınmazların hile yolu ile davacı karşı davalılar adına tescil edildiği gerekçesiyle tapu iptali ve

tescil davası açılmıştır. Her iki dosya arasında hukuki ve fiili irtibat bulunduğu gerekçesiyle birleştirilmesine karar verilmiştir.

Davalı karşı davacılar tarafından açılan tapu iptali ve tescil davasının 25/01/2007 tarihinde tefrik edilmesine karar verilmiş ve mahkememiz esas defterinin 2007/3 sırasına kayıt edilmiştir. Mahkememizin 01/02/2007 tarih ve 2007/3-12 E. K sayılı kararı ile davalı karşı davacılar tarafından açılan tapu iptal ve tescil davasının açılmamış sayılmasına karar verilmiştir. Belirtilen karar Yargıtay denetiminden geçmek suretiyle kesinleşmiştir.

Davalı karşı davacılar vekili 26/02/2008 havale tarihli dilekçesi ile açılmamış sayılmasına karar verilen dava ile aynı mahiyette tapu iptali ve tescil davası açmış, mahkememizin 17/06/2008 tarih ve 2008/29-42 E. K sayılı kararı ile açılan tapu iptal ve tescil davasının iş bu dava dosyası ile birleştirilmesine karar verilmiştir.

Dosyaya getirtilen 19/01/2011 tarihli davaya konu taşınmazların tapu kayıt örneklerinde birleştirilen tapu iptal ve tescil davasında, dava konusu edilen taşınmazların tapu kayıtlarına Tarım Reformu Genel Müdürlüğü Şanlıurfa Bölge Müdürlüğü tarafından 3083 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca kısıtlama kararı konulduğu görülmüştür.

Mahkememiz dava dosyasında uygulama alanı olan 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlemesine Dair Tarım Reformu Kanununun 13. maddesinin son fıkrasında yer alan "Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde mahkemeler veya icra iflas daireleri tarafından bu arazi hakkında devir veya temliki gerektiren bir karar verilemez." cümlesinin Anayasa'nın 2, 10, 35, 36 maddelerine aykırı olduğu değerlendirilmekle somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir.

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve

tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, kanunların üstünde Anayasa ve kanun koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

3083 sayılı Kanunun Sahibine Bırakılacak Arazi kenar başlıklı 5. maddesinde uygulama bölgesinde, gerçek kişilerle özel hukuk tüzel kişilerinin bağ, bahçe ve ağaçlık arazisi ile örnek işletmesi hariç mülkiyetinde bulunan tarım topraklarından, dağıtım normunun on katını aşan veya Bakanlar Kurulunca arttırılan miktarlardan fazla olan kısmı ile varsa üzerindeki tarımsal yapı ve tesisler, bedelleri nakden ve peşin ödenmek suretiyle Genel Müdürlük tarafından kamulaştırılacağı, geri kalan kısmının ise kendilerine verileceği düzenlendikten sonra maddenin 5, 6 ve 7 fıkralarında kamulaştırma işleminin yapılmasında hangi usulün takip edileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Maddenin 8. fıkrasında ise "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde yapılacak kamulaştırmalara 4/11/1983 tarih ve 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümleri uygulanır" hükmüne yer verilmek suretiyle 3083 sayılı Kanunun uygulanması ile ilgili olarak yapılacak kamulaştırma işlemleri ile ilgili olarak 3083 sayılı Kanunda hüküm bulunmaması halinde 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun uygulanacağı belirtilmiştir.

3083 sayılı Kanunun 5. maddesinin 6. fıkrasına istinaden çıkartılan Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 18. maddesinde yukarıda belirtilen atfa istinaden 2942 sayılı Kanunun 10. maddesinde öngörülen düzenlemeye paralel bir düzenleme yapılmıştır.

Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin Tescil ve Tahliye kenar başlıklı 18. maddesinde;

"Tebliğ edilen kamulaştırma işlemine karşı idari ve adli yargıya başvurulmadığı veya bu konuda açılan davaların kesin olarak sonuçlanmasına rağmen, taşınmaz mal sahibinin ferağ vermemesi halinde, Bölge Müdürlüğü, takdir edilen ve arttırılan bedelin tamamının bankaya yatırıldığına dair makbuz ve diğer belgelerin örnekleriyle birlikte, kamulaştırılan taşınmaz malın Hazine adına tesciline karar verilmesi için Asliye Hukuk Mahkemesine müracaat eder.

Taşınmaz malın Hazine adına tesciline karar verilmesi halinde, kararın tapu sicil muhafızlığına tebliği ve tescil işlemleri Bölge Müdürlüğünce takip edilir. Kamulaştırılan taşınmaz malın aynı üzerindeki ihtilaflarda Genel Müdürlüğe husumet düşmez. Mülkiyetin kişiler arasında ihtilaflı olması taşınmazın idare adına tesciline engel değildir."

Yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerine göre 3083 sayılı Kanunun uygulanması sırasında kamulaştırma yapılmasının gerekli olması halinde idare tarafından oluşturulacak Bedel Tespit Komisyonunca tespit edilen bedelin ilgililer tarafından kabul edilmemesi halinde idare tarafından Asliye Hukuk Mahkemesine tescil istemli yapılacak başvuru üzerine Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından taşınmazın idare adına tesciline karar verilecektir. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen bu karar devir ve temliki gerektiren bir karardır.

3083 sayılı Kanunun 13. maddesinin son fıkrasında kısıtlama süresi içerisinde mahkemeler tarafından devir ve temliki gerektiren hiçbir karar verilemeyeceği öngörülmektedir. 3083 sayılı Kanunun 13. maddesinde hiçbir sınırlama yapılmaksızın mahkemeler tarafından verilecek tüm devir ve temliki gerektiren kararlara yasak getirildiğinden 3083 sayılı Kanunun 5. maddesi ile 13. maddesi arasında çelişki ortaya çıkmaktadır. Hukuk devleti kanun hükümlerinin birbiri ile, Anayasa ve evrensel hukuk kuralları ile çelişmediği devlettir. Yukarıda açıklanan gerekçelere göre 3083 sayılı Kanunun 5. ve 13. maddeleri arasında çelişki bulunduğundan 3083 sayılı Kanunun 13. maddesinin son fıkrasında yer alan ve iptal için başvurulan cümlenin Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Bu nedenle 3083 sayılı Kanunun 13. maddesinin son fıkrasında yer alan "Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde mahkemeler veya icra iflas daireleri tarafından bu arazi hakkında devir veya temliki gerektiren bir karar verilemez" cümlesinin iptali gereklidir.

Adil yargılanma hakkını düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz." denilmektedir. Maddeyle nce altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı

haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur.

Anayasanın 35. maddesinde "Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir, mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz," demektedir.

Yine, Mülkiyet hakkını garanti altına alan 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi şöyle demektedir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka harçların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri kanunları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi, özel ve tüzel kişilere ait mal ve mülke Devlet tarafından yapılabilecek herhangi bir keyfi müdahaleye karşı korumaktadır. Öte yandan bu madde devlete özel ve tüzel kişilere ait olan mülkiyetleri yasalarda belirtilen koşullar altında kullanma ve hatta bu kişileri bunlardan mahrum etme hakkını da tanımaktadır.

Sözleşme kurumlarının mülkiyet hakkına yapılacak olan herhangi bir müdahalenin genel veya kamu yararı sağlamak amacıyla yapılıp yapılmadığından emin olmaları gerekmektedir. Özellikle, kamu otoriteleri mülkiyetin kullanımını vergilerin veya diğer harçların veya ceza ödemelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla kontrol edebilir. Kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki orantılılık ilkesini gözetmek üzere müdahalenin keyfi olmaması ve hukuka uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir.

Anayasanın 35 ve AİHS 1 Nolu Ek Protokolünün 1. maddesinde sınırları belirtilmek suretiyle güvence altına alınan mülkiyet hakkına sınırlama getirilmesi

durumunda getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmaması, demokratik ve çağdaş hukuk devletinin gereklerine uygun olması gerekmektedir.

Yasama organı böyle bir yetkiden yola çıkarak, 3083 sayılı Kanunun 13. maddesinin son fıkrasında mülkiyet hakkına kısıtlama getirmiş bulunmaktadır. Ancak yasama organı bu kısıtlamayı getirirken Anayasa'nın diğer hükümlerini göz ardı etmemelidir. Mülkiyet hakkına kısıtlama getirilirken, toplumun bir kesimine diğer kesimine oranla daha fazla hak ve imkan getirilmesi, Anayasa'daki "ayrımcılık yasağı" ve "eşitlik" kurallarını zedeleyecektir.

İptal başvurusuna dayanak mahkememiz dosyasında idare tarafından 3083 sayılı Kanunun 13. maddesi uyarınca 10 yıl kısıtlama şerhi konulmuştur. Konulan bu kısıtlama şerhi Anayasanın 35 ve Ek Protokolün 1. maddesine aykırıdır. Ayrıca Anayasanın 36. maddesinde öngörülen Hak Arama Hürriyetine de aykırıdır. İdarenin kamu yararı gerekçesiyle koyduğu kısıtlama kararı gereğince hak sahipleri Anayasanın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama hürriyetini Anayasa'ya aykırı olarak ötelemek durumunda kalmaktadırlar. Bu nedenle de 3083 sayılı Kanunun 13. maddesinin son fıkrasında yer alan cümle Anayasa'ya aykırıdır.

..."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.11.1984 günlü, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun itiraz konusu kuralı da içeren 13. maddesi şöyledir:

"Madde 13- Uygulama alanlarında Bakanlar Kurulu kararının Resmi Gazete'de yayımı tarihinden itibaren, kamulaştırma, toplulaştırma, arazi değiştirilmesi ve dağıtım işlemlerinin tamamlanması veya tapuya tescili sonuçlandırılıncaya kadar, gerçek kişilerle özel hukuk tüzelkişilerine ait arazinin mülkiyet ve zilyetliği devir ve temlik edilemez. Bu araziler ipotek edilemez ve satış vaadine konu olamaz. Ancak, bu kısıtlama süresi beş yılı aşamaz. Sulama şebekesi tamamlanıp sulamaya geçinceye kadar da aynı işlemler yapılmaz. Bu kısıtlamada ise süre, beş yılı aşamaz. Ancak, sulama alanlarında toplulaştırma

çalışmaları kısıtlama süresi içerisinde sonuçlandırılamadığı takdirde, Tarım Reformu Genel Müdürlüğünün teklifi ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığının onayı ile toplulaştırma çalışmalarının sonuçlandırılması amacıyla kısıtlama süresi en fazla beş yıla kadar daha uzatılabilir.

Kısıtlama süresi içerisinde arazisini ve varsa üzerindeki tesisleri satmak isteyen gerçek ve özel hukuk tüzelkişilerin müracaatları halinde, uygulayıcı kuruluş bu kişilere ait tarım toprağını ve varsa üzerindeki tesisleri, altmış gün içinde bu Kanun hükümlerine göre kamulaştırır veya yönetmelikle tespit edilecek esaslar dahilinde bunların başkalarına satışına izin verir.

Yukarıda belirtilen süre içinde, bu gibi arazi Tarım Kredi Kooperatifleri ve bankalara ipotek edilebilir.

Bu kısıtlama süresi içerisinde ipoteğin paraya çevrilmesi gerektiğinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takipte düzenlenecek kıymet takdir raporu uygulayıcı kuruluşa tebliğ edilir. Uygulayıcı kuruluşun bu rapora itiraz ve dava hakkı vardır. Kesinleşen kıymet takdir raporuna göre tespit edilmiş bedeli, bu Kanun hükümlerine göre uygulayıcı kuruluş tarafından uygun görülmesi halinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip dosyasına ödenerek arazinin Hazine mülkiyetine geçirilmesi sağlanır. Ancak uygulayıcı kuruluş tarafından ihtiyaç duyulmaması halinde, arazinin satışına izin verilebilir. Buna ilişkin esaslar yönetmelikle düzenlenir.

Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde mahkemeler veya icra iflas daireleri tarafından bu arazi hakkında devir ve temliki gerektiren bir karar verilemez. Miras yoluyla intikaller, bu hükmün kapsamı dışındadır. Ayrıca mahkemeler satış suretiyle miras ortaklığının giderilmesine karar veremezler."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 2., 10., 35. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR,

Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 14.4.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun 5. maddesi ile 13. maddesinde yer alan iptali istenen kural arasında çelişki bulunduğu ve hukuk kuralları arasında çelişki bulunmasının hukuk devleti ilkesini, itiraz konusu kuralın Kanun çerçevesinde uygulamaya konu olan taşınmazlarla uygulama dışı kalan taşınmazlar arasında farklılık yaratması nedeniyle eşitlik ilkesini, bireylerin taşınmazlarına getirilen sınırlamalar nedeniyle mülkiyet hakkını ve mahkemelerin ve icra dairelerinin temliki gerektiren karar vermesini yasaklaması nedeniyle hak arama özgürlüğünü ihlal edici nitelikte olduğu gerekçesiyle kuralın Anayasa'nın 2., 10., 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

3083 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren temliki tasarrufların durdurulması başlıklı 13. maddesinde Bakanlar Kurulu'nun Kanunu uygulama kararından itibaren uygulama sona erinceye kadar uygulama alanındaki arazilere ilişkin temlik sonucu doğuracak tasarruf işlemleri yasaklanmıştır. Bu çerçevede Bakanlar Kurulu kararının Resmî Gazete'de yayımlanmasından itibaren, uygulama alanlarında kamulaştırma, toplulaştırma, arazi değiştirilmesi ve dağıtım işlemlerinin tamamlanması veya tapuya tescili sonuçlandırılıncaya kadar, gerçek kişilerle özel hukuk tüzelkişilerine ait arazinin mülkiyet ve zilyetliğinin devri ve temliki yasaklandığı gibi bu araziler üzerinde ipotek kurulmasına ve satış vaadi yapılmasına da sınırlama getirilmiştir. Kanun, bu kısıtlamaların süresini beş yılla sınırlandırmakla birlikte sulama alanlarında toplulaştırma çalışmalarının bu süre içinde sonuçlandırılamaması halinde çalışmaların sonuçlandırılması amacıyla kısıtlama süresinin en fazla beş yıla kadar uzatılmasına olanak tanımıştır. Uzatmaların Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından yapılması öngörülmüştür.

Ancak, Kanun kısıtlama süresince öngörülen devir ve temlik yasağına bazı istisnalar öngörmüştür. Bu çerçevede kısıtlama süresi içerisinde arazisini ve varsa üzerindeki tesisleri satmak isteyen kişilerin başvurusu halinde uygulayıcı kuruluşun altmış gün içinde bu kişilerin taşınmazlarını kamulaştırması ya da belli esaslar dâhilinde bunların başkalarına satışına izin vermesi öngörülmüştür. Ayrıca uygulama alanındaki arazinin Tarım Kredi Kooperatifleri ve bankalara ipotek edilmesine olanak tanınmıştır. Tarım Kredi Kooperatifleri ve bankalar dışındaki kişiler lehine ise ipotek yapılması mümkün değildir. İtiraz konusu kuralı da içeren son fıkrada ise birinci fıkrada belirtilen beş yıllık süreler içinde mahkemeler veya icra iflas daireleri tarafından uygulama alanındaki araziler hakkında devir ve temliki gerektiren bir karar verilemeyeceği öngörülmüştür. Miras yoluyla gerçekleşen intikaller ise bu hükmün kapsamı dışında tutulmuştur. Ayrıca mahkemelerin satış suretiyle miras ortaklığının giderilmesine karar veremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kısıtlama süresince satış ve ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla devirler uygulayıcı kuruluşun kontrolüne tabi tutulmuş, miras yoluyla devirlere izin verilmiş, bunların dışındaki devirler ise tamamen yasaklanmıştır. Mahkemeler ve icra dairelerine getirilen devir ve temlik sonucunu doğurucu karar verme yasağı ise kısıtlama süresince mutlak bir yasak olarak düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı düzenlenmiştir. Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi mahkemeye erişim hakkıdır. Mahkemeye erişim hakkı, uyuşmazlığı hakkında nihai ve icra edilebilir karar verecek bir yargı mercii önüne uyuşmazlığı götürme hakkı olarak tanımlanabilir. Bu nedenle mahkemeye erişim hakkı aynı zamanda mahkemeden icra edilebilir bir karar almayı da içerir. Dava açılmasına herhangi bir engel olmamakla birlikte, mahkemenin davayı çözme yetkisi yoksa ya da kararını uygulatma imkânı bulunmuyorsa mahkemeye erişim hakkından söz edilemez.

İtiraz konusu kural belli sürelerle mahkemelerin ve icra iflas dairelerinin devir ve temlik sonucu doğuran kararlar vermelerini yasaklamaktadır. Devir ve temlik işlemlerinin durdurulma süresi kanunda beş yıl olarak öngörülmüş olmakla birlikte on yıla kadar uzatılması mümkündür. Bu süre boyunca mahkemelere devir ve temlik sonucunu doğuracak karar verme yasağı öngörülmekle birlikte mahkemelerin nasıl karar vereceğine ilişkin bir açıklık getirilmemiştir. Bu durumda mahkemelerin önlerindeki derdest davaları askıya mı alacağı yoksa incelemeye devam ederek devir ve temlike neden olmayan bir karar mı vermek zorunda olduğu konusunda açıklık bulunmamaktadır.

Mahkemeler bu seçeneklerden hangisini uygularsa uygulasın davada haklı olmakla birlikte itiraz konusu kural nedeniyle devir ve temlik sonucu doğuracak bir karar verilememesi sonucu hakkını elde edemeyen taraf, uygulama işlemleri tamamlandıktan sonra da haklarını tam olarak elde edemeyecektir. Davayı askıya alma halinde, dava konusu taşınmaz uygulama kapsamında bölünmüş ya da başka bir taşınmaz ile birleştirilmiş veya başka bir kişiye tahsis edilmiş olabileceğinden dava sonunda verilen kararın uygulanma kabiliyeti kalmayacaktır. Dava konusu taşınmazın kamulaştırılmış olması halinde de kamulaştırma bedeli tapuda malik gözüken kişiye ödenmiş olacağından davada haklı olan tarafın kamulaştırma bedeli alması da mümkün olmayacak veya alabilmesi için yeni davalar açması gerekecektir.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğünü ihlal edici nitelikte olup Anayasa'ya aykırıdır, iptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 2., 10. ve 35. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

VI- SONUÇ

22.11.1984 günlü, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasının "Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde mahkemeler veya icra iflas daireleri tarafından bu arazi hakkında devir ve temliki gerektiren bir karar verilemez." biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 11.4.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2011/108
Karar Sayısı : 2012/55
Karar Günü : 11.4.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kara Kuvvetleri Komutanlığı 2. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun, 9.10.1996 günlü, 4191 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 17. maddesinin "*Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez*" biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 11., 36., 37. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Firar suçunu işlediği iddiası ile sanık hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZ VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İTİRAZIN KONUSU: 25.10.1963 gün ve 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesinin (1) birinci cümlesi,

BAŞVURUDA DAYANILAN ANAYASA MADDESİ: 18.10.1982 gün ve 2709 sayılı Anayasa'nın 2, 10, 11, 36, 37 ve 145/2. maddeleri,

İTİRAZA KONU SOMUT OLAY:

2'inci Kolordu Komutanlığı Askeri Savcılığı'nın 28.12.2010 gün ve 2010/1453-991 E-K sayılı iddianamesi ile sanığın 11.09.2010 tarihinde birliğinden firar ettiği ve 25.09.2010 tarihinde de kendiliğinden birliğine katılarak altı hafta içinde kendiliğinden gelmekle son bulan firar suçunu işlediğinden bahisle 1632 sayılı ACK'nun 66/1-a ve 73. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemi ile mahkememize kamu davası açmıştır.

Sanık hakkında tanzim edilen söz konusu iddianame mahkememizce 10.01.2011 tarihinde kabul edilerek sanığın yargılamasına başlamıştır.

ASKERİ MAHKEMELERİN YARGILAMA GÖREV VE YETKİLERİNİN YASAL MEVZUAT AÇISINDAN İNCELENMESİ:

Askeri mahkemelerin görev ve yetkilerinin pozitif hukukumuzdaki birinci kaynağını 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Askeri Yargı başlıklı 145. maddesi oluşturmaktadır.

Öte yandan 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanununun 9 ve devamı maddelerinde Askeri Mahkemelerin görev alanı tarif edilmiştir.

Askeri Mahkemelerin yargılama usulünün temelini ise 353 sayılı Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri oluşturmaktadır.

SOMUT OLAY VE ANAYASAYA AYKIRILIĞIN DEĞERLENDİRİLMESİ:

2'inci Kolordu Komutanlığı Askeri Savcılığı'nın 28.12.2010 gün ve 2010/1453-991 E-K sayılı iddianamesi ile sanığın 11.09.2010 tarihinde birliğinden firar ettiği ve 25.09.2010 tarihinde de kendiliğinden birliğine katılarak altı hafta içinde kendiliğinden gelmekle son bulan firar suçunu işlediğinden bahisle 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 66/1-a ve 73. maddeleri uyarınca cezalandırılması istemi ile mahkememize kamu davası açıldığı, sanığa isnat edilen eylemin sırf askeri suça ilişkin bir suç olduğu hususunda her hangi bir sorun olmadığı mahkememizce tespit edilmiştir.

Asker kişi kavramı 353 sayılı Yasa'nın 10. maddesinde tanımlanmış ve buna göre: "Muvazzaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, Yedek askerler (Askeri hizmette bulundukları sürece), Milli Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel, Askeri işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler, Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar," asker kişi olarak nitelendirilmektedir. Sanığın dosya kapsamında bulunan evraklarının yapılan incelemesinde ise 1989/2 tertip piyade er olduğu ve 10.12.2010 tarihinde ise terhis edildiği, dolayısıyla sanığın iddianamede isnat edilen eylem sırasında asker kişi olduğu hususunda da bir tereddüt bulunmamaktadır. Öte yandan 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 5 ve 52. maddeleri gereği, sanık askerlik şubesinden sevk edildiği tarih olan 08.07.2009 ile terhis tarihi olan 10.12.2010 arasında muvazzaf askerlik hizmetini piyade er olarak tamamladığı, dolayısıyla sanığın terhis tarihinden itibaren asker kişi sıfatının bulunmadığı ortadadır.

Asker kişi sıfatı devam ettiği süre zarfında, sanığın yargılanmasında görevli mahkemenin Askeri Mahkememizin olduğu konusunda bir duraksama ve tereddüt bulunmamaktadır. Sanığın asker kişi sıfatını kaybettiği 10.12.2010 tarihinden sonra ise sanığın yargılanmasına 353 sayılı Yasanın 17. maddesinin (1) birinci cümlesi dayanak gösterilerek Mahkememizce devam edilmektedir. Söz konusu yasa maddesinde aynen "Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez" ibaresine yer verilmektedir. Oysa 2709 sayılı Anayasa'nın 145/2. maddesinde ise "savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz" hükmüne yer verilmektedir. Yargılama konusu somut olayda sanığın 10.12.2010 tarihi itibariyle asker kişi sıfatı ortadan kalkmış durumdadır. Bu bağlamda 353 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin birinci cümlesi ile konulan norm, Anayasa'nın 145/2. maddesi ile ortaya konulan norma aykırılık oluşturmaktadır. Tüm bu anlatımlardan hareketle 353 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin birinci cümlesi açıkça 2709 sayılı Anayasamızın 145/2. maddesine ve dolayısıyla yine Anayasamızın 2, 10, 11, 36, 37. maddeleri bağlamında; hukuk devleti ilkesine, kanun önünde eşitlik prensibine, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesine, kanuni hâkim güvencesi ile Anayasamız'da ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde ifade edilen adil yargılanma hakkına açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

SONUÇ VE İSTEM :

Yukarıda izah edilen gerekçe, hukuksal dayanaklar ile işin önemi dikkate alınarak öncelikle;

1- 353 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin birinci cümlesi olan "Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez" hükmünün YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

2- Daha sonra işin esasına girilmek suretiyle 2709 sayılı Anayasamızın 145/2. maddesine ve dolayısıyla yine Anayasamızın 2, 10, 11, 36 ve 37. maddelerine aykırı olan 353 sayılı Yasa'nın 17. maddesinin (1) birinci cümlesi olan "Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez" hükmünün İPTALİNE, karar verilmesi hususunda gereğini arz ederim. 05.11.2011"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 9.10.1996 günlü, 4191 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu cümleyi de içeren 17. maddesi şöyledir:

*"**Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez.** Ancak suçun; askeri bir suç olmaması, askeri bir suça bağlı bulunmaması (...) halinde askeri mahkemenin görevi sona erer."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 11., 36., 37. ve 145. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN ve Celal Mümtaz AKINCI'nın katılmalarıyla 27.10.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

2- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, suçu işlediği sırada asker kişi olan fakat yargılandığı tarihte bu sıfatı bulunmayanların, askeri mahkemede yargılanmasına imkân tanındığı, bu durumun sivil kişilerin askeri mahkemelerde yargılanması sonucunu doğurduğu, bu sebeple kuralın Anayasa'nın 2., 10., 11., 36., 37. ve 145. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

353 sayılı Kanun'un 17. maddesinin itiraz konusu birinci cümlesinde, askerî mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesinin, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmeyeceği düzenlenmiş, ikinci cümlesinde ise suçun askerî bir suç olmaması ve askerî bir suça bağlı bulunmaması hâlinde askerî mahkemenin görevinin sona ereceği açıklanmıştır. Buna göre, suçu işlediği sırada asker olan kişinin bu sıfatının kalkması, önceden işlediği ve askerî yargıya tâbi bir suçtan dolayı askerî mahkemede dava açılmasına veya davanın görülmesine engel olmamaktadır. Ancak bu kişinin işlediği suç askerî suç değilse veya askerî suça bağlı değilse askerî mahkemenin görevi sona erecektir.

Anayasa'nın 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen 145. maddesinin birinci fıkrasında, "*Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişiler tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişiler aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir...*" denilmek suretiyle askeri mahkemelerin görev alanı belirlenmiş, ikinci fıkrasında ise "*Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.*" denilmek suretiyle askeri mahkemelerde savaş hali haricinde sivillerin yargılanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Ceza yargılaması hukukunda kişilerin hangi mahkemelerde yargılanacağının belli bir sıfatı taşımaya bağlandığı durumlarda, söz konusu sıfatın suçun işlendiği sırada bulunması gerekmekte olup, bu sıfatın suçun işlenmesinden sonra bir şekilde kaybedilmesi, kişilerin tabi bulunduğu mahkemenin görevinde herhangi bir değişikliğe neden olmamaktadır. Çünkü kanun koyucu bir suçu ele alırken suçun işleneceği sıradaki koşulları gözeterek suçun cezasının niteliğini, ağırlığını ve kovuşturulacağı mahkemeyi belirlemektedir.

Anayasa'nın 145. maddesinde yer alan ve asker olmayan kişilerin savaş hali dışında askeri mahkemelerde yargılanamayacağını düzenleyen kural, suçun işlendiği sırada asker kişi olmayanlara ilişkin olup, bu kuralın, suçun işlendiği sırada asker olan kişilerin suçu işledikten sonra bu sıfatlarını kaybetmeleri halinde askeri mahkemelerde yargılanmalarını yasaklayan bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle, itiraz konusu kural, Anayasa'nın 145. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 11., 36. ve 37. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun, 9.10.1996 günlü, 4191 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 17. maddesinin "*Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini*

değiştirmez" biçimindeki birinci cümlesine yönelik iptal istemi, 11.4.2012 günlü, E. 2011/108, K. 2012/55 sayılı kararla reddedildiğinden, bu cümleye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 11.4.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

25.10.1963 günlü, 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun, 9.10.1996 günlü, 4191 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 17. maddesinin "Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez." biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 11.4.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2011/111
Karar Sayısı : 2012/56
Karar Günü : 11.4.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Askeri Yargıtay 4. Dairesi (Esas: 2011/111)

2- Kara Kuvvetleri Komutanlığı, 5. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi (Esas: 2012/5)

İTİRAZLARIN KONUSU: 1- 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan "… *firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.*" ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine,

2- 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan *"… firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin … bitmesinden itibaren işlemeğe başlar."* ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine,

aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Firar suçundan açılan davalarda, dava zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması hakkında itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkemeler iptali için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A) E.2011/111 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"…

Sanığın eylemine uyan müsnet firar suçunun unsur ve cezasını düzenleyen ASCK'nın 66/1-a maddesinde öngörülen cezanın üst sınırı üç yıl hapis cezasıdır. 765 sayılı TCK'nın 102/4'üncü maddesi gereğince, beş yıldan fazla olmayan hapis cezasını gerektiren suçlarda, beş yıl geçmesiyle kamu davası ortadan kalkmaktadır.

765 sayılı TCK'nın 104/1'inci maddesine göre; dava zamanaşımı, mahkûmiyet hükmü, yakalama, tutuklama, celp veya ihzar müzekkereleri, adlî makamlar huzurunda sanığın sorguya çekilmesi veya Cumhuriyet Savcısı tarafından mahkemeye yazılan iddianame ile kesilmekte ve bu hâlde zamanaşımı, kesilme gününden itibaren yeniden işlemeğe başlamakta, ancak aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, ilave edilecek süre öngörülen dava zamanaşımı süresinin yarısından fazla olamamaktadır.

765 sayılı TCK'nın 103'üncü maddesi uyarınca dava zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda fiilin yapıldığı tarihten, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son fiilin yapıldığı tarihten, mütemadi ve müteselsil suçlarda temadi ve teselsülün bittiği tarihten başlamaktadır. Kanun koyucu, ASCK'nın 49/1-A maddesinde, bazı askerî suçlar (yoklama kaçağı, saklı ve firar) bakımından dava zamanaşımının başlangıcı konusunda "bütün askerî mükellefiyetlerin bitmesini" esas almak suretiyle, söz konusu askerî suçlar bakımından dava zamanaşımının hangi tarihte başlayacağı konusunda TCK'da belirlenen genel ilkelerden ayrılıp özel bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir. ASCK'nın Ek 8'inci maddesinde, TCK'nın genel hükümlerinin ASCK'da düzenlenen suçlarda uygulanacağı belirtildikten sonra, ASCK'nın 49/1-A maddesindeki düzenleme istisna tutulmuştur. Dolayısıyla ASCK'nın 49/1-A'da belirtilen suçlar bakımından dava zamanaşımının başlangıcı suçun temadisinin bittiği tarihten değil, ilgili "bütün askerî mükellefiyetlerinin veya bizzat girmiş olduğu taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe" başlayacaktır.

Somut olayda sanık, on beş aylık askerlik yükümlülüğü kapsamında er statüsünde askerlik hizmeti yapmış olduğundan, dava zamanaşımı süresinin

hangi tarihten itibaren başlayacağını tespit edebilmek için, öncelikle ASCK'nın 49'uncu maddesinde geçen "bütün askerî mükellefiyetler" teriminin ne anlama geldiğinin 21.6.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, bütün askerlik işlemleri ile erbaş ve erlerin mükellefiyetlerinin bitmesi olgusu, ancak bu Kanun hükümlerine göre belirlenebilmektedir.

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun, "askerlik çağına" ve "askerlik hizmetine" ilişkin, 2/1'inci maddesinde; "Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer" hükmünün; 3 üncü maddesinde, "Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık devri ve yedeklik olmak üzere üç devre ayrılır." hükmünün; 5/4'üncü maddesinde, "Bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiç bir fert askerlik çağından çıkarılamaz." hükmünün; 7/1'inci maddesinde, "Muvazzaflık devrinin hitamından askerlik çağının nihayetine kadar olan kısım yedek devridir." hükmünün yer aldığı görülmektedir.

Askerî Yargıtay içtihatlarında (Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun, 28.9.1989 tarihli, 1989/198-199; 2'nci Dairesinin 19.1.2011 tarihli, 2011/43-42; 2'nci Dairesinin 26.11.2008 tarihli, 2008/2549-2571; 1'inci Dairesinin 21.7.2010 tarihli, 2010/1981-1971; 3'üncü Dairesinin 27.11.2007 tarihli, 2007/2539-2539; 4'üncü Dairesinin 24.7.2007 tarihli, 2007/1285-1284), "bütün askerî mükellefiyetler terimi "askerlik çağı" ile birlikte değerlendirilmekte ve askerlik çağının (muvazzaflık ve yedeklik dönemlerinin) bitiminde dava zamanaşımı süresinin başlayacağı kabul edilmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere, Anayasa'nın 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir Hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk Devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, kanunların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda Hukuk Devletinde, kanun koyucu yalnız kanunların Anayasaya değil, Anayasanın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasanın 10'uncu maddesinde yer verilmiştir. Buna göre, kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile, eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Kanun koyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur. Dava ve ceza zamanaşımı ile ilgili kurallar dahi cezayı ağırlaştıran yahut suç koyan hükümler niteliğindedir. Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin; suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak belirlenmesinde kanun koyucunun takdiri, Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, sanığın 15.5.1979 doğumlu olması nedeniyle, üzerine atılı firar suçu yönünden dava zamanaşımı süresinin; ASCK'nın 49/1-A maddesi uyarınca, bütün askerî yükümlülüklerinin sona ereceği (askerlik çağı dışına çıkacağı) tarih olan 1.1.2020 tarihinden itibaren işlemeye başlaması ve 1.1.2025 tarihinde son ermesi gerekecektir. Ancak, Sağlık Kurulu kararıyla 2.12.2010 tarihi itibariyle barışta ve seferde askerliğe elverişli olmadığına karar verildiği için, bu tarih itibariyle askeri yükümlülüklerinin son erdiği, dolayısıyla dava zamanaşımı süresinin bu tarihten itibaren başladığı ve 2.12.2015 tarihinde sona ereceği görülmektedir.

Halbuki, ASCK'nın 49/1-A maddesindeki istisnai düzenleme olmasaydı, genel hükümler uyarınca, sanığa isnat olunan firar suçunda, Askerî Yargıtay bozma kararına karşı diyeceklerinin tespiti ve bilirkişi incelemesi yaptırılabilmesi maksadıyla hakkında sevk için tutuklama kararı verilmesi zamanaşımını kesen neden olarak kabul edilemeyeceğinden, en son zamanaşımını kesen sebebin 27.3.2003 tarihinde mahkumiyet kararı olduğu göz önüne alındığında, dava zamanaşımı 27.3.2008 tarihinde sona ermiş olacaktı.

Firar suçu, sadece asker kişiler tarafından işlenebilen mütemadi bir suç niteliğindedir ve ilgilinin yetkili amirlerinden izin almaksızın görevi gereği

bulunması gereken yerden ayrıldığı andan itibaren suçun işlenme süreci başlar ve dehalet (katılma) veya yakalanma ile de sona erer. Kanun koyucu tarafından, askerlik hizmetinin özellikleri nedeniyle ASCK'nın 49/1-A maddesinde, firar suçunda dava zamanaşımı süresinin bütün askerî mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeye başlayacağı hükmünün konulduğu anlaşılmaktadır.

Bir askerî birimde disiplinsizlik teşkil eden bir eylem yapıldığında, faili olan asker kişinin eylemiyle orantılı bir şekilde ve en kısa sürede cezalandırılmamasının, askerî disiplinin tesisinde zafiyete neden olacağı açıktır. Zorunlu askerlik hizmetinin bulunduğu ülkemizde, bir asker kişinin yetkili amirlerinden izin almaksızın görevi gereği bulunması gereken yerden ayrılıp yedi günden fazla bir süre sonra yakalanması veya kendiliğinden katılması suretiyle oluşan firar suçunun failinin eylemiyle orantılı bir şekilde cezalandırılmaması askerî disiplinin tesisinde büyük bir zafiyete neden olacağından, firar suçunun cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmemesi, ertelenememesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılamaması ile askerî disiplinin tesisi maksadıyla failinin tutuklanabilmesi gibi sivil kişiler tarafından işlenen suçlarda uygulanamayacak bazı istisnai düzenlemeler yapılmasının bir gereklilik olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak bu istisnai düzenlemelerin, Hukuk Devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir.

Kanun koyucu, dava zamanaşımı kurumunu düzenlerken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesiyle Devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Firar suçunda dava zamanaşımının başlangıcıyla ilgili kanuni düzenlemenin, 15 aylık askerlik yükümlülüğünü yerine getirmeyenler yönünden askerî disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacına uygun olduğu söylenebilir ise de, somut olayda olduğu gibi, 15 aylık askerlik yükümlülüğünü bitirmiş bir kişinin askerlik hizmetini yaptığı dönemde işlediği firar suçu nedeniyle çok uzun bir süre cezalandırılma tehdidi altında yaşamasının askerî disiplinin tesisine herhangi bir katkısının bulunmadığı ve dolayısıyla belirtilen amaca ulaşmada elverişli olmadığı ortaya çıkmaktadır.

Firar suçunun düzenlendiği maddede unsurları düzenlenen, firar suçuyla aynı miktarda ceza öngörülen ve firar suçuyla benzer nitelikte askerî disiplinin tesisinde zafiyetine sebep olan izin tecavüzü suçunda (ASCK'nın 66/1-b), dava zamanaşımının genel hükümler çerçevesinde temadinin bittiği tarihten başlaması, yine sadece asker kişiler tarafından işlenebilen ve askerî disiplinin zafiyetine sebep olabilecek nitelikte emre itaatsizlikte ısrar (ASCK'nın 87, 88, 89), üste veya amire fiilen taarruz (ASCK'nın 91), kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek (ASCK'nın 79) gibi suçlarda da dava zamanaşımının genel hükümler çerçevesinde temadinin bittiği tarihten başlaması hususları birlikte göz önüne alındığında, mütemadi bir suç olan firar suçunda zamanaşımı süresinin, failin yakalanmak veya kendiliğinden katılmak suretiyle askerî hiyerarşi ve disiplin altına girdiği tarihten değil de, onun bütün askerî mükellefiyetlerinin bitmesinden (41 yaşından) itibaren başlatılmasının, askerî disiplinin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olduğu da söylenemez.

Aynı zamanda failin lehine olan 765 sayılı TCK'da en ağır cezayı gerektiren suçlarda bile zamanaşımı süresinin 20 yıl olması karşısında, öngörülen cezasının üst sınırı 3 yıl olan firar suçunda, dava zamanaşımının, suçun temadisinin sona erdiği tarihe bakılmaksızın en erken bütün askerî mükellefiyetlerinin bitmesinden (41 yaşından) itibaren başlatılması suretiyle dava zamanaşımı süresinin 20 yıldan fazla olmasının orantılı olmadığı da açıktır.

Genel hükümlere göre, suçun işlenip tamamlanmasından sonra işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresi, firar suçu işlenip tamamlanmış olsa bile işlemeye başlamamakta, dava zamanaşımı süresinin başlangıcının tüm askerî mükellefiyetlerin bitmesi şartına tabi tutulması nedeniyle, zamanaşımı süresi belirsizlik içermektedir. Çünkü, dava zamanaşımı süresinin başlangıcında esas alınan 1111 sayılı Kanun'un 2'nci maddesinde öngörülen askerlik çağına ilişkin belirlenen süre, yürütme organınca (Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum, Milli Savunma Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu Kararıyla) 5 yıla kadar uzatılabileceği veya kısaltabileceği gibi, 1111 sayılı Kanun'un 5'inci maddesi uyarınca, muvazzaflık hizmetini yapmadıkça askerlik çağından çıkılamayacağından, askerlik hizmetini tamamlamayan firar suçunun failleri hakkında, dava zamanaşımı askerliğini yapıncaya veya yapmış sayılıncaya kadar işlememekte ve dolayısıyla da 41 yaşından sonra askerlik hizmetini tamamlayanlar için, dava zamanaşımının başlangıcı askerlik çağı olan 41 yaşın üstüne de çıkabilmektedir. Bu nedenlerle, firar suçunda dava zamanaşımının başlangıcı ile süresi konusunda belirsizlik olduğu ve bu belirsizliğin de Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu ortaya çıkmaktadır.

Firar suçunu işleyen kişinin, askerlik yükümlülüğünün bitmesinden itibaren dava zamanaşımının başlatılmasının, askerî disiplinin tesisinde zafiyeti önleme amacına ulaşmaya elverişli, askerî disiplinin sağlanmasında gerekli ve orantılı bir düzenleme olacağı göz önüne alındığında, dava zamanaşımının başlangıcının en erken yedeklik döneminin bittiği 41 yaşında başlatılmasına ilişkin ASCK'nın 49/1-A maddesindeki düzenlemenin ölçülülük ilkesiyle çeliştiği anlaşılacaktır.

Söz konusu kanuni düzenleme, firar suçunun ağırlığını, ona verilen cezanın süresini, cezadan beklenen sosyal faydanın zaman içinde azalacağını dikkate almaması ve failin yargılamanın başında terhis olmuş olmasına ve askerî disiplini bozma durumunda olmamasına rağmen böyle bir gerekçeye dayanması sebepleriyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığı yönüyle de ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

ASCK'nın 49/1-A maddesindeki söz konusu düzenleme, kişileri işledikleri suçla orantısız ve makul olmayan bir süre içinde davalarının ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle yaşamak durumunda bırakmaktadır. Nitekim somut olayda, kamu davasının 2002 yılında açıldığı dikkate alındığında, 2.12.2010 tarihi itibarıyla askerliğe elverişsiz olduğuna karar verilmiş olduğu için 13 yıl (askerliğe elverişsiz olduğuna karar verilmemiş olsaydı 23 yıl) boyunca, sanığın hakkındaki isnatlar için ceza davası tehdidi altında kalması söz konusudur. Bu durum Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinde düzenlenen makul sürede adil yargılanma hakkını da ihlal etmektedir.

Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Bu yönüyle, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da belirtildiği üzere, askerî hizmetin niteliği gereği, askerî disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla, farklı konumda bulunan asker kişiler ile sivil kişilerin farklı kurallara tabi tutulması Anayasal eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez. Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askerî suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını zorunlu kılabilmektedir. Bu kapsamda firar suçunun vasıf ve mahiyeti itibarıyla aynı ceza öngörülen başka suçlardan farklı dava zamanaşımı süresinin öngörülmesi mümkündür.

Ancak, kanun koyucunun, sadece asker kişiler tarafından işlenebilen izin tecavüzü gibi, benzeri unsurlar ve cezalar içeren suçlar bakımından dava zamanaşımı süresi ve başlangıcı için genel hükümleri yeterli gördüğü halde, firar suçunda dava zamanaşımının başlangıcı konusunda farklı bir düzenleme getirmesi, Anayasal eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasanın 152/1'inci maddesinde "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır" hükmüne yer verilmektedir. Bu düzenleme uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenen kanun hükmünün de o davada uygulanacak kural olması gerekmektedir. Uygulanacak kanun hükümleri, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır. Somut olayda, Anayasaya aykırı olduğu değerlendirilen ASCK'nın 49/1-A maddesinin sanık hakkındaki davayı sonuçlandırmada uygulanma niteliğinin bulunduğu konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, ASCK'nın 49/1-A maddesinde yer alan "firar fiilleri hakkında dava mururu zamanı, bütün askerî mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar" ibaresinin Anayasa'nın 2'nci ve 10'uncu maddelerine aykırı olduğu değerlendirildiğinden, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.

Başkan Hâk.Alb. B.AK, askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı göz önüne alındığında, firar suçunun askerî disiplinin tesisinde çok önemli zafiyete neden olan bir fiil olması nedeniyle, kanun koyucu tarafından dava zamanaşımının başlangıcı konusunda istisnai bir düzenleme yapılmasının, Anayasaya aykırı olmadığı gerekçesiyle çoğunluğun kararına katılmamıştır."

B) E.2012/5 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"…

A. Hukuk Devleti İlkesine Aykırılık

Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda hukuk devletinde yasa koyucu yalnız yasaların Anayasaya değil, Anayasanın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür (Anayasa Mahkemesinin 15/10/2003 tarihli ve E.2003/84, K.2003/89 sayılı kararı).

Yasakoyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur. Dava ve ceza zamanaşımı sürelerinin; suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak belirlenmesinde yasakoyucunun takdiri Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır. Yasakoyucu, zamanaşımı kurumunu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik" "gereklilik" ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir (Anayasa Mahkemesinin 30/03/2011 tarihli ve E.2007/95, K.2011/61 sayılı kararı).

Askeri Yargıtay'ın firar suçu nedeniyle dava zamanaşımının başlangıcına ilişkin yerleşmiş ve istikrar kazanmış içtihadına göre 41 yaşına girildiği ocak ayının birinci günü zamanaşımı süresi başlamaktadır.

Görülmekte olan davada; 22 Haziran 1968 doğumlu olan sanığın hakkındaki firar suçları için öngörülen dava zamanaşımı süresi sanığın 41 yaşına girdiği Ocak ayının birinci günü olan 1 Ocak 2009 tarihinde işlemeye başlamıştır. Suç tarihi itibariyle yürürlükte bulunan ve sanığın lehine olan asli

dava zamanaşımı, 765 sayılı T.C.K.'nun 102/4'üncü maddesine göre beş yıldır. En fazla ise 7 yıl 6 ay olmaktadır. 20 yaşında askere alınan bir şahsın işlediği herhangi bir suçtan dolayı dava zamanaşımı süresinin -genel zamanaşımı kuralının aksine- suç işlendikten sonra başlamaması ve belki de suç işlendikten sonra 20 yıl geçtikten sonra başlaması şeklindeki kuralın, kamu yararı veya herhangi bir amaç bakımından gerekliliği ileri sürülemeyecektir.

İtiraz konusu kural, suçun ağırlığını, ona verilen cezanın süresini, cezadan beklenen sosyal faydanın zaman içinde azalacağını dikkate almaması ve failin sivil kişi olmasına ve askeri disiplini bozma durumunda olmamasına rağmen böyle bir gerekçeye dayanması sebepleriyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine aykırılık içermektedir.

Ayrıca, sözkonusu kural, genel zamanaşımı kuralları ile birlikte değerlendirildiğinde, benzer suçlardan en ağırında dahi suç tarihinde yürürlükte olan TCK.nun 102'inci maddesinde 20 yıl olarak öngörüldüğünden, düzenleme bu haliyle de orantılılık ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine açıkça aykırıdır.

B. Eşitlik İlkesine Aykırılık

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesi, Anayasanın 10'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Askeri Ceza Kanununa göre firar suçu sadece asker kişiler tarafından işlenebilen bir suçtur (As.C.K. m.66). Firar ve aynı maddedeki izin tecavüzü suçları, mütemadi bir suç niteliğindedir ve kendiliğinden birliğine katılma veya yakalanma ile sona erer. Hatta firardan dönmeyen ve askerlik yükümlülüğünü tamamlamayan şahıslar için zamanaşımı süresi hiç başlamamaktadır ve ölene kadar devam etmektedir. Kanun, zorunlu askerlik hizmetinden kaçmayı tamamen engellemek istemiştir. Ancak, zaten suçun mütemadi suç olarak kabul

edilmesiyle bu engelleme sağlanmış olup; işlenen suça ayrıca aşırı derecede uzun bir zamanaşımı süresi belirlenmesi ile orantısız bir düzenleme yapılmıştır. Suçun tamamlanma anı, katılma veya yakalanmakla gerçekleştiğinden, bu tarihten itibaren başlaması gereken zamanaşımının, ölçü gözetilmeden bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden sonra başlayacak şekilde düzenlenmesi eşitlik ilkesine aykırıdır.

As.CK.nun 49/A maddesindeki dava zamanaşımı düzenlemesi, uygulamada Askeri Yargıtay tarafından, Askeri Ceza Kanununun aynı maddesinde düzenlenen (66/1-b) ve firara benzer şartlar taşıyan izin tecavüzü suçlarında; -kanunda açıkça "firar" fiilinin belirtilmesi gerekçesiyle- uygulanmamaktadır. Askeri Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre; firara çok benzeyen izin tecavüzü suçunda Türk Ceza Kanunundaki genel zamanaşımı hükümleri uygulanmaktadır. Bu durumda; benzer fiilleri işleyen ve aynı statüde olan asker kişilere eşitlik ilkesine aykırı olarak ölçülü olmayan oranda farklı zamanaşımı süresi ve dolayısıyla farklı ceza yaptırımlarının uygulanması sözkonusu olmaktadır.

İzin tecavüzü suçu, sadece belli bir izin, istirahat ve hava değişimi almak suretiyle birlikten ayrılan askeri şahıslarca işlenmektedir. Ancak, her iki suç failinin amacı; askerlikten ve kıtadan uzak kalmak olup bu suçların düzenlenmesiyle amaçlanan yarar, Türk Silahlı Kuvvetlerinin disiplinidir ve suç aynı statüdeki şahıslarca, benzer şekilde işlenmekte olup, sadece yargı içtihatlarıyla farklı bir suç tipi yaratılmıştır.

Firar ve uygulamada yerleşik adıyla izin tecavüzü suçu aynı kanun maddesinde düzenlenmiş olup; Askeri Yargıtay içtihatlarıyla maddenin 1'inci fıkrası (b) bendi -haklı olarak- zamanaşımı yönünden genel hükümlere tabi tutulmuş, ancak kanunun diğer hükümleri zamanaşımı yönünden 49/A maddesi hükümlerine tabi olduğundan aynı durumda bulunan kişilere farklı kuralların uygulanması sonucuna yol açacak şekilde eşitliğe aykırı bir durum ortaya çıkmıştır. Şöyle ki; izin tecavüzü eyleminden itibaren -somut olayda- 5 yıl (en fazla 7,5 yıl) geçen bir askeri şahıs genel zamanaşımı hükümlerinden faydalanabilecekken Kanun'un aynı maddesinde düzenlenen benzer fiili işleyen askeri şahıs ise dava konusu olayda olduğu gibi 26 yıldan fazla bir süre ceza tehdidi altında kalacaktır. Bu şahısların farklı bir statü içerisinde olması da söz konusu değildir, sivillerden farklı oldukları, bu nedenle farklı hukuki kurallara tabi olacakları ileri sürülse bile; kişiler aynı şekilde zorunlu veya ihtiyari olarak

(profesyonel askerler) askerlik görevini yapmaktadırlar ve eşitlik ilkesinin bunlara aynı şekilde uygulanması gerekir.

Hatta, aynı statüde olan asker kişiler arasında da eşitlik ihlâl edilebilmektedir. Şöyle ki; dava konusu olayda 1968 doğumlu olan sanık hakkında 2003 yılında tamamlanan suç için zamanaşımı süresi suçun temadisinin tamamlanmasından altı yıl sonra başlayacakken, aynı yaştaki başka bir asker şahsın 1988 yılında işlediği firar suçunda zamanaşımı süresi suçun işlenmesinden 11 yıl sonra başlayacak ve sırasıyla, 13,5 yıl ve 18,5 yıl sonra zamanaşımı süreleri tamamlanabilecektir. Bu da, aynı suçu işlemiş olmaları nedeniyle aynı hukuksal durumda olanlar arasında farklı hukukî sonuçlar doğurmak suretiyle eşitlik ilkesine aykırı olacaktır.

C. Kanunilik İlkesine Aykırılık

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde ifadesini bulan makul sürede adil yargılanma hakkı: "Herkes, ... cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, ... bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7'nci maddesinde ifadesini bulan suç ve kanuniliği ilkesi: "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." şeklinde düzenlenmiştir.

Davada, sanığın 1968 doğumlu olması nedeniyle 1 Ocak 2009 tarihinde başlayan asli dava zamanaşımı süresinin lehe yasa dikkate alındığında, beş yıl sonra, yani 01 Ocak 2014 tarihinde dolacağı anlaşılmaktadır. Söz konusu süre, en fazla yarı oranında artırılarak 01 Haziran 2016 tarihinde zamanaşımı süresi dolacaktır. Askere alındığı 10 Mayıs 1988 tarihinden itibaren 28 yıl, hakkındaki kamu davasının 2003 yılında açıldığı dikkate alındığında dahi 13 yıl boyunca sanığın hakkındaki isnatlar için ceza davası tehdidi altında kalması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı maddesinde ifadesini bulan makul sürede adil yargılanma hakkını ihlal edecektir.

Firar suçu için dava zamanaşımı süresinin başlangıcının tüm askeri mükellefiyetlerin bitmesi şartına tabi tutulması nedeniyle eylemli olarak zamanaşımı süresi uzamaktadır. Dava zamanaşımı süresinin başlangıcına esas alman 1111 sayılı Askerlik Kanununun 2'inci maddesinde öngörülen askerlik çağına ilişkin belirlenen sürenin, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum, Milli Savunma Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu Kararıyla beş yıla kadar uzatılabileceği veya kısaltabileceği öngörülmüştür. Bu durumun ise firar suçunun dava zamanaşımının başlangıcı ile süresinin yürütmenin tekeline bırakmak anlamına gelir ki bunun da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7'nci maddesinde ve Anayasa'nın 38'inci maddesinde ifadesini bulan suç ve cezaların kanunla konulacağını düzenleyen amir hükmünün ihlali sonucunu doğuracaktır.

Yukarıda üç başlık altında ayrı ayrı açıklanan gerekçelerle, dava konusu kural, Anayasa'nın 2'inci maddesindeki hukuk devleti, 10'uncu maddesindeki kanun önünde eşitlik ve 38'inci maddesindeki suç ve cezaların kanuniliği ilkelerine ve dolayısıyla Anayasa'ya aykırıdır. İptali gerekir.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 49/A maddesinde düzenlenen; "firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesinden itibaren işlemeğe başlar." ibaresinin Anayasanın hukuk devletini düzenleyen 2'nci maddesi, kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10'uncu maddesi ile suç ve ceza esaslarını düzenleyen 38'inci maddesine aykırılığı iddiasıyla ve iptali istemiyle Çorlu 5'nci Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesince Anayasa'nın 152 ve 6216 sayılı Kanunun 40'ıncı maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesine itirazda bulunulmuştur.

İlgili hükmün, yukarıda açıklanan veya 6216 sayılı Kanunun 43'üncü maddesi uyarınca re'sen görülecek gerekçelerle iptaline karar verilmesi arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun itirazlara konu ibarelerin de yer aldığı 49. maddesi aşağıdaki şekildedir.

"Madde 49- (Değişik: 11/12/1935 - 2862/4 md.)

Aşağıdaki fıkralarda yazılı hükümler mahfuz olmak üzere askeri suçlarda dava ve cezanın düşmesi hususlarında Türk Ceza Kanununun birinci kitabının 9 uncu babı hükümleri tatbik olunur.

A) Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.

B) Hıyanet cürümlerile maznun ve mahkum olanlar hakkında müruru zaman yoktur.

C) (Ek : 14/6/1989 - 3574/1 md.) Sırf askeri suçlarda Türk Ceza Kanununun 119 uncu maddesi hükümleri uygulanmaz."

[Bu maddenin (A) fıkrasının "… fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin … bitmesinden itibaren işlemeğe başlar" biçimindeki bölümü, Anayasa Mahkemesi'nin 30/3/2011 tarihli ve E.: 2007/95, K.: 2011/61 sayılı kararı ile bakaya suçu yönünden iptal edilmiştir.]

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

A- E. 2011/111 Sayılı Dosyanın İlk İnceleme Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 17.11.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E. 2012/5 Sayılı Dosyanın İlk İnceleme Kararı

Anayasa Mahkemesi'nin İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 26.1.2012 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 11.12.1935 günlü, 2862 sayılı Kanun'un 4.maddesi ile değiştirilen 49. maddesinin A fıkrasında yer alan "…firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin …. bitmesinden itibaren başlar" ibaresinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2011/111 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, 2012/5 esas sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2011/111 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 26.1.2012 gününde OYBİRLİĞİ ile karar verildi.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, Anayasa Mahkemesi Raportörü Ümit DENİZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Uygulanacak Kural Sorunu

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa 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 yolunan başvuran Askeri Yargıtay 4. Dairesi, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasının "firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girdikleri taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeye başlar" bölümünün iptalini talep etmektedir.

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrası hükmü, firar suçlarında askerlik görevi yapanlar için durum ve statülerine göre dava zamanaşımının başlangıcı yönünden iki farklı tarih öngörmüştür. Bu süre, Anayasa'nın 72. maddesinde belirtilen vatan hizmeti olarak zorunlu er ya da erbaş statüsünde askerlik görevini yapan kişiler yönünden bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesi ile başlarken, zorunlu askerlik hizmeti dışında görev yapan sözleşmeli er ve erbaşlar ile subay ve astsubaylar yönünden bizzat girdikleri taahhütlerin bitmesi ile başlatılmaktadır.

"Bizzat girilen taahhüt" kavramı bir sözleşme veya mecburi hizmet nedeni ile askerlik görevi yapan kişilerle ilgilidir. Sözleşmeli er ve erbaşların yaptıkları sözleşmelerle süreli olarak girdikleri ya da subay ve astsubayların askeri okullardan mezun olduktan sonra yasalara göre belirlenen sürede zorunlu olarak görev yapmak üzere verdikleri taahhütler kastedilmektedir. Bu şekilde görev yapanlar subay, astsubay, sözleşmeli er ya da erbaşlardır.

2011/111 esas sayılı dava dosyasındaki somut olayda firar suçunu işlediği iddia edilen sanık, er statüsünde zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmektedir. Sanık açısından bütün askeri mükellefiyetler askerlik çağının sonunda bitecektir. Dolayısıyla Mahkeme tarafından firar suçundan yapılan yargılamada, dava zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda "bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesi" dikkate alınacaktır. "Bizzat girilen taahhüt" kavramı somut dava uygulanacak nitelikte değildir. Mahkeme bakmakta olduğu davada bu ibareyi uygulamayacaktır. Bu ibarenin inceleme dışında tutulması durumunda firar suçunun sözleşmeli er ve erbaşlar ile subay ve astsubaylar tarafından işlenmesi halinde zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda yasal boşluk doğmayacak ve süre başlangıcı için bizzat girilen taahhüdün bitmesi beklenecektir.

Belirtilen nedenlerle "… veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün…" ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu

davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

B- Sınırlama Sorunu

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

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında "*Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar*" denilmektedir. Bu kuralla firar suçu dışında yoklama kaçağı ve saklı suçları da düzenlenmiş, bu suçlarda zamanaşımı süresinin başlangıcının ise bütün askeri mükellefiyetlerin veya ilgililerin bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeye başlayacağı belirtilmiştir. Bu maddenin (A) fıkrasının "*… fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin … bitmesinden itibaren işlemeğe başlar*" bölümü, bakaya suçu yönünden Anayasa Mahkemesi'nin 30/3/2011 tarihli ve E.2007/95, K.2011/61 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemeler, sanıkların firar suçunu işledikleri iddiası ile açılan kamu davaları nedeniyle yargılama yapmaktadır. Dolayısıyla kuralda yer alan yoklama kaçağı ve saklı suçlarından açılmış bir kamu davası bulunmamaktadır.

Belirtilen nedenle, "*… firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin… bitmesinden itibaren işlemeğe başlar.*" ibaresine ilişkin esas incelemenin, "firar suçu" yönünden sınırlı olarak yapılması gerekir.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararlarında; İtiraza konu kural ile düzenlenen ve dava zamanaşımını süresinin başlangıcı için bütün askeri mükellefiyetlerin yerine getirilmesinin beklenmesini öngören düzenlemenin, hukuk devletinde bulunması gereken, ölçülülük dolayısıyla "elverişlilik", "gereklilik" ve "orantılılık" ilkelerinin ihlali nedeniyle Anayasa'nın 2. maddesine, asker kişiler tarafından işlenebilecek benzer suçlarda farklı süre başlangıçları öngörülerek eşitlik ilkesinin ihlali nedeniyle Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olmasının

yanında 2012/5 esas sayılı başvuru kararında, askerlik çağına ilişkin sürenin, Genelkurmay Başkanlığının göstereceği lüzum, Milli Savunma Bakanlığı'nın teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla 5 yıla kadar uzatılabileceğini ya da kısaltılabileceğini öngören kural nedeniyle zamanaşımının başlangıcı ile ilgili sürenin yürütmenin tekeline bırakıldığı belirtilerek kuralın ayrıca Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür.

Sırf askeri suç niteliğinde olan firar suçu, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, kıt'asından veya görevi icabı bulunmak zorunda olduğu yerden izinsiz olarak altı günden fazla uzaklaşmak olarak tanımlanan, kesintisiz (temadi eden) bir suçtur. Görev mahallinden izinsiz uzaklaşma ile işlenmeye başlanılan firar suçu, yakalanma veya birliğine katılma ile son bulmaktadır.

İtiraza konu kuralı da içeren 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nda yer alan dava ve cezanın düşmesi ile ilgili hükümlerin askeri suçlarda da uygulanacağı öngörülmüştür. Kanun koyucu, atıf yapılan Türk Ceza Kanunu'nun genel ilkelerinden ayrılarak, 49. maddenin (A) fıkrası ile sınırlı sayıda suçu belirtmek suretiyle dava zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda istisna getirmiştir. Bu istisnaya göre, firar edenler hakkındaki dava zamanaşımı süresi, kesintinin gerçekleştiği (temadinin bittiği) tarihten değil bütün askeri mükellefiyetlerin bittiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır.

1632 sayılı Kanun'un 49. maddesinin (A) fıkrasında geçen "bütün askeri mükellefiyetlerin bitmesi" terimi, 1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun hükümleri birlikte değerlendirilerek "askerlik çağı" kavramına göre belirlenecektir. 1111 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrasına göre askerlik görevini yapmayan ya da yapmış sayılmayan hiçbir fert askerlik çağı dışına çıkarılamamaktadır. Yoklama, muvazzaflık ve yedeklik olmak üzere üç devreye ayrılan askerlik çağının bitmesi için muvazzaflık ve yedeklik dönemlerinin tamamlanması ya da tamamlanmış sayılması gerekmektedir. Yedeklik dönemi dâhil olmak üzere askerliğe elverişli olmadığına karar verilenler için karar tarihinde askerlik çağı da bitmiş olmaktadır. Askerliğe elverişli olanlar için ise askerlik çağı, 1111 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasına göre belirlenir ve fıkrada bu durum, "*Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer*"

şeklinde belirtilmiştir. 1111 sayılı Kanun'un 5. maddesinin dördüncü fıkrası nedeniyle askerlik görevi yapmayan ya da yapmış sayılmayanlar için süre hiçbir şekilde işlemeye başlamayacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Yasakoyucu, zamanaşımı kurumunu düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "*elverişlilik*", "*gereklilik*" ve "*orantılılık*" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "*Elverişlilik*", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*gereklilik*" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "*orantılılık*" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir.

Ölçülülük ilkesiyle devlet, cezalandırmanın sağladığı kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla yükümlüdür. Askeri disiplinin tesisinde zafiyeti önlemek amacıyla itiraza konu kural getirilmiş ise de firar eden failin yaşı ne olursa olsun askerlik görevini yerine getirmediği ya da getirmiş sayılmadığı sürece bu yükümlülükten kurtulamayacak olması nedeniyle dava zamanaşımı süresinin başlamaması buna bir katkı sağladığı söylenemez. Bu nedenle itiraza konu kural amaca ulaşmada elverişli görülmemiştir. Ayrıca kesintisiz bir suç olan firar suçunda dava zamanaşımı süresinin, failin askeri hiyerarşi ve disiplin altına girdiği yakalanması veya kıtasına katılması değil, onun bütün askeri mükellefiyetlerinin bitmesinden itibaren başlatılması askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli bir tedbir olarak değerlendirilemez. Aynı zamanda faillerin lehine olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda en ağır cezayı gerektiren suçlarda bile zamanaşımı süresinin 20 yıl olması karşısında itiraz konusu kuralın orantılı olmadığını kabul etmek gerekir. İtiraz konusu kural kişileri, işledikleri suçla orantısız ve makul olmayan bir süre içinde davalarının ne şekilde sonuçlanacağı endişesiyle de yaşamak durumunda bırakmaktadır.

İtiraz konusu kural, suçun ağırlığını, ona verilen cezanın süresini, cezadan beklenen sosyal faydanın zaman içinde azalacağını dikkate almaması, disiplinin yeniden tesisine etkin bir katkı sağlamayacak olmasına rağmen faili uzun ve aynı zamanda belirsiz olan süre ile ceza tehdidi altında bırakması nedeniyle kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturamadığından ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, itiraza konu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir. Konunun, Anayasa'nın 10. ve 38. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

VII- SONUÇ

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 11.12.1935 günlü, 2862 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile değiştirilen 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan;

1- "… veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün…" ibaresinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu ibareye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- "… firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin… bitmesinden itibaren işlemeğe başlar." ibaresine ilişkin esas incelemenin, "firar suçu" yönünden yapılmasına,

3- "… fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin… bitmesinden itibaren işlemeğe başlar." ibaresinin, "firar suçu" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

11.4.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	

Esas Sayısı : 2011/37
Karar Sayısı : 2012/69
Karar Günü : 17.5.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kara Kuvvetleri Komutanlığı 9. Kolordu Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan **"…vekili aracılığı ile…"** ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 11., 36. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Kovuşturma evresinde, katılanın dosyadan tutanak ve belgelerin örneklerinin verilmesi isteminin, itiraz konusu kural gereğince ancak tutanak ve belgelerin vekil aracılığı ile istenebileceği gerekçesiyle reddedilmesi üzerine katılanın Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, kuralın iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1. ANAYASANIN 2'NCİ MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2'nci maddesinde "hukuk devleti" ilkesi cumhuriyetin temel niteliği olarak düzenlenmiş; bu ilke Anayasa Mahkemesinin uygulamada yer edinmiş içtihatlarında; "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 devlet" olarak tarif edilmiştir.

Bu tanım paralelinde yasaların, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesinin hukuk devleti olmanın gereği olduğu tezahür etmektedir. Yani Yasa Koyucu'nun hukuki düzenlemelerde, kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Oysa iptali istenen ibare dolayısı ile vekile kullandırılan bir hakkın asıl tarafından kullanılması yasaklanmakta, istisnalar dışında kamuya açık olan yargılamaya ilişkin tutanakların, doğrudan hakkı ihlal edilmiş olan kişi tarafından edinilmesi engellenmektedir. Bu yönü ile toplumdaki adalet inancını zedelediği değerlendirilmektedir. Düzenlemenin adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini karşılamadığı ve esasen Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" ilkesine aykırı olması hasebiyle de "hukuk devleti" ilkesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği değerlendirilmektedir.

2. ANAYASANIN 10'UNCU MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10'uncu maddesinde pozitif ayrımcılığa ilişkin istisnalar sayılmak sureti ile tüm vatandaşların yasa karşısında eşit olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında devamlılık arz eden şekilde yer bulduğu üzere; yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Fakat kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılması Anayasaya aykırılık teşkil eder. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik sağlanmış olur. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak, yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi, Anayasa'nın eşitlik

ilkesinin çiğnendiğini göstermez. Diğer yandan kamu yararı veya haklı nedenle getirilen farklı düzenlemelerin; anlaşılabilir, amaçla ilgili, âdil ve makûl olması gerekir. Kamu yararı veya haklı nedene dayanılarak yapıldığı öne sürülen farklı düzenlemelerin bu üç ölçütten birine uymaması durumunda eşitlik ilkesinin korunduğu söylenemez.

Davaya konu olayda, sanık konumu itibarı ile müdafii olsun olmasın yargılamadaki tüm işlemlere katılabilirken, mağdur davaya katılıp iddiacı konuma gelse bile, iddiasına dayanak hazırlamak için gerekli olduğu şüphe götürmeyecek olan dosyada mevcut - yargılama itibarı ile dosyaya dahil edilmiş (zira soruşturmada bu belgeleri alması kısıtlanmamıştır) - belge ve tutanaklardan (duruşma ve keşif zabıtları dahil olmak üzere) vekili olmaksızın suret alamayacaktır. Yine temelde iddiacı ile aynı işlevi yerine getiren savcı konumundaki yargı görevlisi bu hakları genelde kamu özelde mağdur/katılan adına kullanabilirken; katılan, asıl hakkı ihlal edilen kişi olmasına rağmen bu hakkı kullanamayacaktır. Bu paralelde mevcut ibare dolayısı ile aynı hukuksal durum içerisine girmiş kişiler (sanık, savcı ve katılan yargılamanın süjeleridir) açısından farklı uygulamaları sonuçlayan bir durum tezahür etmektedir. Bu kısıtlamanın amaca uygunluk ve adalet kriterlerini karşılamadığı gibi anlaşılabilirlikten de uzak olduğu göz önüne alınarak kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği değerlendirilmektedir.

3. ANAYASANIN 11'İNCİ MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü" başlıklı 11'inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin devletin tüm unsur ve organlarını bağlayan temel kurallar olduğu belirtilerek, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu şekli ile Anayasa'nın güvence altına aldığı herhangi bir hakka veya hükme aykırılık doğrudan 11'inci madde hükmüne aykırılık teşkil etmektedir. İptali istenen ibarenin; Anayasanın "Kanun Önünde Eşitlik"; "Hukuk Devleti"; "Hak Arama Hürriyeti" ilkeleri ile 141'inci maddesine aykırı olduğu veçhile 11'inci maddeye aykırı olduğu ve iptali gerektiği değerlendirilmektedir.

4. ANAYASANIN 36'NCI MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesi ile herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı

veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu güvence altına alınmıştır.

Anayasa da hak arama hürriyeti olarak adlandırılan bu hakkın kapsamında, hiç şüphesiz talep ve savları temellendirme, (bilgi edinme ve dilekçe hakları paralelinde düşünüldüğünde) bu temellendirme için gereken argümanları edinme de vardır. Çıplak olarak tanınacak bir "mahkemeye başvurma hakkı"nın Anayasa'nın ruhu ile bağdaşmayacağı izahtan varestedir. Fakat anılan ibare dolayısı ile hakkı ihlal edildiğinden bahisle mahkemeye müracaat eden kimsenin, iddialarını temellendirmek, şikayetine dayanak delilleri tartışmak için, kendinde bulunması zaruri olan tutanak ve belgeleri edinme imkanı, vekil ataması şartına bağlanmıştır. Baro tarafından maddede yazılı suçlarla sınırlı olarak vekil görevlendirmesi yapılabileceği gerçeği karşısında mağdur/katılanın "hak arama hürriyeti"nin önemli ölçüde içinin boşaltıldığı ve iptali istenen ibarenin Anayasa'da teminat altına alınmış bu hakkın özüne aykırılık teşkil etmesi dolayısı ile iptali gerektiği değerlendirilmektedir.

5. ANAYASANIN 141'İNCİ MADDESİ YÖNÜNDEN:

Anayasanın "Duruşmaların açık ve kararların gerekçeli olması" başlıklı 141'inci maddesinin son fıkrası "Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir." hükmünü amirdir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında ifade bulan şekli ile bu hüküm, bir usul ekonomisi kuralı olarak getirilmiştir. Bu kuralla, yargılama işlemlerinin hızlandırılarak davaların makul sürede sonuçlandırılması ve yargılama giderlerinin azaltılarak hak arama özgürlüğünün sınırlarının genişletilmesi amaçlanmıştır. Madde bu şekli ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/1 maddesi kapsamında yer alan "makul sürede yargılanma hakkının iç hukuktaki doğal tezahürüdür. Makul sürede yargılanma hakkı kapsamında devletlere yüklenen görevi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Stogmüller - Avusturya) kararında; "bütün hak arayanlar için geçerli olan bu hükmün amacı, bu kişileri yargılama işlemlerinin sürüncemede kalmasına karşı korumak; özellikle ceza davalarında, suçlanan kişinin, uzun süre davasının nasıl sonuçlanacağı endişesiyle yaşamasını önlemektir." şeklinde açıklamıştır. Bu açıklama dahilinde, anılan sözleşme maddesinin ve yargılamaya ilişkin anayasal ilkelerin yargılamanın tüm tarafları için, konumları nispetinde tanınması gerektiği anlaşılmaktadır. Yine makul sürenin varlığının hak arayan kişi açısından da gerektiği izahtan

varestedir. Halk arasındaki şekli ile "geciken adalet adalet değildir." deyimi bu hususun veciz bir örneğidir. Bu açıdan hak arayan konumunda olan mağdur/katılana, iddiasını temellendirmeye yarar tutanak ve belgelerin verilmemesinin, (çok ütopik bir biçimde olsa da) bu belge ve tutanakları duruşma esnasında incelemesini sonuçlayacağı, bu durumun da yargılamanın gereksiz yere uzamasına neden olacağı kuvvetle muhtemeldir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan gerekçeler doğrultusunda, anılan ibarenin Anayasaya aykırı olduğu değerlendirilmektedir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 234. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendi şöyledir:

"(1) Mağdur ile şikâyetçinin hakları şunlardır:

...

b) Kovuşturma evresinde;

1. Duruşmadan haberdar edilme,

2. Kamu davasına katılma,

3. Tutanak ve belgelerden ***vekili aracılığı ile*** *örnek isteme,*

4. Tanıkların davetini isteme,

5. Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme,

6. Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 11., 36. ve 141. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 28.4.2011 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, iptali istenilen ibare ile vekile kullandırılan bir hakkın asıl tarafından kullanılması yasaklandığından, kamuya açık olan yargılamaya ilişkin tutanakların doğrudan hakkı ihlâl edilmiş olan kişi tarafından edinilmesinin engellendiği, bu yönü ile toplumdaki adalet inancının zedelendiği, kovuşturma aşamasında yargılamanın süjeleri olarak sanık, savcı ile aynı hukuksal durum içine girmiş kişilerden mağdur ya da katılana farklı uygulama ile sonuçlanan bir durum tezahür ettiğinden, bu kısıtlamanın amaca uygunluk ve adalet kriterlerini karşılamadığı, Anayasada hak arama hürriyetinin kapsamına bilgi edinme ve dilekçe hakları paralelinde talep ve savları değerlendirme, bu temellendirme için gereken argümanları da edinme hakkı bulunduğundan, hakkı ihlâl edildiği için mahkemeye başvuran kişinin iddialarını temellendirmek, şikâyetine dayanak delilleri tartışmak için kendinde bulunması zorunlu olan tutanak ve belgeleri edinme hakkının vekil ataması şartına bağlanmasının Anayasa'nın 2., 10., 11., 36. ve 141. maddelerini ihlâl ettiği ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu ibareyi içeren kuralda, mağdur ile şikâyetçinin kovuşturma evresinde tutanak ve belgelerden vekili aracılığı ile örnek isteyebileceği öngörülmektedir. Buna göre vekili olmayan mağdur ile şikâyetçi, kovuşturma aşamasında dosyadaki tutanak ve belgelerden örnek alamayacaktır.

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

Hak arama hürriyetini düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma, adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre, hak arama özgürlüğünün en önemli iki ögesini oluşturan, sav ve savunma haklarını kısıtlayacak, bu hakların eksiksiz kullanımını engelleyecek ve adil yargılanmaya engel olacak yasa kurallarının Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturacağı tartışmasızdır.

Ceza muhakemesinin gayesi maddi gerçeği araştırmaktır. Ceza muhakemesi hukukunda hakikati araştırarak gerçeğe ulaşma, kolektif yargılama yöntemi ile sağlanmaktadır. Kolektif yargılama, hükmün verilmesine, iddia, savunma ve yargılama makamlarının birlikte katılmasını ifade eder. Kolektif yargılama yapmanın metodu, hüküm verme faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirerek, bütün süjelerin birbirlerinin fikirlerini öğrenmeleridir. Mağdur ile şikâyetçi de, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kendilerine tanınan haklar ile diyalektik yargılamanın gerçekleştirilmesine katkıda bulunarak adil bir hükme ulaşılmasını sağlayan ceza muhakemesinin aktif süjeleridir.

Yargılamanın süjelerinden olan mağdur ile şikâyetçinin dosyadaki tutanak ve belgelere ulaşmasına sadece avukatları aracılığı ile olanak verilmesi beklenen adaletin ve yargısal sonucun elde edilmesine engel olacaktır ki bu da hukuk devleti ilkesini zedeleyecektir.

Kovuşturma aşamasında mağdur ile şikâyetçinin dava dosyasındaki tutanak ve belgelerden örnek alması hak arama özgürlüğünün bu bağlamda adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır. Böylece tutanak ve belgelerden örnek alınması mağdur ile şikâyetçiye muhakemenin seyrine yön vermek ve etki etmek olanağını da sağlayacaktır. İtiraz konusu ibare ile mağdur ile şikâyetçinin vekilleri olmaksızın dosyadaki tutanak ve belgelerden örnek alması engellenerek, yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunma, bilgiye ulaşarak muhakemenin gidişatına yön verme haklarının sınırlandırılması hak arama özgürlüğü ile bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 11. ve 141. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan "… vekili aracılığı ile…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 17.5.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	

Esas Sayısı : 2011/58
Karar Sayısı : 2012/70
Karar Günü : 17.5.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Van 3. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 31.1.2007 günlü, 5578 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacılar tarafından açılan tapu iptal ve tescil davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacıların mahkememize sundukları 28.04.2010 tarih havaleli dava dilekçesiyle Van Merkez Kıratlı Köyü köyüstü mevkiinde bulunan 148 nolu parselde 1/2 hissenin davalı adına kayıtlı iken 1/2 hissesini ...'a, 180 nolu parseldeki 1/2 hissesini de ...'a sattığını, satış bedelinin nakden, tamamen ve peşin olarak ödendiğini aradan 2 yıl geçmesine rağmen tapuda devir yapamadıklarından bahisle 148 nolu parseldeki ... adına kayıtlı 1/2 hissenin ... , 180 nolu parseldeki ... adına kayıtlı 1/2 hissenin ... adına tapuya tesciline karar verilmesi istemiyle mahkememize dava açılmış olmakla dosya incelendi;

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ :

Davacıların mahkememize sundukları 28.04.2010 tarih havaleli dava dilekçesiyle Van Merkez Kıratlı Köyü köyüstü mevkiinde bulunan 148 nolu parselde 1/2 hissenin davalı adına kayıtlı iken 1/2 hissesini ...'a, 180 nolu parseldeki 1/2 hissesini de ...'a sattığını, satış bedelinin nakden, tamamen ve peşin olarak ödendiğini aradan 2 yıl geçmesine rağmen tapuda devir yapamadıklarından bahisle 148 nolu parseldeki ... adına kayıtlı 1/2 hissenin ..., 180 nolu parseldeki ... adına kayıtlı 1/2 hissenin ... adına tapuya tesciline karar verilmesi istemiyle mahkememize açılan davada davalı 22.06.2010 tarihli duruşmada davayı kabul etmesine rağmen mahkememizce dava konusu taşınmazlarda 25.03.2011 tarihli keşifte dinlenen Ziraat Yüksek Mühendisi'nin Mahkememize sunduğu 18.04.2011 tarih havaleli bilirkişi raporunda dava konusu taşınmazların mutlak tarim arazi vasfında olduğunu belirttiği, buna göre Mahkememizce dava konusuyla ilgili uygulanması gereken 31/01/2007 tarih ve 5578 sayılı Yasanın 2. maddesi ile değişik 03/07/2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinin 3. fıkrası ve 8. maddesinin 4. fıkrasının Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk Devleti, 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, 11. maddesi, 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İnsan Hakları Ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye ek protokolün 1. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkının korunması ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılması sonucunda;

USULİ İNCELEME:

Davacıların Mahkememize sundukları 28.04.2010 tarih havaleli dava dilekçesiyle Van Merkez Kıratlı Köyü köyüstü mevkiinde bulunan 148 nolu parselde 1/2 hissenin davalı adına kayıtlı iken 1/2 hissesini ...'a, 180 nolu parseldeki 1/2 hissesini de ...'a sattığını, satış bedelinin nakden, tamamen ve peşin olarak ödendiğini aradan 2 yıl geçmesine rağmen tapuda devir yapamadıklarından bahisle 148 nolu parseldeki ... adına kayıtlı 1/2 hissenin ..., 180 nolu parseldeki ... adına kayıtlı 1/2 hissenin ... adına tapuya tesciline karar verilmesi istemiyle Mahkememize açılan davanın Anayasanın 152/1. maddesi gereğince bakılmakta olan dava olması nedeni ile Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir.

İPTALİ İSTENEN YASALARIN İLGİLİ MADDELERİ:

31/01/2007 tarih ve 5578 sayılı Yasanın 2. maddesi ile değişik 03/07/2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinin 3. fıkrası ve 8. maddesinin 4. fıkraları.

Madde 8- (Değişik madde: 31/01/2007-5578 S.K/2.mad)

3. fıkra "Belirlenen parsel büyüklüğü; mutlak tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektardan küçük olamaz. Tarım arazileri bu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez veya küçük parsellere ayrılamaz. Ancak çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak istekleri olan bitkilerin yetiştiği yerler ile seraların bulunduğu alanlarda, yörenin arazi özellikleri daha küçük parsellerin oluşmasını gerekli kıldığı takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir."

4. fıkra "Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünemez. Bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, bu araziler ifraz edilemez, payları üçüncü şahıslara satılamaz, devredilemez veya rehnedilemez. Bu araziler hakkında 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun özgülemeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır." hükmü yer almaktadır.

1982 ANAYASANIN İLGİLİ HÜKÜMLERİ:

Anayasanın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 10. maddesinde "herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 11. maddesinde "Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." hükmü yer almaktadır.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası "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." hükmü yer almaktadır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNİN İNSAN HAKLARI VE ANA HÜRRİYETLERİ KORUMAYA DAİR SÖZLEŞMEYE EK PROTOKOLÜN 1. MADDESİ:

"Her hakiki veya hükmi şahıs mallarının masuniyetine riayet edilmesi hakkına maliktir. Herhangi bir kimse ancak âmme menfaati icabı olarak ve kanunun derpiş eylediği şartlar ve devletler hukukunun umumi prensipleri dâhilinde mülkünden mahrum edilebilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, emvalin umumi menfaate uygun olarak istimalini tanzim veya vergilerin veyahut sair mükellefiyetlerin veyahut da para cezalarının tahsili için zaruri gördükleri kanunları yürürlüğe koymak hususunda malik bulundukları hukuka halel getirmez." hükmü yer almaktadır.

MEVZUAT YÖNÜNDEN ESASTAN İNCELEME:

1982 Anayasasının 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesi kapsamında hukuk devleti ilkesi, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun davranan, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Bu nedenle devlet Anayasa'da ve İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi kapsamında düzenlenen mülkiyet hakkını güvence altına almakla yükümlüdür.

Anayasanın l0. 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 karşısında mevcut yasal düzenlemeler yapılırken mülk sahipleri açısından eşitsizlik yaratacak bir durum ortaya çıkarmamalıdır.

Anayasanın 11. maddesine göre "Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarının, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." hükmü gereğince mevcut kanunların Anayasada ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi kapsamında düzenlenen ve güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal edici nitelikte olmamalıdır.

Anayasanın 35. maddesinde "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." hükmü nedeniyle mülkiyet hakkının kullanımını sınırlandıran kanunların mülkiyet hakkının kullanılmasını tamamen engelleyecek nitelikte olmamalı, mülkiyet hakkını sınırlandıran tedbirlerin toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge gözetmesi şarttır. Bireysel mülk sahibini "bireysel ve aşırı bir yük" altına sokmamalıdır.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası gereğince "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." hükmü nedeniyle mevcut yasaların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolün l. maddesi mülkiyet hakkını güvence altına alan hükmüne aykırı olmamalı, kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki orantılılık ilkesi gözetmeli, müdahale keyfi olmamalı ve hukuka uygun bir şekilde yapılmalıdır.

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ 1 NO'LU EK PROTOKOLÜN 1. MADDESİ KAPSAMINDA MÜLKİYET HAKKI VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ UYGULAMALARI:

Avrupa, İnsan Hakları Sözleşmesi 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gibi diğer uluslararası insan hakları belgeleri de, mülkiyet hakkını tanımaktadırlar. Bununla birlikte İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine hukukî bağlayıcılık kazandıran ne Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi ne de Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi mülkiyetin korunmasına ilişkin herhangi bir özel hüküm getirmemektedirler. Benzer bir şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") metni kaleme alınırken devletler bu konuda herhangi mutabakata varamamışlardır. Nihayetinde birinci protokol tarafından kabul edilen bu formül, devletlere bu hakla birlikte daha geniş bir müdahale etme yetkisi tanıyarak oldukça nitelikli bir mülkiyet hakkı sağlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Mahkeme") ilk defa Marckx Belçika'ya karşı davasında 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesini Belçika kanunlarının gayrimeşruluğu bağlamında değerlendirerek şu sonuca varmıştır:

"1. madde herkesin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkını tanıyarak, mülkiyet hakkını esastan güvence altına almaktadır. Bu açık anlam "mal ve mülk" ve "mülkiyetin kullanımı" (Fransızcada "biens", "propriete", "usage des biens") kavramlarından çıkarılmaktadır, "travaux preparatories" kavramıda bunu çok açık bir şekilde teyit etmektedir: Taslağı hazırlayanlar şu anki 1. maddenin ilk tasarısında "mülkiyetin hakkı" veya "mülkiyet hakkı" kavramlarını kullanmışlardır. Aslında, birinin mülkiyetini kullanma hakkı mülkiyet hakkının geleneksel ve temel boyutunu oluşturmaktadır."

Mahkeme bu kararında 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin kapsamını tanımlamıştır.

Mahkeme, bu maddeyi yalnızca hali hazırda mevcut bulunan mal ve mülklere uygulamakta ve "mal ve mülk elde etme hakkının garanti altına almadığını belirtmektedir." 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi, özel ve tüzel kişilere ait mal ve mülke Devlet tarafından yapılabilecek herhangi bir keyfi müdahaleye karşı korumaktadır. Öte yandan bu madde devlete özel ve tüzel kişilere ait olan mülkiyetleri yasalarda belirtilen koşullar altında kullanma ve hatta bu kişileri bunlardan mahrum etme hakkını da tanımaktadır. Sözleşme kurumlarının mülkiyet hakkına yapılacak olan herhangi bir müdahalenin genel veya kamu yararı sağlamak amacıyla yapılıp yapılmadığından emin olmaları gerekmektedir. Özellikle, kamu otoriteleri mülkiyetin kullanımını vergilerin veya diğer harçların veya ceza ödemelerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla kontrol edebilir. Kamu yararı ile bireysel yarar arasındaki orantılılık ilkesini gözetmek üzere müdahalenin keyfi olmaması ve hukuka uygun bir şekilde yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte müdahalenin gerekliliğine ilişkin olarak mahkeme ve eski Avrupa İnsan Hakları Komisyonu genelde Devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadırlar.

1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi mülkiyetin malikten alınması veya diğer müdahaleler için herhangi bir tazminat hakkını açıkça düzenlememekle birlikte uygulamada dolaylı olarak bunu gerekli kılmaktadır (Holy Monasteries-Kutsal Manastırlar- Yunanistan'a karşı davası). Yalnızca Almanya'nın birleşimi gibi istisnai durumlarda olduğu gibi tazminat ödenmemesi haklı gösterilebilir (Jahn ve diğerleri Almanya'ya karşı davası). 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi gerçek kişiler arasındaki sözleşme temelindeki doğal ilişkiyi dikkate almaktadır. Bu nedenle, bir mahkeme bireyin mülkünü başka birisine teslim etmesine hükmedebilir. Örneğin, sözleşmeler hukuku (uygulama sırasında mülke el konulması ve mülkün satılması), haksız fiil veya aile hukuku (miraslı malların, evlilik yoluyla elde edilmiş mülkün bölüşülmesi) ilgili uygulanabilecek yasalar genel olarak 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin kapsamı dışında kalmaktadır. Ancak, bireyler arasındaki mülkiyete ilişkin hukukî ilişkilerin etkisi belirlenirken sözleşme organlarının kanunun bir kişinin keyfi ve haksız olarak mülkünden mahrum bırakılarak bu mülkün başkasına devredilmesi şeklinde bir eşitsizlik yaratmadığı hususunda emin olması gerekmektedir. Bununla birlikte, belirli durumlarda, Devlet gerçek kişilerin hareketlerini düzenlemek için müdahalede bulunma yükümlülüğü altında olabilir. Neticede, 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi genel olarak Devletlerin kendilerinin mülkiyet hakkına yapmış olduğu müdahalelerde veya üçüncü bir tarafın bunu yapmasına izin verdiği hallerde uygulanmaktadır.

MÜLKİYET HAKKININ KAPSAMI:

1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin ihlali ancak söz konusu ihlalin bu madde anlamında kendi "mülkiyetine" yönelik olduğu durumlarda ileri sürülebilir. "Mal ve mülk" kavramı iç hukuktaki resmi tanımdan bağımsız olarak özerk bir anlama sahiptir. "Mal ve mülk" kavramının mahkeme kararlarında çok geniş yorumlandığı iddia edilmektedir. Zira bu hak sadece mülkiyet hakkını içine almamakta ayrıca hisseler, patentler, tahkim kararları, emeklilik maaşı hakkı, kira hakları gibi bütün maddi hakları kapsamaktadır. Ve hatta bu haklar bir mesleği icra etmekten de kaynaklanıyor olabilmektedir. Bu geniş yorumlama 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin Fransızca olan versiyonunda yer alan "biens" kelimesinin kullanılması ile zorunlu bir hale gelmiştir. Fransız hukuk terminolojisinde "biens" kavramı bütün miras yoluyla geçen hakları (örneğin maddi haklar) ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bunu söylemek çok şaşırtıcı olmamalıdır. Zira gayrimenkul ve menkul mal sahipliğinden başka örneğin hisse, telif hakları, kesinleşmiş tahkim kararları ve bir sözleşmeden doğan kiralama hakkına sahip olmak da 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi anlamında "mal ve mülk"tür. Ancak, bu madde kapsamında sağlanan koruma söz konusu iddia belirli bir mülke dayanmadıkça uygulanmamaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi mülk edinme hakkını garanti altına almamaktadır.

DEVLETİN NEGATİF VE POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ:

1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi kapsamındaki mülkiyet hakkına saygı zorunluluğu negatif ve pozitif her iki yükümlülüğü de kapsamaktadır. Bu hükmün asıl hedefi bireyi devlet tarafından kendi mal ve mülküne yapılacak olan haksız müdahaleler karşısında korumaktır (negatif yükümlülük). Negatif yükümlülük hususu örneğin mülke elkonulması veya mülkün tahrip edilmesi kadar planlanmış sınırlamalar, kira kontrolleri ve mülkün geçici süreyle elde tutulması durumlarını da içine alarak gündeme gelmektedir. Pressos Compania Naviera SA ve diğerleri Belçika'ya karşı davasında, ilgili devletin başvurucunun mevcut şikâyetlerini geriye yürüyen yasayla ortadan kaldırmak noktasında sorumlu olduğu kararına varılmıştır.

Öte yandan, Sözleşmenin 1. maddesi uyarınca, hakkın etkili kullanımını güvence altına alan 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi sadece Devletin müdahale ile ilgili yükümlülüklerine bağlı değildir. Fakat ilgili madde özellikle devletten

başvurucunun mal ve mülkünü etkili kullanması ile otoritelerden meşru beklentileri arasındaki doğrudan bir bağlantıyı koruyacak pozitif önlemleri almasını talep edebilir.

MÜLKİYET HAKKININ İÇERİĞİ:

1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi üç farklı kuralı kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu değerlendirme ilk olarak bu madde ile ilgili en önemli mahkeme kararlarından biri olan Sporrong ve Lönnroth İsveç'e karşı davasında ortaya konulmuştur. Bu kurallar şu şekilde tanımlanmıştır... Birinci paragrafın ilk cümlesinde belirtilen ilk kural genel nitelik taşımaktadır ve mülkiyet dokunulmazlığına saygı gösterilmesi ilkesini ortaya koymaktadır; ilk paragrafın ikinci cümlesinde vurgulanan ikinci kural, mal ve mülkten yoksun bırakma konusunu ele alır ve bunu belli koşullara bağlar; üçüncü kural ise ikinci paragrafta belirtildiği üzere Devletlerin diğer hususlar arasında genel yarara uygun olarak gerekli kanunları çıkararak, mülkiyetin kullanımını da kontrol etme hakkına sahip olduğunu kabul eder.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin ihlal edilip edilmediğine karar verirken ilk olarak bu bölüm kapsamına giren bir mülkiyet hakkının (bir mal ve mülkün) mevcut olup olmadığını inceleyecektir. İkinci adım ise bu mülkiyete bir müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmediğini ve son adım ise bu müdahalenin niteliğini incelemek olacaktır (örneğin bu üç kuralın hangisinin uygulanacağı). Bununla birlikte şu da unutulmamalıdır ki bu üç kuralın birbirinden farklı olması birbirleriyle ilgili olmadıkları anlamına gelmemektedir. İkinci ve üçüncü kurallar, belirli durumlardaki mülkiyet dokunulmazlığına müdahale durumlarıyla birlikte dikkate alınmaktadır ve bu yüzden birinci maddede zikredilen genel prensipler ışığında yorumlanmalıdırlar.

MAL VE MÜLK DOKUNULMAZLIĞINA SAYGI GÖSTERİLMESİ (İLK KURAL):

Birinci kuralın genel nitelik taşıdığı ve bireyin mülkiyet hakkına müdahalenin söz konusu olduğu fakat müdahalenin mülkiyetten yoksunluk veya mülkiyetin kullanımının kontrolünün ortaya çıkmadığı her durumu kapsadığı sık sık dile getirilmektedir. Bir durumun bu husus kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine karar verilirken mahkeme normalde ikinci ve üçüncü kuralın uygulanıp uygulanamayacağını belirler ki bu kurallar mal ve mülk

dokunulmazlığına belirli müdahale kategorilerini içermektedirler. Bu kurala ilişkin çok geniş bir yorum yapılmış olsa da diğer iki kuralın uygulanabilirliğine ilişkin beklendiği kadar geniş bir yorum yapılmıştır. Özellikle de mülkiyetin kullanımının kontrolü hakkına ilişkin Sporrong ve Lönnroth İsveç'e karşı davasında mevcut kamulaştırma kurallarının bir sonucu olarak söz konu mülk satılırken değer kaybetmiştir. Bununla birlikte başvurucular mülklerinin maliki olmaya devam etmiş ve istemeleri durumunda mülklerini her an satabilecek durumda olmuşlardır. Davanın bu kısmı bu nedenle mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkını güvence altına alan birinci kural (genel) uyarınca ele alınmıştır.

Stran Greek Rafineries ve Stratis Andreadis Yunanistan'a karşı davasında başvurucunun lehine hükümsüz ve uygulanmaz olan tahkim kurulu kararını öngören mevzuat birinci kural uyarınca ele alınmıştır. Solodyuk Rusya'ya karşı davasında başvurucunun emeklilik maaşı yüksek enflasyon nedeniyle geç ödenmiş ve bunun sonucu olarak ödenen miktarın değeri çok belirgin bir şekilde düşmüştür. Dava bu nedenle genel kural uyarınca incelenmiştir.

MÜLKİYETTEN YOKSUNLUK (İKİNCİ KURAL):

Malikin hukukî haklarının ihlal edilmesi mülkten yoksunluğun esasını oluşturmaktadır. Fakat, daha genel olarak, mahkeme sadece resmi bir kamulaştırmanın yapılıp yapılmadığını veya mülkiyetin kazanımını değil aynı zamanda fiili (de facto) bir kamulaştırmanın yapılıp yapılmadığının tespiti için durumun özgül koşullarını da inceleyecektir. Papamichalopoulos Yunanistan'a karşı davasında başvurucuların değerli arazisi 1967 yılında diktatörlük döneminde devlet tarafından alınarak donanmaya tahsis edilmiş ve donanma da sonradan bu arazide bir donanma üssü inşa etmiştir. Bu tarihten itibaren başvurucu mülkünü etkin bir şekilde kullanamamış ya da satamamıştır. Mahkeme davalı devleti fiili (de facto) kamulaştırmadan ötürü sorumlu tutmuştur.

Brumarescu Romanya'ya karşı davasında başvurucu 1950 yılında ebeveynlerinden alınarak kamulaştırılan evin mülkiyetini ilk derece Mahkemesinden lehine çıkan karara dayanarak geri kazanmıştır. Bunun akabinde, yüksek Mahkeme başvurucunun söz konusu evi artık kullanma hakkının olmadığı gerekçesiyle ilk derece Mahkemesinin kararını bozmuştur. Mahkeme, ilk derece Mahkemesinin kararını 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesi

kapsamında başvurucunun mülkiyet hakkı olarak değerlendirmiş ve davayı bu bölümdeki ikinci kural uyarınca incelemiştir.

MÜLKİYETİN KULLANIMININ KONTROLÜ (ÜÇÜNCÜ KURAL):

Bir tedbir, eğer mülkiyetin kullanımının kontrolünü genel yarar veya "vergilerin veya diğer harçların veya cezaların ödenmesini güvence altına alması" gibi nedenlerle devlete veriyorsa bu kural kapsamına girmektedir.

MÜSAADE EDİLEN KISITLAMALAR-MÜDAHALE:

Yukarıda belirtildiği gibi mülkiyetin korunması hakkı mutlak bir hak değildir. Bu hak 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinde açıkça öngörülmüş kısıtlamalara tabidir. Mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahaleye şu durumlarda izin verilmektedir:

1- Kanun tarafından öngörülmüş olmalı,
2- Kamuyararını amaçlamalı
3- Demokratik bir toplumda gerekli olmalı

Bu her üç şartın da birlikte yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu şartlardan birinin dahi yerine getirilmemiş olması sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelmektedir. Ayrıca, Sözleşmenin 15. maddesinin esasına uygun olarak savaş ve diğer olağanüstü durumlarda devlet mülkiyet dokunulmazlığı hakkına saygı yükümlülüğünü sadece durumun zorunlu kıldığı hallerde askıya alabilir. Bu tedbirler devletin diğer uluslararası belgelerden doğan yükümlülükleriyle çelişik olmamalıdır.

KANUNİLİK İLKESİ:

Mülkiyet hakkına müdahale öncelikle kanunilik ilkesine uygun olmalıdır. Her ne kadar 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin ilk paragrafının ikinci cümlesinde açıkça ifade edilmiş olsa da ("kanunda öngörülmüş şartlara tabi") kanuni katiyet ilkesi demokratik toplumun en temel ilkesi olarak Sözleşmede bir bütün olarak kabul edilmiş ve bu nedenle üç kuraldan hangisi uygulanırsa uygulansın bu şart yerine getirilmelidir. Kanun kavramı Sözleşmede özerk bir anlama sahiptir. "Kanun" sadece resmi anlamda bir kanunu ifade etmemektedir. Bu kavram aynı zamanda başka bir kanunu (örneğin tüzük), Anayasa, devletin

taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Topluluğu hukukunu da kapsamaktadır. Hukukî işlem için sadece mülkiyet dokunulmazlığına saygı yükümlülüğüyle ilgili olarak devletin iç hukuk anlamında resmi bir hukukî kaynak ile sınırlandırılmış olması yetmez. Bunun yanı sıra keyfi muamelelere karşı bu sınırın belirli nitelik belirleyici karakterlere sahip olması ve uygun yasal güvencelerinin bulunması gerekmektedir.

Örneğin James Birleşik Krallığa karşı davasında Mahkeme şu görüşümü yinelemiştir. ... tutarlı bir şekilde karara varılmıştır ki sözleşmede geçen "kanun" veya "kanunilik" terimleri sadece iç hukuku ifade etmemekte ayrıca kanunun nitelik olarak hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşır olması anlamına gelmektedir.

Buna göre, kanunun erişilebilir (yayınlanmış) olması ve kanunun bölümlerinin, eylemin neticelerinin belirli bir işlemi gerektireceği ve hareketlerini düzenleyeceği şartlara göre ilgili kişiler tarafından makul bir dereceye kadar öngörülebilmelerini sağlayacak kesin ve açık bir dille ifade edilmiş olması gerekmektedir. Bu durum kanunların uygulanmasında gerekli olan yorumu dışta bırakacak bütün bir kesinliği gerektirmemektedir. Mamafih, söz konusu hukukî belgenin içeriğine, kapsadığı alana, hitap ettiği kişilerin sayı ve statülerine göre değişebilen öngörülebilirlik belirli bir dereceye kadar gerekmektedir. Mahkemenin mülkiyet hakkına müdahalenin kanuna uygun olmadığına karar verdiği durumlarda devletin amacının meşruluğunu veya orantılılık ilkesini dikkate alması gerekmemektedir. Böylesi bir durumda otomatik olarak 1 No'lu Ek Protokolün 1. maddesinin ihlali söz konusu olacağından mahkeme böylesi bir haksız müdahalenin meşru bir amaca hizmet edip etmediğini ya da orantılı olup olmadığını değerlendirmeyecektir.

GENEL YARAR:

Bunun yanı sıra bireyin mülküne yapılan kanuni müdahalenin genel (kamu) yararı içindeki meşru bir amaca hizmet nedeniyle bu işlemi haklı gösteren hukukî geçerlik nedenlerinin ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu yükümlülüğün mülkiyetten yoksunluk ("kamu yararı") ve mülkiyetin kullanımının kontrolü ("genel yarar") ile ilgili bağlantısı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Mamafih, hangi kural uyarınca olursa olsun mülkiyet hakkına yapılan müdahale kamu (veya genel) yararına hizmet amacıyla yapılıyor olmak kuralına uymalıdır. "Kamu yararı" kavramı niteliği gereği kapsamlı bir kavramdır. Zira yerel

makamlar kendi toplumlarını ve onların ihtiyaçlarını daha iyi tanımakta ve bu nedenle Mahkemeden daha iyi bir şekilde kamu yararını tanımlayabilecek durumdadırlar. Mahkeme bu nedenle karar açık bir şekilde makul bir temelden mahrum olmadıkça yerel makamların neyin "kamu yararına" olduğu konusundaki kararına saygı göstermektedir.

ORANTILILIK:

Mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahale eden bir tedbirin meşru bir amacın gerçekleştirilmesi hedefiyle demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Bu tedbirin toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge gözetmesi şarttır. Böylesi adil bir denge bireysel mülk sahibinin "bireysel ve aşırı bir yük" altına sokulduğu durumlarda gerçekleşmiş olmayacaktır. Bununla birlikte, ülkelerine şekil veren sosyal süreç ile olan doğrudan temasları dikkate alınarak devlet yetkililerinin müdahalenin gerekliliği ve zarureti varlığına yaklaşımları konusunda daha iyi bir yerde olduklarını düşünerek Mahkeme taraf devletlere yaygın ifadesiyle "takdir yetkisi" gibi belirli bir ölçümleme ve uyarlama yetkisi vermektedir. Bu nedenle belirli bir amacın gerçekleştirilmesi amacıyla seçilen tedbire göre sözleşmede güvence altma alınan hakları daha az kısıtlayan bir tedbirin bulunması halinde her iki tedbir de devletlerin takdir yetkisi kapsamında olduğu sürece prensip olarak sözleşmenin ihlali söz konusu olmayacaktır. Öte yandan, Mahkeme müdahalenin hizmet edilen amaca uygun olarak orantılı olup olmadığını incelerken alternatif çözümlerin varlığını da dikkate alarak karar verecektir. Takdir yetkisi ayrıca Mahkemenin Sözleşmede güvence altına alınan hakların gerçekleştirilmesindeki ikincil rolünden de kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, bu yetki sınırsız değildir fakat sözleşmece öngörülen mahkemenin tetkiki ile el ele gitmektedir. Bu yüzden mahkeme devletlerin aldıkları tedbirleri sorgulamaktan kaçınmayacak ve söz konusu tedbirleri takdir yetkisi kapsamında görmeyecektir. Bu eleştirinin kapsamı davanın şartlarına, Sözleşmece güvence altına alınan hakların niteliğine, müdahalenin yoğunluğu kadar müdahale ile amaçlanan meşru amaca göre değişecektir. Hentrich Fransa'ya karşı davasında başvurucu bir miktar arsa satın almış ve bunun akabinde devlet makamları bu arazi üzerindeki şufa haklarını kullanmak istemişlerdir. Devlet tarafı söz konusu davadaki kamu yararının vergi kaçakçılığının önlenmesi olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme ilk olarak devlet tarafından şufa hakkının keyfî bir şekilde ve seçerek uygulanmasının yanı sıra öngörülebilirlikten uzak olduğu sonucuna varmıştır. Değerlendirmenin ardından Mahkeme başvurucunun seçilmiş bir

mağdur olarak bireysel ve aşırı bir yük ile sıkıntıya sokulduğu sonucuna varmış ve bu tedbirlerin eğer başvurucuya aleyhinde alınan tedbirlere karşı etkili bir itiraz hakkı tanınmış olsaydı-ki başvurucuya tanınmamıştır- meşru kabul edilebileceğine hükmetmiştir. Mülkiyet hakkının korunması ve kamu yararı arasında gözetilmesi gereken adil denge bu nedenle zarar görmüştür.

İPTALİ İSTENEN KANUN KAPSAMINDA ESASTAN İNCELEME:

31/01/2007 tarih ve 5578 sayılı Yasanın 2. maddesi ile değişik 03/07/2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinin *3. fıkrasına göre* "Belirlenen parsel büyüklüğü; mutlak tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektardan küçük olamaz. Tarım arazileri bu büyüklüklerin altında ifraz *edilemez, bölünemez veya küçük parsellere ayrılamaz.* Ancak çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak istekleri olan bitkilerin yetiştiği yerler ile seraların bulunduğu alanlarda, yörenin arazi özellikleri daha küçük parsellerin oluşmasını gerekli kıldığı takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir. *4. fıkrasında ise* "Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünemez. Bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, *bu araziler ifraz edilemez, payları üçüncü şahıslara satılamaz, devredilemez veya rehnedilemez.* Bu araziler hakkında 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun özgülemeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır." hükümleri nedeniyle davacılar bedelini peşin ödedikleri ve zilyetliğini devralarak fiilen ekip biçtikleri ve kullandıkları taşınmazlardaki 1/2 hisseyi kendi adlarına tescil ettirememektedirler.

Bu hükümlere göre mahkememiz dosyasında davaya konu Van Merkez Kıratlı Köyü köyüstü mevkiinde bulunan 148 nolu parsel ve 180 nolu parselin mutlak tarım arazisi olmaları nedeniyle taşınmazlardaki *ifraz, bölünme, küçük parsellere ayrılma, payların üçüncü şahıslara satılması, devredilmesi ve rehnedilmesi, yasaklanmıştır.* Özellikle dünyadaki son yirmi yıldaki ekonomik gelişmeler ve özelleştirme uygulamaları dikkate alındığında devletin stratejik öneme sahip limanlar, iletişim ve haberleşme şirketleri, çok büyük kapasiteli fabrikalar, arsalar, kurumlar özel şahıslara satılırken, devletten çok birey ön plana çıkarılırken ekonomik ve stratejik öneme sahip olmayan bir köy yerinde bulunan

mutlak tarım arazisi niteliğindeki ve 2 hektar (20000 m2) altındaki taşınmazdaki ifraz, bölünme, küçük parsellere ayrılma, payların üçüncü şahıslara satılması, devredilmesi ve rehnedilmesini yasaklamak birbiriyle çelişen uygulamalardır. Bu durum yukarıda açıklanan mülkiyet hakkına müdahale edilirken bu müdahale kanun tarafından öngörülmüş olma, kamu yararını amaçlama ve demokratik bir toplumda gerekli olma koşullarına aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca bu şekilde mal ve mülk dokunulmazlığı hakkına müdahale eden bir tedbirin meşru bir amacın gerçekleştirilmesi hedefiyle demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir. Bu tedbirin toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge gözetmesi şarttır. Böylesi adil bir denge bireysel mülk sahibinin "bireysel ve aşırı bir yük" altına sokulduğu durumlarda gerçekleşmiş olmayacaktır. İptali talep edilen 31/01/2007 tarih ve 5578 sayılı Yasanın 2. maddesi ile değişik 03/07/2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinin 3. fıkrası ve 4. fıkrasındaki düzenleme ve yasaklamalar mülk sahibini bireysel ve aşırı yük altına sokmuş ve toplumun genel yararının gerekleri ve bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge kurulması noktasında mülk sahibi aleyhine sonuç doğurmuş ve bu denge mülk sahibi aleyhine bozulmuş olmaktadır. Bu nitelikteki düzenleme ile müdahale hizmet edilen amaca uygun olarak orantılı olduğu söylenemez, iptali istenen kanun kapsamına girmeyen, özellikle imar planı içerisinde kalan, ekonomik ve stratejik olarak çok daha büyük öneme sahip taşınmazlar yönünden böyle bir kıstlama ve müdahale yok iken ekonomik ve stratejik öneme sahip olmayan bir köy yerinde bulunan taşınmazlara bu nitelikteki yasaklama ve müdahale mülk sahipleri acısından Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Bu kanun uygulandığında mülkiyet hakkının açıkça ihlal edilmesi nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde devletimizin tazminata mahkum edilmesi sonucu doğuracağı kuşkusuzdur.

Yukarda açıklanan gerekçelerle 31/01/2007 tarih ve 5578 sayılı Yasanın 2. maddesi ile değişik 03/07/2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinin 3. fıkrası ve 8. maddesinin 4. fıkrasının Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Hukuk Devleti, l0. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, 11. maddesi, 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek protokolün 1. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkının korunması ilkesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından iptalinin gerektiği anlaşılmakla, iptali için başvurmak gerekmiştir.

GEREĞİ DÜŞÜNÜLDÜ : Gerekçesi Yukarıda Açıklandığı Üzere;

1- Buna göre; davaya konu olan 31/01/2007 tarih ve 5578 sayılı Yasanın 2. maddesi ile değişik 03/07/2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8. maddesinin 3. fıkrası ve 8. maddesinin 4. fıkrasının Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Hukuk Devleti, l0. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi, 11. maddesi, 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmeye Ek protokolün 1. maddesinde belirtilen mülkiyet hakkının korunması ilkesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından İPTALİNE KARAR VERİLMEK ÜZERE DOSYANIN ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

2- 1982 Anayasasının152/1- son cümlesi gereğince Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın GERİ BIRAKILMASINA,

3- 1982 Anayasasının 152/1-son cümlesi gereğince 152/3. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere 5 ay içerisinde karar vermediği takdirde davanın yürürlükteki kanun hükmüne göre sonuçlandırılmasına,

Dair, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 31.1.2007 günlü, 5578 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu kuralları da içeren 8. maddesi şöyledir:

"**Madde 8 – (Değişik: 31/1/2007-5578/2 md.)**

Tarım arazileri; doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri Bakanlık tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılır. Ayrıca Bakanlık tarım arazilerinin korunması, geliştirilmesi ve kullanımı ile ilgili farklı sınıflandırmalar yapabilir.

Tarımsal faaliyetin ekonomik olarak yapılabildiği en küçük alana sahip ve daha fazla küçülmemesi gereken yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsel büyüklüğü, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirlenir. Belirlenen küçüklüğe erişmiş tarımsal araziler miras hukuku bakımından bölünemez eşya niteliğini kazanmış olur. Tarımsal arazinin bu niteliği tapu kütüğüne şerh edilir.

Belirlenen parsel büyüklüğü; mutlak tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektardan küçük olamaz. Tarım arazileri bu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez veya küçük parsellere ayrılamaz. Ancak çay, fındık, zeytin gibi özel iklim ve toprak istekleri olan bitkilerin yetiştiği yerler ile seraların bulunduğu alanlarda, yörenin arazi özellikleri daha küçük parsellerin oluşmasını gerekli kıldığı takdirde, Bakanlığın uygun görüşü ile daha küçük parseller oluşturulabilir.

Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünemez. Bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, bu araziler ifraz edilemez, payları üçüncü şahıslara satılamaz, devredilemez veya rehnedilemez. Bu araziler hakkında 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun özgülemeye ilişkin hükümleri kıyasen uygulanır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 35. maddelerine dayanılmış, 13. ve 44. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Haşim KILIÇ, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Serruh KALELİ, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI ve Erdal TERCAN'ın

katılımlarıyla 9.6.2011 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuran Mahkemenin bakmakta olduğu dava, tapu iptal ve tescil davası olup, davaya konu taşınmazlar mutlak tarım arazileridir. Ayrıca, özgülemeye ilişkin hükümlerin uygulanması konusunda bir talep de bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının son cümleleri bakılmakta olan davada uygulanacak kurallar değildir.

Bu nedenle;

A- 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 31.1.2007 günlü, 5578 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinin;

1- Üçüncü fıkrasının son cümlesinin,

2- Dördüncü fıkrasının son cümlesinin,

İtiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümlelere ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddine,

B- Dosyada eksiklik bulunmadığından, 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 31.1.2007 günlü, 5578 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinin;

1- Üçüncü fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin,

2- Dördüncü fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin,

Esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE, karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- İtiraz Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamı

İtiraz konusu kuralları da içeren 5403 sayılı Kanun'un 8. maddesi tarım arazilerinin sınıflandırılması ve arazi parsel büyüklüklerinin belirlenmesi ile ilgili hükümleri içermektedir.

5403 sayılı Kanun'un sekizinci maddesinin birinci fıkrasında; tarım arazilerinin doğal özellikleri ve ülke tarımındaki önemine göre, nitelikleri Bakanlık tarafından belirlenen mutlak tarım arazileri, özel ürün arazileri, dikili tarım arazileri ve marjinal tarım arazileri olarak sınıflandırılacağı, ayrıca Bakanlığın tarım arazilerinin korunması, geliştirilmesi ve kullanımı ile ilgili farklı sınıflandırmalar yapabileceği hüküm altına alınmıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise, tarımsal faaliyetin ekonomik olarak yapılabildiği en küçük alana sahip ve daha fazla küçülmemesi gereken yeter büyüklükteki tarımsal arazi parsel büyüklüğünün, bölge ve yörelerin toplumsal, ekonomik, ekolojik ve teknik özellikleri gözetilerek Bakanlık tarafından belirleneceği, belirlenen küçüklüğe erişmiş tarımsal arazilerin, miras hukuku bakımından bölünemez eşya niteliğini kazanacağı, tarımsal arazinin bu niteliğinin de tapu kütüğüne şerh edileceği belirtilmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrasının itiraz konusu birinci ve ikinci cümlelerinde, belirlenen parsel büyüklüklerinin; mutlak tarım arazileri ve özel ürün

arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarımı yapılan arazilerde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektardan küçük olamayacağı, tarım arazilerinin bu büyüklüklerin altında ifraz edilemeyeceği, bölünemeyeceği veya küçük parsellere ayrılamayacağı öngörülmektedir.

Maddenin dördüncü fıkrasının itiraz konusu birinci ve ikinci cümlelerinde ise, Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazilerinin, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünemeyeceği, bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, bu arazilerin ifraz edilemeyeceği, paylarının üçüncü şahıslara satılamayacağı, devredilemeyeceği veya rehnedilemeyeceği ifade edilmektedir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kurallarla getirilen yasaklamaların mülk sahibini bireysel ve aşırı yük altına soktuğu ve toplumun genel yararının gerekleri ile bireylerin temel haklarının gerekleri arasında adil bir denge kurulması noktasında mülk sahibi aleyhine sonuç doğurduğu, düzenlemenin hizmet edilen amaca uygun olarak orantılı olmadığı, itiraz konusu kuralların kapsamına girmeyen özellikle imar plânı içerisinde kalan taşınmazlar yönünden böyle bir müdahale yok iken, tarım arazilerinde böyle bir yasaklamanın olmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiği, bu nedenle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 13. ve 44. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

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

Anayasa'nın 35. maddesinde herkesin, mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır.

Anayasa'nın 44. maddesinde; *"Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tespit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz. Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilmez ve ancak dağıtılan çiftçilerle mirasçıları tarafından işletilebilir. Bu şartların kaybı halinde, dağıtılan toprağın Devletçe geri alınmasına ilişkin esaslar kanunla düzenlenir"* denilmektedir.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun birinci maddesinde Yasa'nın amacının; toprağın doğal veya yapay yollarla kaybını ve niteliklerini yitirmesini engelleyerek korunmasını, geliştirilmesini ve çevre öncelikli sürdürülebilir kalkınma ilkesine uygun olarak, plânlı arazi kullanımını sağlayacak usûl ve esasları belirlemek olduğu, ikinci maddesinde ise Yasa'nın; arazi ve toprak kaynaklarının bilimsel esaslara uygun olarak belirlenmesi, sınıflandırılması, arazi kullanım plânlarının hazırlanması, koruma ve geliştirme sürecinde toplumsal, ekonomik ve çevresel boyutlarının katılımcı yöntemlerle

değerlendirilmesi, amaç dışı ve yanlış kullanımların önlenmesi, korumayı sağlayacak yöntemlerin oluşturulmasına ilişkin sorumluluk, görev ve yetkilerin tanımlanması ile ilgili usûl ve esasları kapsadığı belirtilmiştir.

Anayasa, yasa koyucuya, toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda tarımsal alanlarda düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Bu bağlamda, yasa koyucu tarafından tarım alanlarının korunması ve amacına uygun olarak kullanılmasını sağlamak için 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu çıkarılmış bulunmaktadır. İtiraz konusu kuralların da, tarım arazilerinin miras veya diğer sebeplerden dolayı bölünmesinin ve tarımsal yapının bozulmasının önlenmesi, tarım alanlarında meydana gelen kayıpların engellenmesi, parçalı araziler için harcanan emek, zaman ve masrafların azaltılması, tarım yapılmasının kolaylaştırılması ve tarımsal işletmelerin ekonomiye kazandırılması için kamu yararı amacıyla getirildiği anlaşılmaktadır. Bu düzenlemeler de Anayasal sınırlar içinde yasa koyucunun takdirinde olup, Anayasa'nın 44. maddesi uyarınca Devlet'e verilen görevin yerine getirilmesinin sağlanması amacına yöneliktir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*" denilmiştir.

İtiraz konusu kuralların mülkiyet hakkının sınırlanması sonucunu doğurduğu açıktır. Ancak, işin niteliğinden kaynaklanan bu sınırlamanın, yukarıda belirtilen gerekçeler göz önüne alındığında kamu yararına olduğu kuşkusuzdur. Diğer yandan, tarım arazilerinin tek bir kişiye ait olması halinde üçüncü kişilere satılması, devredilmesi veya rehnedilmesi mümkün bulunmaktadır. Bölünemez büyüklükte ve birlikte mülkiyet halinde ise paydaşların veya iştirakçilerin tamamının birlikte katılımı halinde taşınmaz satılabilecek, devredilebilecek veya rehnedilebilecektir. Bu nedenle, sınırlamadan beklenen kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir dengeyi sağlayan itiraz konusu kuralların ölçülü ve orantılı olmadığından söz edilemez.

Ayrıca, tarım arazilerinin malikleri ile diğer taşınmazların malikleri aynı hukuksal konumda olmadıklarından, bunların farklı kurallara tabi tutulmaları Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Öte yandan, itiraz konusu 8. maddenin dördüncü fıkrasının ilk cümlesinde, Bakanlığın uygun görüşü ile kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan tarım arazilerinin, belirlenen büyüklükteki parsellerden daha küçük parçalara bölünebilmesine imkân tanınmaktadır. Ancak Bakanlık, kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan tarım arazilerinin bölünebilmesine ilişkin uygun görüşünü, 5403 sayılı Kanun'un amacını, Kanun'un tarım arazilerinin amaç dışı kullanımı ile ilgili hükümler içeren 13. ve diğer maddelerini değerlendirerek belirleyecek, Kanun'un amacına ve kurallarına uymayan durumlarda uygun görüş vermeyecektir. Bu konudaki hükümler de, 5403 sayılı Kanun'da açık, belirli ve net bir şekilde belirtildiğinden kural, Anayasa'ya aykırı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2., 10., 13., 35. ve 44. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 11. maddesi ile bir ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun, 31.1.2007 günlü, 5578 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinin, üçüncü ve dördüncü fıkralarının birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 17.5.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	

Esas Sayısı : 2011/136
Karar Sayısı : 2012/72
Karar Günü : 17.5.2012

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Kestel Asliye Hukuk Mahkemesi (Aile Mahkemesi Sıfatıyla)

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…süresiz olarak…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Daha önce davalı lehine hükmedilen yoksulluk nafakasının iptali ile tamamen kaldırılması talebiyle açılan davada itiraz konusu kuralda yer alan "… süresiz olarak…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Dava dosyamızda, davacı vekilince tarafların daha önce Bursa 1. Aile Mahkemesi'nin 2007/1093 esas, 2009/224 karar sayılı ve 24.10.2007 tarihli kararı ile boşanmalarına karar verildiği aynı karar ile 250 TL davalı kadın yararına yoksulluk nafakasına hükmedildiği, bu kararın esasında bir haksızlık olduğu, davalının kötü niyetli olduğu evvelinden beri sigortasız olarak çalıştığı ve muhtaç durumda olmadığı halde lehine yoksulluk nafakasına hükmedildiği, davacının bunu düzenli olarak ödediği, davacının BAĞKUR emekli maaşı aldığı ve başkaca geliri olmadığı kendisinin dahi geçim sıkıntısı içinde olduğu anlatılarak nafakanın kaldırılması talep edilmiştir.

Mahkememizce 17.11.2011 tarihli celsede Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesinin 1. fıkrasında boşanmada eşler lehine hükmedilecek yoksulluk nafakasının sürekli olmasını açıklayan 'süresiz' ibaresinin Anayasaya aykırılığı düşüncesi ile iptali talebi ile mahkemenize başvuru yapılmasına karar verilmiştir.

Dava dosyamızda davacı aleyhine daha önce Bursa 1. Aile Mahkemesi'nce 2007/1093 esas, 2009/224 karar sayılı karar ile bağlanan nafakanın kaldırılması dava edilmekte olup Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesinin 2. fıkrası davada uygulanacak kanun hükümlerindendir.

Anayasaya aykırılık düşüncemizi ana hatları ile şu şekilde açıklamak isteriz:

Türk Medeni Kanunu'nun 'Yoksulluk nafakası' başlıklı 175. maddesinin 1. fıkrasında 'Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir.' denilmekte, 2. fıkrasında ise 'Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz' denilmektedir.

Kanun maddesinde nafakaya hangi hallerde hükmedileceği, davacı ve davalının ekonomik durumlarının ne şekilde dikkate alınacağı, tarafların yaşlarının evli kaldıkları sürenin çocuklarının olup olmamasının dikkate alınıp alınmayacağı, hangi koşullarda kaldırılmasının istenebileceği ayrıntılı olarak açıklanmamış sadece boşanmada kusuru daha ağır olmayan boşanma sebebi ile yoksulluğa düşecek kişi lehine düşülen bir durum değil de zaten içinde bulunulan bir hal ise ne olacağı açıklanmış değildir.

Bu maddeye istinaden oluşan genel Yargı içtihatlarına göre boşanan taraflardan kusurlu görülen kişinin çeşitli sebeplerle genellikle erkeğin aleyhine ekonomik olarak iyi bir durumda olup olmadığına bakılmaksızın eğer çalışmayacak şekilde özürlü değil ise ekonomik durumu iyi olmasa örneğin kişinin sürekli bir iş veya geliri olmasa kendisi dışındaki sebeplerle çalışamasa dahi sürekli olan nafakaya hükmedilmektedir.

Bu yoksulluk nafakasına hükmedebilmek için tarafların evli kaldığı sürenin, tarafların çocuklarının olup olmamasının, nafaka alacaklısının çalışmaya engel bir özrünün olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

Lehine nafaka hükmedilecek kişinin erkek veya kadın olması konusunda bir ayrım yok ise de uygulamada bu nafaka genellikle kadınlar lehine hükmedilmektedir. Biz yaklaşık 11 yıllık hakimliğimizde erkek lehine nafaka hükmedilen bir dava ile karşılaşmadık.

Bu yoksulluk nafakasının sürekli şekilde ömür boyu sürecek şekilde olması pek çok halde katı yargı içtihatlarının da tesiri ile halde adalet hissi ile bağdaşmayacak sonuçlar doğurmaktadır.

Öncelikle söylemeliyiz ki genellikle boşanmaya sebep olaylarda pek çok halde iki tarafında direkt veya dolaylı olarak kusurlu hareketleri olduğu halde mesela bazen isbat güçlüğü, aile içi sorunların tam olarak anlatılmak istenmemesi, mahremiyet düşüncesi, hakimin düşünce yapısı hayata bakış açısı gibi pek çok sebeplerle taraflardan biri gerçekte olduğundan farklı olarak kusurlu, kusursuz az veya daha çok kusurlu kabul edilebilmektedir. Ayrıca boşanmaya sebep olaylardaki kusur pek çok halde görece ve sübjektiftir. Bu durumda kusurun daha ağır olduğu kabul edilen kişinin kusuru olsa bile daha az kabul edilen diğerine sürekli nafaka yükümlüğü altına sokulmasının çok sağlam ve her halde geçerli gerekçeleri olmayacaktır.

Bu nafakanın sürekli olması yükümlü kişi için ömür boyu sürecek bir mali yükümlülük altına sokmakta, boşanmakla ortak hayatları biten kişileri birbirlerine sürekli olarak bağımlı kılmaktadır. Evlilik iki insan arasında sözleşme ile bir birliktelik kurmakta ve kan gibi doğal olamayan bir akrabalık tesis etmektedir. Boşanma ile bu birliktelik sona ermesine rağmen ömür boyu sürecek bir yükümlülük ile kişiler birbirlerine bağımlı kılınmaktadır.

Pek çok halde yoksulluk nafakası borçluları boşanmasa idi evlilik içinde olduğundan daha fazla ağır bir yük altına girmektedirler.

Yoksulluk nafakasının sürekli olmasının dürüstçe olamayan evlilik taleplerini teşvik edici, yine boşanan kişilerin yeniden evlenmesini engelleyici mahiyette olduğu çok açıktır.

Bazen boşanmak hem taraflar hem korunmaya muhtaç çocuklar ve toplumsal açıdan evliliğin sürmesinden daha uygundur. Esasında taraflar ve toplumsal açıdan boşanmanın daha uygun olduğu pek çok halde bu yükümlülük yani ömür boyu sürecek nafaka yükümlülüğü korkusu ile boşanmak yerine

sorunlu olan evliliği sürdürmeye buna katlanmaya zorlamaktadır. Bunun aile içi huzursuzluk ve şiddete de bir şekilde etkisinin olabileceği rahatlıkla söylenebilir.

Sürekli mahiyetteki yoksulluk nafakasının pek çok sosyal yardımın da etkisi ile kişileri çalışmamaya teşvik edici bir etkisi de bulunmaktadır.

Nafakanın yükümlüleri üzerindeki olumsuz etkisi sadece sosyal ve ekonomik değildir, özgürlüğü kısıtlayıcı sonucu da bulunmaktadır. İcra ve İflas Kanunu'nun 'Nafakaya İlişkin Kararlara Uymayanların Cezası' başlıklı 344. maddesinin 1. fıkrasında 'Nafakaya ilişkin kararların gereğini yerine getirmeyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine, üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra kararın gereği yerine getirilirse, borçlu tahliye edilir' denilmekte olup, bu hükme göre nafaka ödemeyen yükümlüler hapis cezası ile cezalandırılmakta, kişilerin nafaka borçlarını pek çok durumda yakınları ödemektedir.

Nafakanın hakimce kusuru daha az olmayan tarafa aleyhine ve kişinin mali gücüne göre kararlaştırıldığı, bunun daha sonra bunun kaldırılabileceği veya değiştirilebileceği, mahsurların kanundan çok uygulayıcılardan kaynaklandığı düşüncesi açıkladığımız sakıncaları bertaraf etmemektedir.

Anayasamızın devletin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesinde devletimizin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğu açıklanmaktadır. Devletimiz insan haklarına riayet etmek konusunda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine de taraf olmuştur. Taraf olunan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesindeki haklara uygun düzenlemeler yapmak hem bu sözleşmeye taraf olmanın bir gereği, hem de Anayasamızın 2. maddesinin bir gereğidir.

Bir kişinin sürekli olarak kan bağı ile akraba olmadığı boşandığı eşine sürekli yani ömür boyu nafaka bağlanmasının insan haklarına aykırı olduğunu bunu hüküm altına alan Türk Medeni Kanununun 175. maddesinin 2. fıkrasının Anayasamızın devletin niteliklerini açıklayan ve devletimizin insan haklarına saygılı bir devlet olduğunu 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Yine bağlanacak nafakanın açıkça hangi hallerde hükmedileceğini hangi koşullarda kaldırılmasının istenebileceğini açıklamaması sebebi, davacı ve davalının ekonomik durumlarının ne şekilde dikkate alınacağı gibi

hususları açıklaması sebebi ile Anayasamızın devletin niteliklerini açıklayan ve devletimizin soysal bir hukuk devleti olduğunu açıklayan 2. maddesine aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Yine bir kişinin diğer boşandığı eşine böylece diğer bir kişiye sürekli nafaka yükümlüğü altına sokulmasının herkesin bir ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu açıklayan Anayasamızın 10. maddesine de aykırı olduğunu düşünmekteyiz.

Yine aynı hüküm nafaka yükümlülerinin yeniden aile hayatı kurmasını engelleyici mahiyette olduğundan ailenin Türk toplumunun temeli olup eşler arasında eşitliğe dayandığını devletin ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağına dair 41. maddesi ile çelişen sonuçlar doğuracağını düşünmekteyiz.

Özet olarak açıkladığımız düşüncemiz dikkate alınarak Anayasamızın 152. maddesi gereğince inceleme yapılarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesinin nafaka yükümlüğünün hangi hallerde ve ne şekilde hükmedileceğini hangi hallerde kaldırılmasının istenebileceğini, tarafların özürlerinin mali güçlerinin yaşlarının evlilik süresinin etkisinin ne olacağını ayrıntılı olarak düzenlememesi sebebi ile öncelikle tümden, bunun kabul edilmemesi halinde nafakanın sürekli olarak hükmedileceğini öngören 'süresiz olarak' ibaresinin iptaline karar verilmesini talep ederiz."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 'Yoksulluk Nafakası' başlıklı 175. maddesi şöyledir:

"Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında *süresiz olarak* nafaka isteyebilir.

Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN'ın katılımlarıyla 12.1.2012 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından, 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…süresiz olarak…" ibaresinin 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, itiraz konusu "…süresiz olarak…" ibaresi nedeni ile boşanma neticesinde eşlerden birinin diğeri lehine ömür boyu sürecek bir mali yükümlülük altına girdiği, nafakaya hangi hallerde hükmedileceğinin, hangi hallerde kaldırılacağının ve tarafların ekonomik koşullarının ne şekilde dikkate alınacağının yasada açıkça belirtilmemiş olduğu, yoksulluk nafakasının boşanan eşlerin yeniden evlenmelerini engelleyici niteliği bulunduğu belirtilerek, kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti", vatandaşlarına asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı kendisine görev bilen ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder. Vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen sosyal hukuk devleti, "insan onuru"nun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti sağlamaya çalışır. Sosyal hukuk devleti, kişi ve toplum yararı arasında denge kuran, toplumsal dayanışmayı üst düzeyde gerçekleştiren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak eşitliği, sosyal adaleti sağlayan ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesine göre yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için boşanmaya hükmedilmiş olması, nafaka talep eden eşin boşanma yüzünden yoksulluğa düşmüş ya da düşecek olması, diğer eşle eşit kusurlu veya diğer eşe nazaran daha az kusurlu veya boşanmaya neden olan olaylarda tamamen kusursuz olması ve nafaka talep edilen eşin nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.

Boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek eş, kusuru daha ağır olmamak şartıyla geçimi için diğer eşten mali gücü oranında ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 176. maddesinde sayılan yoksulluk nafakasının kaldırılmasına ilişkin şartlar gerçekleşmediği müddetçe, herhangi bir süre sınırı olmaksızın nafaka isteyebilecektir. 176. maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, yoksulluk nafakası, nafaka alacaklısının evlenmesi ya da taraflardan birisinin ölümü halinde kendiliğinden, alacaklının evlenmeden fiilen evli gibi yaşaması, yoksulluğun ortadan kalkması ya da haysiyetsiz hayat sürmesi, nafaka yükümlüsünün ödeme gücünün tamamen yitirilmesi durumlarında ise mahkeme kararıyla ortadan kalkmaktadır.

İtiraz konusu "süresiz olarak" ibaresi, nafaka alacaklısının her zaman ölünceye kadar yoksulluk nafakası alacağı anlamına gelmemektedir. Kanun koyucunun 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesinde "süresiz olarak" ibaresine yer vermesinin amacı, boşanmadan dolayı yoksulluğa düşecek olan eşin diğer eş tarafından, şartları bulunduğu sürece ekonomik yönden desteklenmesi ve asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanmasıdır.

Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlâki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür. Yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden eşin boşanma nedeniyle yoksulluğa düşecek olmasının yanı sıra, nafaka talep edilen eşin de nafaka ödeyebilecek ekonomik gücünün bulunması gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralda, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşen eşi korumak için diğer eşin, koşulları bulunduğu sürece, herhangi bir süre sınırı olmaksızın yoksulluk nafakası vermesi düzenlenmiş olup bu yükümlülüğün sosyal hukuk devleti ilkesinin gereği olarak getirildiği kuşkusuzdur.

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

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 41. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…süresiz olarak…" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Hicabi DURSUN'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 17.5.2012 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Fulya KANTARCIOĞLU	Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	

KARŞI OY YAZISI

İtirazen iptal başvurusunda bulunan mahkeme, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yoksulluk nafakası ile ilgili 175. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…süresiz olarak…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini istemiştir.

Nafaka sözlük anlamı itibarıyla zorunlu ihtiyaç ve maişet için sarfolunacak para ve azık demektir. Başka bir ifade ile nafaka, yasaların belirlediği durumlarda genelde zaruret içinde bulunan kimse yada kimselere kanunda belirtilen yükümlüler tarafından verilmesi gerekli yardımlardır. Mevzuatımızda nafaka, bakım nafakası ve yardım nafakası olarak ikiye ayrılmaktadır. Yardım nafakası, herkesin yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üst soyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermesi şeklinde düzenlenmişken; bakım nafakası, doğum, evlenme ve boşanma gibi olgularla ilgili nafaka yükümlülüklerini ihtiva etmektedir. Bakım nafakası; tedbir nafakası, yoksulluk nafakası ve iştirak nafakası olmak üzere üç alt başlıkta ele alınmaktadır.

Türk Medenî Kanunu'nda yardım nafakası için herhangi bir süre şartı öngörülmemişken, bakım nafakasının bir türü olan yoksulluk nafakasının kanunda belirlenen şartlar dâhilinde süresiz talep edilebileceğinin öngörülmesi Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti" ilkesine aykırıdır.

Hukuk, hakkaniyet ve nesafete dayanır fakat hakkaniyet ve nesafet bir romantizm veya hissi bir insanlık duygusu değildir. Aristo'ya göre hakkaniyet doğru ve haklı görünen şeydir. Hakkaniyet ve nesafet ahlaki, sosyal ve siyasî gerçek karşısında bir değer hükmünü gerektirir ve bu itibarla da toplumsal ilerleme ve istikrar vasıtasıdır. Hakkaniyet Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun çeşitli maddelerinde rastlanan bir kavramdır.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında hakkaniyet ilkesini ölçü olarak kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 2. maddesinde, Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan "hukuk devleti"nin, 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, konulan kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçülerini göz önünde tutan, hakların elde edilmesini kolaylaştıran ve hak arama özgürlüğünün önündeki engelleri kaldıran devlet olduğunu pek çok kararında yinelemiştir. Yasaların hakkaniyet

ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Yasa koyucu hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanmalıdır.

Evlilik hukuku ve daha da genişi olan aile hukuku, diğer hukuk kurallarından büyük çapta bağımsız bir alanı düzenlemeye yönelik kurallar içermektedir. Yoksulluk nafakasını düzenleyen 4721 sayılı Kanun'un 175. maddesi evliliğin süresi, nafaka alacak eşin yaşı, çalışma gücünün niteliği gibi özel şartlar aramamıştır. İnsanların boşanarak aralarındaki hukuki ilişkiyi bitirmiş olmalarına rağmen evlilik birliğinde var olan sorumluluklarının ömür boyu devam etmesi, hem insaflı değil, hem de hakkaniyete aykırıdır. Boşanmadan kaynaklanan bir nafaka alacağının varlığının belli koşullar altında, nafaka borçlusunun veya nafaka alacaklısının yaşamı boyunca, sanki mülkiyet hakkıymış gibi sürekli olması, hak düşürücü süre ve zaman aşımı kavramlarının kabul edildiği bir hukuk sisteminde adalet duygusunu zedelemektedir.

Yoksulluk nafakasının süresiz olması, ileride nafakanın artırılması, nafakanın azaltılması veya nafakanın kaldırılması davalarının açılmasına neden olacaktır. Bu durumda nafaka yükümlüsü eski eşin nafaka alan tarafın kanunda yazılı şartları taşıyıp taşımadığını kontrol amacıyla, onun özel hayatına müdahale anlamına gelebilecek davranışlara ve onun üzerinde psikolojik baskı kurmasına neden olabilecektir. Yoksulluk nafakasının süresiz olması bu nafakayı alan tarafın, karşı tarafı ömür boyu cezalandırmak amacıyla gelir getirici bir işte çalışmama ve evlilik ekti yapmadan birlikte yaşama gibi davranışlara itebilecektir. Bu haller yoksulluk nafakasının süresiz de olsa bir ceza olmadığını savunan görüşleri haksız çıkarmaktadır. Tarihin hiçbir döneminde, hiçbir hukuk sistemi boşanan eşlerden biri yoksulluğa düşecek diye diğeri için ömür boyu sürebilecek yoksulluk nafakası yükümlülüğü öngörmemiştir. Dolayısı ile yoksulluk nafakasının süresiz uygulanmasının nedeni ahlaki ve sosyal gerekçelerle açıklanamaz.

Öte yandan, yoksulluk olgusunun sebebi, sadece, eşinden boşanan tarafın davranışları ve boşanmanın kendisi değildir. Bazı insanların, kendi özellikleri, doğal koşullar veya savaş gibi insan eliyle yaratılan sorunlar nedeniyle, geçimlerini sağlamakta, hatta karınlarını doyurmakta güçlük çekmeleriyle ilgili bir olgu olarak yoksulluğa tarihin her döneminde, her toplumda rastlanabilmektedir. Yoksulluk, günümüzde birtakım makro ve mikro faktörlerin etkisiyle ortaya çıkan sosyal bir olgu haline gelmiştir. Makro faktörlerin başında; küreselleşme,

işsizlik, küresel sermaye, ekonomik krizler ve göç gibi unsurlar gelmektedir. Eğitimsizlik, kapasite yoksunluğu, yoksulluk kültürü ve bireysel özellikler gibi unsurlar ise mikro faktörler arasında yer almaktadır.

Artık küresel bir sorun halini alan yoksulluk, beraberinde çeşitli sosyal problemler de getirmekte ve birtakım olumsuz sonuçlar da doğurmaktadır. Yoksulluk, genel olarak, sosyal dışlanma, şiddet ve suç, gecekondulaşma ve gettolaşma, marjinalleşme, konut ve toplumsal cinsiyet ayrımcılığı gibi sorunlara yol açmaktadır. Yoksulluk ayrıca, aile parçalanmaları, boşanma ve depresyon gibi problemler doğurmaktadır.

Bu yapısal durumun değişmesi, kamu yetkilileri tarafından bazı önlemler alınmasını ve bazı harcamalar yapılmasını, aynı biçimde, sosyal politika alanında işlev gören bir dizi kurumun varlığını gerektirmektedir. Avrupa Konseyi'nin 1961'de ortaya koyduğu, 1996'da da revize edilerek geliştirilen Avrupa Sosyal Şartı'na yansıdığı biçimiyle hak vurgusu, sadece çalışanların sosyal güvenlik, örgütlenme ve çalışma hayatını etkileyen kararlara katılma haklarını değil, bunların ötesinde, daha genel anlamda vatandaşlık haklarını da kapsamaktadır. Bu bağlamda Avrupa Sosyal Şartı'nın bütün vatandaşların yoksulluk ve sosyal dışlanmaya karşı korunma hakkına sahip olduklarını belirten 30. maddesi, bu hakkın hayata geçirilmesi için kullanılan önemli bir önlem olarak asgari gelir desteği uygulamasını gündeme getirmektedir. Bunun yanı sıra, istihdama yönelik politikaların, toplumsal cinsiyetle ilgili ayırımcılığı önleme politikalarının, azınlıkların veya göçmen işçilerin sorunlarına yönelik çözümler geliştirme, özürlüler gibi özel ihtiyaçları olanlara yönelik önlem alma, evsizlik veya düşük standartta konut sorunlarını oradan kaldırma çabalarının, sosyal hak ve siyasi sorumluluk temelli yaklaşımların geliştirilmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti" vatandaşlarına asgari geçim düzeyi sağlamayı kendisine görev bilen ve bu yüzden devletin sosyal ve ekonomik yaşama aktif müdahalesini meşru ve gerekli gören bir anlayışı ifade eder. Vatandaşların sosyal durumlarıyla ilgilenen sosyal hukuk devleti, insan onurunun korunmasını amaçlar ve bunun için sosyal adaleti ve refahı sağlamaya çalışır. Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında vurguladığı gibi, sosyal devlet, sosyal adaletin, refahın ve güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir.

Kültürümüzden kaynaklanan yardımsever eğilimlerinin, aile dayanışmasının, hayır kurumları ve vakıflar gibi geleneksel kurumların yoksullukla mücadele bağlamındaki faaliyetleri sık sık övgüyle anılmaktadır. Ancak, aynı zamanda toplumsal bir olgu olan ve Devletin aktif olarak mücadele etmesi gereken yoksulluğun sorumluluğunun, boşanan taraflardan birisinin üzerine ömür boyu yüklenmesi, kanımca, sosyal devlet ilkesine, hakkaniyete ve mantığa da uygun bir çözüm değildir.

Açıkladığım nedenlerle; itiraz istemine konu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir. Bu nedenle çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum.

Üye
Hicabi DURSUN

Esas Sayısı : 2012/48
Karar Sayısı : 2012/75
Karar Günü : 24.5.2012

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Emine Ülker TARHAN, Muharrem İNCE ile birlikte 115 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 30.3.2012 günlü ve 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 29., 74., 81., 87. ve 91. maddeleri ile Anayasa'nın 2., 6., 7., 11., 67., 68., 75., 76., 87., 88., 95., 96., 97. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek şekil bakımından iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 19.4.2012 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"III. ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİALARININ GEREKÇELERİ

(SORUNUN, İHTİVÂ ETTİĞİ YASAMA RİSKLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ):

1-) 1982 Anayasasının 148 inci maddesinin ikinci fıkrası, ilk okunuşta, kanunların şekil bakımından Anayasaya uygunluğunun denetlenmesi hususunda bir kıstas öngörmektedir. Buna göre "kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı"dır. Burada, aslında hukuk tekniği açısından şekilden çok "usûl" den söz etmek daha isabetli olacaktır. Yine kanunun yapılış sürecince, Anayasa ve İçtüzükte öngörülen kurallara uyulması bir usûl meselesidir. Oysa, kanunun yazılı bir

metin olarak, Resmi Gazete'de "yayımlanması" ise yalnızca şekil ile ilgilidir. Zaten "şekil" bu açıdan bir yasama işlemi olmayıp idarî bir işlemdir.

Anayasa ve TBMM İçtüzüğünde, kanunların nasıl yapılacağı ve kanun koyucunun uyması gereken hükümler, "usûl" ile ilgilidirler. Kanun, Yasama organı tarafından Anayasanın öngördüğü yönteme göre çıkarılan metindir. Şeklî açıdan Kanun olarak kabul edilen bir metin, kural olarak, Anayasal denetimin konusunu oluşturur (Zafer Gören, Anayasa Hukukuna Giriş, İzmir, 1999, sh.195). Onun için kanunların yapılmasındaki usûlî işlem ve eylemler (teklif – müzakereler – oylamalar) şekilden önce gelirler. Kanun metninin hukuk dünyasında şeklen muteber bir varlık kazanabilmesi "usûl" aşamasından sonra gerçekleşebilir. Böyle olunca da, şekil, usûlün devamı olup, usûl tamamlanmadan şekli kanun geçerlilik kazanamaz. Bu nedenle, Anayasada öngörülen "kanunların şekil bakımından denetlenmesi" (Ay.m.148/2) eksik bir ifade olup,"usûl ve şekil" tarzında kaleme alınmalıydı. Başka bir anlatımla 148 inci maddenin ikinci fıkrasındaki denetim ayrı ayrı değerlendirilerek "usûl aksaklıkları" (bozuklukları) ve "şekil eksiklikleri" ayırımı içinde ortaya konmalıdır. Mesela, TBMM'nin kabul ettiği Kanun metni Resmi Gazete'de yayımlanmamışsa burada bir şekil bozukluğu ya da ihlali değil, olsa olsa şekil eksikliği söz konusu olabilir.

Keza, Resmi Gazete'de yayımlanan metin, Meclisin kabul ettiği "asıl metne" yer yer uymuyorsa, bu da bir şekil yanlışlığı olup, bu durumda uygulamada, Resmi Gazete'nin sonraki sayılarında "düzeltme" çıkarılmakta böylece asıl doğru ifade sonradan yürürlüğe girer ama, önceye etkili olarak yürürlüğe girmez. Yeri gelmişken hatırlatmak gerekir ki, Resmi Gazete'de zaman zaman yayımlanan "düzeltmeler" (erreta), baskı sırasındaki, maddi hataların, yani sözcük ve noktalama yanlışlıklarını gidermek içindir. Bu şekilde, asıl metin ile Resmi Gazete'de yayımlanan metin arasında en kısa sürede özdeşliği (ayniyeti) sağlamak mümkün olur. Buna karşılık asıl metinde ve yayımlanan metinde değişiklik yapan "düzeltmeler" hukuki sayılamazlar. (bu konuda Fransız Danıştayı'nın 16 Mart 1966 tarihli bir kararı asıl metni değiştiren düzeltmelerin hukuki olmadığını belirtir. Türkiye'deki değişik ve farklı bir örnek için Bkz. Teziç E. Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Beta İstanbul 2009 sf. 28 not 41)

1982 Anayasası, kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanacağını öngörmekle birlikte (m.89), ama hangi vasıta ile yayımlanacağını belirtmemektedir. Yayımlamanın Resmi Gazete'de yapılabileceği, Anayasa

Mahkemesine iptal davası açma süresini düzenleyen hükümden anlaşılıyor. (m.151). Ayrıca 23 Mayıs 1923 ve 1322 sayılı "Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi Hakkında Kanun uyarınca (m5), kanunların Resmi Gazete'de yayımlanmaları gerekir. Kanunun Resmi Gazete'de yayımlanması yasama faaliyetine girmez. Kanunun Cumhurbaşkanınca Resmi Gazete'de yayımlanması kanunun hukuki varlığı için gerekli bir şart değildir. Kanunun Cumhurbaşkanınca imzalanmasının iki özelliği vardır. Birinci özelliği bunun bir isdar (promulgation) işlemi olmasıdır. Başka anlatımla, Cumhurbaşkanı kanun metnini imzalarken, bir yandan bunun TBMM tarafından kabul edilmiş olduğunu ve aslına uygunluğunun (authentifier) devlet katında resmileştirildiğini ifade ederken, öte yandan da "idare"ye bu kanunu uygulaması gerektiğini bildiren bir tür "emir"dir; yani uygulama mecburiyetini ifade eder.

Bu bakımlardan, kanun Resmi Gazete'de yayımlanmadıkça hukuki varlığına rağmen vatandaşlar için bağlayıcı olamaz. Resmi Gazete dışında başka bir vasıta ile yayımlanmış olması, onun muteberliği üzerinde etkili olmaz; yalnızca kanunun henüz yürürlüğe girebilme imkânına kavuşamadığı ve uygulama kabiliyeti olmadığı ileri sürülebilir. Resmi Gazete'de yayımlanmadığı için de Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptal davası açma süresi de işlemez. (A.y. m. 151) Buna karşılık, kanun metni Resmi Gazete'de yayımlanmış, fakat yürürlük maddesinde ileri bir tarih öngörülmüşse, kanuna karşı iptal davası açılabilir.

Kanun Anayasa ve İçtüzükteki usûl kurallarına uyularak yapılmış fakat, Resmi Gazete'de yayımlanan metinle arasında bir farklılık varsa, bu durum şekil yönünden Anayasaya aykırılık sorunu oluşturmaz. Resmi Gazete'de "düzeltme" yolu ile giderilebilecek bu tür aksaklıklar yani şekil eksiklikleri, kanunu uygulamak durumunda olan her makam tarafından saptanabilir. Buna karşılık, kanunun yapılışı sürecindeki usûl aksaklıkları, çoğunluğun tek yönlü engellemeleri; kabul iradesini zedeleyecek boyutta ise, bu hususlar Anayasa Mahkemesinin denetim alanına girer ve girmelidir.

Kanunun oluşmasında, yalnızca "öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" olgusunu, şekil denetiminde ölçüt olarak kabul etmek, parlamentodaki çoğunluğun her an "sürpriz kanunlar" koymasına imkân tanımak olur. Oysa demokratik bir toplumda, kanun, parlamentoda iktidar-muhalefet diyaloğu ile aleniyeti sağlanan, içeriği kamuoyuna yansıyarak, buradan da gelebilecek tepkilere ve değer yargılarına göre oluşması gereken bir işlemdir (Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, sh.185).

Örneğin, TBMM Başkanlık Divanı, parti gruplarının üye sayıları oranında divana katılmalarını sağlayacak şekilde kurulur (Anayasa madde: 94/2) Öte yandan, İçtüzük hükümleri, siyasi parti gruplarının, Meclisin bütün faaliyetlerine üye sayıları oranında katılmalarını sağlayacak yolda düzenlenir (Anayasa madde:95/2).

1982 Anayasasındaki usule ilişkin bu kurallara uyulmadan toplanmış bir meclisin kabul edeceği kanunların, şekil yönünden sakatlığının ileri sürülmemesi ya da denetlenememesi, Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü (madde 11) ilkesi ile bağdaşmaz. Kaldı ki, Anayasada yer alan usûl ile ilgili kuralların, kanun koyucu tarafından dikkate alınmaması, yasama işlemlerinin esasına etkili olabilecek bir sakatlık doğurur (Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, sh.185).

Anayasa koyucu, şekil ve usûl ile ilgili Anayasa kurallarına verdiği önemi, ayrıca rejimin geleceği ile ilgili olarak da dikkate aldığı içindir ki, geçici maddelerinde (m.2, 9 ve 15), belli sürelerin bitimini ya da başlangıcını, TBMM Başkanlık Divanının oluşturulmasına bağlamıştır.

Bunun içindir ki, Anayasa koyucu, aslında İçtüzük'te yer alması gereken kimi usûl kurallarına Anayasada yer vererek bunların ihmâl edilmesini önlemek istemiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*şekil bakımından denetim, mevzuatın Anayasa ve İçtüzükte öngörülmüş bulunan usul ve şekil kurallarına uygun biçimde yapılıp yapılmadıkları hususlarının denetimidir*." (A.Şeref Gözübüyük, Anayasa Hukuku, Ankara, 2011, sh. 287 vd; Anayasa Mahkemesinin 18.06.1987 gün ve E.87/9, K.87/15 sayılı Kararı; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı 23, s.282, 285).

Anayasa Mahkemesi, prensip olarak, kanunların şekil yönünden denetiminde İçtüzük kurallarının da göz önünde bulundurulmasını kabul etmiştir. "*85 inci maddenin birinci fıkrasına göre Meclislerin çalışmalarının İçtüzük hükümlerine uygun olarak yürütülmesi Anayasanın bir emri gereğidir. Böyle olunca kanunların mahkememizce denetlenmesinde içtüzük hükümleri de göz önünde tutulmalıdır. İçtüzük hükümleri genellikle şekle ait kurallardır*." (Anayasa Mahkemesi'nin 16.11.1965 gün ve E.1964/38, K.1965/59 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, sayı 3, Sh.284).

Yine, Anayasa Mahkemesi'ne göre, "*İçtüzük kurallarına uyulmamasının iptal nedeni olabilmesi, uyulmayan İçtüzük kurallarının, Yasama Meclislerinin aldıkları kararların varlıklarını kuşkuya düşürecek, onların sıhhatleri üzerinde etkili olabilecek, daha genel bir deyimle Yasama Meclislerinin iradeleri o yolda oluşturabilecek ağırlık ve önemde bulunmasına bağlıdır*." Anayasa Mahkemesi'nin 14.10.1975 gün ve E.1975/145, K.1975/198 sayılı Kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 13, sh.577). Diğer bir deyişle Anayasa Mahkemesi, anılan Kararında her türlü şekil noksanını değil, ancak yasama organının iradesinin yönünü değiştirebilecek ağırlık ve önemdeki şekil noksanlarını iptal sebebi olarak görmüştür (Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1995, sh.366). Kanaatimizce, somut olayda, şekil bakımından iptali talep olunan 6287 sayılı Kanun, yasama organının iradesinin oluşumunu etkileyecek, bu iradeyi bozacak ve dolayısı ile kanunun geçerliliğini şüpheye düşürecek önemde şekil noksanları ihtivâ etmektedir.

2-) Şekil bakımından iptali istenen 6287 sayılı Kanun, teklif aşamasında iken Genel Kurul'da İçtüzük'ün 91 inci maddesi hükmünce "Temel Kanun" olarak görüşülmüştür. İçtüzük'ün "Temel kanunlar" başlıklı 91 inci Maddesinin Birinci Fıkrası aynen şöyledir:

"Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içermesi; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendirmesi; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları göstermesi, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlaması, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğunun bulunması; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan tasarı veya tekliflerin Genel Kurulda bölümler halinde görüşülmesine ve her bölümün en çok otuz maddeyi geçmemek kaydıyla hangi maddelerden oluşacağına Hükümetin, esas komisyonun veya grupların teklifi, Danışma Kurulunun oybirliği ile önerisi üzerine Genel Kurulca karar verilebilir. Bu takdirde bölümler, maddeler okunmaksızın maddenin görüşülmesindeki usule göre ayrı ayrı görüşülür ve bölümdeki maddeler ayrı ayrı oylanır."

Aynı maddenin İkinci Fıkrasında ise, aynen şu hükme yer verilmiştir:

"Milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önergeleri verebilir. Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dahil

madde üzerinde iki önerge verilebilir. Ancak, her siyasî parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır."

İkinci Fıkra hükmü gayet açıktır. Bu fıkraya göre, temel kanunlarla ilgili görüşmeler sırasında, milletvekilleri, esas komisyon ve hükûmet önergeler verebilir. Milletvekilleri tarafından her bir madde için iki adet önerge verilebilir; ancak, yine aynı fıkraya göre siyasî parti gruplarının birer önerge verme hakları saklıdır. Genel Kurul görüşmelerinde, Milletvekillerine dağıtılan önerge setinde her siyasî parti grubunun sadece birer önergesi ile karşılaşılmıştır. Ancak, Başkanlık Divanındaki kayıtlar incelendiğinde, dört siyasî partinin dört önergesi dışında başka önergelerin de olduğu görülmüştür. Başka bir değişle, 91 inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan Milletvekillerinin iki adet önerge verme hakkı, 28.02.2012 Çarşamba gününde yapılan Birinci Oturumda Başkanlık Divanınca yapılan uygulamaya göre eylemli biçimde tamamen ortadan kaldırılmış olmaktadır. Siyasî parti gruplarının önerge verme haklarının bulunması, milletvekillerinin iki adet önerge verme haklarını ortadan kaldırmaz. *"Siyasi parti grupları birer önerge verdi, o halde milletvekillerinin önerge verme hakkı kalkmıştır"* demek, bağımsız milletvekillerinin önerge verme hakkını da ortadan kaldırmak anlamına gelmektedir.

Nitekim, bu görüşler, anılan oturumda Cumhuriyet Halk Partisi Grup Başkan Vekillerinden İstanbul Milletvekili Sayın Akif Hamzaçebi tarafından;

"Bu nedenle size verilmiş olan ve işleme konulmamış olan diğer önergelerin ki -diğer siyasi partilerin de önergesi olduğunu tahmin ediyorum, bizim Cumhuriyet halk Partisi olarak önergelerimiz var- bunların kuraya tabi tutulmak suretiyle iki adet önergenin daha her madde için işleme konulması gerekir."

Sözleriyle dile getirilmiş olmasına karşın bu görüşler, oturumu yöneten Başkan Vekili Sayın Sadık Yakut'un tutanaklara geçen ve aşağıya aynen alınan şu açıklaması ile kabul edilmemiştir:

"Sayın milletvekilleri, İç Tüzük'ün 91inci maddesindeki her madde için iki önerge sınırlaması konusunda maddenin gerekçesi ve Başkanlığımızın bugüne kadar ki uygulaması hakkında kısaca bilgi vermek istiyorum.

Temel kanun olarak görüşülmesine karar verilen tasarı ve teklifler özel görüşme yöntemiyle görüşülmekte olup buna ilişkin hükümler İç Tüzük'ün 91inci maddesinde düzenlenmiştir.

Bu maddede önerge işlemlerine ilişkin de özel bir düzenleme vardır. Bu düzenlemeye göre 'Milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önergeleri verebilir. Milletvekilleri tarafından madde üzerinde iki önerge verilebilir. Ancak, her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır.' Bu hükmün gerekçesi şöyle açıklanmıştır: 91inci madde kapsamındaki tasarı ve tekliflerin Genel Kuruldaki görüşmelerinde, milletvekilleri tarafından her madde için iki önerge verilebilmesi öngörülmekte ve siyasi parti gruplarına mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakları saklı tutulmaktadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisinde ikiden fazla siyasi parti grubu bulunması durumunda ise, her siyasi parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklı tutulduğundan, tüm siyasi parti grupları tarafından önerge verilmesi hâlinde verilen önerge sayısı ikiden fazla olabilecektir.

Madde üzerindeki önerge hakkı, bir siyasi parti grubuna mensup milletvekillerince kullanılması hâlinde, diğer siyasi parti grubuna mensup olanlarla bağımsız olan milletvekillerince ancak iki önerge verilebilecektir.

Siyasi parti gruplarına mensup milletvekillerince madde üzerinde önerge verilmemesi hâlinde, bağımsız sayılan milletvekillerince iki önerge verilebilecektir.

Gerekçeden anlaşılan, önerge hakkının, ancak parti gruplarına mensup milletvekilleri tarafından kullanılmaması hâlinde bağımsız ve grubu olmayan siyasi partilerin milletvekillerince kullanılabileceğidir. Siyasi parti gruplarına mensup milletvekillerince iki ve daha fazla önerge verilmiş olması hâlinde, bağımsızlarla grubu olmayan siyasi partilerin önerge vermesi mümkün değildir. Ancak uygulamada bağımsız milletvekilleri ile grubu olmayan siyasi partilerin lehine bir yorum yapılmış ve önergeler geliş sırasına göre sıralanarak ilk iki önergenin bağımsızlar ya da grubu olmayan siyasal partiler tarafından verilmesi hâlinde bu önergeler işleme alınmıştır.

Aslında, İç Tüzük'ün gerekçesinde de açıklandığı gibi, ilk iki önergeden sonra siyasi parti grupları tarafından iki önerge verilmiş olması hâlinde, bu önergelerin iki önerge sınırlamasıyla sınırlanması nedeniyle işlemden kaldırılması gerekirdi. Dolayısıyla, Başkanlığımızın uygulamasının bağımsız milletvekilleri ile grubu olmayan siyasi partilerin haklarını korumaya yönelik olduğu görülmektedir. Durum böyleyken, ilk iki önerge hakkının gruplara mensup milletvekilleri tarafından kullanılmasından sonra da bağımsızlardan ve grubu olmayan siyasi partilerden gelecek önergelerin işleme alınmasının zorunlu olduğunu söylemek ne İç Tüzük hükmüne ne hükmün gerekçesine

ne de Başkanlığımızın zaten bağımsızlar lehine olan uygulamasına uymamaktadır. Bu nedenle önergeleri işleme alma imkânı bulunmamaktadır, dolayısıyla görüşüm değişmemiştir."

28.03.2012 günlü Birinci Oturumu yöneten Başkan Vekili Sayın Sadık Yakut'un bu görüşünü kabul edebilmek mümkün değildir. Çünkü, daha önce, 30.06.2005 tarihli ve 855 sayılı Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde değişiklik yapılmasına ilişkin şöyle bir hüküm bulunmakta idi:

"Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dahil her madde için iki önerge verilebilir." Bu hüküm, Anayasa Mahkemesinin 21/10/2006 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 26/10/2005 tarihli ve 2005/73 karar sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi anılan Kararında şöyle demektedir: "Dava dilekçesinde, birinci tümcede milletvekillerinin, esas komisyonun veya hükûmetin önerge verebileceği belirtilmiş olmasına karşın, iptali istenen ikinci tümcede milletvekilleri için önerge sayısı sınırlanarak, önerge vermek bakımından milletvekilleri ile komisyon ve hükûmet arasında makûl nedene dayanmayan eşitsizliğin yaratılması mümkün değildir." O halde, Yüksek Mahkemenin bu içtihadı karşısında şu soru akla gelmektedir: "Siyasî Parti Grubuna mensup Milletvekilleri ile bu gruplara mensup olmayan Milletvekilleri arasında eşitsizlik yaratılabilir mi? Veya siyasi parti grubu dışında o gruba mensup milletvekilinin önerge verme hakkı ortadan kaldırılabilir mi?" Şüphesiz, bu soruya olumlu cevap verebilmek olası değildir. İçtüzük'te bu duruma cevaz veren herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısı ile, Kanun'un Genel Kurul'daki görüşmeleri sırasında "eylemli biçimde" bir İçtüzük ihlâli yaşanmıştır!

Oysa, uyulması ve uygulanması gereken yöntem şudur: Bir teklifin "Temel Kanun" olarak görüşülmesi sırasında Milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dahil, madde üzerinde iki adet önerge verebilir. Ancak, her siyasî parti grubuna mensup milletvekillerinin birer adet önerge verme hakları saklıdır. Bu hüküm gayet açıktır: TBMM'de dört adet siyasî parti grubu olduğuna göre, dört adet önerge verilir; bu dört önergeye ilâveten iki adet de milletvekilleri verebilir. Milletvekillerinin verdikleri önerge sayısı ikiden fazla ise kur'a çekilir. Eğer, milletvekilleri, grupların dışında, maddeler üzerinde önerge vermişler ve her madde üzerinde verilen önerge sayısı ikiden fazla ise, Başkanlık Divanı'nın bunlar arasında kur'a çekerek işleme alması İçtüzüğün 91 inci maddesinin âmir hükmüdür. Bu lâzimenin yerine getirilmemesi ise, açıkça İçtüzük ihlâlidir.

Diğer yandan, 6287 sayılı Kanun'un Genel Kurul'da "Temel kanun" olarak görüşülmüştür. Oysa, işbu lâyihamız ile "şekil bakımından" iptali istenilen 6287 sayılı Kanun'un "Temel kanun" olarak görüşülmesi, İçtüzüğe, hukukun genel ilkelerine ve dolayısı ile Anayasanın;

"Türkiye Büyük millet Meclisi, çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütür."

Hükmünü içeren 95 inci Maddesinin Birinci Fıkrası hükmüne aykırıdır. Zira, anılan 6287 sayılı Kanun, İçtüzük'ün 91/1 inci maddesi hükmü anlamında, "Bir hukuk dalını sistematik olarak bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştirecek biçimde genel ilkeleri içeren; kişisel veya toplumsal yaşamın büyük bir bölümünü ilgilendiren; kendi alanındaki özel kanunların dayandığı temel kavramları gösteren, özel kanunlar arasında uygulamada ahenk sağlayan, düzenlediği alan yönünden bütünlüğünün ve maddeler arasındaki bağlantıların korunması zorunluluğu bulunan; önceki yasalaşma evrelerinde de özel görüşme ve oylama usulüne bağlı tutulması gibi özellikleri taşıyan kanunları ve İçtüzüğü bütünüyle veya kapsamlı olarak değiştiren veya yürürlüğe koyan" niteliklere sahip bir kod / norm değildir.

Şüphesiz, teklifin "Temel Kanun" olarak görüşülmesi, Yasama Organının ve dolayısı ile Milletvekillerinin yasama faaliyetini ve yasama enerjisini örselemiş, kısıtlamış ve sınırlamıştır. Milletvekili, Meclisi oluşturan "çekirdek birim"dir (Anayasa, Madde: 75 ve devamı). Kanunların yapılması sürecinde ana-dinamiktir (Anayasa, Madde: 88/1 ve 96). Yüksek malûmları olduğu üzere, anılan teklif, "Temel Kanun" olarak görüşülmese idi, diğer teklifler gibi İçtüzüğün 87 nci maddesi hükmündeki düzenlemeye ve yönteme tâbi olacaktı. Öyle olunca da, milletvekillerinin yasama faaliyetleri daraltılmamış olacak ve Meclis İradesi daha geniş ve yetkin bir biçimde tezâhür ve tecelli edebilecekti. Zirâ, İçtüzük 87 nci maddenin birinci fıkrasında aynen;

"Kanunlarda veya İçtüzükte aksine bir hüküm yoksa, kanun tasarısı veya teklifinde bir maddenin reddi, tümünün veya bir maddenin komisyona iadesi, bir maddenin değiştirilmesi, metne ek veya geçici madde eklenmesi hakkında, milletvekilleri, esas komisyon veya Hükümet değişiklik önergeleri verebilir. Bu esaslar dairesinde milletvekilleri tarafından Anayasaya aykırılık önergeleri dahil her madde için yedi önerge verilebilir. Her siyasî parti grubuna mensup milletvekillerinin birer önerge verme hakkı saklıdır. Ancak, bu hak;

ilgili siyasî parti grubuna mensup milletvekillerince kullanılmaması halinde, diğer siyasî parti grubuna mensup olanlarla bağımsız sayılan milletvekillerince kullanılabilir."

Hükmü getirilmiştir.

Keza, aynı maddenin Dördüncü Fıkrasında da önerge vermenin yöntem ve sınırları daha da genişletilmiş ve aynen;

"Görüşülmekte olan tasarı veya teklife konu kanunun, komisyon metninde bulunmayan, ancak tasarı veya teklif ile çok yakın ilgisi bulunan bir maddesinin değiştirilmesini isteyen ve komisyonun salt çoğunlukla katıldığı önergeler üzerinde yeni bir madde olarak görüşme açılır."

Denilmiştir.

İçtüzük, bir anlamda, kanun tekliflerinin görüşülme usûl ve esaslarını düzenleyen "normlar / hukuk kuralları" dır. Hukuk kuralının, "genellik, soyutluk ve süreklilik" içermesi, yapısal şarttır. Kuralın bu niteliği, hukuk güvenliğinin kurucu öğelerinden olan öngörülebilirlik ve belirlilik açılarından da önemlidir.

Anayasa Mahkemesi, temel kanunlarla ilgili olarak verdiği bir İçtihadında, özetle,

"… Norm yaratıcı niteliğiyle diğer parlamento kararlarından ayrılan İçtüzüğün iktidar-muhalefet ilişkilerinde ve Meclis iradesinin gerçeğe uygun biçimde yansıtılmasında büyük önem taşıdığı bir gerçektir.

Normlar hiyerarşisinde en üst noktada yer alan Anayasa, yasalar gibi İçtüzüğü'nde dayanağı ve belirleyicisidir. Bu nedenle demokratik bir devlette meclislerin kendi iç çalışmalarını serbestçe düzenleme konusundaki yetkileri de Anayasa ile sınırlıdır.

Anayasanın 87 nci maddesinde, "kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Çağdaş demokrasilerde, siyasî tercihlerin ve kararların oluşumunun mümkün olan ölçüde geniş ve açık tartışmalarla sağlanması, iktidar ve muhalefet partileri ile milletvekillerinin seçmen önündeki sorumluluklarının gereğidir…

Çağdaş anlamda demokratik siyasî yaşam, sorunların, bunlara ilişkin görüş ve önerilerin iktidar-muhalefet diyaloğu içinde tartışılmasını uzlaşma arayışı içinde sonuca ulaşılmasını zorunlu kılar. Çoğunluğa karşı azınlığın iktidara karşı muhalefetin haklarının korunmadığı bir rejim demokratik sayılamaz. Bunlar arasında bir denge kurulması, uzlaşma sağlanması demokrasinin gereğidir.

Yasama etkinliklerinde asıl olan, kamusal yararı gerçekleştirmek amacıyla yapılan görüşmeler sonucunda Meclis'in gerçek iradesinin oluşmasıdır. Bu iradenin oluşmasında, yapılan görüşmeler kadar verilen önergelerin de büyük katkısı olduğu bir gerçektir.

Yasama Meclisi üyelerinin görev ve yetkilerinin amacına uygun biçimde kullanılmasının aşırı derecede zorlaştırılması veya ortadan kaldırılması durumunda ise Anayasanın 87 nci maddesi çerçevesinde yasama işlevinin tam olarak yerine getirildiğinden söz edilemez. Bu ölçüsüz sınırlamaların Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti anlayışıyla da bağdaşması olanaksızdır…"

Demek suretiyle, önerge verilmesi yönündeki yasama faaliyetinin bu kapsamda değerlendirilmesinin zorunlu olduğu vurgulanmıştır(Anayasa Mahkemesi'nin 31.01.2002 gün ve Esas: 2001/129-Karar: 2002/24 sayılı Kararı).

Dolayısı ile, 6287 sayılı Kanun'un Genel Kurul'da "Temel Kanun" olarak görüşülmesi ve İçtüzüğün 87 nci maddesi yerine 91 inci maddesi hükmüne tabi olmak suretiyle önerge sayısının kısıtlanmasının, demokrasi ve Milletvekilliği kurumlarıyla bağdaşır yanı yoktur. Teklifin görüşülmesi ve kanunlaşması, sırf bu yönüyle dahi Anayasaya aykırıdır.

3-) Teklifin Genel Kurul'da görüşülme aşamaları öncesinde de demokratik ve hukukun üstünlüğüne dayalı yasama faaliyeti (Anayasa, Madde: 2), fiilen sona erdirilmiştir. Düşük yoğunluklu demokrasimiz, Millî iradenin başlıca temerküz mekanlarından biri olan Türkiye Büyük millet Meclisi Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu'nda yapılan müzakereler sırasında da can çekişmiştir; iktidar çoğunluğunca teklifin komisyondaki görüşülmesi sırasında sergilenen tutum/uygulama, -deyim yerinde ise- sivil darbenin ta kendisidir! Şöyle ki,

Türkiye Büyük Millet Meclisi Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu'nun, kamuoyunda "4 + 4 + 4" olarak bilinen 05.01.1961 gün ve 222

sayılı İlköğretim ve Eğitimi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin görüşüldüğü 11.03.2012 tarihli toplantısına iktidar partisine mensup yüzü aşkın milletvekilinin salonu doldurmaları ve mütecaviz hareketlerde bulunarak şiddete başvurmaları nedeniyle CHP'nin komisyon üyesi milletvekilleri yerlerine oturamamış ve diğer milletvekilleri Komisyona katılamamıştır.

Anayasanın "Kanunların Teklif Edilmesi ve Görüşülmesi" Başlıklı 88 inci maddesinde, aynen;

"Kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekilleri yetkilidir.

Kanun tasarı ve tekliflerinin Türkiye Büyük millet Meclisinde görüşülme usul ve esasları İçtüzükle düzenlenir."

Denilmekte;

95 inci maddesinde de;

"Türkiye Büyük Millet Meclisi, çalışmalarını, kendi yaptığı İçtüzük hükümlerine göre yürütür."

Hükmüne yer verilmektedir.

Ayrıca, tasarı ve tekliflerin komisyonlarda nasıl görüşüleceğine ilişkin hükümler de TBMM İçtüzüğü'nün Üçüncü Bölümünde, 20 nci ve devamı maddeleri hükümlerinde yer almaktadır.

Söz konusu maddeler incelendiğinde, Milli Eğitim Komisyonu'nun 2/358, 305, 306, 307, 312 Esas Numaralı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin görüşüldüğü 11.03.2012 günlü toplantısında Anayasa ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ihlâlleri yapıldığı görülmüştür. Anayasanın ve İçtüzüğün teklif ve tasarıların görüşülmesine ilişkin hükümlerinin gereği yerine getirilmeden teklif kabul edilmiş gibi işlem yapılmıştır.

05.01.1961 gün ve 222 sayılı İlköğretim ve Eğitimi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi, bir teklifin Genel Kurul'da

görüşülecek hale gelmesine, dolayısı ile olgunlaşmasına ilişkin Anayasada ve İçtüzük'te öngörülen lâzimeleri ikmâl etmemiştir. Komisyon Başkanı tarafından "görüşme" olarak nitelendirilen 11.03.2012 günlü toplantıda İçtüzükte yer alan "Komisyonlar" Başlıklı Üçüncü Bölüm ile "Kanunların Yapılması" Başlıklı Dördüncü Kısım'da yer alan hükümler açıkça ihlâl edilmiştir. Bu nedenle, Komisyon tarafından düzenlenmesi muhtemel Komisyon Raporunun Sıra Sayısı haline getirilerek TBMM Gündemine getirilmesi Anayasa ve İçtüzük hükümlerine aykırı olmuştur. Şöyle ki;

1- Komisyon Başkanı Sayın Nabi Avcı, siyasi iktidar grubuyla anlaşmalı (danışıklı) bir şekilde, toplantı saatinden çok önceki bir zaman diliminde Komisyon salonunu açtırarak, komisyon çalışmalarının sürdürülemeyeceği bir ortamda iktidar partisi milletvekilleri tarafından komisyon salonunun işgaline olanak sağlamıştır.

2- Komisyon çalışmaları İçtüzüğün 46 ncı maddesine aykırı olarak başlatılmış ve sürdürülmüştür. İçtüzüğün 46 ncı maddesinde komisyon toplantılarının düzenine ilişkin hüküm yer almaktadır. Bu maddeye göre düzenin sağlanamaması durumunda, Komisyon başkanının toplantıya ara vermesi ya da çalışmaları erteleyerek durumu gereği yapılmak üzere TBMM Başkanına bildirmesi gerekmektedir. Komisyon başkanı, muhalefet milletvekillerinin can güvenliklerinin olmadığı bir ortamda toplantıyı başlatmış ve devam ettirmiştir. Bu açıdan çalışma ortamı oluşmadan, üyelerin ve milletvekillerinin katılımı sağlanmadan toplantının açılması İçtüzük hükümlerine aykırıdır.

3- Cebirle ve zorbalıkla fiilî durum yaratılmasına göz yumulmuştur. Bu durum Anayasanın 87 nci maddesine de aykırıdır. Zirâ, anılan maddenin yasama organına, dolayısı ile milletvekillerine verdiği yasama görevini yerine getirme görevi fiilî güç kullanılarak engellenmiştir. Böylece, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerinin kullanılmasına mâni olunmak suretiyle Anayasa açıkça ihlâl edilmiştir.

4- TBMM İçtüzüğünün 29 uncu maddesinde "Komisyonlarda istem sırasına göre söz verilir" hükmü yer almaktadır. Komisyon toplantısının açılmasının ardından CHP'li komisyon üyeleri, grup başkanvekilleri ve milletvekillerinin söz talebini içeren dilekçeler Sn. Muharrem İnce tarafından Komisyon Divanına teslim edilmesine karşın, işleme konulmamış ve milletvekillerinin söz hakkı ihlâl edilmiştir. Komisyonda CHP'li tek bir milletvekili bile söz alamamış ve

konuşmamıştır. CHP Grup Başkan Vekillerinden Sayın Muharrem İnce, yedi kez söz talebinde bulunmasına rağmen bu talebi işleme konulmamıştır. TBMM İçtüzüğü'nün 29 uncu maddesi, komisyon başkanına söz hakkının verilmesi konusunda takdir hakkı vermemektedir. Bu durum, aynı zamanda, yukarıda belirtilen sebeplere binâen, Anayasanın "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri"ni düzenleyen 87 nci maddesine de aykırıdır.

5- TBMM İçtüzüğünün 42 nci maddesinde "Komisyonlar, karara bağladıkları işler için birer rapor düzenler." hükmü yer almaktadır. Bu açıdan anılan teklif, görüşmeler sırasında söz talepleri ile değişiklik önergeleri işleme konulmadığından, karara bağlanamamıştır.

Yukarıda açıklandığı üzere, Teklifin, Komisyon çalışmaları tamamlanmamıştır. Bu durumda Komisyon Raporu oluşturulamayacağından, Teklif, Genel Kurul'da görüşülemez.

TBMM İçtüzüğü'nün 14 üncü maddesinin 6 ncı bendi hükmüne göre, Meclis Başkanı'nın da Komisyonları denetleme görevini yerine getirerek 11.03.2012 tarihli toplantının Anayasa ve İçtüzüğe aykırılığı yönünden geçersiz sayılması doğrultusunda işlem yapması ve usulsüzlükler ile bunların hukuksuz sonuçlarını ortadan kaldırılması gerekmiştir. Ne var ki, bu konuda TBMM Başkanlığı tarafından somut ve sonuç alıcı herhangi bir adım atılmamıştır.

Diğer yandan;

Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu'nun 11 Mart 2012 tarihli birleşiminin ses kayıtları ile tutanakları incelenmiş bugüne kadar kamuoyuna yansımayan bazı yeni usulsüzlükler tespit edilmiştir.

Ses kayıtlarının toplantı saatinden önceki zaman diliminde gerçekleşmiş olması nedeniyle tutanağa geçmemiş olan bölümleri CHP'nin iddialarını destekler mahiyette bilgiler içermektedir.

- Toplantının açılmasından önceki olayları yansıtan yaklaşık 5 dakikalık ses kaydında, AKP Grup Başkanvekilinin Komisyon Başkanını nasıl baskı altına aldığı ve sözleri ile yönlendirdiği net bir şekilde anlaşılmaktadır.

- Yine ses kayıtlarının Komisyon toplantısı başlamadığı için tutanağa geçirilmeyen bölümünde, Sayın Muharrem İnce'nin "Medyanın huzurunda konuşma taleplerimizi Başkana iletiyorum." sözleri yer almaktadır. Bu kayıtlardan, CHP milletvekillerinin 7 nci madde (Sayın M.Akif Hamzaçebi'nin ayrıca 8 inci madde) için söz taleplerini içeren dilekçelerini Komisyon Başkanına ilettiği ve Komisyon Başkanının da bu dilekçeleri teslim aldığı tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde anlaşılmaktadır. Komisyon Başkanının tutanağa geçen bölümde, 7 nci maddenin okunmasının ardından söz taleplerini işleme koymadığı görülmektedir. Böylece Anayasa ve İçtüzük ihlâli, belgeli bir hâle gelmiştir.

Ses kayıtları ile tutanaklar karşılaştırıldığında redaksiyon yetkisini aşan değişiklikler yapıldığı görülmektedir.

- Verilen önergelerin madde numaralarının teselsül ettirilmesi gerekirken bu işlem yapılmamış, araya başka madde girmemiş gibi işlem yapılmıştır.

- Teklif maddeleri okunurken Alt Komisyon metni aynen okunmamış, dolayısıyla Komisyon üyeleri Alt Komisyon metninden farklı bir metni kabul etmişlerdir. Örneğin, 2547 sayılı Kanuna Geçici 61 inci maddenin eklenmesinin öngörüldüğü 15 inci maddenin (daha sonra 16 ncı madde olarak işlem görmüştür.) Alt Komisyon metninde "ortaöğretim" ibaresi yer alırken, Komisyonda oylanan metinde aynı ibare "ilköğretim" olarak okunmuş ve oylanmıştır. Aynı maddede yer alan "Yükseköğretim" ibaresi de "ilköğretim" olarak okunmuş, maddenin tamamı göz önüne alındığında okunan metinin anlamsız bir metin olduğu görülmektedir. Tüm tutanak incelendiğinde, okunan ve oylanan metin ile Alt Komisyon metninin birçok yerde farklılıklar arz ettiği görülmektedir. Bu farklılıkların redaksiyon yetkisi ile düzeltilemeyeceği açıktır. Komisyondan çıktığı iddia edilen metin, oylanan metinden farklı olduğundan gerçek durumu yansıtmamaktadır.

Komisyon çalışmaları tutanaklar üzerinden medyaya yansımıştır. Ses kayıtlarının tutanağa geçirilmeyen bölümleri de incelendiğinde CHP'nin iddialarının doğruluğu anlaşılacaktır. Ayrıca "tutanaklar" ile "ses kayıtları"nın karşılaştırılması durumunda, Komisyon iradesinden farklı metinlerin Komisyonda kabul edilmiş gibi işlem yapıldığı görülecektir.

TBMM İçtüzüğü'nün 29 uncu maddesine göre;

"Komisyonlarda istem sırasına göre söz verilir.

Komisyon başkanı ve komisyondaki Hükümet temsilcisi, söz sırasına bağlı değildir. Komisyonca çağırılmış uzmanlara, komisyon başkanı, gerekli gördüğü zaman söz verebilir."

Madde hükmünden anlaşılacağı gibi, komisyonlarda görüşlerini ifade etmek amacıyla milletvekillerinin söz hakları vardır. Milletvekillerine söz hakkının tanınmamış olması İçtüzüğün anılan maddesine açık bir aykırılıktır. Ancak, bu ihlâl, sadece İçtüzükle sınırlı değildir. Anayasanın 87 nci maddesi yasama görevini Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne, yani milletvekillerine vermiştir. Milletvekillerine komisyonda söz hakkının tanınmamış olması, milletvekillerinin yasama görevini yapmasının engellenmesi sonucunu yarattığından, bu durum Anayasanın 87 nci maddesine de açık bir aykırılıktır. Komisyon Başkanı, açıklanmaya çalışılan menfî ve yanlı tutumuyla Anayasayı açıkça ihlâl etmiştir.

Zirâ Anayasanın 87 nci maddesi şu hükmü içermektedir;

"Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesinhesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük millet Meclisi üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir."

Belirtilen nedenlerle, bütün bu hukuksuz işlemlerin behemehâl ortadan kaldırılarak Komisyon toplantısının kaldığı yerden devam etmesinin sağlanması gerekmişse de, bu husus yerine getirilmemiştir.

İçtüzük'teki usûl kurallarına riayet edilmemesi, aynı zamanda esası da etkilemekte ve Türkiye Cumhuriyeti Devletinin demokratik hukuk devleti olma niteliğini de (Ay. M. 2) zedelemektedir. Çünkü Anayasamızın

değiştirilemeyecek niteliklerinden biridir "hukuk Devleti". Demokratik Hukuk Devleti anlayışı, çoğunluk yönetiminin sayısal gücü ile bağdaşmaz. Demokratik Hukuk Devletinde kanunlar, sadece bir partinin çoğunluğunun siyasi tercihleri olmayıp, bunlar, demokratik bir süreçte iktidar muhalefet dengesi zemininde gerçekleşebilirler. Aksi halde, devlet "hukuk devleti" olma niteliğini kaybederek "kanun devleti"ne dönüşür. Bu açıdan, Milli Eğitim Komisyonundaki müzakere usûlü, daha önce örneğine rastlanmayan bir uygulama olmuştur.

Kanun'un yapımı sürecinde Meclis çoğunluğunun tutumu ve Anayasayı hiçe sayma anlayışı; Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonu'nun bu olaydaki performansı ve tavrı, yasama düzenlemelerinde / reformlarında mercek altına alınmaya değer ve akademik incelemelere veri oluşturabilecek bir "kürsü emsâli" niteliğindedir!

Burada vahim olan husus, komisyon başkanının, toplantı salonunu, iktidar partisine mensup milletvekilleri ile önceden doldurulmasına, işgal edilmesine göz yumması, muhalefetin komisyon üyesi milletvekillerinin toplantıya katılamayacakları, daha doğrusu giremeyecekleri fili bir durum yaratarak "teklif metninin çok kısa sürede, tartışılmadan, oylanarak kabul edilmesini sağlamasıdır.

4-) Hemen şunu da belirtelim ki, bütün usûl bozuklukları kanunun iptal edilmesine yol açmaz. Nitekim, 1961 Anayasası'nın uygulandığı dönemde, Anayasa Mahkememiz "şekil yönünden denetimde" 1961 Anayasası'nın 85 inci maddesine dayanılarak çıkarılmış İçtüzük kurallarının da denetimde kıstas olarak kullanılabileceğini, ancak bunları "önemli" / "önemsiz" olarak ikiye ayırarak, önemli olanlarının iptal nedeni oluşturacağını kabul etmişti. (Karar: 1965/69, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, sayı 3, sf.232, sayı 7, sh.94). "Önemli olanlar", kanunun esasını etkileyecek usûl kuralları olarak anlaşılmaktaydı.

Anayasa Mahkemesi, bir kanunu "şekil yönünden" iptal edince artık esasa ilişkin denetim yapmıyordu. Çünkü, Anayasa Mahkemesine göre, bu yönde bir karar, "kimi yetkili kuruluşları uyarma olanağının sağlanması düşüncesine dayandırılması da Anayasa Mahkemesinin görev ve yetki alanı ile bağdaştırılmaz"dı. (Karar: Sayı 15, sf.165).

Şekil denetimi ile ilgili olarak, 1982 Anayasası, farklı bir düzenleme öngörmektedir. Anayasa uygunluğun yalnızca şekil bakımından denetiminde, Anayasa değişiklikleri ve kanunlarla sınırlı olarak, Resmi Gazete'de yayımlanmalarından başlayarak, on gün içinde iptal davası açılabileceği öngörülmüştür; bu süre geçtikten sonra, şekil bozukluğunun itiraz yolu ile mahkemelerde ileri sürülmesi de mümkün değildir. (Ay. M. 148/2) Anayasanın aynı maddesi, hem kanunlar, hem de Anayasa değişiklikleri için ayrı ayrı kıstaslar öngörüyor. Konumuz "kanun" olunca, bununla ilgili kıstas, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır.

Öngörülen çoğunluk kuşkusuz toplantı yeter sayısı ve karar yeter sayısı olarak birlikte ele alınacaktır. Anayasanın 96 ncı maddesine göre, toplantı yeter sayısı TBMM üye tamsayısının en az üçte biri (184 milletvekili), karar yeter sayısı ise toplantıya katılanların salt çoğunluğudur; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tam sayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz. (138+1=139). Anayasanın 148 inci maddesinin ikinci fıkrasının ifadesinde yer alan "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" hükmü, toplantı ve karar yeter sayılarını birlikte içerir. Başka anlatımla karar yeter sayısının en az 139 milletvekiliyle geçerli olabilmesi için meclisin en az üçte bir üye (184 milletvekili) ile toplanmış olması ön koşuldur.

Bu düzenleme karşısında sorulması gereken hukuki soru, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetiminde "şekil denetimi"nin sadece 148 inci maddenin ikinci fıkrasında yer alan "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" kıstası, İçtüzükteki usûlî kuralları da kapsamına alıp almadığıdır.

Şekil denetimi ile ilgili olarak, kanunun Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak, on gün gibi çok kısa sayılabilecek bir süre içinde dava açabilme imkânının tanınması, esası etkileme özelliği olan İçtüzükteki usûl kurallarının da bu denetim kapsamında mütalaa edilmesi zorunluluğunu doğurabilmelidir. Çünkü 6287 sayılı kanunun "teklif" aşamasından başlayarak izlenen usûlî işlemlerde bu hususlar dikkati çekmektedir. Eğitim gibi gelecek kuşakları da etkileyecek son derece hassas ve dinamik bir konuda, geniş kapsamlı bir çalışma sürecini, aceleye ve emri vakiye getirmeden, toplumun değişik kesimlerinin, özellikle de ya da hiç değilse, üniversitelerin eğitim bilimleri çevrelerinin görüşlerine itibar edilerek geniş bir tartışma ortamında mâkul bir zaman diliminde değerlendirilmesi isabetli olurdu.

Stratejik bir ön çalışma yapılmadan, "reform" olarak adlandırılabilecek bir yasal düzenlemenin, hükümet programında dahi yer almadan, üstelik hükümetin, sorumluluğunu bir "tasarı" ile paylaşmaktan kaçarak bu kanun metninin bir "teklif" olarak sunulmuş olmasını, yönetim ciddiyeti ile bağdaştırmak çok güçtür. Bu husus 30 Mart 2012 tarihli 6287 sayılı kanunun önemli bir zaafı olduğu kadar, kanun yapma tekniğinin de en önemli usûlî eksikliğidir. Burada, kanunun usûl açsından bir anayasaya aykırılık oluşturmasını kat kat aşan bir vahâmetle karşılıyoruz. Zira bu düzenleme ebeveynlerin ve Cumhuriyetimizin en kıymetli varlıkları olan çocuklarımızın, bütün bir geleceğinin aceleye getirilmiş bir kanunla belirlenmesi, eğitim ve öğretim alanında sürekli bir gerginlik ve çatışma ortamı yaratarak, hoşnutsuzluğun artan bir biçimde gündemde kalmasına yol açacaktır. Ayrıca, bu aşamada şekil bakımından iptali istenen 6287 sayılı Kanun, gerek yapısı ve gerekse "kriz üretkenliği" özelliği ile iç-hukuku ve demokratik parlamenter rejimi bozucu bir nitelik taşımaktadır ve bu özelliği ile Anayasal düzenin askıya alınmasıyla eşdeğerdir. Anılan Kanun, kısa vâdede dahi içinden çıkılması kolay olmayan sorunlar yaratacak karakterdedir.

Bu itibarla, Kanun, kanaatimizce, "şekil bakımından iptali için" Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla belirlenen "kurucu koşullar" oluşmuştur.

5-) Yasama meclislerinin çalışmalarını düzenleyen, neredeyse tamamı "usûlî kuralları" içeren İçtüzükler, bütün çoğulcu anayasal düzenlemelerde, iktidar muhalefet ilişkilerinin parlamento çatısı altında dengeli bir biçimde yürütülmesinin onsuz olmaz hukuki metinleridir. Bu açıdan, parlamento hukuku alanında, mürekkep akıtmış olanlar, İçtüzük kuralları için "sessiz anayasa" ya da meclislerin "dahili kanunu" deyimini kullanırlar. Ülkemizde "meşrutiyet Döneminde" ve Cumhuriyet meclislerinde, parlamento çalışmalarında hukuki bir sorunla karşılaşınca, çok önemli bir başvuru eserinde, İçtüzüğün, kamusal faaliyetlerin yürütülmesinde Anayasadan da daha etkili olduğu vurgulanmıştı. (EUGENE PİERRE, Traite'de Droit Politique, Electoral et Parlementaire, Paris 1908, sf.490 ve devamı)

Eğitimle ilgili 6287 sayılı kanunun görüşülmesi aşamasındaki engelleme uygulamaları, parlamento tarihimizde gelecek açısından son derece vahim bir durum ya da emsal oluşturmuştur. Çoğunluk partisi milletvekillerinin fiili durum yaratarak, "hukuk devleti" anlayışı ile bağdaştırılması mümkün olamayacak bir ortamda, meclis Genel Kurulunun "kanun" adı altında yapacağı hukuki işleme zemin oluşturması, kabul iradesini gölgelemiştir ve zedelemiştir.

Anayasa Mahkememizin bu süreçle ilgili olarak yapacağı hukuki değerlendirmesi daha doğrusu denetimi, hiç kuşkusuz parlamento hukukumuzdaki bu boşluğu geniş yorum anlayışı ile içtihatla doldurması, Türkiye Cumhuriyeti devletinin değiştirilemeyecek nitelikleri arasında yer alan "demokratik hukuk devletinin" sürekliliğine ayrı bir anlam kazandıracaktır. Böylece, iktidar çoğunluğunun muhalefeti "kuşatarak" TBMM'nde tek sesli bir yapı oluşturmasının önüne geçilebilecektir.

Bu temenniyi dile getirirken, Anayasa Mahkememizin son zamanlarda yayımlanan iki kararından esinlenmekte isabet vardır. (Esas: 2004/85, Karar:2009/69, karar tarihi: 02.06.2009, Resmi Gazete 10 Aralık 2011 – Esas 2007/97, Karar: 2010/132, Karar tarihi 04.02.2010, Resmi Gazete: 10 Aralık 2011).

Hatırlanacağı gibi, Anayasa değişiklikleri için yapılan öneriler arasında, 2 nci maddedeki "insan haklarına saygılı" yerine "insan haklarına dayanan" ifadesinin kullanılması sıklıkla dile getirilmektedir. Anayasa Mahkememiz, bu iki kararı ile tartışmayı sona erdirerek, üstelik değiştirilemeyecek 2 nci maddeye "içtihat yolu ile ekleme yapmış, böylece, bu sorunu, deyim yerinde ise hukuki bir ustalıkla çözmüştür. Bundan böyle "insan haklarına saygılı" ifadesi ile "insan haklarına dayanan" arasında kopamayacak hukuki bir birleşme oluşturmuştur. Yukarıda anılan iki kararın, aynı tarihli Resmi Gazete'de yayımlanması hayli anlamlı olmuştur.

Bu örnekten yola çıkarak, Anayasa Mahkememizin Anayasanın 148 inci maddesinin ikinci fıkrasındaki "şekil denetiminin" işlerlik kazanabilmesi; ölü bir hüküm olmaktan çıkabilmesi için, şekil denetimi kapsamına usûlî kurallardan oluşan süreci de katarak, ya da içtihadı ile ekleyerek, bunların da şekil denetimi kıstasında yer almalarını sağlamak bir zorunluluk olmaktadır. Şekil denetiminin ancak bu taktirde bir işlevi olacaktır. Aksi halde 148 inci maddenin ikinci fıkrasındaki "kanunların şekil bakımından Anayasaya aykırılık iddialarının "son oylamada yeter sayı" şartına uyulmadığı kıstasına dayandırılması, kanun yapma sürecinde muhalefetin katılmasına ve uzlaşmasına imkân verilmek istenmediği sonucuna varılır. Bunun öteki anlamı, hukukun her vesileyle yasama çoğunluğu tarafından kuşatılması olacaktır. Ülke, iktidar kadar muhalefetin de ülkesidir. Müşterek Ulusal sorunlarla ilgili temel ve ivedi kanunlarda uzlaşma arayışı, şüphesiz, denenmeye değer ve çözücü bir yöntemdir.

(…)

V. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEĞİ

Yasama egemenliğini oluşturan iktidar-muhalefet dengesi, 6287 sayılı Kanun'un kanunlaşması sırasında sürdürülemez ve katlanılamaz ağırlıkta bozulmuştur. Kanunun oluşmasında muhalefet dışlanmıştır.

Bu Kanun'un öncelikle şekilden iptal edilme riski (yasama enerjisinin gereksiz tüketilmesi), fazlası ile mevcuttur.

Şekil bozukluğu nedeniyle iptali istenen 6287 sayılı Kanun, tartışmasız şekilde Anayasanın 2, 6, 7, 11, 67, 68, 75, 76, 87, 88, 95, 96, 97 ve 148 inci maddeleri hükümlerine ve genel anayasa modeline açıkça ve ağır biçimde aykırıdır.

Yukarıda da değinildiği gibi, Ülke, iktidar kadar, muhalefetin de ülkesidir. Ortak ulusal sorunlarla ilgili temel ve diğer ivedi yasalarda, uzlaşma arayışı denenmeğe değer ve çözücü bir yöntemdir.

Gerek yapısı ve gerekse kriz üretkenliği yoluyla iç-hukuku ve demokratik parlamenter rejimi bozucu karakter taşıyan 6287 sayılı Kanun'un dava sonuna kadar yürürlüğü, anayasal düzeninin askıya alınmasıyla eşdeğerdir. Hüküm, dava sonuna kadarki kısa sürede dahi içinden çıkılması kolay olmayan sorunlar yaratacak karakterdedir.

Yürürlüğü durdurmanın Yüksek Mahkeme içtihatlarıyla belirlenen kurucu koşulları oluşmuştur.

Dava konusu Kanun hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verildiği takdirde, hukuk sistemimizde herhangi bir boşluk meydana gelmeyecek, sadece, Anayasaya aykırı olan uygulama durdurulmuş olacaktır.

Ancak, dava konusu Kanun yönünden "yürürlüğü durdurma" Kararı verilmeyip de iptal kararı verilmesi halinde, bu iptal kararı büyük olasılıkla etkisiz kalacaktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun

üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasaya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükümlerin (Kanun'un) iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesine dava açılmıştır.

IV. TALEP VE SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde hukukun üstünlüğü vazgeçilmeyecek temel ilkelerden biri olduğuna göre, TBMM'de kanun koyma sürecinin hangi aşamasında olursa olsun, iktidar partisi çoğunluğunun sayısal gücüne dayanarak, muhalefeti "kuşatması", etkisiz hale getirmesi oy kullanmalarının engellenmesi bâriz bir hukuk ihlâlidir. Hukuku yalnızca bir araç gören, O'nun üstünlüğünü içine sindiremeyen, sadece gücüne güvenen bir "patalojik zihniyet" mahsûlü olan ve -bu aşamada- şekil bakımından iptali istenilen dava konusu Kanun, ihtiyaca ve istikrara hizmet görüntüsü içinde iç-hukukumuzu ve Cumhuriyetin "demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk devleti" olma özelliğini tahrip eden "talihsiz bir yasama girişimi"dir. Dava konusu "İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 30.03.2012 Tarih ve 6287 Sayılı Kanun, niteliği ve içeriği, demokratik parlamenter rejimimiz, Anayasal düzenimiz ve Meclis iç-hukuku bakımından hayatî (yaşamsal) derecede önem taşımaktadır. Demokratik hukuk devletinde böyle vahim bir olayın tekerrürünü önlemenin yolu ise, Anayasa Mahkemesinin, hukuken sakatlanmış bir iradenin ürünü olan işlemi (kanunu) iptal etmesidir. Anayasa Mahkememizin bir kararında da belirttiği gibi klasik demokrasilerden farklı olarak, "çağdaş Anayasalar… çoğunluğun baskısına karşı koruyucu hükümlere ve kurallara yer vermiş"tir (Esas: 1973/19, Karar: 1975/87, Karar tarihi: 15.04.1975, Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi, Sayı 13, sf. 428).

Bu itibarla,

Anayasanın 151 inci maddesi hükmünde öngörülen süre içerisinde, şimdilik şekil bozukluğu nedeniyle iptalini istediğimiz 30.03.2012 gün ve 6287 sayılı Kanun'un "esas bakımından" Anayasaya aykırılığını ileri sürmek suretiyle İptal Davası hakkımızı saklı tutmak kaydıyla,

Şimdilik süresi içerisinde şekil bozukluğu bakımından iptali talep olunan dava konusu 30.03.2012 gün ve 6287 sayılı"İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 29, 74, 81, 87 ve 91 incimaddeleri ile Anayasanın 2, 6, 7, 11, 67, 68, 75, 76, 87, 88, 95, 96, 97 ve 148incimaddeleri hükümlerine aykırı olması nedeniyle,

1-) Dava konusu 30.03.2012 gün ve 6287 sayılı "İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un lâyihamızda belirtilen ve Yüksek Mahkeme'ce belirlenen sebeplerle şekil bozukluğuna dayalı olarak İPTALİNE,

2-) Davanın öncelikle ve ivedilikle görüşülmesine,

3-) Dava konusu 30.03.2012 gün ve 6287 sayılı "İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA,

Karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ve talep ederiz.19.04.2012"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa

11.4.2012 günlü, 28261 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 30.3.2012 günlü, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un şekil bakımından iptali istenilmiştir.

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 6., 7., 11., 67., 68., 75., 76., 87., 88., 95., 96., 97. ve 148. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ,

Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 17.5.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine ve yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun şekil denetiminde yalnızca "öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" olgusunun ölçüt olarak kabul edilmesinin parlamentodaki çoğunluğun her an sürpriz kanunlar çıkarmasına imkan tanımak anlamına geleceği, kanunun yapılış sürecindeki aksaklıkların kanunun kabul iradesini zedeleyecek boyutta olması halinde bu hususların Anayasa Mahkemesinin denetim alanında kabul edilmesi gerektiği, Anayasa'da öngörülen usul kurallarına uyulmadan toplanmış Meclisin kabul edeceği kanunların şekil yönünden sakatlığının ileri sürülememesi ya da denetlenememesinin Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmayacağı, iptali istenilen Kanun'un yasama iradesinin oluşumunu etkileyecek, bu iradeyi bozacak ve dolayısıyla Kanun'un geçerliğini şüpheye düşürecek ölçüde şekil noksanlıkları içerdiği, kanun teklifinin T.B.M.M. Milli Eğitim, Kültür, Gençlik ve Spor Komisyonunda görüşülmesi sürecinde iktidar partisine mensup yüzü aşkın milletvekilinin salonu doldurması nedeniyle diğer milletvekillerinin Komisyona katılamadığı, Komisyon toplantısının açılmasının ardından söz talebini içeren dilekçelerin Komisyon Başkanınca işleme konulmadığı, söz talepleri ve değişiklik önergeleri işleme konulmadığından Komisyon çalışmalarının tamamlandığının kabul edilemeyeceği ve bu durumda Komisyon Raporu oluşmayacağından kanun teklifinin Genel Kurulda görüşülmesinin mümkün olmadığı, Komisyon toplantısının ses kayıtları ile tutanakların karşılaştırılmasından redaksiyon yetkisini aşan değişiklikler yapıldığının ortaya çıktığı, Komisyonun iradesinden farklı metinlerin Komisyonda kabul edilmiş gibi işlem yapıldığı, milletvekillerine Komisyonda söz hakkı tanınmamış olmasının milletvekillerinin yasama görevini yapmasının

engellenmesi sonucunu doğurduğu, kanun teklifinin T.B.M.M. Genel Kurulunda temel kanun olarak görüşülmesi nedeniyle önerge sayısının kısıtlandığı ve bunun demokrasi ve milletvekilliği kurumuyla bağdaşmadığı, Genel Kurulda görüşülen kanun teklifiyle ilgili olarak T.B.M.M. İçtüzüğünün 91. maddesi uyarınca milletvekillerinin var olan önerge verme haklarının kabul edilmediği, kanunların Anayasa'ya uygunluğunun şekil yönünden denetiminde esas alınan "son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı" ölçütünün İçtüzükte yer alan usul kurallarını da kapsamına aldığı, hukuk devleti anlayışıyla bağdaştırılması mümkün olmayan bir yöntemle kanun adı altında hukuki bir işleme zemin oluşturulmasının Meclis'in kabul iradesini zedelediği, bu süreçle ilgili olarak Anayasa Mahkemesince yapılacak şekil bakımından denetim kapsamında geniş yorum anlayışıyla hareket edilmesinin "demokratik hukuk devleti"nin sürekliliğine ayrı bir anlam kazandıracağı ve T.B.M.M.'nde iktidar çoğunluğunun muhalefeti kuşatarak tek sesli bir yapı oluşturmasının önüne geçileceği, şekil denetiminin ölü bir hüküm olmaktan çıkarılması için usuli kurallardan oluşan sürecin de şekil denetiminin kapsamına alınması gerektiği, kanunların şekil bakımından denetiminin "son oylamada yeter sayı" ölçütü ile sınırlanmasının kanun yapma sürecine muhalefetin katılmasına ve uzlaşmaya imkan verilmek istenmediği sonucuna yol açacağı, 6287 sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 29., 74., 81., 87. ve 91. maddeleri ile Anayasa'nın 2., 6., 7., 11., 67., 68., 75., 76., 87., 88., 95., 96., 97. ve 148. maddelerine aykırı olduğu belirtilerek şekil bakımından iptali istenilmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 148. maddesinin gerekçesinde de Genel Kurul tarafından yapılan son oylamadan önce vücut bulan şekil bozukluklarını Genel Kurulun bildiği veya bilmesi gerektiğinin varsayıldığı belirtilerek, son oylamadan önce yapılan şekil bozukluklarının iptale neden olamayacağı ifade edilmiş ve "*Genel Kurulun oylama yapıp kanunu kabul etmesi, şekil bozukluğunu, o kanunu kabul etmemek için yeterli neden saymadığı yolunda bir iradi tecellisidir. En büyük organ genel kuruldur. Onun iradesi hilafına bir sonuç çıkarmak hukukun ana esaslarına aykırı düşer. Bu nedenle son oylamadan önceki şekil bozuklukları, iptal sebebi sayılmamıştır.*" denilmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinin açık hükmü ve gerekçesi karşısında, kanunların şekil bakımından denetiminde, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığından başka bir hususun esas alınmasına ve bu suretle kanunların şekil bakımından denetimlerinin yapılabilmesine olanak bulunmamaktadır.

Anayasa'nın "Toplantı ve karar yeter sayısı" başlıklı 96. maddesinde, *"Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz…"* denilmektedir.

Dava dilekçesinde, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un son oylamasının öngörülen çoğunlukla yapılmadığı yolunda bir iddia bulunmamakla birlikte T.B.M.M. Genel Kurul tutanaklarının incelenmesinden, Kanun teklifinin tümü üzerinde elektronik oylama cihazıyla yapılan açık oylama sonucunda, 387 oyun kullanıldığı ve bunlardan 295'inin kabul, 91'inin ret ve 1'inin çekimser olduğu, bu anlamda son oylamanın Anayasa'da öngörülen çoğunlukla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'da öngörülen çoğunlukla son oylamasının yapıldığı açık olan ve şekil bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasına gerekçe olarak dava dilekçesinde gösterilen diğer hususlar yönünden incelenme olanağı bulunmayan 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Anayasa'nın 148. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

30.3.2012 günlü, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un şekil yönünden iptali istemi, 24.5.2012 günlü, E.2012/48, K.2012/75 sayılı kararla reddedildiğinden, bu Kanun'a ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 24.5.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- SONUÇ

30.3.2012 günlü, 6287 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un şekil yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 24.5.2012 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Fulya KANTARCIOĞLU
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	

I- ALFABETİK İNDEKS

A

1. 1- 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı **Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun**'un 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin, 2- 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun; a- 2. maddesinin, b- (1) sayılı Tarifesinin "(A) Mahkeme Harçları" bölümüne 6009 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen (V) numaralı fıkranın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/45, E: 2011/13) 1101**

2. 28.1.2010 günlü, 5951 sayılı **Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 8. maddesiyle değiştirilen 27.2.2003 günlü, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin; üç ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasında yer alan "…otuz gün…" ibaresinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı ile 2., 10., 16. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2012/7, E: 2010/30) 649**

3. 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu**'nun 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle değiştirilen 132. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/24, E: 2011/98) 865**

4. 1- 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu**'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan "… firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine, 2- 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan "… firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin … bitmesinden itibaren işlemeğe başlar." ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/56, E: 2011/111) 1179**

5. 25.10.1963 günlü, 353 sayılı **Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu**'nun 9. maddesinde yer alan "…askeri mahallerde…" ibaresinin, Anayasa'nın 145.maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/36, E: 2011/30)**.....973

6. 25.10.1963 günlü, 353 sayılı **Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu**'nun, 9.10.1996 günlü, 4191 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 17. maddesinin "Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez" biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 11., 36., 37. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi. **(K: 2012/55, E: 2011/108)**.....1171

C

7. 30.6.1934 günlü, 2548 sayılı **Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun**'un 1. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/22, E: 2011/28)** 833

8. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının sonuna 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez." biçimindeki cümlenin Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/25, E: 2011/41)** 875

9. 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu**'nun 234. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan "…vekili aracılığı ile…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 11., 36. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/69, E: 2011/37)** 1201

10. 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**'a, 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle eklenen Geçici Madde 3'ün,

Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi. **(K: 2012/10, E: 2011/43)**.....**689**

D

11. 22.6.1965 günlü, 633 sayılı **Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'a 27.4.2005 günlü, 5338 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Geçici Madde 11'in "Bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilir." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/21, E: 2011/19)** **823**

E

12. 5.11.2008 günlü, 5809 sayılı **Elektronik Haberleşme Kanunu**'nun 60. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar ..." ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/33, E: 2011/119)** **965**

13. 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı **Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu**'nun; 1- 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen 25. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…talep tarihinden itibaren başlatılır." ibaresinin, 2- 4956 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen Geçici 18. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 10., 60. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/44, E: 2011/9)** **1079**

G

14. 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı **Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan "…1/7/2010 tarihinden geçerli olmak üzere…" ibaresinin, bu bentte yer alan 8. ve 16. maddeler yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/15, E: 2011/74)** **801**

15. 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı **Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 31. maddesiyle, 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 2'nin, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/28, E: 2011/114) 923**

H

16. 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı **Hukuk Muhakemeleri Kanunu**'nun 3. maddesinin birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2012/23, E: 2011/35) 845**

İ

17. 30.3.2012 günlü ve 6287 sayılı **İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 29., 74., 81., 87. ve 91. maddeleri ile Anayasa'nın 2., 6., 7., 11., 67., 68., 75., 76., 87., 88., 95., 96., 97. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek şekil bakımından iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi. **(K: 2012/75, E: 2012/48) 1245**

18. 20.11.1981 günlü, 2560 sayılı **İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun**'un 5.6.1986 günlü, 3305 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 23. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...%10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı esas alınır." ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/16, E: 2011/6) 809**

K

19. 3.6.2010 günlü, 5983 sayılı **Kooperatifler Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 3. maddesiyle 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 90. maddesinin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa'nın 2., 13., 48., 128. ve 171. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2012/9, E: 2010/79).....667**

20. 21.7.1983 günlü, 2863 sayılı **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu**'nun; 1- 17.6.1987 günlü, 3386 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 7. maddesinin, 2- 14.7.2004 günlü, 5226 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin, 3- 11. maddesinin, 4- 15. maddesinin, 5- 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 13., 35. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/53, E: 2011/18) 1127**

M

21. A- 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı **Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 2. maddesiyle, 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3. maddesine eklenen "Muhammen Bedel: I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedeli." biçimindeki tanımı içeren kuralın, 2- 3. maddesiyle, 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrasının, 3- 3. maddesiyle, 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen; a- "Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir." biçimindeki ikinci fıkranın, b- "Bu alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması halinde iki ay içinde harç ve teminatın

yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için müracaat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde izin alınması durumunda Kanunun 16 ncı maddesine göre ruhsat düzenlenir, izin alınamaması halinde müracaat reddedilir. Müraacat alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16 ncı maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenlenir. Aksi halde tüm müracaat alanı bu süre sonunda müracaatlara açık hale gelir." biçimindeki üçüncü fıkranın, c- "Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder." biçimindeki beşinci fıkranın, d- "Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yeraltı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yeraltı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur." biçimindeki altıncı fıkranın, 4- 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onikinci fıkrasının "İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır." biçimindeki birinci cümlesinin, 5- 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "...yatırımcı kurum ya da kuruluşun..." ibaresi ve ikinci cümlesinde yer alan "...yatırımcı kuruluşun..." ibaresinin, 6- 19. maddesiyle, 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu'nun 16. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının, 7- 19. maddesiyle 6831 sayılı Kanun'un 16. maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen; a- "Madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanları rehabilite edilir. Rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için büyükşehir mücavir alanlarında büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine bedeli karşılığında izin verilebilir." biçimindeki dördüncü fıkranın, b- "Maddenin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esaslar yönetmelikle düzenlenir." biçimindeki beşinci fıkranın, Anayasa'nın 2., 7., 63., 168. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına, B- 10.6.2010 günlü,

5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un: 1- 3. maddesiyle 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkranın, 2- 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının "Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak, yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı Kurula katılır. Kurul, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanır …" bölümünün, Anayasa'nın 127. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine, karar verilmesi istemi. **(K: 2012/13, E: 2010/85) 705**

N

22. 25.4.2006 günlü, 5490 sayılı **Nüfus Hizmetleri Kanunu**'nun 68. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "...veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine..." ibaresinin, Anayasa'nın 11., 35. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/38, E: 2011/105) 997**

23. 25.4.2006 günlü, 5490 sayılı **Nüfus Hizmetleri Kanunu**'nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin **"**Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir**."** biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 17., 36. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/48, E: 2011/34) 1117**

S

24. 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu**'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/40, E: 2011/128) 1021**

25. 22.11.1984 günlü, 3083 sayılı **Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu**'nun 13. maddesinin son fıkrasının "Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde mahkemeler veya icra iflas daireleri tarafından bu arazi hakkında devir ve temliki gerektiren bir karar verilemez." biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/54, E: 2011/33)** **1159**

26. 8.3.2011 günlü, 6172 sayılı **Sulama Birlikleri Kanunu**'nun: 1- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir" ibaresinin, 2- 4. maddesinin; a- (2) numaralı fıkrasının, b- (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…birlik üyesi seçmek…" ibaresinin, 3- 6. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin, 4- 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesinin, 5- 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasının, 6- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…Bakan onayı…" ibaresinin, 7- Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; a- Birinci cümlesinin, b- İkinci cümlesinde yer alan "Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 43., 123., 126., 127., 160. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2012/27, E: 2011/53)** **885**

T

27. 11.4.1928 günlü, 1219 sayılı **Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun**'un, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "…üç yıldan…" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/29, E: 2011/127)** **939**

28. 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı **Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 3. maddesiyle, 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 34. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 34/A maddesinin, 2- 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713

sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine eklenen "Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz." biçimindeki fıkranın, 3- 8. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın, 4- 9. maddesiyle, 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin (4) numaralı fıkrasının sonuna eklenen "Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz." biçimindeki cümlenin, 5- 10. maddesinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2012/41, E: 2011/26)** **1029**

29. 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı **Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu**'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 422. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/37, E: 2011/39)** **981**

30. 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı **Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu**'nun 31.1.2007 günlü, 5578 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/70, E: 2011/58)** **1209**

31. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı **Türk Medenî Kanunu**'nun 173. maddesinin son fıkrasında yer alan "Koca…" sözcüğünün, Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/32, E: 2011/51)** **957**

32. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı **Türk Medenî Kanunu**'nun 303. maddesinin, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/39, E: 2011/116)** **1007**

33. 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı **Türk Medenî Kanunu**'nun 175. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…süresiz olarak…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/72, E: 2011/136)** **1233**

34. 4.12.1984 günlü, 3093 sayılı **Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu**'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 439. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi. **(K: 2012/31, E: 2011/22) 945**

Y

35. 15.4.2010 günlü, 5981 sayılı **Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1) 1. maddesiyle 28.3.1983 günlü ve 2809 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 119 ve Ek Madde 124'ün, 2) Geçici 1. maddesinin, Anayasa'nın 2., 35., 46. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi. **(K: 2012/14, E: 2010/57) 775**

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
353	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun 9. maddesinde yer alan "…askeri mahallerde…" ibaresinin, Anayasa'nın 145.maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/36	2011/30	İTZ	973
353	Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu'nun, 9.10.1996 günlü, 4191 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 17. maddesinin "Askeri mahkemelerde yargılamayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez" biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 11., 36., 37. ve 145. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi.	2012/55	2011/108	İTZ	1171
633	Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'a 27.4.2005 günlü, 5338 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen Geçici Madde 11'in "Bu kişilerden asaleti tasdik edilenlerin vekil imam-hatiplikte geçen hizmet süreleri, kazanılmış hak aylıklarında değerlendirilir." biçimindeki son cümlesinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/21	2011/19	İTZ	823
1219	Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle değiştirilen 41. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan "…üç yıldan…" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/29	2011/127	İTZ	939
1479	Esnaf ve Sanatkârlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun; 1- 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Kanun'un 15. maddesiyle değiştirilen 25. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…talep tarihinden itibaren başlatılır." ibaresinin, 2- 4956 sayılı Kanun'un 47. maddesiyle eklenen Geçici 18. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile 2., 10., 60. ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/44	2011/9	İTZ	1079

1632	Askeri Ceza Kanunu'nun 22.3.2000 günlü, 4551 sayılı Kanun'un 28. maddesiyle değiştirilen 132. maddesinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/24	2011/98	İTZ	865
1632	1- Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan "… firar fiilleri hakkında dava mururu zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine, 2- 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 49. maddesinin (A) fıkrasında yer alan "… firar fiilleri hakkında dava mururu zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin … bitmesinden itibaren işlemeğe başlar." ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/56	2011/111	İTZ	1179
2548	Ceza Evleriyle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkûmlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanun'un 1. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 36. ve 73. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/22	2011/28	İTZ	833
2560	İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un 5.6.1986 günlü, 3305 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 23. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "...%10'dan aşağı olmayacak nispetinde bir kâr oranı esas alınır." ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/16	2011/6	İTZ	809
2863	Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun; 1- 17.6.1987 günlü, 3386 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 7. maddesinin, 2- 14.7.2004 günlü, 5226 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle değiştirilen 9. maddesinin, 3- 11. maddesinin, 4- 15. maddesinin, 5- 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 408. maddesiyle değiştirilen 65. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 13., 35. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/53	2011/18	İTZ	1127
2911	Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 422. maddesiyle değiştirilen 28. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/37	2011/39	İTZ	981

3083	Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanunu'nun 13. maddesinin son fıkrasının "Birinci fıkrada belirtilen süreler içinde mahkemeler veya icra iflas daireleri tarafından bu arazi hakkında devir ve temliki gerektiren bir karar verilemez." biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 10., 35. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/54	2011/33	İTZ	1159
3093	Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanunu'nun 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 439. maddesiyle değiştirilen 6. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 13. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/31	2011/22	İTZ	945
3717	1- Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 23.7.2010 günlü, 6009 sayılı Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 2. maddesinin, 2- 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun; a- 2. maddesinin, b- (1) sayılı Tarifesinin "(A) Mahkeme Harçları" bölümüne 6009 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle eklenen (V) numaralı fıkranın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/45	2011/13	İTZ	1101
4721	Türk Medenî Kanunu'nun 173. maddesinin son fıkrasında yer alan "Koca…" sözcüğünün, Anayasa'nın 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/32	2011/51	İTZ	957
4721	Türk Medenî Kanunu'nun 303. maddesinin, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/39	2011/116	İTZ	1007
4721	Türk Medenî Kanunu'nun 175. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "…süresiz olarak…" ibaresinin Anayasa'nın 2., 10. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/72	2011/136	İTZ	1233
5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasının sonuna 22.7.2010 günlü, 6008 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle eklenen "Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez." biçimindeki cümlenin Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 12., 13., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/25	2011/41	İTZ	875

5271	Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin (3) numaralı alt bendinde yer alan "…vekili aracılığı ile…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 11., 36. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/69	2011/37	İTZ	1201
5320	Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a, 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle eklenen Geçici Madde 3'ün, Anayasa'nın 2., 10., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi.	2012/10	2011/43	İTZ	689
5403	Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 31.1.2007 günlü, 5578 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 8. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarının, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 35. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/70	2011/58	İTZ	1209
5490	Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 68. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "...veya bu durumdaki çocukların veli veya vasilerine..." ibaresinin, Anayasa'nın 11., 35. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/38	2011/105	İTZ	997
5490	Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin "Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir." biçimindeki birinci cümlesinin, Anayasa'nın 17., 36. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/48	2011/34	İTZ	1117
5510	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinin dördüncü fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/40	2011/128	İTZ	1021
5809	Elektronik Haberleşme Kanunu'nun 60. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "... bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde üçüne kadar ..." ibaresinin, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/33	2011/119	İTZ	965
5951	Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 8. maddesiyle değiştirilen 27.2.2003 günlü, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un 12. maddesinin; üç ve dördüncü fıkraları ile altıncı fıkrasında yer alan "…otuz gün…" ibaresinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının ikinci paragrafı ile 2., 10., 16. ve 135. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2012/7	2010/30	İPT	649

5981	Yükseköğretim Kurumları Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1) 1. maddesiyle 28.3.1983 günlü ve 2809 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 119 ve Ek Madde 124'ün, 2) Geçici 1. maddesinin, Anayasa'nın 2., 35., 46. ve 130. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi.	2012/14	2010/57	İPT	775
5983	Kooperatifler Kanunu İle Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3. maddesiyle 24.4.1969 günlü, 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun değiştirilen 90. maddesinin ikinci fıkrası ile üçüncü fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa'nın 2., 13., 48., 128. ve 171. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2012/9	2010/79	İPT	667
5995	A- Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 2. maddesiyle, 4.6.1985 günlü, 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 3. maddesine eklenen "Muhammen Bedel: I. Grup (a) bendi madenler için mülk sahibinin izni alınarak verilen ruhsatlarda veya ruhsat süre uzatım işlemlerinde madenin cinsi, rezervi ve yeri dikkate alınarak ilgili il özel idaresi tarafından belirlenen bedeli." biçimindeki tanımı içeren kuralın, 2- 3. maddesiyle, 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesinin yeniden düzenlenen birinci fıkrasının, 3- 3. maddesiyle, 3213 sayılı Kanun'un 7. maddesine eklenen; a- "Özel çevre koruma bölgeleri, milli parklar, yaban hayatı koruma ve geliştirme sahaları, muhafaza ormanları, 4/4/1990 tarihli ve 3621 sayılı Kıyı Kanununa göre korunması gerekli alanlar, 1 inci derece askeri yasak bölgeler, 1/5000 ölçekli imar planı onaylanmış alanlar, 1 inci derece sit alanları ile madencilik amacı dışında tahsis edilen ve Genel Müdürlük tarafından uygun görüş verilen elektrik santralleri, organize sanayi bölgeleri, petrol, doğalgaz ve jeotermal boru hatları gibi yatırım alanlarına ait koordinatlar ilgili kurumlar tarafından Genel Müdürlüğe bildirilir." biçimindeki ikinci fıkranın, b- "Bu alanlara yapılan ruhsat müracaatlarının hak sağlaması halinde iki ay içinde harç ve teminatın yatırılmasından sonra bu alanlara ilişkin ilgili kurumlardan izin alınması için müracaat sahibine bir yıl süre verilir. Bu süre içinde izin alınması durumunda Kanunun 16 ncı maddesine göre ruhsat düzenlenir, izin alınamaması halinde müracaat reddedilir. Müraacat alanının bir kısmının bahse konu alanlarla çakışması halinde, çakışan alan dışındaki serbest alana ilişkin olarak iki aylık süre içinde Kanunun 16 ncı maddesine göre müracaatta bulunulması halinde ruhsat düzenlenir. Aksi halde tüm müracaat alanı bu süre	2012/13	2010/85	İPT	705

	sonunda müracaatlara açık hale gelir.” biçimindeki üçüncü fıkranın, c- “Yaban hayatı koruma ve geliştirme sahalarında maden arama ve işletme faaliyetleri ile bu faaliyetler için gerekli geçici tesislere çevresel etki değerlendirme raporunda belirlenen esaslar dahilinde izin verilir. Alınan izinler, temditler dahil ruhsat hukuku sonuna kadar devam eder.” biçimindeki beşinci fıkranın, d- “Uygulanan yöntem, teknoloji ve derinliğe bağlı olarak projesi Genel Müdürlükçe uygun bulunan yeraltı madencilik faaliyetlerinin tekabül ettiği yüzey alanı için herhangi bir izin alınmaz. Yeraltı madencilik faaliyetlerine bağlı olarak gerekli olan yerüstü tesisleri veya galeri ağzının isabet ettiği alan için gerekli izinlerin alınması zorunludur.” biçimindeki altıncı fıkranın, 4- 3. maddesiyle değiştirilen 3213 sayılı Kanun’un 7. maddesinin onikinci fıkrasının “İmar alanları içinde kalan madencilik faaliyetleri, ilgili yerel merciden izin alınarak yapılır.” biçimindeki birinci cümlesinin, 5- 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun’un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “...yatırımcı kurum ya da kuruluşun...” ibaresi ve ikinci cümlesinde yer alan “...yatırımcı kuruluşun...” ibaresinin, 6- 19. maddesiyle, 31.8.1956 günlü, 6831 sayılı Orman Kanunu’nun 16. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının, 7- 19. maddesiyle 6831 sayılı Kanun’un 16. maddesine üçüncü fıkrasından sonra gelmek üzere eklenen; a- “Madencilik faaliyetlerinin sona ermesi neticesinde idareye teslim edilen veya terk edilen doğal yapısı bozulmuş orman alanları rehabilite edilir. Rehabilite maksadı ile bu alanların orman yetiştirilmek üzere inşaat, yıkıntı ve hafriyat atıkları ile doldurularak ağaçlandırmaya hazır hale getirilmesi için büyükşehir mücavir alanlarında büyükşehir belediyelerine, diğer yerlerde ise il ve ilçe belediyelerine bedeli karşılığında izin verilebilir.” biçimindeki dördüncü fıkranın, b- “Maddenin uygulanması ile ilgili tanım, şekil, şart ve esaslar yönetmelikle düzenlenir.” biçimindeki beşinci fıkranın, Anayasa’nın 2., 7., 63., 168. ve 169. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına, B- 10.6.2010 günlü, 5995 sayılı Maden Kanununda ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un: 1- 3. maddesiyle 3213 sayılı Kanun’un 7. maddesine eklenen dokuzuncu fıkranın, 2- 3. maddesiyle düzenlenen 3213 sayılı Kanun’un 7. maddesinin onyedinci fıkrasının “Kurul, Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu bakanın başkanlığında Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı, diğer yatırımcı kurum ya				

	da kuruluşun bağlı olduğu bakan/bakanlar ve yatırım kararına onay veren kurumun ilgili olduğu bakan olmak üzere asgari üç kişiden oluşur. Ancak, yatırımcı kuruluşun Devlet Planlama Teşkilatının bağlı olduğu Bakanlığa veya Bakanlığa bağlı ilgili veya ilişkili bir kurum ve katılımcı sayısının üçün altında olması halinde Sanayi ve Ticaret Bakanı Kurula katılır. Kurul, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı veya ilgili taraf bakanlardan herhangi birinin daveti üzerine toplanır …" bölümünün, Anayasa'nın 127. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine, karar verilmesi istemi.				
6008	Terörle Mücadele Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 3. maddesiyle, 6.10.1983 günlü, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 34. maddesinden sonra gelmek üzere eklenen 34/A maddesinin, 2- 4. maddesiyle, 12.4.1991 günlü, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 5. maddesine eklenen "Bu madde hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz." biçimindeki fıkranın, 3- 8. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 250. maddesine eklenen (4) numaralı fıkranın, 4- 9. maddesiyle, 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin (4) numaralı fıkrasının sonuna eklenen "Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz." biçimindeki cümlenin, 5- 10. maddesinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptallerine karar verilmesi istemi.	2012/41	2011/26	İTZ	1029
6009	Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 62. maddesinin (d) bendinde yer alan "…1/7/2010 tarihinden geçerli olmak üzere…" ibaresinin, bu bentte yer alan 8. ve 16. maddeler yönünden Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/15	2011/74	İTZ	801
6009	Gelir Vergisi Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 31. maddesiyle, 8.5.1991 günlü, 3717 sayılı Adli Personel ile Devlet Davalarını Takip Edenlere Yol Gideri ve Tazminat Verilmesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun Bir Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'a eklenen Geçici Madde 2'nin, Anayasa'nın 2., 10. ve 55. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi.	2012/28	2011/114	İTZ	923
6100	Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 37., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemi.	2012/23	2011/35	İPT	845

6172	Sulama Birlikleri Kanunu'nun: 1- 1. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde özel hukuk hükümlerine tabidir" ibaresinin, 2- 4. maddesinin; a- (2) numaralı fıkrasının, b- (8) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…birlik üyesi seçmek…" ibaresinin, 3- 6. maddesinin (6) numaralı fıkrasının birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü cümlelerinin, 4- 10. maddesinin (1) numaralı fıkrasının sekizinci cümlesinin, 5- 18. maddesinin (5) numaralı fıkrasının, 6- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…Bakan onayı…" ibaresinin, 7- Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının; a- Birinci cümlesinin, b- İkinci cümlesinde yer alan "Aksi takdirde bu birliklerin tüzel kişiliği kendiliğinden sona erer…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 10., 43., 123., 126., 127., 160. ve 168. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2012/27	2011/53	İPT	885
6287	İlköğretim ve Eğitim Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün 29., 74., 81., 87. ve 91. maddeleri ile Anayasa'nın 2., 6., 7., 11., 67., 68., 75., 76., 87., 88., 95., 96., 97. ve 148. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek şekil bakımından iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi.	2012/75	2012/48	İPT	1245

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2012/7	2010/30	İİD	649
2012/9	2010/79	İİD	667
2012/10	2011/43	İİD	689
2012/13	2010/85	İİD	705
2012/14	2010/57	İİD	775
2012/15	2011/74	İİD	801
2012/16	2011/6	İİD	809
2012/21	2011/19	İİD	823
2012/22	2011/28	İİD	833
2012/23	2011/35	İİD	845
2012/24	2011/98	İİD	865
2012/25	2011/41	İİD	875
2012/27	2011/53	İİD	885
2012/28	2011/114	İİD	923
2012/29	2011/127	İİD	939
2012/31	2011/22	İİD	945
2012/32	2011/51	İİD	957
2012/33	2011/119	İİD	965
2012/36	2011/30	İİD	973
2012/37	2011/39	İİD	981
2012/38	2011/105	İİD	997
2012/39	2011/116	İİD	1007
2012/40	2011/128	İİD	1021
2012/41	2011/26	İİD	1029
2012/44	2011/9	İİD	1079

*İİD: İptal ve İtiraz Davası

2012/45	2011/13	İİD	1101
2012/48	2011/34	İİD	1117
2012/53	2011/18	İİD	1127
2012/54	2011/33	İİD	1159
2012/55	2011/108	İİD	1171
2012/56	2011/111	İİD	1179
2012/69	2011/37	İİD	1201
2012/70	2011/58	İİD	1209
2012/72	2011/136	İİD	1233
2012/75	2012/48	İİD	1245

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2010/30	2012/7	İİD	649
2010/57	2012/14	İİD	775
2010/79	2012/9	İİD	667
2010/85	2012/13	İİD	705
2011/6	2012/16	İİD	809
2011/9	2012/44	İİD	1079
2011/13	2012/45	İİD	1101
2011/18	2012/53	İİD	1127
2011/19	2012/21	İİD	823
2011/22	2012/31	İİD	945
2011/26	2012/41	İİD	1029
2011/28	2012/22	İİD	833
2011/30	2012/36	İİD	973
2011/33	2012/54	İİD	1159
2011/34	2012/48	İİD	1117
2011/35	2012/23	İİD	845
2011/37	2012/69	İİD	1201
2011/39	2012/37	İİD	981
2011/41	2012/25	İİD	875

2011/43	2012/10	İİD	689
2011/51	2012/32	İİD	957
2011/53	2012/27	İİD	885
2011/58	2012/70	İİD	1209
2011/74	2012/15	İİD	801
2011/98	2012/24	İİD	865
2011/105	2012/38	İİD	997
2011/108	2012/55	İİD	1171
2011/111	2012/56	İİD	1179
2011/114	2012/28	İİD	923
2011/116	2012/39	İİD	1007
2011/119	2012/33	İİD	965
2011/127	2012/29	İİD	939
2011/128	2012/40	İİD	1021
2011/136	2012/72	İİD	1233
2012/48	2012/75	İİD	1245

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
05.04.2012	28255	2011/43	2012/10	İİD	689
19.05.2012	28297	2010/30	2012/7	İİD	649
19.05.2012	28297	2011/19	2012/21	İİD	823
19.05.2012	28297	2011/35	2012/23	İİD	845
19.05.2012	28297	2011/98	2012/24	İİD	865
29.05.2012	28307	2010/79	2012/9	İİD	667
26.06.2012	28335	2010/57	2012/14	İİD	775
26.06.2012	28335	2011/127	2012/29	İİD	939
26.06.2012	28335	2011/30	2012/36	İİD	973
26.06.2012	28335	2011/105	2012/38	İİD	997
26.06.2012	28335	2011/128	2012/40	İİD	1021
26.06.2012	28335	2011/26	2012/41	İİD	1029
26.06.2012	28335	2011/136	2012/72	İİD	1233
06.07.2012	28345	2011/53	2012/27	İİD	885

21.07.2012	28360	2011/74	2012/15	İİD	801
21.07.2012	28360	2011/6	2012/16	İİD	809
21.07.2012	28360	2011/28	2012/22	İİD	833
21.07.2012	28360	2011/114	2012/28	İİD	923
21.07.2012	28360	2011/51	2012/32	İİD	957
21.07.2012	28360	2011/116	2012/39	İİD	1007
21.07.2012	28360	2011/13	2012/45	İİD	1101
21.07.2012	28360	2011/108	2012/55	İİD	1171
21.07.2012	28360	2011/37	2012/69	İİD	1201
21.07.2012	28360	2011/58	2012/70	İİD	1209
06.10.2012	28433	2010/85	2012/13	İİD	705
06.10.2012	28433	2011/9	2012/44	İİD	1079
06.10.2012	28433	2011/34	2012/48	İİD	1117
06.10.2012	28433	2011/111	2012/56	İİD	1179
06.10.2012	28433	2012/48	2012/75	İİD	1245
13.10.2012	28440	2011/41	2012/25	İİD	875
13.10.2012	28440	2011/22	2012/31	İİD	945
13.10.2012	28440	2011/39	2012/37	İİD	981
13.10.2012	28440	2011/18	2012/53	İİD	1127
13.10.2012	28440	2011/33	2012/54	İİD	1159
17.10.2012	28444	2011/119	2012/33	İİD	965

4-Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
19.01.2012	2010/30	2012/7	İİD	649
19.01.2012	2010/79	2012/9	İİD	667
19.01.2012	2011/43	2012/10	İİD	689
26.01.2012	2010/85	2012/13	İİD	705
26.01.2012	2010/57	2012/14	İİD	775
26.01.2012	2011/74	2012/15	İİD	801
26.01.2012	2011/6	2012/16	İİD	809
16.02.2012	2011/19	2012/21	İİD	823
16.02.2012	2011/28	2012/22	İİD	833
16.02.2012	2011/35	2012/23	İİD	845

16.02.2012	2011/98	2012/24	İİD 865
16.02.2012	2011/41	2012/25	İİD 875
22.02.2012	2011/53	2012/27	İİD 885
22.02.2012	2011/114	2012/28	İİD 923
22.02.2012	2011/127	2012/29	İİD 939
01.03.2012	2011/22	2012/31	İİD 945
01.03.2012	2011/51	2012/32	İİD 957
01.03.2012	2011/119	2012/33	İİD 965
15.03.2012	2011/30	2012/36	İİD 973
15.03.2012	2011/39	2012/37	İİD 981
15.03.2012	2011/105	2012/38	İİD 997
15.03.2012	2011/116	2012/39	İİD 1007
15.03.2012	2011/128	2012/40	İİD 1021
15.03.2012	2011/26	2012/41	İİD 1029
22.03.2012	2011/9	2012/44	İİD 1079
22.03.2012	2011/13	2012/45	İİD 1101
30.03.2012	2011/34	2012/48	İİD 1117
11.04.2012	2011/18	2012/53	İİD 1127
11.04.2012	2011/33	2012/54	İİD 1159
11.04.2012	2011/108	2012/55	İİD 1171
11.04.2012	2011/111	2012/56	İİD 1179
17.05.2012	2011/37	2012/69	İİD 1201
17.05.2012	2011/58	2012/70	İİD 1209
17.05.2012	2011/136	2012/72	İİD 1233
24.05.2012	2012/48	2012/75	İİD 1245

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 1095, 1096

m. 2: 663, 665, 675, 676, 678, 684, 686, 687, 688, 700, 702, 742, 744, 745, 747, 748, 751, 753, 754, 756, 757, 759, 761, 763, 764, 765, 767, 768, 795, 796, 798, 799, 806, 807, 813, 814, 815, 816, 819, 820, 821, 822, 831, 840, 841, 842, 844, 849, 851, 870, 871, 873, 874, 882, 883, 884, 911, 912, 913, 915, 916, 917, 918, 920, 935, 936, 941, 942, 951, 952, 954, 969, 971, 993, 994, 1003, 1004, 1012, 1014, 1025, 1026, 1071, 1072, 1073, 1075, 1076, 1095, 1096, 1100, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116, 1150, 1153, 1154, 1155, 1158, 1166, 1168, 1175, 1176, 1195, 1197, 1198, 1206, 1207, 1208, 1228, 1231, 1238, 1240, 1241, 1243, 1244, 1269

m. 5: 819, 830, 831, 840, 842, 843, 882, 884, 1150, 1153

m. 6: 1269

m. 7: 742, 743, 744, 745, 747, 748, 751, 754, 755, 756, 757, 763, 764, 765, 767, 768, 1269

m. 8: 743

m. 9: 701

m. 10: 664, 665, 700, 702, 828, 829, 830, 831, 832, 840, 841, 842, 844, 870, 871, 873, 874, 882, 884, 935, 936, 951, 954, 961, 963, 969, 971, 993, 994, 1025, 1026, 1071, 1072, 1073, 1075, 1076, 1095, 1096, 1098, 1100, 1112, 1114, 1115, 1116, 1166, 1168, 1175, 1176, 1198, 1206, 1208, 1228, 1229, 1231, 1238, 1240, 1241

m. 11: 882, 884, 1003, 1005, 1175, 1176, 1206, 1208, 1228, 1269

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 12: 882, 884

m. 13: 676, 678, 681, 684, 882, 884, 951, 1150, 1151, 1152, 1153, 1154, 1228, 1230, 1231

m. 16: 665

m. 17: 819, 820, 1012, 1014, 1019, 1120, 1121, 1122, 1123, 1124

m. 35: 773, 774, 797, 798, 799, 1003, 1005, 1150, 1151, 1153, 1154, 1158, 1166, 1168, 1228, 1229, 1231

m. 36: 700, 701, 702, 840, 841, 842, 843, 844, 882, 883, 884, 961, 963, 1012, 1013, 1014, 1016, 1019, 1112, 1113, 1114, 1115, 1116, 1120, 1121, 1122, 1124, 1166, 1167, 1168, 1175, 1176, 1206, 1207, 1208

m. 37: 843, 849, 851, 1175, 1176

m. 38: 700, 702, 843, 882, 883, 884, 993, 994, 1003, 1004, 1153, 1154, 1155, 1196, 1198

m. 40: 843, 855, 856, 1019

m. 41: 1120, 1122, 1123, 1124, 1238, 1240, 1241

m. 43: 750, 1151

m. 44: 1151, 1228, 1229, 1230, 1231

m. 46: 797, 798, 799

m. 48: 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684

m. 49: 830, 1025, 1026

m. 55: 935, 936, 1112, 1114, 1115, 1116

m. 56: 750, 819, 820, 821, 822

m. 60: 1025, 1026, 1094, 1095, 1096, 1099, 1100

m. 63: 745, 747, 750, 752, 753, 754, 755, 1151

m. 67: 1269

m. 68: 1269

m. 72: 1194

m. 73: 840, 841, 842

m. 75: 1269

m. 76: 1269

m. 87: 1269

m. 88: 1269

m. 95: 1269

m. 96: 1269, 1270

m. 97: 1269

m. 123: 911, 912, 913, 914, 918

m. 125: 849, 851, 855, 856, 859, 860, 861, 862

m. 126: 913, 914

m. 127: 756, 814, 816, 913, 914, 918, 920

m. 128: 675, 676, 684, 759, 761

m. 129: 856

m. 130: 795, 796, 798, 799

m. 135: 665

m. 138: 700, 702, 843, 860, 1095, 1096

m. 141: 700, 702, 863, 1073, 1074, 1075, 1206, 1208

m. 142: 701, 860, 861, 1073, 1074, 1075

m. 145: 977, 978, 1175, 1176

m. 148: 1269, 1270

m. 152: 1110, 1193, 1195

m. 153: 1014, 1015, 1156

m. 155: 849, 851, 859, 860, 861, 862

m. 157: 850, 851, 854, 856, 859, 860, 861, 862

m. 159: 843

m. 160: 860, 916, 917

m. 168: 742, 743, 744, 745, 747, 748, 749, 751, 752, 753, 754, 765, 767, 768, 774, 912, 914, 1151

m. 169: 750, 754, 755, 762, 763, 764, 765, 767, 768, 1151

m. 170: 1151

m. 171: 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 684, 685, 686, 688

www.anayasa.gov.tr

ISBN 978-975-7427-50-6
9 789757 427506

Ahlatlıbel Mahallesi İncek Yolu Serpmeleri No:4
06805 Çankaya/Ankara
Telefon: (312) 463 73 00 Faks: (312) 463 74 00
e-posta: bilgi@anayasa.gov.tr