

anayasa mahkemesi



Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

44/1 2007



ANAYASA MAHKEMESİ KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 44
1. Cilt

2007



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISSN 1300-9729

ISBN 978-975-7427-40-7

2007 yılında Resmi Gazete’de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararlarının özgün şekliyle yer aldığı bu dergide, sınıflandırma “karar numarasına” göre yapılmıştır.

Yayın Kurulu

Ahmet Akyalçın (Uyuşmazlık Mah. Bşk, Üye)

Mehmet Erten (Üye)

Serdar Özgüldür (Üye)

İletişim ve İstem Adresi

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı

Yayın İşleri Müdürlüğü

Simon Bolivar Cad. No: 23

06540 Çankaya/Ankara

Telefon: (312) 440 7878/1011

(312) 439 0936

Faks: (312) 439 5924

<http://www.anayasa.gov.tr>

Baskı ve Cilt



SFN Televizyon Tanıtım

Tasarım Yayıncılık Ltd. Şti.

Dr. Mediha Eldem Sok. 61/6

06640 Kocatepe/ANKARA

Telefon : 0312 435 15 95

Faks : 0312 435 05 85

<http://www.sfn.com.tr>

Baskı Tarihi

Temmuz 2008

Dizinler

1. Alfabetik İndeks	595
2. Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini.....	603
3. Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler	611
4. Anayasa Maddeleri Dizini.....	615

Esas Sayısı : 2000/8

Karar Sayısı : 2003/104

Karar Günü : 26.12.2003

İPTAL DAVASI AÇAN: Anamuhalefet (Fazilet) Partisi TBMM Grubu adına Grup Başkanı Mehmet Recai KUTAN

İPTAL DAVASININ KONUSU: 15.12.1999 günlü, 4487 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun'un 1., 2., 3., 4., 5., 10., 15., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 26. ve 30. maddeleri ile Geçici 3. maddesinin Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 17., 19., 33., 35., 37., 38., 48., 49., 87., 115., 124., 125., 135., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve 1., 2., 10., 15., 20., 22. ve 26. maddelerinin yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren 7.2.2000 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“A) GENEL İPTAL SEBEPLERİ

15.12.1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun, 18.12.1999 günlü ve 23910 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Söz konusu Kanun, genel olarak Anayasa’nın “Başlangıç” bölümünün 6 ve 8’inci paragrafı ile 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 19, 33, 35, 37, 38, 48, 49, 87, 115, 124, 125, 135, 138 ve 153’üncü maddelerine aykırıdır. Şöyle ki;

1981 yılında çıkartılan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda, 1992 yılında 3754 sayılı Kanunla, 1995 yılında ise 4113 sayılı Yetki Kanununa dayanılarak 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bir dizi değişiklikler yapılmıştır.

Yüksek Mahkemenizin 13.11.1995 gün, 1995/45 esas ve 1995/58 sayılı kararıyla, 4113 sayılı Yetki Kanunu ile 558 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin iptal etmesiyle ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak gerekçesiyle hazırlanan ve iptal edilmiş bulunan KHK ile hemen hemen benzer hükümleri ihtiva eden ve Anayasa'mıza aykırılığı nedeniyle iptali istenilen bu Kanuna bir bütün olarak bakıldığında, tamamıyla bir tepki niteliği taşıdığı, herhangi bir reform özelliğinin bulunmadığı, sermaye piyasasının gelişimine katkı sağlayacak herhangi bir düzenleme içermemektedir.

Sermaye piyasasında hızlı değişim olduğu ve buna bağlı olarak da değişiklik yapma gereği doğduğu ifade edilmektedir. Yapılan düzenlemeler, genelde aracı kurumlarla ilgili olup, tedricî tasfiye ile yatırımcıları koruma fonu ve vadeli işlem piyasası düzenlenmektedir.

Anayasa'da yer alan temel ilkelere ayrılıklar taşıması yanında, bu Kanunla yapılan en büyük yanlış, KOBİ'lerin halka açılma ve menkul kıymet ihraçlarının basitleştirilmesi yönünde önemli ve reform niteliğinde ciddi bir hüküm içermemesidir. Halbuki Kanunun genel gerekçesinde bahsedilen gelişmeler halka açık şirketlerin faaliyetleri sayesinde gerçekleşmiştir.

Kanunun hem genel gerekçesinde, hem de maddelerin gerekçelerinde sıkça ABD ve Batı Avrupa Ülkelerinin uygulamalarına atıfta bulunmaktadır. Halbuki bu ülkelerin hepsi, KOBİ'lerin sermaye piyasasından yararlanmaları için, kendi içlerinde sermaye piyasasına girişlerini kolaylaştırıcı tedbirler almışlardır.

Bu Kanun hükümleriyle, halka açık ortaklıkların yükümlülüklerini artırmakta, KOBİ'lerin sermaye piyasasına girişleri daha da imkansız hale getirilmektedir. Halka açık ortaklıklar yönünden getirilen düzenlemeler, basitleştirici ve kolaylaştırıcı olmak bir yana, Sermaye Piyasası Kurulu'nun şimdiye kadar mevcut Kanuna aykırı olarak ve yasal dayanaktan yoksun bir şekilde keyfi ve haksız uygulamalarının, Anayasa'mıza aykırı bir şekilde oluşturulan metinlerle yasal düzenlemeye kavuşturulması, yanlış eylemlerine hukuki-formal kılıf hazırlanması gayretinden başka bir şey değildir.

Ülkemiz, sermaye yetersizliği nedeniyle en çok yerli ve/veya yabancı sermayeye ihtiyaç duyulan bir ülkedir. İşsizlik ve gelir dağılımında adaletsizlik sorunu ancak yerli ve yabancı sermayenin yatırıma/üretime yönlendirilmesi ve KOBİ'ler olarak nitelenen küçük ve orta boy çok ortaklı şirketlerin teşviki ile sağlanabilir.

Anayasa'nın 87 ve 91'inci maddelerinde gösterilen kurallar çerçevesinde, Bakanlar Kurulu'na belli konularda Kanun Hükmünde Kararname çıkarma yetkisi verilirken dahi; bu yetkinin belirlenmiş ve yetki yasasında belirtilen amaç, kapsam ve ilkelere uygun olması gerekmektedir. Yasanın öngörmediği bir konuda düzenleme yapan KHK'nin Anayasa'ya aykırı olacağı hususunda Yüksek Mahkemenizin yerleşik içtihatları bulunmasına ve Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen "Yasama yetkisinin devredilemezliği" ilkesine rağmen, Kanunla düzenlenmesi gereken pek çok konu, iptalini istemiş olduğumuz 4487 sayılı Kanun hükümleriyle Sermaye Piyasası Kurulu'na devredilmektedir.

Bu Kanunun ileride maddeler halinde değineceğimiz ilgili hükümlerinin tetkikinden de görüleceği üzere, Sermaye Piyasası Kuruluna "usul ve esasları tespit etmek" şeklinde belirsiz görevler izafe edilmesi ya da "her türlü tedbiri alır" şeklinde hudutsuz yetkiler verilmesi, Anayasa'nın 87. maddesinde yer alan "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak..." hükmüne ve temel insan haklarının ancak kanunlarla ve Anayasa ilkeleri dahilinde sınırlandırılabilceği kurallarına aykırıdır.

Bir taraftan yabancı sermayenin teşvikine imkan sağlamak gerekçesiyle Anayasa'da değişiklik yapılarak Tahkim Kanunu çıkartılırken, diğer taraftan bu Kanun hükümleriyle Anayasa'nın belirtilen maddelerine aykırı bir şekilde yapılan düzenlemelerle yerli sermayenin önüne adeta aşılabilir engeller getirilmesi, iktisadi düşünce sistemi bakımından da büyük bir çelişki teşkil etmektedir.

Hukuk Devleti anlayışı içersinde aslolan, Anayasa'mızın 2, 6, 7 ve 8'inci maddelerinde yer alan ilkeler doğrultusunda kanun kurallarının yasama organı marifetiyle düzenlenmesidir.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun yetkilerini belirsiz ve sınırsız bir şekilde artıran ve tümüyle iptalini talep ettiğimiz 4487 sayılı Kanun, Anayasa'nın "Başlangıç" bölümünde yer alan 6 ve 8'inci paragrafı ile, 2, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 17, 19, 33, 35, 37, 38, 48, 49, 87, 125, 135, 138 ve 153. maddelerine aykırılık teşkil etmektedir.

B) MADDELERİ İPTAL SEBEPLERİ

...

1) 4487 sayılı Kanun'un 1. maddesi Anayasa'ya aykırıdır.

Söz konusu 1. madde aynen şöyledir: " ... "

...

Sermaye Piyasası Kanununa ilave edilen bu ek madde Anayasa'nın 87. maddesine aykırıdır. Çünkü anılan maddenin 1. fıkrasında;

"...Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar kurulu'nca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir"

denilmekte, 2. fıkrasında ise,

"... Sermaye piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı hesaplarda kayıt esasları ile kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslar Kurulca bir tebliğ ile belirlenir."

hükmü yer almaktadır.

İşte bu hükümler;

"Bütün kanunlar uygulama için çıkarılır, kanunun nasıl uygulanması gerektiğini belirleyici ancak TBMM'dir. Onun dışında başka bir merciin tarifine gerek yoktur."

şeklindeki genel kabul görmüş hukuk kuralına aykırı bir düzenlemedir. Maddenin (1.) fıkrası ile Bakanlar Kurulu'na, (2.) fıkrası ile de SPK'na verilen görev ve yetkilerin sınırları açıkça belirtilmemiş "Kanunun uygulanmasına ait usul ve esaslar" şeklinde genel bir ifade ile Bakanlar Kuruluna ve Kurul'a TBMM'nin Anayasa'nın 87. maddesinden kaynaklanan "Kanun Yapma Yetkisi" devredilmiştir.

Bakanlar Kurulu ile Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın kanunda belirlenmeyen hususları, özellikle de temel sosyal ve ekonomik hakları, çıkaracağı yönetmelik ve tebliğlerle düzenleme yoluna gitmesine imkan sağlanmıştır.

Oysa Anayasanın hangi alanlarda Tüzük çıkarılabilir? Konusunu düzenleyen 115 ve yine hangi alanlarda Yönetmelik çıkarılır? Konusunu düzenleyen 124'üncü maddelerine bakıldığında sırf kanun muhtevasının şekli bakımından uygulanmasına dair olan konularda anılan hukuk metinlerinin çıkarılacağı vurgulanmakta, temel hak ve özgürlükler ile temel sosyo-ekonomik konular bunlar içerisine girmemektedir. Onlar ancak Any. m. 87 gereği Yasama organınca düzenlenmekte ve bu haklar ancak yargı kararı ile kısıtlanabilmektedir.

Nitekim Anayasa Mahkemesi değişik zamanlarda verdiği kararlarında "... temel hak ve özgürlüklere yalnızca yasalarla konulacak sınırlandırmalar için söz konusu olduğundan... Anayasanın öngördüğü bir temel hak ve

özgürlüğün yine Anayasaca sınırlandırılması durumunda Anayasanın m. 13 üncü (1961 Anayasası mad. 11) maddesinin uygulanma yeri olamaz..." denilmek suretiyle temel haklardaki sınırlamada en aşağıı metin Kanundur. Ondan daha aşağıısı düşünülemez. Ama burada durum hiç de öyle olmamıştır. İşin sınırlandırılması hükümet kararına ya da bir kamu kurumunun çıkaracağı tebliğe, iç düzenlemeye bırakılmıştır. (Bak. AMK, E. 1969/31, K. 1971/3; AMKD sayı 9, S. 148; E.Özbudun; s.83-86, 1989)

Örneğin Kanun m. 1. ve 2’de başvuru süreleri açıkça belirtilmemiş iken Bakanlar Kurulu ya da Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) yayımlayacağı yönetmelik ve tebliğlerle “süre” belirleme ya da başvuruları süresiz bekletme imkanı verilmektedir. Bu ve benzeri nedenlerle, Kanun m. 1 (SP Kanunu) ek m. 10/A- (fıkra 1 ve 2) hükümleri Anayasa m. 87’ye aykırıdır.

Aynı zamanda bu hüküm VERGİ USUL KANUNU mükerrer madde 241 (ek: 28.08.1991-3762/2. m.) hükmü ile de çalışmaktadır. Anılan madde hükmü şöyledir:

“Mükelleflerin sattıkları emtia veya yaptıkları işler nedeniyle ortaya çıkan alacak ve borçları için bono veya poliçe düzenlemeleri halinde, bu poliçe veya bonoların Türk Ticaret Kanunu uyarınca bulunması gereken bilgilerin yanı sıra aşağıdaki hususları da ihtiva etmesi zorunludur.

1. Müteselsil seri ve sıra numarası
2. Alacaklı ve borçlunun adı, adresi, bağlı olduğu vergi dairesi ve hesap numarası.

Bono, poliçe, çek, senet, tahvil, hisse senedi, finansman bonusu, kar ortaklığı belgesi ve benzeri kıymetli evrakın vergi belge düzenini sağlamak açısından ihtiva edeceği bilgileri belirlemeye Maliye ve Gümrük Bakanlığı yetkilidir.”

Şimdi burada mükellefler; bir konuda iki ayrı hüküm ve iki ayrı kurum ve uygulamayla karşı karşıyadırlar. İşte bu durum “hukuk normları toplumda güven ve istikrarı sağlamak için vardır” genel ilkesine de ters düşmektedir. Nitekim;

a) Madde hükmüne göre, kaydi sistemin ana kuruluşu “Merkezi Kayıt Kuruluşu-MKK-”dur. Sermaye piyasası araçları üzerindeki mülkiyet, intifa, rehin gibi haklar bu kuruluş tarafından yapılacak kayıtla ihdas edilecek ve ihtiyati tedbir ve haciz gibi yargı kararları ile birlikte üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecektir. MKK; kayıtları adeta sermaye piyasası araçlarının tapu sicili kaydı niteliğinde olacaktır.

Hukuken bu derece önemli olan kayıtlar için dayanak olarak yeterli belge yerine sadece bir “bildirim”den söz edilmesi, bu “bildirim”in kimler tarafından ve ne şekilde yapılacağının belirtilmemesi ve bütün bu belirsizlikler üzerine yapılacak olan mülkiyet, rehin, intifa, ihtiyati tedbir ve haciz kayıtlarının üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesi çok önemli hukuki sorunlar doğuracaktır.

b) MKK’na kaydedilen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde kuruluşa yapılan bildirim tarihinin esas alınacağına dair hüküm de, bildirimin kimin tarafından ne şekilde yapılacağının Kanun’da belirtilmemiş olması nedeniyle, kimin hangi şekilde yapacağı bildirim tarihinin esas alınacağı kabul edildiğinde uygulamada sorunlar çıkmasına yol açacağı muhakkaktır.

c) Hukuk güvenliği açısından sermaye piyasası araçları üzerinde kurulacak olan mülkiyet, intifa, rehin hakları ile konulacak olan ihtiyati tedbir ve hacizlerin ihdas, tadil ve kaldırılma ve ileri sürülebilme esaslarının kanunla düzenlenmesi gerekirken, yukarıdaki hususların Bankalar Kurulu’nca çıkarılacak yönetmelik ile SPK’nun tebliğlerine bırakılması çok yönlü sakıncalar içermektedir. Ayrıca hukukumuzda, tapu sicili, ticaret sicili, gemi sicili gibi resmi siciller etrafı bir kanuni altyapıya dayalı olarak tüzükle düzenlenmiştir. Kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esasların kanun veya tüzük yerine Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğleri ile düzenlenmesi; hukuk Devleti ve Hukuk Devleti’nin temel özelliği ile hukukun her nevi güvenliği sağlaması temel ilkeleri açısından sakıncalıdır.

d) Ayrıca, sermaye piyasası araçları üzerinde kurulan, maddi hukuka ilişkin hakların ihdası, tadili, sona ermesi gibi hususların Bakanlar Kurulu’nca çıkarılması öngörülen yönetmeliğe ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğlerine bırakılması sık sık bu yönetmelik ve tebliğlerde yer alacak hükümlerin Türk Ticaret Kanunu, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu gibi ana kanunların taşırır mallar ve haklarla ilgili hükümlerine aykırılıkları nedeniyle geçersizliklerinin ileri sürülmesine yol açacaktır. Bu da hukuk güvenliğini ve hukukun toplumda istikrarı sağlayacağı genel ilkelerini ihlal edici, zihinlerde kuşku, acabalı sorular uyandırıcı, genel ilkeleri zedeleyici bir durumdur.

e) Madde 10/A-2. fıkrasındaki “Kayıt edilen hakların SPK m. 7 uyarınca senede bağlanma zorunluluğu yoktur” hükmü, maddede benimsenen kaydi sistemle bağdaşmamaktadır. Bu hükümle, kaydi sistem yanında, senet düzenlemesine ve tedavülüne imkan verilmek suretiyle sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların hem merkezi kayıt kuruluşa kayıtlarıyla ve hem

de kıymetli evrak niteliğindeki senetlerle ileri sürülebilmesi gibi çelişkili ve hukuk güvenliğini ortadan kaldıran bir ikileme yol açılmış olacaktır. Kaldı ki, anılan hüküm Kanun'un geçici m. 6 hükmü karşısında gereksizdir.

f) Merkezi Kayıt Kurulu (MKK) ile ihraççıların ve aracı kuruluşların tuttukları kayıtların "yanlış tutulmasından" dolayı hak sahiplerine karşı kusurları oranında sorumlu tutulacaklarına dair olan hüküm de eksik ve hukuken yanlıştır. Çünkü;

Bir kere, MKK'nun tuttuğu kayıtlar esas olduğuna (veya olması gerektiğine) ve sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde bu kayıtlar esas alındığına göre, sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların ileri sürülebilmesi bakımından esas alınmayan aracı kuruluş kayıtlarının sorumluluğa esas alınmasını anlamak mümkün değildir.

İkinci olarak, kaydi sisteme ve merkezi kayıt kuruluşuna (düzenleme olanağı, kuruluşu oluşturma ve denetim bakımlarından) egemen bulunan SPK'nun kayıtları yanlış tutulmuş olması nedeniyle doğacak zararlardan dolayı neden Sermaye Piyasası Kurulu'nun sorumlu tutulmadığını anlamak da mümkün değildir.

Üçüncü olarak, kayıtların yanlış tutulmuş olmasından doğan sorumluluğun; MKK, ihraççılar ve aracı kuruluşlar arasında "kusurları oranında" taksimi, uygulamada, "kayıtların yanlış tutulmuş olmasından" dolayı zarar gören hak sahiplerinin haklarını elde edebilmelerini fevkalade zora sokacaktır.

Dördüncü olarak, sorumluluk nedeninin sadece "kayıtlarının yanlış tutulmuş olmasına" inhisar ettirilmesi de hatalı olacaktır. Kayıtlar yanlış değil de, eksik tutulmuşsa, sorumluluk söz konusu olmayacak mıdır?

Nihayet, kayıtların yanlış (ve eksik) tutulmuş olmasından doğan sorumluluğun kusura bağlanması da vahim bir hukuki hatadır. Bu gibi durumlarda adil olan kusursuz sorumluluktur. Örneğin, devlet, tapu sicillerinin tutulmasından doğan tüm zararlardan kendisi (memurunun herhangi bir kusuru olsa da olmasa da) sorumludur. Eğer memurun kusuru varsa ödediği tazminat için ona rücu edebilmektedir. (MK. m. 917), işte burada da öyle bir objektif kusur sorumluluğu getirilmeli idi. Kayıtların iyi tutulmamasından veya yanlış tutulmasından Merkezi Kayıt Kurulu ile Sermaye Piyasası Kurulu müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmalı ve kusurları varsa ihraççılara, aracı kuruluşlara ve diğer ilgililere rücu edebilmelidir.

g) Daha önce de belirtildiği üzere, kaydi sisteme geçirilmesi çok yararlı olmakla beraber Kanunun bu ek m. 10/A hükmü sakıncalar içermektedir. Bu maddenin gerekçesinde de belirtildiğine göre, İngiltere 1989 yılından beri bu sistemi kurmaya çalışmaktadır. Kanaatımızca kaydi sisteme geçilmesi aceleye getirilmiş ve bu alanın uzmanlarının görüşleri alınmadan ek m. 10/A kanunlaştırılmıştır.

h) Nihayet, SP Kanununa eklenen md 10/A hükmü, yukarıda belirtilen tüm yetersizliklerine rağmen olduğu gibi bırakıldığından bu kez geçici m. 6. gereğince, 31.12.2000 tarihinden itibaren artık hisse senedi çıkarılması söz konusu olamayacağına ve bu tarihten önce çıkarılmış olan hisse senetlerinin de 31.12.2003 tarihine kadar ihraççı kuruluşlara, bunların yetkili kıldığı aracı kuruluşlara veya merkezi kayıt kuruluşuna teslim edilmesi zorunlu bulunduğuna göre, SP Kanunu m. 7/4 fıkrasının sermaye artırımının Ticaret Siciline tescilinden önce hisse senedi çıkararak, halka verilmesini öngören ve bu haliyle Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) sistemine aykırı ve çok sakıncalı olan hükmünün yürürlükten kaldırılması gerekirdi.

Sonuç olarak maddedeki düzenleme Anayasa md 48. de düzenlenen "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlıklı hükümlerine de aykırılıklar içerdiği gibi özel teşebbüs kurma özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Özellikle hamiline yazılı hisse senetlerinin teslim ile, nama yazılı hisse senetlerinin de ciro ile el değiştirmesini önleyen bu düzenleme Sözleşme Özgürlüğünü kısıtlamakta ve serbest piyasa ekonomisi koşul ve kurallarına aykırı düşmektedir.

Anılan yasal düzenlemeyle, MKK'nda meydana gelebilecek bir hatanın ve yolsuzluğun pay sahiplerinin haklarını tamamen yok edebileceği gözetilmemiştir. Bu düzenleme Anayasa "Mülkiyet hakkı" kenar başlığını taşıyan madde 35 de ifadesini bulan "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir./ Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. / Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz." hükmüne aykırıdır. Bu hakkı kısıtlayıcı hükümler içermektedir. Ülkemizdeki tüm şirketlere ait ortaklık paylarının tek merkezde toplanmak istenmesi şirketleri, yatırımcıları ve hak sahiplerini bürokrasinin insafına ve idarenin keyfiliğine terk eden bir düzenleme olmakla özünde Anayasanın ruhuna ve temel insan haklarını düzenleyen uluslararası metinlere aykırılıklar da vardır. Yine bu hak sınırlamaları m. 35 de ifade edildiği gibi ancak kamu yararı nedeniyle ve yine çıkarılacak kanunla olmaktadır. Daha aşağı bir metinle bunu düzenlemek mümkün görülmemiştir.

Bu nedenle, “kaydileştirme” öncelikle kamu menkul kıymetleri için yapılanlı, banka ve aracı kurumların fiktif repo yapmalarının önüne geçilmelidir. Kaldı ki, yatırımcı bazında “saklama” işlemlerine mevcut yasa hükümleriyle geçilmiştir. Yani yasal yetkisizlik söz konusu olmadığı halde, piyasanın %90’ının kaydi sistem dışında tutulması ve %10 gibi bir azınlık için yasal düzenlemeye gidilmesinin maksadı anlaşılamamaktadır. Böyle bir düzenleme, Anayasanın imkan ve fırsat eşitliği ilkesini hükme bağlayan m. 10 hükümlerine aykırılıklar içermektedir.

Diğer taraftan, MKK’nun kayda aldığı sermaye piyasası araçları (hisse senetleri vb.) üzerinde haklar oluşturmaları, bu hakları kaldırması veya sınırlamalar getirmesi gibi konuların kanunda açıkça belirlenmesi gerekirdi. Bu yetkilerin, çıkarılacak yönetmelikle Bakanlar kurulu’na ve tebliğle SPK’na bırakılması hukukun temel ilkelerine ve Anayasa “Yasama yetkisi” yan başlığını taşıyan m. deki “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez.” hükmüne aykırıdır.

MKK tarafından kayda alınacak hakların senede bağlanması mükellefiyeti ortadan kaldırılırken, hisse senedi ve pay devirlerinin nasıl yapılacağına ilişkin olarak kanunda yer verilmeyen yasal düzenleme yetkisi, çıkarılacak tebliğle SPK’ya bırakılmaktadır.

Ayrıca, üçüncü şahıslara karşı ileri sürülebilmesi için MKK na yapılacak bildirimin kimler tarafından ve nasıl yapılacağı hususunda da hiçbir açıklık bulunmadığı gibi, bu kayıtların “tapu kayıtları gibi” aleni olduğu yönünde bir hüküm bulunmaması, uygulamada pek çok hukuki ihtilaflara yol açabilecektir.

2) 4487 sayılı Kanun’un 2. maddesi Anayasa’ya aykırıdır:

Anılan (2.) madde aynen şöyledir; “ ...”

4487 sayılı Kanun’un 2. maddesiyle değiştirilen Sermaye Piyasası Kanunu’nun 11. maddesinin 1., 2., 3., 4., 5. ve 9. fıkraları Anayasa’nın;

-“Yasama yetkisi” başlığını taşıyan 7’nci maddesine,

-“Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti”ni düzenleyen 48 inci maddesine,

-“Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen 2 nci maddesindeki “Demokratik Devlet” ilkelerine aykırıdır.

Söz konusu fıkralar, aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 17 ve 23. maddelerine de aykırıdır.

Bilindiği gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17. ve 23. maddeleri şöyledir:

Madde 17 de yer alan; "1) Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır. 2) Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz" hükmü ile,

Madde 23- "1) Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve uygun koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır."

4487 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 11. maddenin belirtilen fıkraları ile halka açık olmayan ve SPK'nun koyduğu niteliklerde bulunmayan 5 kişilik bir aile şirketinin hisse senetlerinin bir şekilde el değiştirmesi (ikinci el piyasa oluşması) halinde dahi, hiç ilgisi olmadığı halde böyle bir yolla halka açık anonim şirket sayılması sağlanmaktadır. Burada özellikle üzerinde durulması gerekli olan husus, halka açık şirketin hisse senetlerinin hangi oranda alındığı takdirde bir aile şirketinin halka açık sayılacağına Kanunda belirtilmeyip, SPK'nun takdir ve yetkisine bırakılmasıdır. Bu 5 kişilik aile şirketinin hisse senetlerinin bir şekilde 3. kişilere devri suretiyle el değiştirmesi dolayısıyla birdenbire halka açık şirket sayılması çok önemli bir olaydır.

Yasada; m. 11/3. Fıkra "Kurulca yapılan incelemelerde, bu Kanuna tabi ortaklıkların menkul kıymetlerinin ikinci el piyasasının oluştuğu anlaşıldığı takdirde, Kurul bu ortaklıkların (...) menkul kıymetlerine borsada işlem görme şartı getirebilir." Hükmüne de yer verilmiş olup, ikinci el piyasanın oluşmasından neyin anlaşılması gerektiğine açıklık getirilmemiş ve kişilik hakları ile çalışma ve sözleşme özgürlüğü kısıtlanmıştır.

Vergi Kanunları veya diğer maddi yükümlülöklere ait konularda çıkartılmış kanunlarda vergi nispet ve miktarının alt ve üst sınırları açıklanmakta ve bu taban ve tavan arasında takdir hakkı Bakanlar Kurulu'na verilmektedir. Burada ise kişilik haklarına dokunan böyle bir olayda, hisse almak suretiyle kurulacak ortaklık oranının alt ve üst sınırları bile belirtilmeden oran tespitinin ve "ikinci el piyasasının oluştuğu" olgusu tespitinin doğrudan doğruya SPK'na bırakılması Anayasaya aykırıdır.

Maddedeki ortaklık hisse oranının kanunla tayin edilmeyip bu yetkinin SPK'na devredilmesi ve ikinci el piyasasından neyin anlaşılması gerektiğine açıklık getirilmemiş olması ve bir aile şirketinin birkaç hissesinin şu veya bu şekilde el değiştirmesi gibi sıradan bir işlemde dahi bu aile şirketinin menkul kıymetlerine borsada işlem görme şartı getirilmesi, Anayasa m. 7 hükmüne aykırılık oluşturur.

Bu maddenin 9 uncu fıkrasında “halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’na başvurulmadan önce Kurul’un uygun görüşünün alınması zorunludur.”

hükmü yer almaktadır.

Halbuki bu konuda ana sözleşme değişikliğinin yapılacağı Genel Kurul’dan evvel Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’ndan TTK hükümlerine göre ön izin alınmaktadır. SPK’yı hiç ilgilendirmeyen ve Genel Kurulun takdiri ile yapılan değişikliklerin idare organlarının takdirine ve onayına bırakılması bu suretle de şirketlerin, Genel Kurullarını yapamaz hale düşürüp organsız kalmaları, Anayasa m. 48 de yer alan “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” ile Cumhuriyetin niteliklerini belirleyen m. 2 deki “Demokratik Devlet” ilkelerine aykırılıklar taşımaktadır.

Yapılan değişiklikle, ortak sayısı 250’den fazla olan anonim ortaklıklar “halka açık anonim ortaklık” olarak kabul edilmiştir. Fakat, 250’den fazla ortağı olduğunu tespit eden ortaklıklara “Kurul kaydına alınmak için başvuru” mecburiyeti getirilmekle beraber, ortaklığın bu müracaatından sonra SPK’nın bu başvuruyu ne kadar bir sürede değerlendirip nasıl bir işlem yapması gerektiği, Kurul kaydına ne kadar sürede alınacağı hususlarında bir belirleme yapılmamıştır. Yasanın değişiklik maddelerinde belirtildiği üzere ortaklıkların yerine getirmeleri gereken pek çok mükellefiyetleri varsa kurulun da sorumluluğunun belirlenmesi gerekirdi. Bir tarafa onca külfetler getirilirken karşı tarafa aynı doğrultuda, işlere ivme kazandıracak kurallar getirilmemiştir. Belli bir zaman geçtikten sonra başvurunun kabul edildiği, sükutun ikrardan geldiği, ikrar sayıldığı prensibi artık yasalarımıza yerleştirilmelidir. Halen ülkemizde yürürlükte olan kurallarda, “Başvuru ... süre içerisinde cevaplanmadığında reddedilmiş kabul edilir.” mantığı bu yasada da geçerliliğini sürdürmektedir.

Aslında yapılacak kısa bir incelemeyle tesbiti mümkün olan işler mevcut uygulamada Kurulun, yapılan müracaatları bir yıldan fazla bir zaman geçmesine rağmen değerlendirme yapmadan beklettiği basit bir soruşturmayla görülecektir. Bu bekletmenin hesabını vermesi Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)’nın en tabii bir görevi ve sorumluluğu iken bu durumu kimse sormamakta ve istememektedir.

Kurul kaydına almanın belli bir süre içerisinde sonuçlandırılması mecburiyetinin konulması, ortaklığın biran evvel Kurul denetimine girmesi bakımından yararlı olacağı gibi, kayıt işleminin çabuklaştırılması halinde, şirket yatırımcılarının ve piyasanın zarar görmesi önlenmiş olacaktır.

Menkul kıymetlerin borsada işlem görmesi, ilgili şirketlerin temel politikalarıyla ilgili bir karar olup, bu karara idare organlarının müdahalesi serbest piyasa ekonomisi kurallarına, İMKB Kotasyon Yönetmeliği ile TTK'nun genel hükümlerine ve nihayet Anayasa'nın demokratiklik ve teşebbüs özgürlüğü ilkelerine aykırılık teşkil etmektedir.

Belirtmek gerekir ki böyle bir düzenleme, şirketlerin zaman kaybına yol açacak ve SPK tarafından kolaylıkla kötüye kullanılabilecektir. Durum TTK ilkelerine ve akid serbestisine aykırıdır, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın yetkisini anlamsızlaştıracak çağ dışı bir değişikliktir.

Yasal yetkisi yokken, olmayan yetkiyi varmış gibi kullanan Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nun böyle bir düzenleme ile rekabet eşitliğini bozan veya siyasi nedenlerle bir şirketi kayına veya zora sokan işlemler yapması kuvvetle muhtemeldir.

Kanun ile düzenlenmesi gereken konuları, SPK'nun tebliğlerine bırakan bu madde tümüyle, Anayasa'nın

- "Yasama yetkisi" başlığını taşıyan 7 nci,
- "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlığını taşıyan 48 inci maddesi hükümlerine aykırıdır.

3) 4487 sayılı Kanun'un 3. maddesi Anayasa'ya aykırıdır. (Bu madde ile) Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12 nci maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilen altıncı fıkrası aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir. " ..."

Bu yeni düzenleme Anayasa'nın kişilik haklarını ve çalışma hürriyetini düzenleyen 48 ve 49 uncu maddelerine, Anayasa'nın, hak arama özgürlüğü ile ilgili 36/1 inci maddesine aykırıdır.

Şöyle ki, Yasanın m. 12/6. fıkrasında yapılan düzenleme ile mevcut hükümdeki "...4'üncü maddede belirtilen hususlara aykırı kararlar..." ibaresi kaldırılarak yerine "... bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar..." gibi çok genel bir anlamda düzenleme yapılmak suretiyle mala dayalı olanlar dahil her türlü vadeli işlem borsalarının, halka açık anonim ortaklıkların sermaye piyasası kuruluşlarının yönetim ve denetim kurulları baskı altına alınmaktadır. Düzenleme tamamıyla bir keyfilik ve antidemokratik uygulama içermektedir. Bu düzenlemeyi Anayasanın kişilik haklarını ve çalışma hürriyetini düzenleyen hükümleriyle bağdaştırmak mümkün değildir.

Bu fıkra 6'nın son cümlesinde yer alan "...Şirket, davanın açıldığını öğrendiği tarihi izleyen üç işgünü sonuna kadar durumu Kurula bildirmekle

yükümlüdür.” ifadesindeki süre çok kısa olup tüm önemli işleri bir yana bırakarak bu yükümlülüğü yerine getirmek bile en az on günlük bir zamanı alır. Adli, idari veya cezai, hangi alanda olursa olsun davanın taraflarına bu kadar bir kısa sürede cevap hakkı tanınması, işlemi yerine getirme zorunluluğu söz konusu değildir. Basit bir günsüz ihzar işleminde dahi ihzar kesilen kişi, acil işleri var ise onları ayarlasın düşüncesi ile kendisine 48 saatlik bir süre tanınmaktadır. Buradaki iş o işlemde daha mı önemsiz ya da daha mı basit? Asla. O nedenle usul hukukundaki “makul bir süre” ilkesine ve özgür-makul ortamda savunma hakkı kullanımına ters düşmektedir.

Yürürlükten kaldırılan hükümde, yönetim kurulu aleyhine dava açıldığının öğrenildiği tarihten itibaren 10 gün içinde durumu Kurul’a bildirmekle yükümlü iken bu süre 3 işgünü olarak düzenlenmiştir. Sürenin kısaltılması haklı bir gerekçeye de dayanmamaktadır. Maddedeki değişiklik Anayasa’nın hak arama özgürlüğü (m. 36/1) ve kişilik haklarını, çalışma hak ve hürriyetini düzenleyen (m. 48) hükümlerine tamamen aykırıdır.

4) 4487 sayılı Kanun’un 4. maddesi de Anayasa’ya aykırıdır.

Anılan madde ile, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 13/A maddesinin son fıkrası yeniden düzenlenmiştir.

Söz konusu (4.) madde şöyledir; “ ...”

Kanun’un bu hükmü Anayasa’nın Mülkiyet hakkını düzenleyen 35/2 ve 3. fıkralarına, Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48/2. Fıkrası hükümlerine aykırıdır.

Şöyle ki; Burada getirilen kısıtlama sonucu özel girişimciliğe ve mülkiyet hakkına önemli bir müdahale söz konusudur. Zira zamanda meydana gelecek değer artışları nedeniyle bile olsa rehin gösterilen bir mal durağan bir borcun dışında bir başka mal için teminat gösterilememesi müteşebbisleri önemli ölçüde sıkıştırıcı olacaktır, hareket ve yatırım özgürlüğünü kısıtlayacaktır. O nedenle bu hüküm de Anayasa md 35/2 ve 3, m. 48/2 hükümleri ile MK da yer alan özel hukuk ilkelerine aykırılık içermektedir.

5) 4487 sayılı Kanun’un 5. maddesi Anayasa’nın 48, 49 ve 87. maddelerine aykırıdır.

Anılan madde şöyledir; “ ...”

4487 sayılı Kanun’un 5. maddesiyle değiştirilen, Sermaye Piyasası Kanunu’nun 15. maddesinin 1., 4., 5. ve 7. fıkraları Anayasa’nın,

- Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48.,
- Çalışma hakkı ve ödevini düzenleyen 49.,
- Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerini genel olarak düzenleyen 87. maddelerine aykırıdır.

Söz konusu (5.) madde, aynı zamanda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17 ve 23/1. maddelerine de aykırıdır.

Çünkü işbu (5.) madde ile kayıtlı olmayan A.Ş.lar ile kayıtlı olanlar arasında eşitsizlik meydana getirilmiştir. Bu eşitsizlik kayıtlı olmayan A.Ş.lerin lehine bir görünüm arz etmektedir. Bu durum rekabet şartını engelleyicidir. Zira Borsa şirketleri kâr dağıtamamakta, halka açık anonim ortaklık şeklinde bir yapı kazandırılmakta, ancak hisse senetleri borsada işlem görmeyen şirketlere göre daha fazla kaynak kullanma zorunda bırakılmaktadırlar. Dağıtılmayan kâr payları da hisse senedi fiyatlarına yansıtılmaktadır.

Halka açık anonim ortaklıkların hisse senetleri, borsada hisse senetleri işlem görmeyen şirketlere nispetle, hem Mayıs ayı sonuna kadar kâr dağıtmak, hem de dağıtılan kârları üzerinden gelir vergisini bir defada ödemek zorunda bırakılmışlardır. Böylece hem kâr dağıtımı hem de vergi ödemesi işlemleri halka açık şirketlerin kaynaklarını azaltmaktadır. Böyle bir durum da şirketleri kredi arayışına girmek ve kredi bulabilenleri de yüksek faiz ödemek zorunda bırakacaktır. Bu durum da yeniden sermaye artırımına gitmelerine ve hisse senedi fiyatlarının düşmesine neden olacaktır.

Borsa şirketlerinden bazılarının kâr dağıtımı mecburiyeti getirilmesinde SPK'nın yetkili olması, benzer şirketler arasında farklılığa, rekabet eşitliğini bozucu etkilere yol açacaktır. Bir tarafta Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nca kayırılan, diğer tarafta Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nca zorlanan ve cezalandırılan şirketler grubu ortaya çıkacaktır. Bunun uygulamada pek çok örneği vardır (Mesela; Tire, Kutsan ve Kartonsan bunlara örnekler.)

Maddenin 1. fıkrasında getirilen değişiklikle Kanun'la düzenlenmesi gereken konularda Kurul'a serbest piyasa ve rekabet kurallarını ihlal edebilecek nitelikte keyfi kararlar alma ve tebliğler çıkartma yetkisini tanımaktadır. Bu da bir bakıma yasama yetkisinin bir başka kuruma devri ya da yetki gasbı demektir. Adı ne olursa olsun evrensel insan haklarına, girişim özgürlüğüne önemli bir müdahaledir ve Anayasa'nın yukarıda değinilen maddelerine aykırıdır.

1982 Anayasasında yasama yetkisi TBMM'ne bırakılmıştır. Kanunla düzenleme alanının konu itibarıyla sınırlandırılmamış olması Anayasaya

aykırı olmamak şartıyla her konunun kanunla düzenlenebileceğini ifade eder. Anayasa sınırları içerisinde devletin hukuk düzeninin yaratıcısı yasama organı (TBMM)dir. Bir sosyal ilişki alanını kanunla düzenleyerek devletin faaliyet alanı içine almaya veya devletin faaliyet alanı içindeki bir ilişkiyi bu alandan çıkarmaya yetkilidir. İşte şimdi böyle bir önemli yetki ve düzenleme işi bu kanunun değişik maddeleriyle Bakanlar Kurulu'na ve de Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na bırakılmaktadır. Yasama yetkisinin genelliği, yürütme organına bırakılmış "mahfuz" bir düzenleme yetkisinin bulunmadığını da ifade eder... Yasama yetkisinin genelliği aynı zamanda, yasama organının bir konuyu dilediği ölçüde ayrıntılı olarak düzenleyebileceği anlamına da gelir. Hal böyle olunca SP Kanununda önemli değişiklikler ve eklemeler içeren bu 4487 sayılı Kanunda bu türlü mahfuz düzenleme yetkisi nasıl olur da yürütmeye ya da bir kuruma bırakılabilir? (E.Özbudun, s.162,163, 1989)

Maddenin 4. Fıkrasında; "Halka açık anonim ortaklıklar, sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş ve bağımsız denetimden geçmiş üçer aylık ara dönemler itibariyle hazırladıkları mali tablolarında yer alan kârlarından temettü avansı dağıtabilirler." denilmektedir.

TTK'nun bilânço ve gelir tablosunun kabulüne ve kârın dağıtılmasına ilişkin olup, bu madde hükmüne aykırı olan hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilirken, kanunun bu maddesi ile gerekçesi arasında açık çelişkiler bulunmaktadır. Temettü avansı dağıtımı piyasalarda beklentilere dolayısıyla da spekülasyona yol açabilecektir. Bu nedenle yetkilerin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na bırakıldığı bir tebliğle düzenlenmesi yerine, kârın dağıtım tarihleri, dağıtım oranı, kapsamındaki şirketlerin tanımı gibi kavramların çok net bir şekilde Kanunla belirlenmesi gerekmektedir. Temettü avansı dağıtımı piyasada beklentilere ve dolayısıyla spekülasyonlara yol açabilecek bir düzenlemedir. Fiyat hareketlerinde şiddetli dalgalanmalara yol açabilecek bir beklenti olduğundan yararı yanında zararlarının da değerlendirilmesi gerekirdi. Dağıtım tarihleri, dağıtım oranı, kapsamdaki şirketlerin kimler olacağı çok net olarak ortaya konulmamıştır. Fıkra, Anayasa'nın m. 48, 49 hükümleri ile TTK'nun bu konuda ilke ve kurallarına aykırılık içermektedir. O nedenle de bu müphem hükmün iptali gerekmektedir.

Madde 15/5. Fıkrası son cümlelerinden birisinde "Kurul, yasalardan kaynaklanan yükümlülüklerin doğruluk incelemesi dahil bilânço ve gelir tablolarını denetleme ve düzeltmeye yetkilidir" denilmektedir.

İşte bu hüküm ile SPK'na Vergi Usul Kanunu'na aykırı olarak şirketlerin anılan işlemlerin inceleme/düzeltilme yetkisi verilmesi, TTK (m.360-362) uyarınca Şirketin Genel Kuruluna tanınmıştır. Bilânço düzenleme/değiştirme görev ve yetkisinin Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nca kullanılması yönüne gidilmesi, ülkemizdeki kanun sistematığı ve ekonomide serbestleşme/globalleşme hedeflerinden uzaklaşarak Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın tek başına "iktisadi iktidar" yetkileri ile donatılmakta olması Anayasanın 87. maddesine ve genel kabul görmüş hukuk kurallarına aykırıdır.

M.15/7. Fıkrasında; "Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz." denilmektedir.

Maddede esas alınan ölçü "... emsallerine göre..."dır. Emsal kavramı ise herkese göre değişen sübjektif bir ölçüdür. Hukukta kurallar genelde objektifliği sağlayıcı niteliktedir. Liberal-demokratik toplumlarda her hukuk kuralı istikrarı, güveni sağlama amacıyla konulur ve bu niteliği taşımalıdır. Ama bu arada yoruma oldukça müsait bir durum vardır. O nedenle keyfi uygulamaya müsait olan bu ifadenin, eşit şartlarda yarışmak isteyen girişimcileri ürkütücü olduğundan fıkradan çıkarılması (iptali) gerekir.

6) 4487 sayılı Kanun'un 10. maddesi Anayasa'ya aykırıdır; iptal edilmelidir.

Söz konusu (10.) madde şöyledir; "..."

4487 sayılı Kanun'un çerçeve 10. maddesiyle, Sermaye Piyasası Kanunu'nun yeniden düzenlenen 22. maddesinin (1-c), (i), (j), (r), (v) ve yeni eklenen son fıkraları, Anayasa'nın;

- "Hukuk Devleti" ilkesini düzenleyen 2.,
 - Devletin temel amaçları ile ilgili 5.,
 - "Egemenlik" kavramını tanımlayan 6.,
 - "Yasama Yetkisi" ilkesini düzenleyen 7.,
 - "Mülkiyet" hakkını düzenleyen 35.,
 - "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" ile ilgili 48.,
- maddelerine aykırıdır.

Şöyle ki;

Yasanın 10'uncu, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin anılan fıkralar hükümleri, özellikle son fıkrasında yer alan hüküm Anayasa m. 2 de yer alan "Hukuk Devleti" ilkesine, Devletin temel amaçları ile ilgili m.5'e, m.6'daki "Egemenlik" kavramına ve m.7'deki "Yasama Yetkisi" ile bu yetkinin devredilemezliği ilkelerine, m.35'deki "Mülkiyet Hakkı" hükümlerine, m. 48'deki "Çalışma ve sözleşme hürriyeti" ile ilgili hükümlerine aykırıdır.

Azınlık hakları: Tasarıyla halka açık şirketler için azınlık payı tanımı %5 olarak kabul edilmektedir. Azınlık payı sahipleri sadece TTK'nun tanıdığı hakları kullanabilecekleri için ilave bir hak tanımı veya bir yenilik getirilmemiştir. Mevcut azınlık haklarına ilişkin hükümler etkin kullanılmadığı gibi azınlığın şirket faaliyetlerini engelleyici ve kötü niyetli kullanımlara da yol açması söz konusudur. Bu olumsuzluk nedeniyle hassas bir konu olan azınlık payları konusunda çoğunluk paylarının da rıza gösterebileceği ve küçük yatırımcıların yönetimde temsiline sağlanabileceği birikimli oy kullanımı kanuna eklenmesi gerekirdi. Bu tür bir düzenleme piyasanın etkinliğine katkı sağlayacak ve borsayı da dinamik bir sürece sokacaktı. Uygulama ve piyasa koşulları yönünden olumsuzluklara neden olacak Anayasa'ya aykırı bir şekilde düzenlenmiş bu maddeye maalesef mevcut sakıncaları giderici böyle bir hüküm de konulmamıştır.

7) 4487 sayılı Kanun'un 15. maddesi, Anayasa, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırıdır:

Anılan (15.) madde şöyledir; "..."

Bu düzenleme,

a) Anayasa'nın;

- "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" ile ilgili 48.,

- "Mülkiyet Hakkı" ile ilgili 35.,

- "Dernek Kurma Hürriyeti"ni düzenleyen 33.,

b) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB)'nin aynı doğrultuda hükümler içeren 20/1 - 2 ve 23/1.,

c) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (A.İ.H.S.)'nin Dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzenleyen 11/1.,

maddelerine aykırıdır.

Şöyle ki; Bu madde tümüyle ve özellikle 6. fıkrada yer alan “Sermaye Piyasası kurumlarının pay devirlerinde Kuruldan izin alınması zorunludur. Bu fıkraya göre izin alınmadan yapılan devirler pay defterine kaydolunamaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür.”

Maddede yer alan hükümler Anayasanın “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48., “Mülkiyet Hakkı” başlığını taşıyan 35. ve “Dernek Kurma Hürriyeti”ni düzenleyen 33. maddelerine aykırı olduğu gibi İHEB de aynı doğrultuda hükümler içeren maddelere de aykırıdır. Zira maddede yer alan tüm faaliyetlerde Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)’nın izni ve kararı aranmakta ya da faaliyet alanlarını o belirlemektedir ki, bu buyurgan ve yönlendirici durum anılan ilkelerle önemli ölçüde çelişki arz etmektedir.

8) 4487 sayılı Kanun’un 19. maddesiyle Sermaye Piyasası Kanunu’na eklenen 40/B maddesinin 1. fıkrası da Anayasa’ya aykırıdır.

Anılan fıkra şöyledir; “...”

İşbu fıkra hükmü;

a) Anayasa’nın,

- Dernek Kurma hürriyetini düzenleyen 33.,

- Mülkiyet hakkını düzenleyen 35.,

- Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48.,

b) İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 20.,

c) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin, dernek kurma ve toplantı özgürlüğü ile ilgili 11.,

maddesine aykırıdır.

Şöyle ki; Burada da ekonomik faaliyetlere önemli ölçüde bir müdahale ve girişimciliği engelleyici durumlar vardır. Şöyle ki; fıkradan da anlaşılacağı üzere burada Aracı Kuruluşlar Birliği tamamen SPK’nın vesayetinde olacaktır. SPK’nın her dediğine uyacak, onun kararları dışına çıkmayacak ve hiçbir kararında bağımsız ve özerk olamayacaktır. Böyle bir durumda bu tür bir Birliğin kurulmasına da gerek yoktur. SPK zaten her türlü yetkiye sahip olduğundan ikinci bir kurul ihdas etmenin bir anlamı da bulunmamaktadır. Binaenaleyh bu hüküm ve düzenleme Anayasanın teşebbüs özgürlüğüne (m.48/1 ve 2) ve mülkiyet hakkıyla ilgili m. 35 ile tüzel

kişiliklerin kurulup çalışmasıyla ilgili m. 33'e aykırılıklar içermektedir. Bu yüzden söz konusu hükmün iptali gerekir.

9) 4487 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 40/C maddesinin 5. ve 6. fıkraları Anayasa'ya aykırıdır; iptal edilmelidirler. "..."

Bu ... fıkralar,

a) Anayasa'nın;

- Hak arama hürriyetini düzenleyen 36.,

- Temel hak ve hürriyetlerin korunmasını düzenleyen 40.,

b) İHEB hak aramayla ilgili 8.,

c) AİHS'nin, hakların kötüye kullanılmasını yasaklayan 17.,

maddesine aykırıdır.

Zira burada beşinci fıkrada da yine kanunla düzenlenmesi gereken bir husus, yasama yetkisine sahip bulunmayan bir kurula bırakılmaktadır ki, bu da Anayasanın bu alandaki ilkelerine aykırıdır.

Fıkra 6 da, Kurul tarafından yapılan işlemler hakkında nihai olarak acaba kurulca verilen ve itiraz üzerine verilecek kesin kararlar aleyhine yargı yolu açık mıdır, değil mi? Açık ise bu yargı mercii neresidir, adli mi, idari mi? Bu da yine belli değildir. Böyle bir belirsizlik ise Anayasa'daki savunma hakkını -dolaylı da olsa- engelleyici nitelikte olup Anayasa'ya aykırıdır.

...

10) 4487 sayılı Kanun'un 21. maddesi de Anayasa'ya aykırıdır:

Anılan (21.) madde şöyledir: "..."

İşbu (21.) maddeyle yapılan düzenleme;

a) Anayasa'nın;

- Çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48.,

- Kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10/3.,

- Kişinin dokunulmazlığını, maddi ve manevi varlığını düzenleyen 17.,

- Suç ve cezalara ilişkin esasları düzenleyen 38/5. maddesi ile,

b) İHEB'in 7. ve 8.

c) A.İ.H.S.'nin 6. maddesinin 1. ve 2 (b) fıkrası hükümlerine aykırıdır.

Zira bu maddenin eski 1. fıkrası son cümlesindeki “Kanunun uygulanmasıyla sınırlı olarak incelemeye yetkilidirler” ibaresi metinden çıkarılmış ve Kurul hukuk devletinde hiçbir surette kabul edilemeyecek yetkilerle donatılmıştır. Kurula; teftiş ve denetlemede hukuk dışı yetkiler verilmekte, TTK’nun, Bankalar Kanunu’nun ve Vergi Kanunları ile özel yasalardaki gizlilik ilkelerine tamamen aykırı, keyfi denetim ve müdahale imkanları tanınmaktadır. Çeşitli yasalarımızda tutulması emredilen ticari defter ve belgelerin, 3 ay gibi çok uzun bir süre Kurul denetim elemanlarının elinde kalmasını sağlayacak düzenleme, şirketleri belli beyannameleri veremez, kayıtlarını yapamaz duruma düşürecektir.

Ayrıca yapılacak incelemenin, şirketlerle ilişkisi olan özel ve tüzel kişilere ve 3. şahıslar ile bağlı kuruluş ve iştiraklerine kadar götürülmesi ve incelemeye hiçbir yasal sınırlama konulmamış olması ve yazılı ifade zorunluluğu getirilmesi temel insan haklarına ve Anayasanın 48. maddesine açıkça aykırılıklar içermektedir.

Kanuna örnek gösterilen ülkelerde halka açık ortaklıkların mali tablolarının denetimi “bağımsız dış denetçiler” tarafından yapılmaktadır. Buna ilişkin benzer bir hüküm SP Kanunu m.22’de mevcuttur. Halka açık ortaklıkların dış denetimi bu madde uyarınca zaten SPK’nun uygun gördüğü bağımsız dış denetim kuruluşlarınca yapılmak zorundadır.

Bu durumda halka açık anonim ortaklıklar;

- Maliye Bakanlığı vergi denetim elemanlarınca “vergi memurlarınca”,
- Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanlarınca “Sermaye Piyasası Kanunu ve Vergi Kanunları” yönüyle denetlenirken
- Ayrıca, yine Sermaye Piyasası Kanunu gereğince dış denetim kuruluşları ve denetçileri tarafından denetlenecek,
- Aynı zamanda TTK hükümlerine tabi oldukları için de Ticaret Bakanlığı denetçileri,
- İş müfettişleri,
- Kara Para Aklanmasının Önlenmesi Kurulu,
- Dış işlemleri nedeniyle de kambiyo kontrolörleri,
- Ve diğer bakanlıkların denetim elemanlarınca da zaten denetlenmektedirler.

Böylece halka açık anonim ortaklıkların yoğun bir hesap verme ve denetimden geçme işlemlerinden vakit bulabilirse, zaman ayırabilirlerse asli iş ve iştigal konularıyla uğraşabileceklerdir.

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanlarınca istenilen defter ve kayıtların adı geçen kuruluşlar tarafından ibraz edilmesi elbette ki gereklidir. Ancak yeni hükümlerle bu mecburiyet iştirakleri ve ilişkide bulundukları gerçek ve tüzel kişileri de kapsar hale getirilmiş ve istenilen bilgi ve belgelerin hangi sürede ne kadar zaman içinde verine getirilmemesi veya getirilememesi halinde sulh ceza mahkemesinden arama talebinde bulunacağı hususları açıklığa kavuşturulmamıştır.

İstenilen bilgilerin hazır hale getirilmesi için şirketlerin faaliyetlerini aksatmayacak bir süre ile mücbir sebeplerin oluşabileceği durumlar dikkate alınmamıştır.

Ayrıca yine burada, istenilecek bilgilerin kapsamı ve sınırları da belirlenmemiştir. O nedenle ki, gelen denetim ve teftiş elemanlarınca denetlenen firmalardan her gün bir evrak, bir dosya istenilebilecek ve denetim uzayıp gidecektir.

Vergi Usul Kanununun 14'üncü maddesi, vergi muamelelerinde mükelleften bilgi istenirken 15 günden az süre verilemeyeceğini amirdir. Bu madde ile diğer kanunların benzer maddeleri arasında uyum bulunmamaktadır. On günden önce hazırlanması fiilen imkansız olan bilgilerin bir gün içinde veya hemen istenmesi, bir bakıma halka açık ortaklıkların cezalandırılması ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın sınırsız bir şekilde verilmiş yetkisini kötüye kullanmasına yol açıcı bir özellik taşımaktadır. Denetim asli değil, istisnai bir uygulamadır. Aslolan şirketlerin faaliyetlerinin aksatılmaması, denetimin de asli faaliyetlerin aksatılmamasını sağlayacak şekilde yapılması gerekirdi. Denetim işleri dolayısıyla şirketin harcayacağı zaman süreci dikkate alınarak, denetim ve inceleme alanlarının sınırlarının belirlenmesinde ülke ekonomisi açısından ihtiyaç vardır.

Bu maddeye göre "mahkemeden arama talebinde bulunma yetkisi" inceleme elemanının takdirine bırakılmış durumdadır. Böylesine önemli bir konuda, hangi hallerde bu yola başvurulacağının kanunda açık ve net bir şekilde belirlenmesi ve düzenlenmesi gerekirdi.

Ayrıca inceleme elemanının gereksiz ve hatalı arama talebinde bulunması halinde, şirketin uğrayacağı maddi ve manevi zararlardan dolayı inceleme elemanının tazminat ödeme sorumluluğunun ve bu sorumluluğun sınırlarının belirlenmiş olması gerekmektedir. Yetki ve sorumluluğun aynı yönde ve dengeli bir şekilde düzenlenmemiş olması yani külfet-nimet dengesinin kurulmayışı, Anayasa'ya aykırılığı oluşturur.

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), halka açık ortaklıklara ait bilgilerin yatırımcılara aktarılmasına aracılık eden bir kuruluştur. Bir ortaklık hakkında arama kararı alınması talebinde bulunulması ve bunun kamuoyuna bildirilmesi halinde, şirket ve daha çok da yatırımcı zarara uğrayacaktır. Bilgi vermeyen şirketlerin borsadaki işlemlerine ara verilmesi şeklinde, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından yapılan, bu arada elindeki menkul kıymetini satmak istediği halde satamaması nedeniyle yatırımcıya zarar veren bir uygulama ile karşı karşıya kalınmaktadır.

Manüplasyon ve insider trading (iç bünyedeki bilgileri rakip firmalara sızdırma) işlemlerinin önlenmesi için arama yetkisi isteniyorsa, bunun yalnızca sermaye kurumları ile sınırlı tutulması gerekir. Denetim alanının genişletilmesi, halka açık anonim ortaklıklara ve yatırımcılara zarar vereceği gibi, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanlarının takdirine bırakılan hususlar nedeniyle yine keyfi uygulamalar da söz konusu olabilecektir.

Bu madde hükmünde yer alan arama ve el koyma keyfiyeti, temelde ve genelde CMUK hükümlerinden farklı bir şekilde düzenlenmiştir. El konulan önemli evrak üç ay gibi uzun bir süre el altında tutulmaktadır ki, halka açık şirketler için çok sakıncalı bir süredir. Geçen zaman içerisinde şirket ne yapacaktır? Yeni defterler ve dosyalar mı oluşturacaktır? Basın malzemelerine bile el konulduğunda bunun hakim kararına bağlanması ve kısa sürede işlemin sona erdirilmesi emredilmektedir. Aksi halde doğacak sorumluluklar kime ait olacaktır?

Ülkemizde mahkemelerin nasıl çalıştığı, yoğun işleri arasında bunları onaylama veya iade etmede o kadar yoğun işi arasında nasıl zaman bulacağı düşünüldüğünde yasada yer alan üç aylık süre yetmeyecektir. Maddenin 4. fıkrasında "... üç ay içerisinde sonuçlandırılarak..." denilmektedir. Belge ve defterler üzerindeki inceleme bu sürede sonuçlandırılmaz veya sonuçlandırılmaz ise nasıl bir prosedür uygulanacaktır? İşte bu ve benzeri mahzurlar içeren madde ve fıkraları hukukun temel ilkelerine, mülkiyet hakkına, Anayasa'nın 17 ve 48. maddelerine, CMUK'un "Arama-elkoyma" ile ilgili 86. ve diğer hüküm ve ilkelerine aykırılıklar taşımaktadır.

Burada yapılan düzenlemeyle getirilen arama önlemleri CMUK'da istisnai olarak sıcak takipte kullanılan, başvuru olan bir arama ve el koyma yöntemidir. Normal koşullarda ve özellikle de ev ve işyerlerinde aramaların hakim kararına bağlandığı, bu aramanın gündüzleri yapılabileceği, ivedi durumlarda bu yetkiyi savcının da kullanabileceği ifade edilmektedir. Oysa burada, yasada hiç anılmayan, yargı teşkilatında yeri olmayan mülki amire dahi bu önemli konuda arama emri verme yetkisi tanınmıştır ki, bu durum

Anayasa’ca tanınan özel hayatın gizliliği ile CMUK da (m.95 vd.) ayrıntılı olarak belirlenen arama-elkoyma ilkelerine ters düşmektedir. İstisnai bir durum kural haline getirilmektedir. (Ayrıca bak; B.Öztürk ve arkadaşları, s.702 vd., 1999; A. Şafak-V. Bıçak, s. 142 vd. 1999)

Maddeden de anlaşılacağı üzere Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)’nın denetim yetkileri düzenlenmektedir. Maddenin bu halinden ve hükmünden de anlaşılacağı üzere Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) uzmanları ilgililerden ifade alabilecekleri ve ilgililerin de bilgi vermek ve tutanakları imzalamak zorunda oldukları hükmü de vardır. Anayasa m.38/5. fıkrasında ifadesini bulan; “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.” Evrensel ilkesine aykırıdır. Bu nedenle madde Anayasaya ve İHEB hükümlerine aykırıdır.

Maddenin son fıkrasında yer alan hükme bakıldığında uzmanların mahkeme kararı ile arama yapabilecekleri vurgulanmaktadır. Ülkemizde genellikle hemen hemen tüm hakimler tabandan gelen talep yazıları doğrultusunda olumlu karar verir, işin neden ve niçinlerini sormaz ve aslında sormaya da vakti yoktur. Arama ve el koyma sonunda bir şey çıkmayabilir ama bir kere “Şirket merkezi aranmıştır ve de evrakına el konulmuştur.” şeklinde SPK Bültenlerinde yer alan haberin sermaye piyasası ve rekabet ortamında vereceği zararın boyutları telafi edilemez büyüklükte olacak ve bu işlem şirketin iflasına dahi yol açabilecektir.

11) 4487 sayılı Kanun’un 22. maddesi Anayasa’nın birçok maddesine aykırıdır, mutlaka iptal edilmelidir:

Anılan (22.) madde aynen şöyledir: “ ...”

4487 sayılı Kanun’un 22. maddesiyle, yeniden düzenlenen (SPK) m. 46’nın 1. fıkrası; a, c, f, g, h, i ve j bentleri ile 3, 4 ve 5 inci fıkraları hükümleri;

a) Anayasa’nın;

- Başlangıç kısmı altıncı paragrafı hükmüne,
- M. 2’de yer alan “... demokratik hukuk devleti” ilkesine,
- Devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen 5.,
- Egemenlik konusunun düzenlendiği 6/3.,
- Yargı yetkisini düzenleyen 9.,
- Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.” hükmünün yer aldığı 11/2.,
- Kişi hürriyeti ve güvenliğine yer verilen 19/1.,
- Mülkiyet hakkının düzenlendiği 35.,

- Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlığını taşıyan 48.,
 - Mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddeleri ile,
 - b) İHEB'nin 8. ve 10.,
 - c) A.İ.H.S'nin 5. ve 6. maddelerine;
- aykırıdır.

Zira; oldukça uzun bir biçimde düzenlenen bu maddenin bazı bentleri daha önce Yüksek Mahkemenizce Anayasa aykırı bulunarak iptal edilmesine rağmen bu son kanunlaştırmada (taknin işinde) de aynı hükümlerde yeniden ısrar edilmiştir. Şöyle ki;

Kanun m. 22, SPK m. 46/1-(c)'de görüldüğü üzere şirketlerin ve sermaye piyasası kurumlarının, "... kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerinin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için ..." Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na dava açma yetkisi verilmektedir. Mahkemenizce iptal edilen metinde "... sermayenin azaltılması..." ibaresi yerine "... işletme sermayesi ve kaynaklarının azaltılması..." ibaresi bulunmaktaydı. Binaenaleyh hüküm değiştirilmemiş aksine genişletilerek Kurula daha geniş yetkiler verilmiştir. Böyle bir düzenleme ise Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırıdır; iptal edilmelidir.

M. 46/1-(g) bendinin önceki biçimi de iptal edilmişti. Yeni metin de yine sermaye piyasası kurumlarının mevzuat ve esas sözleşmeye aykırılıkları halinde yöneticilerinin imza yetkilerinin kaldırılması, faaliyetlerinin geçici veya sürekli durdurulmasını düzenlemektedir. İptal edilen metinde halka açık anonim ortaklıklar sözü var iken yeni metinde bu kurumlar çıkarılmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na bu hüküm ile her türlü tedbiri alma salâhiyeti tanınmıştır. Adeta bir bağımsız mahkeme gibi, kişilerin ehliyetlerini kısıtlayabilmektedir. Elbette kişilerin sorumsuzca hareketleri, vatandaşları zarara sokabilir. İşte buna bir son vermek gerekmektedir. Ne var ki, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nca kullanılacak bu yetkilerin somut ve objektif ölçülere bağlanması ve bu yetkilerin yargı yolu ile kullanılması daha yerinde olacaktır. Şöyle ki, metni yukarıya alınan m. 46/1-(g) bendi hükmüne göre, sermaye piyasası kurumlarının yetkilerini kaldırmaya Kurul yetkili kılınmıştır. Ayrıca Kurula altı ay içinde dava açmak ve takip yapmak sureti ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz isteme yetkisi verilmiş ve halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarına gözlemci gönderme hakkı tanınmıştır.

O nedenlerledir ki, m. 46/1-(g) hükmü Anayasanın m. 9, 12, 13 ve 48 hükümlerine aykırılıklar içermektedir.

Aynı tespitler ve aykırılıklar m. 46/1-(h) bendi için de söylenebilir. Burada da yine yasa ile tanınan yetkilerin SPK'ca kullanılmasında yargı mercilerine başvurma zorunluluğu getirilmiştir. İflas veya tasfiye kararı alımında alınacak tedbirler konusunda yargı kararının aranmasında yarar bulunmaktadır.

Yine Anayasada yer alan kurallar, temel insan hakları ile ilgili evrensel ilkelere aykırı düşen m. 46/1-(i) bendinde de mevcuttur. Bu bentte insider trading (bir şirketle ilgili bilgileri, elemanlardan birisinin rakip şirkete ulaştırması), manüplasyon, izinsiz aracılık, emniyeti suiistimal, örtülü kazanç dağıtımı ve karşılıksız repo suçlarına işlem yapma yasağı getirilmektedir. Kişilere özgürce işlem yapabilme hakkını sınırlayıcı kuralların getirilmesi işlemi, herkesin yasaların imkan tanıdığı konularda ticaret ve iş yapabileceği evrensel hukuk kurallarına ve Anayasa m.48'e aykırıdır.

Maddenin (i) bendi bazı fiilleri işleyenlere borsalarda işlem yasağı getirmektedir. Evrensel hukuk kurallarına aykırı olan bu maddenin çıkarılması gerekmektedir. Herhangi bir suçu olan kişiye yasalarda yazılı cezalar verilir ama aynı kişiye işlem ve ticaret yasağı getirme bir bakıma kişiye bir daha nefes aldirmama, hayat hakkı tanımamadır. Oysa cezadan amaç fiilin yol açtığı zararı imkan ölçüsünde gidermek ve suçluyu topluma kazandırmaktır. Burada şunu da belirtmek gerekir; hem bu bent hem m. 47/C bendi hükümlerine bakıldığında kişi çifte cezaya çarptırılmaktadır. Bu durum Penoloji siyasetine aykırıdır.

Bu madde 22 (SPK m. 46)/1. fıkranın (j) bendi tümüyle iptal edilmelidir. Zira Kanunun 22 (SPK m. 46/1-(a) bendi ile "Kurula kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleri ile izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya, kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz istemeye, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya ve takip yapmaya..." denilerek Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na yetki verilmektedir.

Bu değişikliklerle halka açık anonim şirketlerin eli kolu bağlanmaktadır. Yukarıda bahsedilen ve Kurula verilmek istenen ihtiyati haciz isteme yetkisi İİK ile düzenlenmiştir. Bir kişi veya kurum hakkında ihtiyati haciz istenebilmesi için, taraflar arasında her şeyden önce borç alacak ilişkisi bulunması, karşı

tarafın borcunu eda etmemesi, borçlu tarafın borcunu ödemeyeceğinin ispat edilmiş olması veya borçlunun mallarını kaçırmaya ihtimalinin bulunması gerekir.

Bu maddenin yukarıda belirtilen 3.fıkrasında yer alan önleyici tedbirler, kapatma ve geçici olarak faaliyetten men etme... gibi işlerin icrasını yargı mercii yerine mülki amire bırakmak da yine idarenin keyfi davranmasına neden olabilir. Anılan işler tamamiyle hukuki sorunlar olup bunları çözmeye de o yerde varsa asliye ticaret mahkemesi, yoksa o yer asliye hukuk mahkemesi yetkili olmalıdır. O nedenlerledir ki, maddenin bu fıkrası yargılama birliği ilkesine ve kişilerin hak ve özgürlüklerinin bu arada ekonomik faaliyetlerinin kısıtlanmasının ancak yargı kararı ile olabileceğine dair genel hukuk ilkelerine aykırıdır. Ayrıca mülki amirin bu tür müdahaleci işlemlerine karşı hangi yargı mercii önüne gidilecektir? İşte bu da belli değildir. Neticeten bu fıkra pek çok yönden Anayasaya aykırıdır.

Maddenin 4 üncü fıkrasında yer alan;

“Bu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri uyarınca yetkileri kaldırılan görevliler, haklarındaki yargılama sonuçlanıncaya kadar Kurulun izni olmadıkça hiçbir sermaye piyasası kurumunda imzaya yetkili personel olarak çalıştırılmazlar.”

Hükmünde altı çizili kısımda yer alan yaptırım kadar ağır bir yaptırım yoktur. Zira Türkiye’de yargılama sürecinin nasıl işlediği, davaların, özellikle de hukuk davalarının ne kadar, kaç yılda sonuçlandığı herkesin malumudur. Belli bir zamanla sınırlı olmayan bu tür bir sınırlı ehliyetli durum hem kişisel özgürlüklere, insan haysiyetine aykırı hem de MK’da yer alan şahsın hakları ve kişinin tasarruf ehliyetinin sınırlandırılması ilke ve koşullarına aykırı bir durumdur. Bu ağır ve belli bir zamanla sınırlandırılmayan yaptırımın iptali gerekmektedir.

Bu maddenin Anayasaya aykırılığı derecesini ve kişi hakları ile ülke ekonomisi bakımından vahametini ve Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)’na verilen yetkilerin keyfiliğini belirtmek için aşağıdaki hususları açıklamakta yarar vardır:

Yapılan değişiklik ile SP Kurumlarının yanı sıra halka açık anonim şirketler de bu madde kapsamına dahil edilmiştir. Şirketlerin mali durumlarının ciddi surette zayıflamakta olması halinden müstakil olarak genel ve belirsiz bir ifade ile her türlü mevzuat, ana sözleşme hükümlerine aykırılık halinde bu şirketlerin yönetim kurulu üyelerinin ve genel kurullarınca seçilmiş organlarının imza yetkilerini kaldırmak ve yerlerine, süresini tayin, değiştirme, azletme hakları sadece Kurula verilmektedir.

Mahkemedeki duruşma sonuna kadar genel kurulca seçilmiş kişilerin yetkisine haiz üyeler tayin etmek suretiyle şirketleri sahiplerinin elinden almaya Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) sahip ve yetkili kılınmıştır.

Bir şirket, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tebliğlerinde yer alan bildirim yükümlülüğünü bir gün geç yapsa bu eylem 2499 sayılı Yasa'nın 47. maddesine göre suçtur ve ağır para cezası yaptırımına tabidir. Böyle bir ihmali gecikme üzerine Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), hemen savcılığa suç duyurusunda bulunacak, kovuşturma başlatıldıktan sonra yargılamanın sonuçlanmasına kadar Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) derhal şirketin bütün yasal organlarını yönetim kurulu üyelerini azledecek yerlerine kendi adamlarını tayin ederek mülkiyet hakkını ihlal edecektir.

Açılan dava sonunda şirketin sahipleri olan yönetim kurulu üyeleri ya beraat edecek ya da bir miktar yüklü para cezasına mahkum olacaklar. Fakat ne yazık ki sonuçta şirketler elden gidecektir. Sonuçta Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), bütün yurt ekonomisine hakim bugün hiçbir devlet organında mevcut olmayan yetkilerle donatılmış bir diktatörlük olacaktır. Üstelik Sermaye Piyasası Kurulu (SPK), bu yetkilerini bir şirket için çok uzun bir süre, 6 ay boyunca kullanacaktır.

Bu madde hükmü;

- Anayasanın Başlangıç kısmının "Her Türk vatandaşının medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu" yolundaki altıncı fıkrası hükmüne,

- Anayasa'nın m. 2'de yer alan "... demokratik bir hukuk devleti" ilkesine,

- Anayasa'nın m.5'de yer alan; "Devletin kişinin temel hak ve hürriyetlerini sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaştırmayacak surette sınırlayan engelleri kaldırmaya görevli olduğuna" dair hükmüne,

- Anayasa'nın m.6/3 "Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz" hükmüne,

- Ceza davalarında suçluyu tespit ve tedbir kararını almak görevinin davanın suç duyurucusu ve müdahili, hukuk davalarında davacısı yani taraflardan biri olan Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'na verilmesi karşısında Anayasanın "Yargı yetkisi Türk Milleti adına Bağımsız Mahkemelerce kullanılır" diyen 9. maddesi hükmüne,

- Anayasanın "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" hükmünü taşıyan m. 11/2. fıkrası hükmüne,

- Anayasa'nın m.19/1'deki "Herkes kişi hürriyet ve güvenliğine sahiptir" hükmüne,

- Mülkiyet hakkının düzenlendiği m. 35'e,

- Anayasanın "Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti" başlığı taşıyan ve "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir" diyen 48. maddesine,

- Mahkemelerin bağımsızlığına tecavüz teşkil eden hükümleri dolayısıyla Anayasanın "Mahkemelerin Bağımsızlığı" başlığını taşıyan 138. maddesi hükmüne aykırıdır.

12) 4487 sayılı Kanun'un 23. maddesi ile yeniden düzenlenen, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46/A maddesinin 1., 3. ve 7. fıkraları Anayasa'ya aykırıdır.

Anılan fıkralar şöyledir: "..."

İşbu fıkralar, Anayasa'nın;

- TBMM'nin görev ve yetkileriyle ilgili 87.,

- Vergi ödevini düzenleyene 73/3-4.,

maddelerine aykırıdır.

Çünkü yukarıya alınan SPK m. 46/A-1 fıkra ile 7. fıkradaki hükümlere göre fona katılma mecburiyeti ve bu katılmadaki oranları belirlemenin "... ve risk durumları itibariyle ayrı ayrı belirleyeceği oranlar üzerinden ödeme yapılmasını ..." hükmü pratikte keyfiliğe neden olucu bir durum taşımaktadır. Fona katılma da bir tür vergi ödeme gibi bir zorunluluk ise bunun Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) bırakılması yerine tıpkı diğer fonlara katılım paylarının belirlenmesinde olduğu gibi yasa ile düzenlenmesi kaçınılmazdır. O nedenledir ki, gerek zorunluluk gerekse fon payı belirleme Anayasanın bu alandaki hükümlerine ve en azından m. 87 ve m. 73/3 hükümlerine aykırılıklar içermektedir.

13) 4487 sayılı Kanun'un 24. maddesiyle, (Sermaye Piyasası Kanunu'nun) yeniden düzenlenen 46/B maddesinin 3. fıkrası Anayasa'ya aykırıdır:

"Tedricî tasfiye" başlığını taşıyan madde 46/B'nin 3. fıkrası şöyledir: "....."

İşbu fıkra hükmü,

a) Anayasa'nın;

- Tüzel kişilikler ile ilgili 33.,

- Temel hak ve hürriyetlerin niteliği ile ilgili 12.,
 - Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması ile ilgili 13. maddelerine,
 - b) İHEB'nin 6. ve 7. maddelerine,
 - c) A.İ.H.S'nin 5, 11/2 ve 15. maddelerine,
- aykırıdır.

Zira burada da Anayasanın tüzel kişilikler ile ilgili m.33 hükümleri ile kişilerin ehliyetlerinin ancak yargı kararı ile kısıtlanacağına dair m. 12 ve 13 hükümlerine de aykırılıklar vardır.

14) 4487 sayılı Kanun'un 25. maddesi de Anayasa'ya aykırıdır:

Çerçeve 25. madde ile, Kanun tekniğinden uzak, Anayasa'ya aykırı ve karmakarışık bir düzenleme yapılmıştır.

Söz konusu (25.) madde aynen şöyledir: "..."

Bu düzenlemenin bilhassa;

B) 1. Bu Kanuna göre Kurul veya Kurul tarafından görevlendirilenlere istenecek bilgileri vermeyen veya eksik veya gerçeğe aykırı olarak verenlerle; defter ve belgeleri bu görevlilere ibraz etmeyen, saklayan, yok eden veya bunların görevlerini yapmalarını engelleyenler,"

Madde 25/son fıkra (SPK m. 47/2): "Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz" hükümleri,

- a) Anayasa'nın;
 - Hak arama hürriyetiyle ilgili 36.,
 - Kanuni hakim güvencesiyle ilgili 37. maddelerine,
 - Suç ve cezalara ilişkin 38. maddesinin 1., 2., 4. ve 6. fıkralarına,
 - Yargı yolu ile ilgili kuralları düzenleyen 125/1. maddesine,
 - b) İHEB m. 7, 8 ve 10 hükümlerine,
 - c) A.İ.H.S. m.5 ve 6'ya
- aykırı düşen hükümler içermektedir.

Cezalarla ilgili olarak 4487 sayılı Kanun'un 25. maddesi ile SPK m.47'ye getirilen ve yukarıya aktarılan fıkra ve bentleri ile Anayasa'nın "Kanunsuz suç ve kanunsuz ceza olmaz." ilkesi ihlal edilmiştir. Ayrıca suç ve cezaların kanuniliği ilkesi TCK'nun ilk iki (1 ve 2) maddesinde düzenlenen hükümleri

de ihlal edildiği görülür. Zira TCK m. 1/1. fıkrada “Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilmez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile de kimse cezalandırılmaz.”

Suç ve cezaların kanuniliğinin amacı, kişi özgürlük ve güvenliğini teminat altına almak, iktidarın keyfiliklerini önlemektir. İşte böyle bir durumda kişinin hareketi kuralın suç olarak düzenlediği soyut tanım içine giriyorsa cezalandırılacak, aksi halde cezalandırılmayacaktır.

Suç oluşturan bir fiilin kanun tarafından tanımlanması sonucu kişi hak ve özgürlüğünün, devlet iktidarını kullananlar ise yetkilerinin sınırlarını bilecek, özgürlük ve yetkilerinin sınırları aşıldığında da suç işlenmiş olacaktır. Kişi yararı da suç ve cezaların kanuniliğini gerektirmektedir. Nitekim uygulamada liberal devletler katı kanunilik ilkesini uygulayarak tercihlerini kişi özgürlüğünden yana yapmaktadırlar. Otoriter devletler “sosyalist düzene yönelik tehlike”, “ceza normunun prensipleri, halkın saf ve salim duygusuna karşı hareket” gibi çok daha esnek bir kanunilik ilkesi benimseyerek toplumsal düzenin korunmasından yana bir yol izlemektedir.

Ayrıca bilindiği gibi bir ceza normunu bir fiile kıyas yolu ile uygulamak yasaktır. Hakim fiil hakkında hüküm bulamadığı zaman boşluğu benzer bir olaya uygulanan hüküm ile dolduramaz...” Anayasanın 115 ve 124 üncü maddelerinde Yasama organı ikincil alanların ve yasaların uygulanması durumunu tüzük ve yönetmeliklere bırakması demek yürütmenin suç ve ceza tespit edeceği anlamına gelmez. Yasama Organı, yürütme organına veya idareye cezasını kendisi bizzat koyarak yetki vermemiş ise, yürütme organı suç ihdas edemez veya suç normunu tamamlayan bir düzenleme yapamaz.

Ayrıca ceza kanunlarının uygulanmasını göstermek üzere Bakanlar Kurulu veya diğer kamu kurum ve kuruluşları kendiliklerinden tüzük veya yönetmelik gibi bir tasarrufla ceza kuralı koyamazlar. Hatta Türk pozitif hukukunda Hükümet, Kanun Hükmünde Kararname ile dahi bir suç ve ceza belirleyemez. Böyle bir düzenleme geçmişte Anayasaya aykırı bulunarak Anayasa Mahkememizce iptal edilmiştir. (Ayrıca bkz. D. Soyaslan, s. 198-204, 1998)

Bu maddede belirlenen suçlar somut bir şekilde tanımlanmamış, standart ve formlara aykırılık genel ve özel kararlara uymamak gibi, soyut tanımlara yer verilmiştir. SPK’nın genel ya da özel nitelikli kararlarına aykırılığın, yargı kararına dayanmaksızın suç oluşturmaları Anayasa “Suç ve cezalara ilişkin esaslar” yan başlığını taşıyan Madde 38/1 ve 2. fıkralarında yer alan “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç

saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkumiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır.”

Ayrıca maddenin 47/A fıkrasında yedi bent içerisinde sayılı fiillere aykırılık halinde 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezası ile 25 milyar liraya kadar ağır para cezası öngörülmüştür. Ekonomik suça bu kadar ağır hapis cezası verilmesinin hiçbir mantığı yoktur. Bu hüküm diğer özel ceza yasalarındaki benzer hükümlere göre çok daha yüksektir. Bu suçu düzenleyen TCK’nun m. 510 da hizmet sebebiyle emniyeti suiistimal suçu için belirlenen “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası hükmüne göre oldukça yüksektir. Maddenin eski halinde tespit olunan ceza bir yıldan üç yıla kadar olup, hem makul seviyede idi ve hem de TCK ile uyumluydu. Bu nedenle maddenin eski haliyle kalması yerinde olacaktı. Ama aceleye getirilen bu düzenleme eşit suça eşit ceza kuralının da ihlaline neden olmuştur.

Bu SPK m. 47/A-5’in düzenlenmesinde fiilin “takibi şikayete bağlı suç” tanımına uygun ve şikayete bağlı bir suç olarak düzenlenmesi ve şikayetin geri alınması halinde davanın düşeceği hükmünün eklenmesinde yarar bulunmakta idi. Zira girmeye çabaladığımız AB ülkelerinde, mali konularla ilgili bu tür suçların ve faillerinin kovuşturulması hep şikayete bağlanmıştır. Yatırımcıyı zarara uğratan ve takibi şikayete bağlı suçlar cümlesinden sayılmaktadır.

Değişiklik yapılan 47’nci maddenin tüm fıkralarında suçu işleyen gerçek kişilerle birlikte, “Tüzel kişilerin yetkilileri” de cezalandırmaktadır. Bu hüküm suç ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı olduğu gibi, hak ve nesafet kurallarına da aykırıdır. Bir şirket görevlisinin işlediği bir suçtan, bütün şirket yetkililerinin sorumlu tutulması hukukla, uluslar arası metinlerde (İHEB ve İHAS’da) yer alan kurallarla ve Anayasa hükümleriyle bağdaşmamaktadır. Anayasanın m. 37 ve özellikle m. 38/1, 4, 6 hükümlerine aykırıdır, o nedenle de bu fıkra ve bentlerin iptali gerekmektedir.

Yine bu maddenin yukarıya alınan son fıkrasında bilinmeyen bir kısım cezalardan söz edilmektedir. Bir diğer ifadeyle idare sanki yapacağı iç düzenlemeyle hem idari türden bir suç belirlemekte hem de bunlara bir ceza koymaktadır. Bu cezanın neler olduğu da o anda belli değildir.

İşte bu cümleden olarak m. 47/2. fıkrasında yer alan; “Birinci fıkranın (A), (B) ve (C) bentleri uyarınca verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az

olamaz.” ifadesinde meçhul bir ceza konulmuş olmaktadır. Zira “... temin edilen menfaatin...” ne olduğunu şu anda kimse söyleyemeyeceği gibi suçun meydana geldiği anda da söylemek mümkün değildir. Şayet bu bir tazminat ise o zaman yasal düzenlemenin cezalarla ilgili kısmında neden yer verilmiştir? Ceza koyma ve cezalandırma siyasetine tamamen aykırı bir hükümdür.

15) Kanun’un 26. maddesi de Anayasa’ya aykırıdır:

26. madde ile Sermaye Piyasası Kanunu’na, idari para cezalarını düzenleyen 47/A maddesi eklenmiştir.

Yapılan ekleme şöyledir: “...”

26. madde ile Sermaye Piyasası Kanunu’na eklenen 47/A maddesinin bilhassa 1., 2. ve 5. fıkraları açıkça Anayasa’ya aykırıdır. Yukarıda kaydedildiği gibi anılan fıkralar şöyledir:

“MADDE 47/A.- 1. fıkra: Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek kişiler ve tüzel kişiler hakkında gerekçesi belirtilmek suretiyle Kurul tarafından 2 milyar liradan 10 milyar liraya kadar para cezası verilir.

2. fıkra: idari para cezalarının uygulanmasından önce ilgilinin savunması alınır. Savunma istendiğine ilişkin yazının tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde savunma verilmemesi halinde, ilgilinin savunma hakkından feragat ettiği kabul edilir.

5. fıkra: Bu cezalar ilgililere tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde Yatırımcıları Koruma Fonu’na ödenmediği takdirde bu Fon tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil olunur ve Fona irat kaydolunur.”

Bu (1., 2. ve 5.) fıkralar,

a) Anayasa’nın;

- Kanuni hakim güvencesiyle ilgili 37. maddesine,

- Suç ve cezalara ilişkin 38. maddesinin 1., 3. ve 8. fıkralarına,

- Yargı yolu ile ilgili kuralları düzenleyen 125. maddesinin 1. fıkrasına,

b) İHEB; m. 7, 8 ve 10 hükümlerine

c) A.İ.H.S., m. 5, 6 ve 7’ye;

aykırıdır.

Çünkü bu m. 26 ile Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen ek m. 47/A ile Sermaye Piyasası Kurulu'na (SPK) idari para cezası koyma ve bu cezaları uygulama yetkisi tanınmıştır. Bu durumda idare bir yandan işlemler hakkında hem ceza belirlemekte ve hem de bu cezaları uygulamaktadır. Oysa Anayasa'nın anılan maddelerinde ve uluslararası metinlerde ceza koyma işi ancak Kanunla olacağı hükmü yer almaktadır. Bunun uygulanması, kesilmesi işi ise idareye verilmektedir. Yasanın tümünde ve bu maddesinde yer yer geçen cezalara karşı itiraz yolu açık mı değil mi? Bu belirtilmemiştir. Dolayısı ile hak arama özgürlüğüne de bir açıklık kazandırılmamıştır.

Cezanın uygulanmasının şartı; SPK'ca yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara, Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket etmektir. Bu ek madde hükmü ile Kurula son derecede geniş yetkiler tanınmıştır. Belirlenen standart ve formlara aykırılığın ne olduğu belli değildir. Ayrıca Kanunda açıkça tanımlanmayan fiiller de cezalandırılmış olacaktır. Kurulun genel ve özel nitelikteki kararlarının ne olacağı önceden belli olmayıp tamamen Kurulun o andaki tespit ve takdirlerine bırakılmış bir durum arz etmektedir.

Daha önceki maddelerde de belirtildiği üzere hukuk metinleri karşısında maddenin anılan fıkralarının iptali cezalandırma siyasetinin, suç ve cezanın kanuniliği ilkesinin bir gereğidir.

16) 4487 sayılı Kanun'un Çerçeve 30. maddesinin 3. fıkrası ile, yine aynı Kanun'un 28. maddesi ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen "Geçici madde 3" maddesi Anayasa'ya aykırıdır.

Anılan Kanun'un Geçici 3. maddesi şöyledir: "..."

Çerçeve madde 30 ise yürürlük maddesidir.

30. maddenin iptali istenen 3. fıkrasına göre 4487 sayılı Kanun'un ücretle ilgili hükümleri 1.1.2005 yılında yürürlüğe girecektir. Böylece ücretle ilgili haksız uygulamalar 1.1.2005 tarihine kadar devam edecektir.

Halbuki bu düzenleme;

Anayasa'nın;

- "Kanun önünde eşitlik" ilkesini düzenleyen m.10/2 ve 3.

- "Çalışma hakkı ve ödevinin" düzenlendiği 49/1 ve 2.

- "Ücrette adaletin sağlanması" ile ilgili 55/1 ve 2. maddelerine,

İHEB'nin 1 ve 2. maddelerine aykırıdır.

Burada, yasama organınca farkedilen bir yanlışlık, SPK çalışanlarına, emsallerine nazaran ücret bakımından önemli bir ayrıcalık içeren; (2499 Sayılı SPK m. 28/a fıkrasındaki) hüküm bu kez 13. madde ile düzenlenmiştir. Eşit işe eşit ücret ve ücrette adalet ilkelerine uygun hale getirilmiştir.

13. madde ile yapılan bu düzenleme, geçici 3. madde ile getirilen hükümle çarpıtılarak “13. maddeye göre, yani en yüksek devlet memurunun her türlü ödemeler dahil ücretlerini geçmemek üzere belirlenen ücretle, halen almakta oldukları ücretler arasında aleyhte bir fark doğarsa, bu farkın hiçbir vergi ve kesintiye gidilmeden fark kapanıncaya kadar tazminat olarak ödenmesi şeklinde, diğer kamu personelinin ayrıcalıklı, gayri adil bir uygulamanın devamı sağlanmıştır.

13. maddeyle getirilen düzenleme geçici 3. maddeyle fasit kılınmıştır. Bu gayri adil uygulamanın belli bir süre sonra, yani aradaki farkın kapanmasıyla sona ermesi söz konusu olduğundan, hem kanun yapma tekniğiyle, hem eşitlik ve adalet kavramlarıyla, hem de kamu vicdanıyla bağdaştırılamayan “yürürlük” başlıklı 30. maddenin 3. fıkrasıyla Kanun’un “13. madde ve geçici 3. maddesi 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girer” hükmü getirilmek suretiyle, eşitlik ve hukuk dışı uygulamanın 5 yıl daha devamı garanti altına alınmak istenmiştir.

İşte burada açıkça kanun koyucunun amacını aşma, yanlış kanun yapma söz konusudur. Zira hem bir yanlışlık düzeltiliyor hem de eski yanlış olan uygulamaya beş yıl gibi uzun bir süre daha hayat hakkı, uygulanma şansı tanınmaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu’nda uygulanmakta olan ücret sistemi doğru ise, Kanun’un 13. maddesiyle bu uygulamaya niçin son verilmek istenmiştir?

Kanun’un 13. maddesiyle getirilen uygulama doğru ise, geçici 3. madde ile “halen almakta oldukları ücretlerle, 13. maddeye göre belirlenen ücretler arasındaki farkın tazminat olarak verilmesi” hükmü niçin getirilmiş, bu da yeterli görülmeyerek, TBMM Genel Kurulu’nda verilen bir önerge ile Kanun’un 30. maddesindeki yürürlük tarihi bu maddeler için 01.01.2005 tarihine niçin ertelenmiştir?

En yüksek Devlet memurunun her türlü ödemeleri dikkate alınarak tespit edilen ücret üzerinden belirlenecek ücret dahi yetersiz görülen SPK Başkan ve üyeleri, bu maddeler hükümleriyle Anayasa’nın “Kanun önünde eşitlik” başlıklı 10. maddesine aykırı bir şekilde, diğer kamu görevlilerine göre “mümtaz ve imtiyazlı bir sınıf” haline getirilmektedirler.

Bu Kanun hükümleriyle imtiyazlı sınıf haline getirilen SPK Başkan ve üyeleri ve diğer personeliyle, asgari geçim standardının altında belirlenen “asgari ücretle” çalışanlar ve ilk dönem için %15 olmak üzere yıllık %25 zamma layık görülen diğer kamu çalışanlarını kıyaslamayı bir tarafa bıraksak dahi, Kanun’un bu maddelerinin uygulaması SPK içindeki ücret adaletsizliğinin 5 yıl daha devamına ve pek çok haksızlıklara yol açacaktır.

II. YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI SEBEPLERİ

1) 4487 Sayılı Kanun’un 1., 2., 10., 15., 20., 22. ve 26. maddelerini, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı gibi Anayasa’nın birçok maddesine açıkça aykırıdır.

2) Bu (1, 2., 10., 15., 20., 22. ve 26.) maddelerin uygulanması halinde hem bütün Küçük ve orta Büyüklükteki işletmelerin hem de tüm Milli Ekonominin telafisi imkansız zararlar göreceği hiçbir duraksamaya yer bırakmayacak kadar açık ve kesindir.

3) Bu maddeler, Anayasa Mahkemesi’nin daha önceki birçok kararına da aykırıdır.

4) Söz konusu maddeler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verilmesi halinde, hukukumuzda önemli bir boşluk meydana gelmeyecektir.

5) İşbu maddeler hakkında yürürlüğün durdurulması kararı verilmeyip de bilahare iptal kararı vermek gerektiğinde, iptal kararı büyük ölçüde etkisiz kalacaktır.”

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

İptali istenen Yasa kuralları şöyledir:

1- “**MADDE 1.-** 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa aşağıdaki 10/A maddesi eklenmiştir.

MADDE 10/A.- Sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklar; özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenir. Bu Kuruluş, Kurulun gözetim ve denetimi altındadır. Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir.

Kayıtlar, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibariyle tutulur. Kayıt edilen haklar bu Kanunun 7 nci maddesi uyarınca senede bağlanmaz. Sermaye

piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı hesaplarda kayıt esasları ile kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemlere ilişkin usul ve esaslar Kurulca bir tebliğ ile belirlenir.

Kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, Merkezi Kayıt Kuruluşuna yapılan bildirim tarihi esas alınır.

Kurul bu madde kapsamında kaydı tutulacak hakları, bu hakların bağlı olduğu sermaye piyasası araçlarını, türleri ve ihraççıları itibariyle belirleyebilir.

Payların devrinin, Türk Ticaret Kanununun 417 nci maddesi çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibariyle tutulan kayıtlar esas alınır.

Merkezi Kayıt Kuruluşu, ihraççılar ve aracı kuruluşlar, kendi tuttukları kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumludur.

..."

2- "MADDE 2.- Sermaye Piyasası Kanununun değişik 11 inci maddesi madde başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Ortak hükümler

Madde 11.- Pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arz olunmuş sayılır ve bu ortaklıklar, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar.

Kurul, bu Kanuna tabi ihraççıların kaydını tutar. İhraççılar, sermaye piyasası araçlarının herhangi bir şekilde halka satıldığını veya halka açık anonim ortaklık statüsünün kazanıldığını öğrendikleri tarihten itibaren otuz gün içinde Kurula bildirmek zorundadırlar. Ortaklık denetçileri, bu durumu öğrendikleri tarihte, ihraççının yönetim kuruluna ve Kurula bildirmekle yükümlüdürler.

Kurulca yapılan incelemelerde, bu Kanuna tabi ortaklıkların menkul kıymetlerinin ikinci el piyasasının olduğu anlaşıldığı takdirde; Kurul, bu ortaklıkların doğrudan ya da dolaylı ortak sayısını veya bilanço büyüklüğünü dikkate alarak, menkul kıymetlerine borsada işlem görme şartı getirebilir.

Bu Kanun kapsamına giren ihraççılardan; anonim ortaklık niteliğini haiz olmayanlar, sermaye piyasası araçlarını halka arz etmeyenler, aktif toplamı, brüt satış hâsılatı, ihraç veya halka arz tutarı Kurulun belirleyeceği

miktardan az olanlar veya diğer sermaye piyasası araçlarını ihraç veya halka arz edenler Kurulca bu Kanuna tabi olmalarından kaynaklanan yükümlülüklerinden kısmen veya tamamen muaf tutulabilirler. Bu muafiyet şartları, ihraççıların Kurul kaydından çıkma veya çıkarılma esasları ile halka arz işlemlerinden kısmen muafiyet şartları tebliğlerle belirlenir.

Kurulca belirlenecek esaslar dahilinde, ulusal veya uluslararası piyasalarda tedavülü kolaylaştırmak amacıyla, depo edilen menkul kıymetlerin verdiği hakları aynen sağlayan, onlara özdeş hamiline yazılı “depo edilen menkul kıymet sertifikaları” çıkarılabilir.

...

...

...

Halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilmesi için Sanayi ve Ticaret Bakanlığına başvurulmadan önce Kurulun uygun görüşünün alınması zorunludur.”

3- “MADDE 3.- Sermaye Piyasası Kanununun 12 nci maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilen altıncı fıkrası aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

Yönetim kurulunun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, Türk Ticaret Kanununun 381 inci maddesinin birinci fıkrasında sayılan hallerde yönetim kurulu üyeleri, denetçiler veya hakları ihlâl edilen pay sahipleri, kararın ilânından itibaren otuz gün içinde anonim ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilirler. Bu halde, Türk Ticaret Kanununun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin 382, 383 ve 384 üncü maddeleri hükümleri uygulanır. Şirket, davanın açıldığını öğrendiği tarihi izleyen üç işgünü sonuna kadar durumu Kurula bildirmekle yükümlüdür.”

4- “MADDE 4.- Sermaye Piyasası Kanununun 13/A maddesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilen son fıkrası aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Varlığa dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, bunların karşılığını oluşturan alacaklar ve duran varlıklar, başka bir amaçla tasarruf edilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, haczedilemez.”

5- “MADDE 5.- Sermaye Piyasası Kanununun 15 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 15.- Halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde birinci temettü oranının gösterilmesi zorunludur. Bu oran, Kurul tarafından belirlenecek ve tebliğlerle ilân edilecek miktardan aşağı olamaz. Kurul, ihraççıların türleri ve dağıtılabilir kâr tutarları itibariyle temettü dağıtım zorunluluğunu kaldırabilir veya erteleyebilir.

...

...

Halka açık anonim ortaklıklar, sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş ve bağımsız denetimden geçmiş üçer aylık ara dönemler itibariyle hazırladıkları malî tablolarında yer alan kârlarından, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayırmak zorunda oldukları yedek akçeler ile vergi karşılıkları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçmemesi, ana sözleşmelerinde hüküm bulunması ve genel kurul kararıyla ilgili yılla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesi koşullarıyla temettü avansı dağıtabilirler. Her ara dönemde verilecek temettü avansı bir önceki yıla ait bilânço kârının yarısını aşamaz. Önceki dönemde ödenen temettü avansları mahsup edilmeden ilave temettü avansı verilmesine ve temettü dağıtılmasına karar verilemez. Temettü avansı dağıtımına karar verilmesinde ve avansın ödenmesinde Türk Ticaret Kanununun, bilânço ve gelir tablosunun kabulüne ve kârın dağıtılmasına ilişkin olup, bu madde hükmüne aykırı olan hükümleri uygulanmaz. Yönetim kurulu üyeleri ve temsilcisi oldukları tüzel kişiler, şirket denetçileri, bağımsız denetimi yapanlar ve bağlı oldukları gerçek ve tüzel kişiler, ara dönemler bilânço ve gelir tablolarının gerçeği aksettirmemesinden veya mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olmasından doğan zararlar için şirkete, pay sahiplerine, şirket alacaklılarına ve ayrıca doğrudan doğruya olmak üzere temettü avansının kararlaştırıldığı veya ödendiği bilânço yılı içinde pay senedi iktisap etmiş bulunan kişiler ile üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumludurlar. Hukukî sorumluluk doğuran hallerin varlığı halinde, pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve Kurul tarafından kararın ilânından itibaren otuz gün içinde, 12 nci maddenin altıncı fıkrasındaki esaslar çerçevesinde iptal davası açılabilir. Kurul, yasalardan kaynaklanan yükümlülüklerin doğruluk incelemesi dahil bilânço ve gelir tablolarını denetleme ve düzeltmeye yetkilidir. Vergi Usul Kanunun vergi incelemesine ilişkin hükümleri saklıdır. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esaslar Kurul tarafından belirlenir.

Halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımlarında, bedelsiz paylar artırım tarihindeki mevcut paylara dağıtılır.

Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz."

6- "MADDE 10.- Sermaye Piyasası Kanununun değişik 22 nci maddesinin birinci fıkrasının Anayasa Mahkemesince iptal edilen (j), (n), (r) ve (s) bentleri aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiş, (c), (d), (g), (h), (i), (k), (l) bendleri değiştirilmiş, fıkra (t), (u), (v) ve (y) bentleri ile maddenin sonuna aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

c) Bu Kanuna tabi sermaye piyasası kurumlarının malî bünyeleri ve kaynaklarının kullanımı ile ilgili standart rasyoları genel olarak ya da faaliyet alanları veya kurumların türleri itibarıyla belirlemek, bu rasyoların yayımlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenlemek,

i) Halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarında genel hükümler çerçevesinde vekaleten oy kullanılmasına ilişkin esasları belirlemek ve bu ortaklıklarda yönetim kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda vekâlet toplayan ya da pay iktisap edenlerin, diğer payları satın alma yükümlülüğüne ve azınlıktaki ortaklıkların da kontrolü ele geçiren kişi veya gruba paylarını satma hakkına ilişkin düzenlemeleri yapmak,

j) Ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizle dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü türev araçların niteliklerini, alım ve satım esaslarını, bu araçların işlem göreceği borsalar ve piyasalarda çalışacakların denetim, faaliyet ilke ve esasları ile yükümlülüklerini, teminatlar, takas ve saklama sistemi konularındaki esas ve usulleri düzenlemek,

r) Gayrimenkullerin değerlemesini yapabilecek ekspertiz kurumlarından sermaye piyasasında faaliyette bulunacaklara ilişkin şartları belirlemek ve bu şartlara uyan kuruluşları listeler halinde ilân etmek,

v) Kanuna tabi anonim ortaklıkların genel kurullarında yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçimlerine ilişkin kararlarda her bir üyelik için kullanılacak oy hakkının, kısmen veya tamamen bir veya birkaç üyenin seçiminde birikimli olarak kullanılabilmesi yöntemine ilişkin düzenlemeleri yapmak,

Kurul yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanır. Düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğler, Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe konulur. Özel nitelikli

kararlardan kamuoyunu ilgilendirenler, Kurulun haftalık bülteni ile ilgili kişi ve kuruluşlara duyurulur.”

7- “MADDE 15.- Sermaye Piyasası Kanununun değişik 34 üncü maddesi madde başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Aracı kuruluşların faaliyet şartları

Madde 34.- Aracı kuruluşların aracılık faaliyetlerine ilişkin esaslar Kurul tarafından düzenlenir. Kurul, her bir aracılık faaliyetinin ayrı kuruluşlar tarafından yapılmasına ilişkin düzenlemeler yapmaya yetkilidir. Aracı kuruluşlar, Kurulca belirlenecek esaslar dahilinde, izin almak şartıyla, diğer sermaye piyasası faaliyetlerinde de bulunabilirler.

Borsada işlem yapacak aracı kuruluşların, ilgili borsadan borsa üyelik belgesi almaları zorunludur.

Aracı kurumların faaliyet ve merkez dışı örgütleri ile ilgili ilkeler Kurulca belirlenir. Aracı kurumların merkez dışı örgütlerine Kurulca izin verilir.

Aracı kurumların, işlemlerinin sermaye piyasası ilkelerine ve mevzuatına uygunluğunu denetlemek üzere yeteri kadar müfettiş çalıştırmaları zorunludur.

Aracı kuruluşların, sermaye piyasası faaliyetleri nedeniyle yatıracakları teminatların türü, miktarı, kullanım alanı ve şekli Kurulca belirlenir. Teminatlar rehnedilemez, haczedilemez, kullanıma amaçları dışında tasarruf edilemez, üçüncü kişilere devredilemez.

Sermaye piyasası kurumlarının pay devirlerinde Kuruldan izin alınması zorunludur. Bu fıkraya göre izin alınmadan yapılan devirler pay defterine kaydolunmaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür. Bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esaslar Kurulca belirlenir.

Sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunacak yabancı kuruluşlara ilişkin esaslar Kurulca belirlenir.”

8- “MADDE 19.- Sermaye Piyasası Kanununa aşağıdaki 40/B maddesi eklenmiştir.

MADDE 40/B.- Türkiye’de sermaye piyasasında aracılık faaliyetinde bulunmaya bu Kanunla yetkili kılınmış kuruluşlar, tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliğine üye olmak için başvurmak zorundadırlar. Bunun için ilgili kuruluş, aracı kuruluş niteliğini kazandığı andan itibaren üç ay

içinde gerekli başvuruyu yapmakla yükümlüdür. Anılan yükümlülüğe uymayan kuruluşların aracılık faaliyetleri Kurulca durdurulur.

...

..."

9- "MADDE 20.- Sermaye Piyasası Kanununa aşağıdaki 40/C maddesi eklenmiştir.

...

...

...

...

Üyeler, Birlik Statüsüne ve Birlikçe alınacak kararlara uymak zorundadırlar.

Birliğin her türlü işlem ve hesapları Kurul tarafından denetlenir. Üyeliğe kabul başvurusunun reddi, üyelikten geçici ve sürekli çıkarmaya ilişkin olarak Birliğin yetkili organınca alınan karara karşı, kararın ilgiliye tebliğini izleyen on iş günü içerisinde Kurul nezdinde itiraz edilebilir. İtiraza ilişkin olarak Kurulca verilecek kararlar kesindir."

10- "MADDE 21.- Sermaye Piyasası Kanununun değişik 45 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Madde 45.- Bu Kanun ve diğer kanunların sermaye piyasası ile ilgili hükümlerinin uygulanmasının ve her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin denetimi Kurul uzman ve uzman yardımcıları tarafından yapılır.

Kurulca görevlendirilen Kurul uzman ve uzman yardımcıları; ihraççılar, sermaye piyasası kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden bu Kanun ve diğer kanunların sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili görecekları bilgileri istemeye, bunların tüm defter, kayıt ve belgelerini ve sair bilgi ihtiva eden vasıtalarını incelemeye ve bunların örneklerini almaya, işlem ve hesaplarını denetlemeye, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, gerekli tutanakları düzenlemeye yetkili olup, ilgililer de istenilen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların örneklerini vermek, yazılı ve sözlü bilgi vermek ve tutanakları imzalamakla yükümlüdürler.

Birinci ve ikinci fıkra hükümleri çerçevesinde kendilerinden bilgi istenilen gerçek ve tüzel kişiler özel kanunlarda yazılı gizlilik ve sır saklama hükümlerini ileri sürerek bilgi vermekten imtina edemezler.

Denetimle görevlendirilen uzmanlar tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgelerin ibraz veya teslim edilmemesi halinde, ihraççılar, sermaye piyasası kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları nezdinde arama yapılabilir. Arama, Kurulun gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh ceza hâkiminden talepte bulunması üzerine, sulh ceza hâkiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi halinde yapılabilir. Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen defterler ve belgeler ayrıntılı bir tutanakla tespit olunur ve yerinde incelemenin mümkün olmadığı hallerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edilir. Arama sonucunda alınan defter ve belgeler üzerindeki incelemeler en geç üç ay içinde sonuçlandırılarak bir tutanakla sahibine geri verilir.

Bu madde uyarınca yapılacak tebligatlara, Tebligat Kanunu hükümleri uygulanır.”

11- “MADDE 22.- Sermaye Piyasası Kanununun değişik 46 ncı maddesinin birinci fıkrasının Anayasa Mahkemesince iptal edilen (c), (g), (h), (i) ve (j) bendleri ile ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiş, birinci fıkranın (a) ve (f) bendleri değiştirilmiş, bu fıkraya ((k) bendi ve maddenin sonuna iki fıkra eklenmiştir.

a) Kurula kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya; kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz istemeye, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya veya takip yapmaya; her türlü hukukî ve cezaî sorumluluk saklı kalmak kaydıyla, izinsiz sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali için tespit tarihlerinden itibaren üç ay, vukuu tarihlerinden itibaren bir yıl içinde dava açmaya,

...

c) Bu Kanuna tabi anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerinin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava

açmaya, Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde bu halleri ilgili mercilere intikal ettirmeye,

...

...

f) Denetimle görevlendirilenler tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve bilgi ihtiva eden diğer vasıtaların ibraz veya teslim edilmemesi halinde, gerektiğinde mahkemeye başvurarak, bunların ibraz veya tesliminin sağlanmasını talep etmeye,

g) Sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi halinde, ilgililerden aykırılıkların giderilmesi ve kanuna, işletme amaç ve ilkelerine uygunluğun sağlanmasını istemeye; aykırılıkta sorumluluğu tespit edilen kurum görevlilerinin, haklarında kovuşturmaya geçildikten sonra yargılama sonuçlanıncaya kadar imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya; aykırılıkların giderilmemesi veya giderilemeyecek aykırılıkların tespit edilmesi durumunda, gerekli her türlü tedbir almaya ve bu kurumların faaliyetlerini geçici veya sürekli olarak durdurmaya ve yetkilerini kaldırmaya,

h) Sermaye piyasası kurumlarının, malî yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespiti halinde; verilecek uygun süre içinde, malî durumlarının güçlendirilmesini istemeye; kurum görevlilerinin imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya; verilen bu süre içinde, bu kurumlar tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması halinde veya malî durumlarının taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti halinde gerekli tedbirleri almaya, herhangi bir süre vermeksizin kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya veya sürekli olarak durdurarak yetkilerini kaldırmaya; bu tedbirlerden netice alınmadığı takdirde tedricî tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedricî tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye,

i) Kanunun 47 nci madde (A) bendi hükmünde sayılan fiillere doğrudan ya da dolaylı olarak iştirak ettikleri Kurulca tespit edilen gerçek veya tüzel kişilerin, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmesini teminen gerekli tedbirleri almaya,

j) Gerek görülen hallerde, halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarına, oy hakkı bulunmaksızın bir gözlemci göndermeye,

...

Yetkilidir.

Yetkileri sürekli olarak kaldırılan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıkları, yetkinin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının alındığı tarihten itibaren tedricî tasfiye işlemlerinin tamamlandığı ilân edilinceye; tedricî tasfiyeyi takiben veya doğrudan iflas talebinde bulunulması halinde, iflas talebinin mahkemece esastan karara bağlanmasına kadar, tedricî tasfiye çerçevesinde Yatırımcıları Koruma Fonu ve Kurul tarafından yapılacak işlemler hariç, üçüncü kişilere devredilemez, rehnedilemez, teminat gösterilemez, haczedilemez, başlamış tüm icra takipleri de kendiliğinden durur.

Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunduğu, yetki belgeleri iptal olduğu veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilân ve reklamlarında, sermaye piyasasında faaliyette bulundukları intibahı yaratacak kelime veya ibare kullanıldığının tesbiti halinde sorumlular hakkında cezaî kovuşturma yapılmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, kurulun talebi üzerine en büyük mülkî amirlerce bunların işyerleri geçici olarak kapatılabileceği ve ilân ve reklamları durdurulabileceği gibi, kanuna aykırı belgeleriyle, ilân ve reklamları toplatılabilir.

Bu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bendleri uyarınca yetkileri kaldırılan görevliler, haklarındaki yargılama sonuçlanıncaya kadar Kurulun izni olmadıkça hiçbir sermaye piyasası kurumunda imzaya yetkili personel olarak çalıştırılmazlar.

Bu maddenin birinci fıkrasının (h) bendine göre faaliyetleri geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının mal varlığı hakkında da, Kurulca geçici durdurma kararı verildiği tarihten, tekrar faaliyete geçme izni verilmesi tarihine kadar ikinci fıkra hükmü uygulanır.

Bu madde kapsamında Kurul tarafından açılacak davalarda ve yapılacak takiplerde kurul, her türlü teminat ve harçtan muaftır."

12- "MADDE 23.- Sermaye Piyasası Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen 46/A maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Yatırımcıları Koruma Fonu

Madde 46/A.- Hakkında tedricî tasfiye veya iflas kararı verilen aracı kurumların ve Bankalar Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla Bakanlar Kurulu Kararıyla faaliyetleri durdurulan bu Kanunun 50 nci maddesi (a) bendi hükmü kapsamındaki bankaların, yaptıkları sermaye piyasası faaliyetleri ve işlemleri nedeniyle müşterilerine karşı hisse senedi işlemlerinden doğan nakit ödeme ve hisse senedi teslim yükümlülüklerini ve bu Kanunun 46/B maddesinde düzenlenen görevleri bu Kanunda öngörülen esaslara göre yerine getirmek ve tasfiye giderlerini karşılamak amacıyla tüzel kişiliği haiz Yatırımcıları Koruma Fonu kurulmuştur. Bütün aracı kuruluşlar, bu Fona katılmak zorundadır.

...

Kurul, Fonun hesap ve işlemlerini inceleme ve denetlemeye, bu hususta fondan her türlü bilgiyi istemeye yetkilidir. Kurul, inceleme ve denetim sonuçlarına göre, gerekli gördüğü hususların yerine getirilmesini fondan isteyebilir ve gerektiğinde, fonun yönetiminin kurula devredilmesini ilgili Bakandan talep eder. İlgili Bakan, fon yönetiminin geçici veya sürekli olarak devrine karar vermeye yetkilidir.

...

...

...

Fon varlığı ihtiyacı karşılamaya yetmediği takdirde, aracı kuruluşlardan, daha sonraki yıllarda yapacakları ödentilere mahsuben, bir önceki yıldaki hisse senedi işlem hacimlerinin parasal miktarının onbinde birine kadar geçici ödenti alınabilir. Aracı kuruluşlardan alınan bu ödentinin ihtiyacı karşılamakta yetersiz kalması halinde, bakiye kısım için İstanbul Menkul Kıymetler Borsası tarafından Fona avans verilir.”

13- “MADDE 24.- Sermaye Piyasası Kanununun Anayasa Mahkemesince iptal edilen 46/B maddesi başlığı ile birlikte aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenmiştir.

Tedricî tasfiye

...

...

Tedricî tasfiye kararı verildikten sonra, aracı kurumun yasal organlarının görev ve yetkileri, tasfiye sonuçlanıncaya kadar Fon tarafından yerine getirilir.

...”

14- “MADDE 25.- Sermaye Piyasası Kanununun değişik 47 nci maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin 4 numaralı alt bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, 5, 6 ve 7 numaralı alt bentleri eklenmiş, bu bentlerden sonra gelmek üzere (A) bendinin son paragrafı ile (B) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiş (C) bendi eklenmiş, ikinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

4. 4 üncü maddenin birinci ve üçüncü fıkralarına aykırı hareket edenlerle, sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunan veya yetki belgeleri iptal olduğu veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilân veya reklamlarında sermaye piyasasında faaliyette bulundukları intibasını yaratacak kelime veya ibare kullanan veya faaliyetlerine devam eden gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri,

5. Yatırımcı tarafından sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veyahut her ne nam altında olursa olsun, sermaye piyasası kurumlarına kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satan veya rehmeden veya her ne şekilde olursa olsun kullanan, gizleyen yahut inkâr eyleyen veyahut bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dahil kayıtları tahvil ve taşıyır eden ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri,

6. Bu Kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı ve/veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler,

7. Karşılıksız olarak sermaye piyasası araçlarının geri alım taahhüdü ile satımını yapan ilgili gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri,

2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10 milyar liradan 25 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Suçun işlenmesinde, bu bentte yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse, hapis cezasının asgarî haddi 3, azamî haddi 6 yıldır.

B) 1. Bu Kanuna göre Kurul veya Kurul tarafından görevlendirilenlere istenecek bilgileri vermeyen veya eksik veya gerçeğe aykırı olarak verenlerle; defter ve belgeleri bu görevlilere ibraz etmeyen, saklayan, yok eden veya bunların görevlerini yapmalarını engelleyenler,

2. Defter ve kayıt tutmayanlar, defter ve kayıtlarda gerçeğe aykırı hesap açan veya kayıt tutanlar ve bunlarda her türlü muhasebe hilesi yapanlar,

3. Kasıtlı olarak gerçeğe aykırı bağımsız denetleme raporu düzenleyenler ve bu raporun düzenlenmesini sağlayanlar,

1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve 8 milyar liradan 20 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Suçun işlenmesinde, bu bentte yazılı hallerden iki veya daha fazlası birleşirse, hapis cezasının asgarî haddi 2, azamî haddi 4 yıldır.

C) Bu Kanunun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasına, 7, 9, 10, 10/A, 11, 12 nci maddelerine, 13 üncü maddesinin beşinci fıkrasına, 13/A maddesinin üçüncü fıkrasına, 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrasına, 15 inci maddesinin birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarına, 16, 16/A maddelerine, 25 inci maddesinin (a) bendine, 28 inci maddesinin (b) bendine, 34 üncü maddesine, 38 inci maddesine, 40/B maddesine, 45 inci maddesine, 46 ncı maddesinin ikinci ve beşinci fıkralarına, 46/A maddesine ve 46/B maddesine aykırı hareket edenler,

5 milyar liradan 15 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci fıkranın (A) ve (B) ve (C)bendleri uyarınca verilecek ağır para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz.”

15- MADDE 26.- Sermaye Piyasası Kanununa aşağıdaki 47/A maddesi eklenmiştir.

MADDE 47/A.- Bu Kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek kişiler ve tüzel kişiler hakkında gerekçesi belirtilmek suretiyle Kurul tarafından 2 milyar liradan 10 milyar liraya kadar para cezası verilir.

İdarî para cezalarının uygulanmasından önce ilgilinin savunması alınır. Savunma istendiğine ilişkin yazının tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde savunma verilmemesi halinde, ilgilinin savunma hakkından feragat ettiği kabul edilir.

...

Bu cezalar ilgililere tebliğ tarihinden itibaren 30 gün içerisinde Yatırımcıları Koruma Fonuna ödenmediği takdirde bu Fon tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında hükümlerine göre takip ve tahsil olunur ve Fona irad kaydolunur.”

16- "MADDE 30.- Bu Kanunun;

-1 inci maddesi, yayımı tarihinden geçerli olmak üzere, Merkezî Kayıt Kuruluşunun kurulduğu tarihte,

- 23 ve 24 üncü maddeleri, yayımı tarihinden geçerli olmak üzere, Merkezî Kayıt Kuruluşunun kurulmasını takiben Yatırımcıları Koruma Fonuna İlişkin Kurulca yapılacak düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte,

-13 üncü maddesi ve geçici 3 üncü maddesi, 1.1.2005 tarihinde,

-Diğer maddeleri yayımı tarihinde

Yürürlüğe girer."

17- "GEÇİCİ MADDE 3.- Bu Kanunun 13 üncü maddesi ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 28 inci maddesinin (a) bendinde yapılan değişiklik uyarınca, Kurul Başkan ve üyeleri ile personeli için yeniden belirlenecek olan her türlü ödemeler dahil, aylık ücretleri toplamının, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki ayda almakta oldukları her türlü ödemeler dahil aylık ücretleri toplamından az olması halinde, bu durum giderilinceye kadar aradaki fark herhangi bir vergi ve kesintiye tabi olmaksızın tazminat olarak ödenir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

İptali istenen kuralların Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 17., 19., 33., 35., 37., 38., 48., 49., 87., 115., 124., 125., 135., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüş, 167. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Nurettin TURAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mahir Can ILICAK, Rüştü SÖNMEZ, Ertuğrul ERSOY ve Tülay TUĞCU'nun katılmalarıyla 17.2.2000 günü yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğün durdurulması isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra ele alınmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptali istenilen Yasa kuralları, dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında

Kanun'un 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince Başbakanlık Sermaye Piyasası Kurulu Başkanı Doğan CANSIZLAR, Kurul Başkan Yardımcısı N. Hülya KEMAHİ ve Hukuk İşleri Daire Başkanı Vekili M. Çağlar MANAVGAT'ın 2.12.2003 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- Kanun'un 1. Maddesiyle 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na Eklenen 10/A Maddesinin Birinci, İkinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci ve Altıncı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, maddenin birinci fıkrası ile Bakanlar Kurulu'na, ikinci fıkrası ile de Sermaye Piyasası Kurulu'na verilen görev ve yetkilerin sınırlarının açıkça belirtilmemiş olmasının yasama yetkisinin yürütmeye devri sonucunu doğuracağı, hamiline yazılı hisse senetlerinin teslim ile, nama yazılı hisse senetlerinin de ciro ile el değiştirmesini önleyen düzenlemenin sözleşme özgürlüğünü kısıtladığı, Merkezi Kayıt Kuruluşu'nda meydana gelebilecek bir hatanın ve yolsuzluğun pay sahiplerinin haklarını tamamen yok edebileceği, böyle bir düzenlemenin mülkiyet hakkına aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 7., 10., 35., 48. ve 87. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2499 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Taleple bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kuralın Anayasa'nın 167. maddesi yönünden de incelenmesi uygun görülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmekte ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin görev ve yetkilerinin sayıldığı 87. maddesinde de kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak yetkileri münhasıran Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne verilmektedir.

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.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme, özel teşebbüsler kurma hürriyetine sahip olduğu ve Devletin de özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun

yürümelerini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 167. maddesinde de, Devletin, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alacağı belirtilerek, ekonomik hayatın işleyişini düzenlemek, gerektiğinde bu alana müdahale etmek hususunda görevli kılındığı ortaya konulmaktadır. Böylece, yasa koyucunun piyasa ekonomisinin işleyişinden doğabilecek bazı aksaklıkları, tekelleşmeleri, piyasada egemen olan gücün kötüye kullanılmasını önlemek, serbest rekabet ilkesine işlerlik kazandırmak ve tüketiciyi korumak amaçlarıyla Devlet tarafından yapılabilecek müdahalelere izin verdiği anlaşılmaktadır.

Dava konusu kuralın incelenmesinden, yasama organının, sermaye piyasası araçlarının, fiziken elden ele geçirilerek devir ve teslim edilmeleri sisteminden, ekonomik ve teknolojik gelişmeler, sermaye piyasasında artan işlem hacmi ve diğer değişiklikler nedeniyle kaydî değer sistemine geçilmesini uygun gördüğü sonucuna varılmaktadır. Sistemin işlemlerini sağlamak için maddenin ilk fıkrası ile Merkezî Kayıt Kuruluşu oluşturulmuş, kuruluşun, faaliyet, çalışma ve denetim esaslarının düzenlenmesi, Bakanlar Kurulu'na çıkarılacak "yönetmeliğe" bırakılmıştır. İkinci fıkrası ile de Kuruluş'un kayıtlarının bilgisayar ortamında, hak sahipleri, ihraççılar ve aracı kuruluşlar itibarıyla tutulması öngörülerek, sermaye piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı hesaplarda kayıt esasları ile kayıtların nasıl tutulacağı ve kayıtların tutulmasında yapılacak işlemler ile buna ilişkin usul ve esasların düzenlenmesinin de Sermaye Piyasası Kurulu'na hazırlanacak "tebliğ"le yapılacağı hükme bağlanmıştır.

Birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarda yasada bulunması gereken temel esaslara yer verilmiş olup, idarenin düzenleme yapacağı alanın sınırları çizilerek uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesi idareye bırakılmıştır.

Dava konusu maddenin üçüncü ve beşinci fıkraları ile, kaydıleştirme sistemine geçilmesi sonucu kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, Merkezî Kayıt Kuruluşu'na yapılan bildirim tarihinin, payların devrinin Türk Ticaret Kanunu'nun 417 nci maddesi çerçevesinde ortaklar tarafından pay defterine kaydında da, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezî Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibarıyla tutulan kayıtların esas alınması, "kaydı değer" sisteminin gereğidir.

Ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu'nun 3. maddesinde de, sermaye piyasası araçlarının *"menkul kıymetler ve diğer sermaye piyasası araçları"* olduğu açıklanmış, menkul kıymetlerin nitelikleri gösterilmiş ve diğer sermaye piyasası araçlarının neler olamayacağı belirtilmiştir. Buna göre, durumda, yasama organı genel kuralları koymuş, idareye ancak bu şartlara uygun evrakın isimlerini belirleme ve derecelendirme yetkisini bırakmıştır.

Bu durumda, belirtilen fıkralarla yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmemiş, yani yasama yetkisinin devri anlamına gelebilecek bir yetki devri yapılmamıştır.

Maddenin altıncı fıkrasında ise Merkezî Kayıt Kuruluşu'nun, ihraççılar ve aracı kuruluşların, kendi tuttıkları kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacakları zararlardan kusurları oranında sorumlu tutulacakları öngörülmektedir.

Yasama organı, Medenî Kanun'da ve Türk Ticaret Kanunu'nda özel hukuk tüzelkişilerinin yaptıkları işlemler nedeniyle verdikleri zararlardan doğan sorumluluğu *"kusur"*a dayandırmakta, organlarının yaptıkları eylem ve işlemlerden genel olarak tüzelkişiyi sorumlu tutmakla birlikte bazı hallerde (MK m. 48/III, TTK m. 336 v.b.) bu işlemi yapan organı da şirketle birlikte müteselsil olarak sorumlu tuttuğu gibi, bazı hallerde de (TTK m. 342) bu işlemi yapan gerçek kişiyi sorumlu tutmaktadır.

Kaydî sistemde, kayıt sürecinde ihraççının, aracı kuruluşun ve Merkez'in fonksiyonlarını gerçekleştirdikleri aşamalar farklı olup, bu aşamalardaki sorumlulukları ayırmak gerektiğinden, kuralda da bu ayırım gözetilmektedir. Yasama organı, dava konusu kuralda da *"kusur"* sorumluluğu esasını benimsemiş ve Merkezi Kayıt Kuruluşu, ihraççılar ve aracı kuruluşların kendi tuttıkları kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumlu tutulmalarını öngörmüştür. Böylece iptali istenen fıkralarla getirilen düzenlemeler Anayasa'nın 167. maddesindeki piyasaların sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirler kapsamında görülmüştür.

Açıklanan nedenlerle, 4487 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 2499 sayılı Kanuna eklenen 10/A maddesinin iptali istenen fıkraları Anayasa'nın 7., 48., 87. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralların Anayasa'nın 10. ve 35. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Bu görüşlere maddenin birinci fıkrasının son tümcesi yönünden Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ve Ali HÜNER katılmamışlardır.

2- Kanun'un 2. Maddesiyle Değiştirilen 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 11. Maddesinin Birinci, İkinci, Üçüncü, Dördüncü, Beşinci ve Dokuzuncu Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, hisse senetlerinin hangi oranda alınması halinde bir aile şirketinin halka açık sayılacağı hususu yasa ile belirlenmeyip Sermaye Piyasası Kurulu'nun takdir yetkisine bırakıldığı, ikinci el piyasası oluşmasından neyin anlaşılması gerektiğinde açıklık bulunmadığı, ikinci el piyasası oluştuğunun saptanması yetkisinin doğrudan Sermaye Piyasası Kurulu'na bırakılmasının Anayasa'nın 7. maddesine, halka açık anonim şirketlerin ana sözleşmelerinde yapılacak değişiklikler için Sermaye Piyasası Kurulu'nun olumlu görüşünün alınması zorunluluğunun getirilmesinin, Anayasa'nın 2. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu 4487 sayılı Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrası ile, pay sahibi (ortak sayısı) 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetlerinin halka arz olunmuş sayılacakları ve halka açık ortaklıkların tabi oldukları kurallara tabi kılınacakları, ikinci fıkrasıyla, ihraççılara ve ortaklık denetçilerine, halka açık anonim ortaklık statüsünün kazanıldığını öğrenmeleri halinde bu durumu Kurul'a bildirme yükümlülüğü getirildiği, üçüncü fıkrasıyla, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi ortaklıkların menkul kıymetlerinin ikinci el piyasası oluşturduğunun anlaşılması halinde, ortaklığın menkul kıymetlerine borsada işlem görme koşulu getirebilme konusunda Kurul'a yetki tanındığı, dördüncü fıkrasıyla, bu Kanun kapsamına giren ihraççılardan hangilerinin Kanun'da sayılan durumların gerçekleşmesi halinde bu Kanun'a tabi olmalarından kaynaklanan yükümlülüklerden kısmen veya tamamen muaf tutulabileceği konusunda Kurul'un yetkili kılındığı ve bu muafiyet koşulları, ihraççıların Kurul kaydından çıkma veya çıkarılma esasları ile halka arz işlemlerinden kısmen muafiyet koşullarının Kurul'ca hazırlanacak tebliğlerle belirleneceği, beşinci fıkrasıyla, Kurul'ca belirlenecek esaslar içinde hamiline yazılı "*depo edilen menkul kıymet sertifikaları*" çıkarılabileceği, dokuzuncu fıkrasında da, halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinin değiştirilebilmesi için Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na başvurulmadan önce Kurul'un uygun görüşünün alınmasının zorunlu olduğu kurala bağlanmıştır.

Hisse senetleri borsada işlem gören anonim ortaklıklar, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri yanında borsa mevzuatına da tabidirler. Hisse senetleri borsada (borsanın ikinci el piyasasında) işlem gören anonim ortaklıklar, halka arz yoluyla, bir yandan sermayenin tabana yayılmasını sağlamakta, diğer yandan da, alternatif finans yöntemleri arasında en ucuz kaynak niteliğinde olan fonlar ile yeni yatırımlara

girebilme olanağına kavuşturmaktadır. Borsada işlem görme, tasarrufçunun atıl fonlarını aktif hale getirmekte ve kısa vadeli fonların uzun vadeli fonlara dönüşmesini sağlamaktadır. Çok sayıda tasarruf sahibinin menfaatlerinin korunması gereği de bu aşamada ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle bu tür ortaklıklar ve borsa, özel biçimde denetim altına alınmıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun getirdiği yükümlülüklerle uymama, kimi durumlarda ortaklıkların ticari hayatındaki varlığını tehlikeye düşürebilecek ve bu durumdan tasarruf sahipleri de olumsuz etkileneceğinden, itiraz konusu madde ile Kurul'a, halka açık ortaklıkların bu Kanun'a tabi olmalarından kaynaklanan yükümlülüklerinden kısmen veya tamamen muaf tutulması için, gereken ölçütleri getirme konusunda yetki tanınmıştır.

Halka açık anonim ortaklık statüsünde faaliyet göstermek isteyen ortaklıklar, ana sözleşmenin hazırlanması aşamasında, kuruluş işlemleri ile faaliyet ve işleyişe ilişkin olarak öncelikle sermaye piyasası mevzuatı, burada hüküm bulunmaması durumunda da Türk Ticaret Kanunu hükümlerine uygun şekilde ana sözleşme düzenlemek zorundadırlar. Bunu sağlamak maksadıyla Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'na başvurulmadan önce Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu konuda uygun görüşü alınmak istenilmiştir. Kurul bu tür başvurularda, esas sözleşme ile esas sözleşme değişikliklerinde Sermaye Piyasası Kanunu ile öngörülen kurallara uyulup uyulmadığını inceleyecek, ana sözleşme veya değişikliklerinde anılan yasa kurallarına aykırılık varsa Kurul'ca bu aykırılıkların giderilmesi istenilecek, aykırılıklar giderilip uygunluk bildirimi sağlandıktan sonra Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nca da ana sözleşme veya değişikliklerinin Türk Ticaret Kanunu'na uygunluğu yönünden ayrıca inceleme yapılacaktır. Kurul'dan görüş alınmasının nedeni, halka açık anonim şirketlerin finansmanında tasarruf sahiplerinin korunmasını sağlamaktır.

Dava konusu madde ile Kurul'a tanınan yetkiler, yasalarla belirlenmesi çok zor olan, zamana ve ekonomik koşullara göre değişiklikler gösteren teknik ve uzmanlık isteyen konulara ilişkindir.

Açıklanan nedenlerle, teknik uzmanlık isteyen konularda Kurul'a yetki tanınması ile yasama yetkisinin yürütmeye devredilmediği, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlamak ve geliştirmek amacıyla Anayasa'nın 167. maddesinin emredici kuralına uygun düzenlemeler yapıldığı anlaşıldığından, 4487 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 2499 sayılı Kanun'un 11. maddesinin dava konusu kuralları, Anayasa'nın 2., 7., 48. ve 167. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

3- Kanun'un 3. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12. Maddesinin Altıncı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, 2499 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin altıncı fıkrasında yapılan düzenleme ile Yönetim Kurulu kararlarının iptali için açılacak davaların belirsiz bir biçimde genişletildiği, bunun yönetim ve denetim organları üzerinde baskı oluşturacağı, böyle bir düzenlemenin Anayasa'nın kişilik haklarını ve çalışma hürriyetini düzenleyen hükümleriyle çeliştiği, şirket için, açılan davayı üç gün içinde Kurul'a bildirme yükümlülüğü getiren kuralın makul bir süre öngörmediği gibi, savunma hakkını da kısıtladığından, Anayasa'nın hak arama özgürlüğü ile çalışma hak ve hürriyetini düzenleyen 36., 48. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen altıncı fıkra, Yönetim Kurulu'nun bu maddedeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine Türk Ticaret Kanunu'nun 381. maddesinin birinci fıkrasında sayılan hallerde, yönetim kurulu üyeleri ile denetçiler veya hakları ihlal edilen pay sahiplerinin, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde anonim ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabilecekleri, böyle bir davanın açılması durumunda Türk Ticaret Kanunu'nun genel kurul kararlarının iptalini düzenleyen 382., 383. ve 384. maddelerinin uygulanacağı ve ayrıca şirketin, davanın açıldığını öğrendiği tarihi izleyen üç iş günü içinde durumu Kurul'a bildirmek zorunda olduğu kuralına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı merciileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu, 48. maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyeti ile özel teşebbüsler kurma hakkına sahip bulunduğu, ancak Devletin de kurulacak özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun biçimde yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak önlemleri alacağı kurala bağlanmıştır.

Dava konusu yasa kuralı ile hangi hallerde iptal davası açılabileceği Türk Ticaret Kanunu'nun konuya ilişkin maddelerine yollama yapılarak belirgin hale getirilmiştir.

Öte yandan, pay sahiplerinin korunmasını sağlamak amacıyla, böyle bir davanın açıldığını öğrenen şirketin durumu üç iş günü içinde Kurul'a bildirilmesini öngören kuralda, bu tür bildirimler için herhangi bir araştırma ve savunma yapılması gerekmediğinden Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez. Kaldı ki

bu madde ile yeni pay sahiplerinin korunması amaçlanmış olup, bu tür önlemlerin alınması Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin yerine getirmesi gereken görevlerdendir.

Açıklanan nedenlerle, 4487 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yeniden düzenlenen 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12. maddesinin altıncı fıkrası, Anayasa'nın 36. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Dava konusu Yasa kuralının, Anayasa'nın 49. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

4- Kanun'un 4. Maddesi ile Yeniden Düzenlenen 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13/A Maddesinin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, zamanla meydana gelecek değer artışları nedeniyle de olsa, rehin gösterilen bir malın durağan borcun dışında başka bir mal için teminat gösterilememesinin girişimcilerin hareket ve yatırım özgürlüğünü kısıtlayacağı, bu nedenle anılan fıkranın Anayasa'nın 35. ve 48. 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.",

Anayasa'nın 48. maddesinde ise; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır." denilmektedir.

İptali istenilen yasa kuralında, varlığa dayalı menkul kıymetler itfa edilinceye kadar, bunların karşılığını oluşturan alacaklar ile duran varlıklarının başka bir amaçla tasarruf edilemeyeceği, rehnedilemeyeceği, teminat olarak gösterilemeyeceği ve haczedilemeyeceği belirtilmiştir.

Varlığa dayalı menkul kıymet çıkarılması uygulaması ile, çok sayıda borçlunun bulunduğu ve belli bir zamana yayılmış (vadeli) belgelenmiş alacak kalemleri ile ortaklığın aktifinin diğer bir bölümünü oluşturan duran varlıklarının, menkul kıymetler haline getirilerek tedavüle çıkarılabilmesi olanağı sağlanmak istenilmiştir.

Varlığa dayalı menkul kıymet çıkarılabilmesi için karşılıkların (alacaklar, duran varlıklar) varlığı ilk koşul olarak öngörülmüş, şayet karşılıklar varlığa dayalı menkul kıymetleri ihraç eden ortaklığa ait ise, başka bir söylemle, ortaklık kendine ait alacaklar ve duran varlıklar için menkul kıymet ihraç etmiş ise, bu menkul kıymetleri ihraç ettiği anda bedelini almak suretiyle karşılık gösterdiği varlıkları paraya çevirmiş olmaktadır. Ayrıca, bu karşılıkları ortaklıktan devralan (temellük eden) ortaklık da bunlar karşılığında varlığa dayalı menkul kıymet çıkarmak suretiyle karşılıkların bedelini kabzetmiş olacaktır.

Buna göre, Anayasa'nın 35. maddesinde belirtilen kamu yararı amacıyla yapılan bu sınırlama ile, Anayasa'nın 48. maddesinde öngörüldüğü biçimde Devlete görev olarak verilen, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun biçimde, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak amaçlanmış olup, kuralda Anayasa'nın 35. ve 48. maddelerine de aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

5- Kanun'un 5. Maddesiyle Değiştirilen 2499 Sayılı Kanun'un 15. Maddesinin Birinci, Dördüncü, Beşinci ve Altıncı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, fıkralarda yer alan kurallarla yapılan düzenlemenin halka açık anonim ortaklıklarla diğer anonim ortaklıklar arasında eşitsizlik yaratacağı için Kurul'a verilen düzenleme yetkisinin Anayasa'nın 7., 10., 48., 49. ve 87. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2499 sayılı Kanun'un değişik 15. maddesinin ilk fıkrasında, halka açık anonim ortaklıkların esas sözleşmelerinde birinci temettü oranının gösterilmesinin zorunlu olduğu, bu oranın Kurul tarafından belirlenerek ilan edilecek miktardan aşağı olamayacağı, Kurul'un ihraççıların türleri ile dağıtılabilir kâr tutarları itibarıyla temettü dağıtım zorunluluğunu kaldırabileceği veya erteleyebileceği, dördüncü fıkrasında, halka açık anonim ortaklıkların, temettü dağıtabilecekleri durumlar ile temettü avansı dağıtmada uyacakları esaslar belirtilmiş, yönetim kurulu üyeleri ile temsilcisi oldukları tüzel kişilerin, ara dönemler bilanço ve gelir tablolarının gerçeği aksettirmemesi veya mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemesi sonucu doğacak zararlardan şirkete, pay sahiplerine, şirket alacaklılarına, pay senedi iktisap eden kişilerle üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu oldukları, hukuksal sorumluluk doğuran durumların varlığı halinde, pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin Kurul kararının ilanından itibaren otuz gün içinde iptal davası açabilecekleri, yasalardan kaynaklanan yükümlülüklerin doğruluğu ile

bilanço ve gelir tablolarının Kurul tarafından incelenerek gerekli düzeltmelerin yapılabileceği ve bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esasların Kurul tarafından belirleneceği, beşinci fıkrasında, halka açık anonim ortaklıkların sermaye artırımlarında, bedelsiz payların artırım tarihindeki mevcut paylara dağıtılacağı, altıncı fıkrasında da, halka açık anonim ortaklıkların, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili bulunduğu bir başka teşebbüs veya şahısla emsallerine göre açık şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi farklı işlemlerde bulunarak kârını ve/veya mal varlığını azaltamayacağı kurala bağlanmıştır.

Buna göre, iptali istenilen kurallarla, halka açık anonim ortaklıklarla ilgili olarak, sermaye piyasasının gelişimi ve sermaye piyasasından beklenecek işlevlerin yerine getirilmesini sağlayabilmek amacıyla gerekli önlemler getirilmiş, böylece yatırımcıların hak ve menfaatleri korunmak istenilmiştir.

İptali istenilen ilk fıkra ile ana sözleşmede ilk temettü oranının gösterilmesi zorunluluğunun getirilmesi de yatırımcının korunması amacıyla yöneliktir. Bu amaç halka açık anonim ortaklıklara diğer ortaklık türlerine göre farklı bir hukuksal statü kazandırdığından, Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesini ihlâl ettiği iddiası yerinde değildir.

Yasakoyucunun, çok sık değişen ekonomik göstergelere ve paranın alım gücüne ilişkin teknik ve uzmanlık isteyen dolayısıyla süratle karar almayı gerektiren konularda çerçevesini çizmek suretiyle yürütmeye düzenleme yetkisi tanınmasında Anayasa'nın 7., 10., 48. ve 87. maddelerine aykırılık yoktur. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralların Anayasa'nın 49. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

6- Kanun'un 10. Maddesiyle 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. Maddesinin Yeniden Düzenlenen (j) ve (r), Değiştirilen (c) ve (i), Eklenen (v) Bentleri ile Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 2499 sayılı Kanun'un 22. maddesinin (c), (i), (j), (r) ve (v) bentleri ile son fıkrasının Anayasa'nın 2., 5., 6., 7., 35. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 22. maddesinin ilk fıkrasının,

(c) bendi ile Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi sermaye piyasası kurumlarının mali bünyeleri ve kaynaklarının kullanımı ile ilgili standart rasyoları genel olarak ya da faaliyet alanları veya kurumların türleri

itibariyle belirleme ve bunların yayımlanmasına ilişkin usul ve esasları düzenleme,

(i) bendi ile halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarında, genel hükümler çerçevesinde vekaleten oy kullanılmasına ilişkin esasları belirleme ve bu ortaklıklarda yönetimin kontrolünün el değiştirmesine yol açacak oranda vekalet toplayan veya pay iktisap edenlerin diğer payları satın alma yükümlülüğüne ve azınlıktaki ortakların da kontrolü ele geçiren kişi ve gruba paylarını satma hakkına ilişkin düzenlemeleri yapma,

(j) bendi ile ekonomik ve finansal göstergelere, sermaye piyasası araçlarına, mala, kıymetli madenlere ve dövizle dayalı vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri dahil her türlü türev ve araçların, niteliklerini, alım ve satım esaslarını, bu araçların işlem göreceği borsalar ve piyasalarda çalışacakları denetim ve faaliyetlerine ilişkin ilke ve esaslar ile yükümlülüklerini, teminatlar, takas ve saklama sistemi konularındaki usul ve esasları düzenleme,

(r) bendi ile taşınmazların değerlemesini yapacak ekspertiz kurumlarından sermaye piyasasında faaliyette bulunacaklara ilişkin koşulları belirleme ve bu koşullara uyan kuruluşları listeler halinde ilan etme,

(v) bendi ile Kanun'a tabi anonim ortaklıkların genel kurullarında yönetim ve denetim kurulu üyelerinin seçimlerine ilişkin kararlarda her üye için kullanılacak oy hakkının kısmen veya tamamen bir veya birkaç üyenin seçiminde birikimli olarak kullanılabilmesini sağlayacak düzenlemeler yapma,

Son fıkrasıyla da yetkilerini düzenleyici işlemler ve özel nitelikli kararlar olarak kullanma, yönetmelik ve tebliğ gibi düzenleyici işlemleri Resmî Gazete'de yayımlayarak yürürlüğe koyma,

hususlarında Sermaye Piyasası Kurulu yetkili kılınmıştır.

Buna göre, dava konusu Yasa kurallarıyla, Devletin üstlendiği önemli görevlerden birisi olan "*sermaye piyasaları*"na ilişkin faaliyetlerin organizasyonu ile bu konuda gerekli düzenlemeler yaparak denetimini de sağlamak üzere Sermaye Piyasası Kurulu oluşturulmakta, bu Kurul'a kendi faaliyet alanında görevlerini gereken etkinlikte yapabilmesini sağlamak amacıyla düzenleyici işlemler tesis etme ve idari kararlar alabilme yetkisi tanınmaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun görev ve yetkilerinin çerçevesi dava konusu kurallarla çizilmiş, esasları belirlenmiş, ekonomik ve teknik

konularda ayrıntılara ilişkin objektif düzenleme yetkisi ise Kurul'a devredilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2499 sayılı Kanun'un 22. maddesinin birinci fıkrasının (c), (i), (j), (r) ve (v) bentleri ile son fıkrası, Anayasa'nın 7. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen Yasa kurallarının Anayasa'nın 2., 5., 6. ve 35. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

7- Kanun'un 15. Maddesiyle Değiştirilen 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 34. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, Yasa'nın 34. maddesinde yer alan kurallar ile madde kapsamında kalan tüm faaliyetlerde Sermaye Piyasası Kurulu'nun izin ve kararının aranmasının ya da faaliyet alanının belirlenmesi konusunda Kurul'un yetkili kılınmasının Anayasa'nın 7., 33., 35. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen Yasa kuralında, aracı kuruluşların aracılık faaliyetlerine ilişkin esasların Sermaye Piyasası Kurulu tarafından düzenleneceği, Kurul'un bir aracılık faaliyetinin farklı kuruluşlar tarafından yerine getirilmesini sağlamak üzere düzenlemeler yapmaya yetkili olduğu, aracı kuruluşların da Kurul'ca belirlenecek esaslar dahilinde ve izin almak koşuluyla sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunabilecekleri, borsada işlem yapmak isteyen aracı kuruluşların ilgili borsadan borsa üyelik belgesi almaları gerektiği, aracı kuruluşların faaliyetleri ve merkez dışı örgütleri ile ilgili ilkelerin Kurul'ca belirleneceği, aracı kuruluşların merkez dışı örgütlerine Kurul tarafından izin verileceği ve bu kuruluşların işlemlerinin sermaye piyasası ilkeleri ile mevzuata uygunluğunu denetlemeleri için yeteri kadar müfettiş çalıştırmalarının zorunlu olduğu, aracı kuruluşların sermaye piyasası faaliyetleri nedeniyle yatıracakları teminatların türü ile kullanım alanları ve şeklinin Kurul'ca saptanacağı, teminatlarının rehnedilemeyeceği, haczedilemeyeceği, kullanılma amaçları dışında tasarruf edilemeyeceği ve üçüncü kişilere devredilemeyeceği, sermaye piyasası kuruluşlarının pay devirleri yapabilmeleri için Kurul'dan izin alınmasının zorunlu olduğu, buna uymadan yapılan devirlerin pay defterine kaydedilemeyeceği ve yapılan devirlerin hükümsüz olacağı, bu fıkranın uygulanmasına ilişkin esaslar ile sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunacak yabancı kuruluşlara ilişkin esasların Kurul'ca belirleneceği öngörülmüştür.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 30. maddesinde, bu Kanun kapsamına giren sermaye piyasası faaliyetleri tek tek sayılmış, 31. maddesinin birinci

fıkrasının son cümlesinde de, 30. maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde sayılan sermaye piyasası faaliyetlerinin münhasıran aracı kuruluşlarca yapılacağı açıklanmıştır. Öte yandan yine 31. maddede, aracılık faaliyetlerinin gerçekleştirilme yöntemi, yetkili kuruluşlar tarafından kendi nam ve hesabına veya başkası nam ve hesabına ya da kendi adına başkası hesabına alım-satım olarak belirlenmiş, aracı kuruluşların kuruluş koşulları da aynı Kanun'un 33. maddesinde tek tek sayılmıştır.

Kurul'un yukarıda açıklanan konulardaki yetkisi, yasal çerçevesi çizilen konularda teknik ve uzmanlığa ilişkin hususların somutlaştırılmasından ibaret olup, kural ile yasama yetkisinin devredildiğinden söz edilemez. Ayrıca, borsada işlem yapmak isteyen aracı kuruluşlar için borsadan üyelik belgesi alma zorunluluğunun getirilmesi, borsa işlemleri nedeniyle müşterilerine ve borsaya verecekleri zararlardan kendilerinin karşılayamayacağı kısma karşılık olmak üzere hak sahiplerinin başvurusu üzerine teminattan ödeme yapılabilmesinin sağlanması amacına yöneliktir. Öte yandan, aracı kuruluşlardan yeteri kadar müfettiş çalıştırmalarının istenilmesi ve pay devirlerinde izin alınması zorunlulukları, Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen yatırımcının ve piyasanın korunması, sağlıklı ve güven içinde çalışmasını sağlamaya yönelik düzenlemelerdir.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın 7. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 33. ve 35. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

8- Kanun'un 19. Maddesinin İlk Fıkrası ile 2499 Sayılı Kanun'a Eklenen 40/B Maddesinin İlk Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 40/B maddesinin ilk fıkrası ile ekonomik faaliyetlere önemli ölçüde müdahale edildiği, girişimciliğin engellendiği, Aracı Kuruluşlar Birliği'nin Sermaye Piyasası Kurulu'nun vesayetine bırakıldığı, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 33., 35. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

2499 sayılı Kanun'a eklenen 40/B maddesinin ilk fıkrası ile, sermaye piyasasında aracılık faaliyetinde bulunmaya yetkili kılınan kuruluşların, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği'ne üye olma zorunluluklarının bulunduğu, bunun için de faaliyette bulunmak isteyen kuruluşun, aracı kuruluş niteliğini kazandığı andan başlayarak üç ay içinde gerekli başvuruyu yapmakla yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğü yerine getirmeyen aracı kuruluşların

faaliyetlerinin Sermaye Piyasası Kurulu'na durdurulacağı kurala bağlanmıştır.

Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği, Anayasa'nın 135. maddesinde belirtilen kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından olup, sermaye piyasasında aracılık yapmaya yetkili kuruluşların Birliğe üye olma zorunluluğunun getirilmesi, üye olma dışında başka bir yükümlülük de öngörülmemesi karşısında Anayasa'ya aykırı değildir.

Açıklanan nedenlerle, 40/B maddesinin iptal istemine konu olan ilk fıkrası Anayasa'nın 33. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptal istemine konu Yasa kuralının Anayasa'nın 35. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

9- Kanun'un 20. Maddesi ile 2499 Sayılı Kanun'a Eklenen 40/C Maddesinin Beşinci ve Altıncı Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, Yasa'nın 40/C maddesinin beşinci fıkrası ile kanunla düzenlenmesi gereken hususta Sermaye Piyasası Kurulu'na düzenleme yapma yetkisi tanındığı, altıncı fıkrasında ise, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği kararlarına karşı yargı yoluna başvurulup vurulamayacağı hususunda açıklık bulunmadığı, kuralın Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Dava konusu 40/C maddesinin beşinci fıkrasında, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği üyelerinin, Birlik statüsüne ve Birlik tarafından alınacak kararlara uymak zorunda oldukları belirtilmiş, altıncı fıkrasında da, Birliğin her türlü işlem ve hesaplarının Sermaye Piyasası Kurulu tarafından denetleneceği, Birlik yetkili organlarınca, üyeliğe kabule ilişkin başvurunun reddi ile üyelikten geçici veya sürekli çıkarmaya ilişkin alınacak kararlara karşı, kararın ilgisine tebliğinden itibaren on iş günü içinde Kurul'a itiraz edilebileceği, itiraz üzerine Kurul'ca verilecek kararların kesin olduğu kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 135. maddesinde, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile üst kuruluşlar, *"...meslek mensuplarının birbirleri ile ve halk ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hakim kılmak üzere meslek disiplini ve ahlakını korumak maksadı ile kanunla kurulan... kamu tüzelkişileridir..."* denilmektedir. Bu amacın ancak Birliğin alacağı kararlara ve statüye uyulmasıyla sağlanabileceği kuşkusuzdur.

Üyeliğe kabule ilişkin başvurunun reddi ile üyelikten geçici veya sürekli çıkarmaya ilişkin kararlara karşı *"Kurul nezdinde itiraz"* olanağının tanınması

Birlik üyelerinin haklarının korunmasına yönelik olup, Kurul’ca verilen kararların kesin olduğuna ilişkin kural da idari bakımdan başkaca başvuru yolları bulunmadığını göstermektedir. Öte yandan, kesin ve yürütülmesi gerekli nitelikteki idari işlemlere karşı idari yargı yerlerine başvurulması, hukukun genel ilkelerinden olduğu gibi Anayasa’nın 125. maddesinin de gereğidir. Bu nedenle, itiraz konusu kuralda bu bakımdan belirsizlik bulunduğu yolundaki savda isabet yoktur.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural, Anayasa’nın 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

10- Kanun’un 21. Maddesiyle Değiştirilen 2499 Sayılı Kanun’un 45. Maddesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun değiştirilen 45. maddesiyle Sermaye Piyasası Kurulu’na keyfi denetim ve müdahale olanağı tanındığı, denetim alanının genişletilmesinin halka açık anonim ortaklıklara zarar vereceği, kuralın Anayasa’nın 10., 17., 38. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda bu Kanun ve diğer kanunlarla sermaye piyasasına tanınan her türlü faaliyetlerin denetiminin kim tarafından yapılacağı ve denetime ilişkin esaslar gösterilmiştir. Kurala göre, sermaye piyasalarında faaliyette bulunan sermaye piyasası kurumlarının nihaî denetim mercii Sermaye Piyasası Kurulu’dur. Bu denetimde görev alacak uzman ve uzman yardımcılarının çalışma esasları maddede açıklanmış, yapılacak denetim için, *“her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemleri”*nin nelerden ibaret olduğu, Kanun’un diğer maddelerinde düzenlenmiştir.

Yasa ile Kurul uzman ve uzman yardımcılarını, ihraççılar, sermaye piyasası kurumları, bunların iştirak ve kuruluşları ile diğer gerçek ve tüzel kişilerden bu Kanun ve diğer kanunların sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili görecekları bilgileri istemeye, bunların bütün defter, kayıt ve belgeleri ile sair bilgi taşıyan vasıtalarını incelemeye ve örneklerini almaya, işlem ve hesaplarını denetlemeye yetkili kılınmış, ilgililer de, istenilen bilgi, belge, defter ve diğer vasıtaların örneklerini vermek, bu konuda yazılı ve sözlü bilgiler sunmak ve tutulacak tutanakları imzalamakla yükümlü tutulmuşlardır.

Türk sermaye piyasasında fon toplayan şirketler genellikle belirli sınıflar ve ticarî gruplara bağlı olduğundan, grup içi şirketler arasındaki mal, hizmet ve fon alımı istenildiği biçimde yönlendirilebilmekte ve böylece grup içi şirketlerdeki kârın belirli yerlerde oluşturulması sağlanabilmektedir. Bu

nedenle de, halka açık şirketlerde oluşması gereken kâr, aynı sektörde faaliyette bulunan grup dışındaki diğer teşebbüs veya kişilerin kendi işlemlerinde ya da grup içi şirketlerin grup dışı şirketlere uyguladıkları fiyat, ücret veya bedellerle halka açık olmayan şirketlere kâr aktarılabilmekte ve böylece pay sahipleri zarara uğratılabilmektedir. Her ne kadar pay sahiplerinin uğrayacakları zararları önlemek amacıyla Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15. maddesinin beşinci fıkrasında örtülü kâr aktarımı yasaklanmış ise de, bunun sağlanması, ortaklıkların yönetim, denetim ve sermaye bakımından ilişkili olduğu diğer iştirak ve teşebbüslerle gerçek ve tüzel kişilerin etkin biçimde denetlenmesi ile olanaklıdır. Kuşkusuz, denetim elemanları görevlerini *"...bu Kanun ve diğer kanunların sermaye piyasasına ilişkin hükümleri..."* ile sınırlı biçimde yapacaklardır. Kurul uzman ve yardımcıları tarafından istenilen belge, defter ve kayıtlarla sair bilgi içeren araçların örneklerini verme, yazılı ve sözlü bilgi sunma ve tutanak imzalama yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğu da bu amaca yöneliktir.

Öte yandan maddenin ikinci fıkrasında, ilgililerin özel kanunlarda yer alan gizlilik ve sır saklama kurallarını ileri sürerek istenilen bilgi ve belgeleri vermekten kaçınamayacakları öngörülmüştür. Bilgi ve belgelerin verilmemesi durumunda, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrası gereğince, ancak yargı yoluna başvurulmak suretiyle arama ve elkoyma kararı alınabilecektir. Kuralda, arama ve elkoyma kararları için özel bir usul öngörülmemiş, bu konudaki istemlerin yetkili sulh ceza hakimince karara bağlanacağı belirtilmiştir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulunmamıştır. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 17. ve 48. maddeleriyle de ilgisi görülmemiştir.

11- Kanun'un 22. Maddesiyle 2499 Sayılı Kanun'un 46. Maddesinin Birinci Fıkrasının Yeniden Düzenlenen (c), (g), (h), (i) ve (j) ve Değiştirilen (a) ve (f) Bentleri ile Yeniden Düzenlenen Üçüncü ve Dördüncü Fıkraları ile Eklenen Beşinci Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, 2499 sayılı Kanun'un 46. maddesi ile Sermaye Piyasası Kurulu'na ihtiyati haciz isteyebilmesi konusunda geniş yetkiler tanındığı, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen kuraldaki yetkinin daha da genişletildiği, Kurul'a mahkemelere tanınan yetkilerden kişi ehliyetlerini kısıtlayabilme yetkisi tanındığı, Kurul'un gerçek ve tüzel kişilere çifte ceza verebileceği, geçici olarak kapatma yetkisinin yargı yerleri yerine mülki amirlere tanındığı, ehliyet sınırlamalarının da süre yönünden belirsizlik

yarattığı nedenleriyle, Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 5., 6., 9., 11., 19., 35., 48., 138. ve 153. maddelerine aykırı oldukları ileri sürülerek iptalleri istenilmiştir.

Yasa'nın değişik 46. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde, kayıt yükümlülüğünü yerine getirmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleri ile izne bağlı sermaye piyasası işlemlerinin izinsiz yapılması halinde bu işlemleri durdurmak için her türlü tedbirleri alma, kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu elden çıkarılan kısmın karşılığı ile satışı yapılacak senetler için teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz isteme, tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açma ve takipte bulunma, ayrıca izinsiz faaliyet ve işlemlerin doğurduğu sonuçların iptali için dava açma hususunda Kurul'a yetki tanınmıştır.

2499 sayılı Kanun'un 4. maddesinde, ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurul'a kaydedilmesi zorunluluğu getirilmiş; 5., 6. ve 7. maddelerinde de halka arz veya ihraç işlemlerinde bulunabilmek için belirli usuller öngörülmüştür.

İptal isteminin gerekçesinde, Yasa'da gösterilen gereklere uyulmadan yapılacak halka arz ve ihraç işlemleri için Kurul'a sınırları belirsiz geniş yetkiler tanındığı belirtilmiş ise de, Sermaye Piyasası Kurulu bu yetkilerini, sadece kayıt ve izin yükümlülüğünü yerine getirmeyen faaliyetlerin durdurulması için kullanacak, bu sonucu sağlamak için alınacak önlemler de her olayın özelliğine göre değişik olacaktır. Amaç, kayıtsız yapılan ihraç ya da izinsiz yapılan sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması olduğuna göre, Kurul bu konuda gerekli önlemleri alırken bu amacın dışına çıkamayacaktır.

Öte yandan Kurul'a, *"ihtiyati haciz ve tedbir"* istemli dava açma yetkisinin tanınmış olması, yukarıda belirtilen yasal yükümlülüklerle uyulmaksızın faaliyette bulunulması sonucu ortaya çıkan veya çıkacak olan zararların azaltılması ya da yok edilmesini sağlamaya yöneliktir. Kaldı ki, bu konuda Kurul'ca alınacak önlemlerin amacına uygun, ölçülü ve orantılı olup olmadığının denetlenmesi konusunda yargı yolu açıktır.

Maddenin birinci fıkrasının (c) bendi ile, bu Kanuna tabi anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumlarının, kanuna, esas sözleşme hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri ile sermayenin azalmasına veya kaybına yol açan işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açma, Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını isteme ve gerektiğinde bu

durumu ilgili mercilere intikal ettirme konusunda Sermaye Piyasası Kurulu'na yetki tanınmıştır.

Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı, yapacağı düzenlemelerde daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmamak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştırmamak yükümlülüğündedir. Başta yasama organı olmak üzere tüm organlar kararların yalnız sonuçları ile değil, bir bütünlük içinde gerekçeleri ile de bağlıdır. Kararlar gerekçeleriyle, yasama işlemlerini değerlendirme ölçütlerini içerirler ve yasama etkinliklerini yönlendirme işlevi de görürler. Bu nedenle, yasama organı düzenlemelerde bulunurken iptal edilen yasalara ilişkin kararların sonuçları ile birlikte gerekçelerini de gözönünde bulundurmamak zorundadır.

Bir yasa kuralının Anayasa'nın 153. maddesine aykırılığından söz edilebilmesi için iptal edilen önceki kural ile "aynı" ya da "benzer nitelikte" olması, bunların saptanabilmesi içinde öncelikle, aralarında "özdeşlik" yani amaç, anlam ve kapsam yönlerinden benzerlik olup olmadığının incelenmesi gerekir.

Buna göre, dava konusu kural, Anayasa Mahkemesi'nin 13.11.1995 günlü, Esas: 1995/45; Karar: 1995/58 sayılı kararı ile iptal edilen 558 sayılı KHK ile getirilen düzenlemenin aynısı ise de, 558 sayılı KHK, dayanağı olan Yetki Kanunu'nun iptali sonucu dayanaksız kaldığı gerekçesiyle iptal edildiğinden işin esasıyla ilgili inceleme yapılmamıştır. Söz konusu karardaki gerekçe gözetildiğinde iptal edilen kuralla 46. maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin karşılaştırılması yapılarak Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasına aykırılığından söz edilemez.

Ayrıca, gerek iç ve dış denetim, gerekse bağımsız denetçilerden alınan rapor, ihbar ve şikayetlerin incelenmesi sonucu ortaya çıkan hukuka aykırılıkların giderilmesi için dava açma yetkisinin Kurul'a tanınması, Anayasa'nın 167. maddesiyle piyasaların denetimi ve düzenlenmesi konusunda Devlete tanınan yetkiler kapsamındadır.

Maddenin birinci fıkrasının (f) bendi ile denetimle görevlendirilenler tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve bilgi ihtiva eden diğer vasıtaların ibraz veya teslim edilmemesi halinde, gerektiğinde mahkemeye başvurarak bunların ibraz ve tesliminin sağlanması konusunda Kurul'a yetki tanınması yukarıda açıklanan gerekçe kapsamında değerlendirilmiştir.

Maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde, sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyette bulunduklarının saptanması halinde, bu kurumlara ait yetki belgeleri iptal edilmeden önce uyarılarak faaliyetlerinin yasal çerçeveye çekilmesi amacıyla Kurul'un alabileceği önlemler belirtilmiştir. Buna göre, Sermaye Piyasası Kurulu'nca, mevzuata, esas sözleşmeye veya işletme maksat ve konusuna ilişkin aykırılık tespit edilmesi durumunda, ilk olarak ilgililerden bu aykırılıkların giderilmesi istenilecek, hukuka aykırı eylemin sorumlularının tespit edilmesi halinde haklarında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacaktır. Cumhuriyet Savcılığınca kovuşturma başlatılması ve dava açılması halinde de, dava sonuçlanıncaya kadar imza yetkisi sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Bendin son cümlesi ile de, aykırılıkların giderilmemesi ya da giderilemeyecek aykırılıkların tespiti halinde Kurul'a *"gerekli her türlü tedbiri alma"* ya da *"faaliyeti geçici veya sürekli olarak durdurma"* yetkisi tanınmaktadır.

Aynı fıkranın (a) bendinde belirtildiği gibi, Kurul'a tanınan *"her türlü tedbiri alma"* yetkisi, faaliyette bulunan ortaklığın mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine uygun biçimde çalışmasını sağlamak maksadıyla kullanılacaktır. Kanunda Kurul'ca alınacak tedbirlerin tek tek sayılmaması, her somut olaya göre yatırımcıya tam bir koruma sağlayacak düzenleme yapılmasının mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır.

Sermaye piyasası kurumlarının tümünün, özellikle de aracı kuruluşların, ikincil piyasadaki faaliyetleri nedeniyle yatırımcılara ait varlıklara yönelik çeşitli riskler oluşmaktadır. Bunlar yatırımcılar adına işlem yapmaya yetkili aracı kuruluşun veya çalışanlarının hileli (emniyeti suistimal, dolandırıcılık, manipülasyon, insider trading v.b.) ve haksız davranışları sonucu olabileceği gibi, yatırımcıya ait müşteri varlıklarının yatırımcının izni olmadan kullanılması ile veya kurumların başka nedenlerle mali açıdan zayıflamaları, ödeme güçlüğüne düşmeleri ya da iflas etmeleri sonucunda da ortaya çıkabilmektedir.

Tasarruf sahiplerinin hak ve çıkarlarının korunmasını sağlamak amacıyla kurulan Sermaye Piyasası Kurulu'na tanınan bu yetkiler, Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci ve 167. maddesinin birinci fıkraları uyarınca bu konuda Devlete görev olarak verilen önlem alma yükümlülüğünün gereğidir.

Maddenin birinci fıkrasının (h) bendinde, sermaye piyasası kurumlarının ödeme güçlüğüne düşmeleri veya iflas etmeleri risklerine karşı yatırımcı varlıkların korunmasına yönelik yetkiler yer almaktadır.

Sermaye piyasaları ile bu piyasaların içinde yer alan borsalar, kişi veya ortakların kazanç elde etmelerini sağlayan yerler olmakla beraber daha çok kamusal yönü ağır basan ve esas amacı tasarruf sahiplerinin bu piyasalara güvenerek yatırım yapmalarını özendirip yatırım suretiyle ülke ekonomisine katkılarını sağlamak amacıyla kurulan yerlerdir.

Bu bent ile tanınan yetkiler, sermaye piyasası kurumlarının iflası ya da ödeme güçlüğüne düşmelerini önleyici veya ödeme güçlüğüne düştükten sonra iflası gerektiren durumun ortaya çıkması halinde alınacak önlemleri kapsamaktadır. Bu bentte tanınan yetkiler de risk durumunun aşılmasını sağlamak amacıyla amaçla orantılı biçimde kullanılabilecek ve bu konuda alınan kararlar da yargının denetimine tabi olacaktır.

Maddenin birinci fıkrasının (i) bendinde, 2499 sayılı Kanun'un 47. maddesinin (A) bendinde sayılan ceza kovuşturmasına konu (şirketle ilgili bilgileri elemanlarından birinin rakip şirkete ulaştırması, manipülasyon, izinsiz aracılık, emniyeti suistimal, örtülü kazanç dağıtımı, karşılıksız repo ve benzeri) fiillere doğrudan doğruya veya dolaylı olarak katıldığı tespit edilen gerçek ve tüzel kişilerin, borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda geçici veya sürekli işlem yapmalarının önlenmesini sağlamak için gerekli önlemleri almaya Kurul'un yetkili olduğu belirtilmiştir.

Dava konusu kuralda, Kanun'da sayılan fiillerin varlığı halinde ilgililerin ticari faaliyetlerine belirli sınırlamalar getirilmesi Anayasa'nın 48. ve 167. maddeleri kapsamında alınan önlemlerdir.

Maddenin birinci fıkrasının (j) bendinde, Sermaye Piyasası Kurulu'nun gerekli görülen hallerde, halka açık anonim ortaklıkların genel kurullarına oy hakkı bulunmayan gözlemci gönderebileceği belirtilmiştir. Oy hakkı bulunmayan, gözlemcinin görevi, kanuna, mevzuata veya esas sözleşmeye aykırı bir uygulamayı görmesi halinde bu durumu Sermaye Piyasası Kurulu'na iletmekten ibarettir. Yukarıda belirtilen gerekçeler bu bent için de geçerlidir.

Maddenin üçüncü fıkrasında, sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunduğu, yetki belgeleri iptal edildiği veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilan ve reklamlarında, sermaye piyasasında faaliyette bulundukları intibasını yaratacak kelime veya ibare kullanıldığının tespiti halinde, sorumlular hakkında cezai kovuşturma yapılmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Kurul'un istemi üzerine en büyük mülki amirlerince işyerlerinin geçici olarak kapatılabileceği, ilan ve reklamların durdurulabileceği gibi, kanuna aykırı belgeleriyle ilan ve reklamlarının toplatılabileceği kurala bağlanmıştır.

İdarenin gerekli durumlarda yaptırım uygulama yetkisinin ifadesi olan bu kural, yargılamanın devam etmekte olması nedeniyle sonuca göre tedbirin kaldırılması olanağının bulunması, başka bir anlatımla geçici nitelikte olması ve koşullarının da yasakoyucu tarafından ayrıntılı biçimde saptanmış olması nedeniyle Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası ve 167. maddesiyle Devlete tanınan bu alandaki önlem alma görevinin somutlaştırılmış biçimidir.

Maddenin dördüncü fıkrasında, aynı maddenin (g) ve (h) bentleri uyarınca yetkileri kaldırılan görevlilerin, haklarındaki yargılama sonuçlanıncaya kadar Kurul'un izni olmaksızın hiçbir sermaye kurumunda imzaya yetkili personel olarak çalıştırılmayacakları belirtilmiştir. Bu bentlerde sayılan hallerin varlığı halinde ilgililerin yetkilerinin kaldırılması; kanun, içtüzük ve esas sözleşmeye aykırı davranan sermaye piyasası kurumu personeli için uygulanan önlem niteliğindedir. Bu kişilerin imza yetkilerinin sınırlandırılabilmesi veya kaldırılabilmesi için hakkında kovuşturmayla geçilmiş olması gereklidir. Bu yetkinin kaldırılma süresi, yargılamanın sonuçlandırılmasına kadar olabileceğinden, yargılamanın sonuçlanması durumunda bu yasak kalkacaktır.

Belirtilen tedbirle, kişilerin yargılama aşamasında da faaliyetlerine devam etmek suretiyle hem kurumlarını hem de tasarruf sahiplerini tehlikeye düşürmeleri önlenmek istenilmiştir.

Maddenin beşinci fıkrasında, maddenin (h) bendine göre faaliyetleri geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının mal varlığı hakkında da, Kurul'ca geçici durdurma kararı verildiği tarihten tekrar faaliyete geçme izni verilmesi tarihine kadar ikinci fıkra hükmünün uygulanması öngörülmektedir.

Malî yapıları ciddi olarak zayıflayan kurumların malvarlığı üzerinde devir, rehin, teminat, haciz, icra takibi konularında yasak getiren bu kural, kurumun (ortaklığın) bu arada mallarının hileli ve muvazaalı işlemlerle başkalarına aktarılmasını, devredilmesini ve icra takibine konu yapılmasını engellemektedir. Böylece, müşteri emanetlerinin zarara uğraması ve riskin büyümesi engellenmeye çalışılmaktadır. Dava konusu kuralla, sermaye piyasası kurumlarının mali yapıları güçlendirilerek bu durumdan kurtulmak için sermaye yeterliliği tablosunda görünen açığı taze para sağlamak suretiyle kapatmaları, alacaklılarını takip etmeleri, teminat mektubu almaları, müşterileriyle anlaşarak kendilerini ibra etmelerini sağlamaları engellenmiş değildir.

Buna göre, kuralın sermaye piyasalarının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını; sınırları, süresi ve koşulları gösterilmek suretiyle küçük tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla getirildiği açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 2499 sayılı Kanun'un 46. maddesinin birinci fıkrasının (a), (c), (f), (g), (h), (i) ve (j) bentleri ile üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkraları Anayasa'nın 48., 153. ve 167. maddelerine aykırı görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralların Anayasa'nın 2., 5., 6., 9., 11., 19., 35. ve 138. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

12- Kanun'un 23. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 46/A Maddesinin Birinci Fıkrasının Son Tümcesi ile Üçüncü ve Yedinci Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, iptal konusu kurallarla fona katılma, katılmadaki oranların belirlenmesi ve risk durumları itibariyle belirlenen oranlar üzerinden ödeme yapılması zorunluluğunun getirilmesinin keyfi uygulamaya neden olacağı, bu husustaki düzenlemenin yasayla yapılması gerektiği, kuralın Anayasa'nın 73. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 87. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kurallarla Yatırımcıları Koruma Fonu kurulmakta ve konuya ilişkin esaslar belirlenmektedir. Birinci fıkranın iptali istenilen son cümlesi ile bütün aracı kuruluşların bu Fon'a katılma zorunluluğu getirilmekte ve bu katılım yıllık ödentilerle olmaktadır. Üçüncü fıkra ile Kurul'a, Fon'un hesap ve işlemlerini inceleme, denetleme ve elde edilen sonuçlarına göre de gerekli görülen hususların yerine getirilmesini isteme ve Fon'un yönetiminin kendisine devredilmesini talep etme yetkisi verilmektedir. Yedinci fıkrada da, yıllık ödenti tutarlarının, yıllık hisse senedi işlem hacimlerinin parasal miktarının onbinde birini aşamayacak şekilde belirleneceği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 73. maddesinde öngörülen vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerden vergi; kamu giderlerini karşılamak amacıyla yasalarla gerçek ve tüzelkişilere malî güçlerine göre getirilen bir yükümlülüktür. Belirli bir hizmetten doğrudan yararlanma karşılığı olmayan vergi tüm kamu hizmetleri için yapılan giderlere ortak katılma payıdır.

Harç; kimi kamu hizmetlerinden yararlanmanın karşılığı olarak tahsil edilen kamu gelirleridir. Ödenen vergiler bakımından, vergi mükelleflerinin

bireysel bir hizmet ya da karşılık talep etme haklarının bulunmamasına karşın, harçlar belirli bir kamu hizmetinden yararlanmanın (tapu, pasaport gibi) karşılığıdır.

Resim; bir iş ya da faaliyetin yapılmasına yetkili kuruluşlar tarafından izin verilmesi dolayısıyla yapılan bir ödeme şeklinde tanımlandığı gibi harca benzer biçimde kamu kuruluşlarında görülen hizmetin ve yapılan giderlerin karşılığı olarak yalnız o işle ilgili gerçek ve tüzelkişilerden sağlanan gelirler şeklinde de açıklanmaktadır.

Vergi, resim, harç benzeri malî yükümlülük ise; kişilerden yapılan kamu hizmetleri karşılığında ya da bir hizmet karşılığı olmaksızın kamu gücüne dayanılarak alınan paralardır. Benzeri malî yükümlülük kimi zaman vergi, harç ve resim'in özelliğini ayrı ayrı yansıtırken kimi zaman da verginin harç ve resim'in ortak öğelerini taşıyabilir.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin ortak özellikleri, yasayla konulmaları ve kamu gücüne dayanılarak gerektiğinde zorla alınmalarıdır.

Haklarında tedrici tasfiye veya iflas kararı verilen aracı kurumların yaptıkları sermaye piyasası faaliyetleri ve işlemleri nedeniyle müşterilerine karşı hisse senedi işlemlerinden doğan nakit ödeme ve hisse senedi teslim yükümlülüklerini yerine getirmek ve tasfiye giderlerini karşılamak amacıyla kurulan Yatırımcıları Koruma Fonu'na aracı kuruluşlarca yapılacak yıllık ödentiler, Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan "*vergi ve benzeri mali yükümlülük*"ler kapsamına girmemektedir.

Öte yandan, yasayla kapsamı belirlenen konularda sınırlı denetim yetkisinin Sermaye Piyasası Kurulu'na tanınmış olması, Yasakoyucunun takdir alanı içinde kalmaktadır. Kaldı ki, kuralla tüm sermaye piyasası üzerinde düzenleme ve denetleme yetkisi olan Kurul'un, Fon'un idare ve temsili konusunda kuşkusu bulunması halinde yetkinin kendisine devrini istemesi ve bu istem sonucu karar vermeye yetkili makam olarak da Bakan'ın öngörülmüş olması, bu konuda siyasi sorumluluğun da gözetilmiş olduğunu göstermektedir. Ayrıca Fon'un denetimi de parlamento adına denetim yapan Sayıştay tarafından yapılacaktır. Bu durumda, yapılan düzenleme ile yasama yetkisinin devrinden söz etmek mümkün görülmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, 2499 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen 46/A maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile üçüncü ve yedinci fıkraları Anayasa'nın 87. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 73. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

13- Kanun'un 24. Maddesiyle Yeniden Düzenlenen 2499 Sayılı Kanun'un 46/B Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde gerekçe gösterilmeksizin kuralın, Anayasa'nın 12., 13. ve 33. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kurala göre, tedrici tasfiye kararı verildikten sonra aracı kuruluşların tüm ödemeleri durmakta ve malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisi Yatırımcıları Koruma Fonu'na geçmekte, müşteri varlıkları Fon'un tasarruf ve güvencesi altına girmektedir. Böylece Fon gerçek hak sahipleri (yatırımcılar) ile bunların alacaklı oldukları miktarları, Kurul'daki kayıtlara, aracı kuruluş ile kuruluşun ilgili olduğu diğer resmi ve özel kurumların kayıtlarına, güvenilir bulunan diğer bilgi ve belgelere dayanarak tespit etmekte ve ödeme yapmaktadır.

Yatırımcıları Koruma Fonu, aracı kuruluşun, ortaklarının ya da çalışanlarının, kimi hileli ve muvazaalı işlemlerle malvarlığının aktif kısmının azalmasına neden olmalarını, yakınları veya diğer kişiler için kazanımlarda bulunmalarını ve yatırımcılar arasında eşitliği bozucu işlemler yapmalarını engellemektedir. Böylece itiraz konusu kuralla, Anayasa'nın 167. maddesiyle Devlete verilen, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici önlemleri alma görevinin etkin biçimde yerine getirilmesi sağlanmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 2499 sayılı Kanun'un yeniden düzenlenen 46/B maddesinin üçüncü fıkrası Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın Anayasa'nın 12., 13. ve 33. maddeleriyle de ilgisi görülmemiştir.

14- Kanun'un 25. Maddesiyle Değiştirilen 2499 Sayılı Kanun'un 47. Maddesinin Birinci Fıkrasının (A) Bendinin (4.), (5.), (6.) ve (7.) Alt Bentleri ile Son Paragrafı, (B) ve (C) Bentleri ile İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, dava konusu kurallarla getirilen ceza hükümlerinin, suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve kıyas yasağına aykırı olduğu, maddede gösterilen suçların somut bir şekilde tanımlanmadığı, "standart ve formlara aykırılık", "genel ve özel kararlara uymamak" gibi soyut tanımlara yer verildiği, suçu işleyen gerçek kişilerle birlikte tüzel kişilerin yetkililerinin de cezalandırılmasının, "suç ve cezaların şahsiliği" ilkesine aykırı olduğu, son fıkrada bilinmeyen bir kısım cezalara yer verildiği bu nedenle

Anayasa'nın 36., 37., 38. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."*; dördüncü fıkrasında, *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."*; beşinci fıkrasında da, *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* denilmektedir.

Dava konusu yasa kurallarında, suç konusu eylemler ile faillerinin kimler olabileceği ve bu eylemlere verilecek cezalar ile bu bentlerde yazılı hallerden iki veya daha fazlasının birleşmesi durumunda verilecek cezanın asgarî ve azamî hadleri hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde açık olarak gösterilmiştir.

Kurallarda öngörülen, denetim için ortaklığın bilgi ve belgelerinin istenmesi halinde *"sanık"*lık sıfatının başlaması veya *"sorgu"*ya geçilmesi gibi bir durum bulunmadığı gibi, bu aşamada suç tespiti değil, sermaye piyasalarının güven, açıklık kararlılık ve dürüstlük içinde çalışmasını sağlamak ve böylece tasarruf sahibini korumak amaçlanmıştır.

Sermaye piyasalarında güvenin sağlanarak tasarruf sahiplerini korumak amacıyla getirilen kurallara aykırı hareket ederek suç işleyenlerle birlikte sorumlu tutulan tüzel kişilerin yetkililerinin, yasalarda yer alan yükümlülüklerini yerine getirmemekten dolayı cezalandırılmalarında suç ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırılıktan bahsedilemez.

Açıklanan nedenlerle, 2499 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin (4.), (5.), (6.), (7) alt bentleri ve son paragrafı, bu fıkranın (B) ve (C) bentleri ile ikinci fıkrası Anayasa'nın 38. maddesine aykırı bulunmamıştır. İptal isteminin reddi gerekir. Kuralların Anayasa'nın 36., 37. ve 125. maddeleri ile de ilgisi görülmemiştir.

15- Kanun'un 26. Maddesiyle 2499 Sayılı Kanun'a Eklenen 47/A Maddesinin Birinci, İkinci ve Beşinci Fıkralarının İncelenmesi

Dava dilekçesinde özetle, iptali istenen kurallarla idareye bu konuda yetki tanındığı, cezalara karşı yargı yoluna başvurulabileceğine ilişkin açıklık bulunmadığı, suçun tanımının Sermaye Piyasası Kurulu'nca yapılacak düzenlemelere bırakıldığı nedenleriyle Anayasa'nın 37., 38. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın iptali istenilen 47/A maddesinin birinci fıkrasında, Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanılarak yapılan düzenlemelere, Kurul'ca belirlenen standart ve formlar ile alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği saptanan gerçek ve tüzel kişiler hakkında gerekçesi de belirtilerek Kurul tarafından 2 milyar liradan 10 milyar liraya kadar para cezası verileceği belirtilmiş, ikinci fıkrasında, idari para cezası uygulamasının usul ve süresi; beşinci fıkrasında da, cezanın tebliğinden itibaren (30) gün içinde ödenmemesi halinde tahsilatta izlenecek usul gösterilmiştir.

Dava konusu kurallarda, idari para cezalarının konusu, sebebi, sınırları, maksadı ve uyulmaması halinde Kurul'ca uygulanacak yaptırımın aşağı ve yukarı sınırları, idari para cezası uygulanmasındaki süre ve usul, paranın ödeneceği yer ve öngörülen süre içinde ödenmemesi halinde takip ve tahsilinde izlenecek yol açık olarak gösterilmiş, bu idari kararlara karşı yargı yoluna başvurulmasını engelleyen bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ayrıca birinci fıkrada belirtilen Kurul'ca alınan genel ve özel nitelikteki kararların alınması, Sermaye Piyasası Kanunu ve diğer kanunlara dayanarak alınmış olacağından, yasallık ilkesine aykırılıktan sözedilemez.

Açıklanan nedenlerle, 2499 sayılı Kanun'un 47/A maddesinin birinci, ikinci ve beşinci fıkraları Anayasa'nın 38. ve 125. maddelerine aykırı bulunmamıştır. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların, Anayasa'nın 37. maddesi ile de ilgisi görülmemiştir.

16- Kanun'un Çerçeve 30. Maddesinin Üçüncü Fıkrası ile Geçici 3. Maddesinin İncelenmesi

4487 sayılı Kanun'un 30. maddesinin üçüncü fıkrası ile geçici 3. maddesi, 4.7.2001 günlü, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 14. maddesi ile değiştirildiğinden, buna ilişkin iptal istemi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

15.12.1999 günlü, 4487 sayılı "Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun'un:

A- 1. maddesiyle 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 10/A maddesinin, birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarına,

B- 2. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın madde başlığı ile birlikte değiştirilen değişik 11. maddesinin, birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve dokuzuncu fıkralarına,

C- 10. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın değişik 22. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının yeniden düzenlenen (j) ve (r) bendlerine,

2- Birinci fıkrasının değiştirilen (c) ve (i) bendlerine,

3- Birinci fıkrasına eklenen (v) bendine,

4- Sonuna eklenen fıkraya,

D- 15. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın madde başlığı ile birlikte değiştirilen değişik 34. maddesine,

E- 20. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'ya eklenen 40/C maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarına,

F- 22. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın değişik 46. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının yeniden düzenlenen (c), (g), (h), (i) ve (j) bendlerine,

2- Birinci fıkrasının değiştirilen (a) ve (f) bendlerine,

3- Yeniden düzenlenen üçüncü ve dördüncü fıkralarına,

4- Sonuna eklenen beşinci fıkraya,

G- 26. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'ya eklenen 47/A maddesine,

yönelik iptal istemleri 26.12.2003 günlü, E. 2000/8, K. 2003/104 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bölümlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 26.12.2003 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

15.12.1999 günlü, 4487 sayılı "Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun"un:

A- 1. maddesiyle 28.7.1981 günlü, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 10/A maddesinin;

1- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI ile Ali HÜNER'in "Fıkranın son tümcesinin iptali gerektiği" yolundaki karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- İkinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B- 2. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın madde başlığı ile birlikte değiştirilen değişik 11. maddesinin, birinci, ikinci, üçüncü, dördüncü, beşinci ve dokuzuncu fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 3. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin yeniden düzenlenen altıncı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 4. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın 13/A maddesinin yeniden düzenlenen son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 5. maddesiyle değiştirilen 2499 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin, birinci, dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 10. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın değişik 22. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının yeniden düzenlenen (j) ve (r) bendlerinin,

2- Birinci fıkrasının değiştirilen (c) ve (i) bendlerinin,

3- Birinci fıkrasına eklenen (v) bendinin,

4- Sonuna eklenen fıkranın,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 15. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın madde başlığı ile birlikte değiştirilen değişik 34. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 19. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'ya eklenen 40/B maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 20. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'ya eklenen 40/C maddesinin beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

İ- 21. maddesiyle değiştirilen 2499 sayılı Yasa'nın değişik 45. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 22. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın değişik 46. maddesinin;

- 1- Birinci fıkrasının yeniden düzenlenen (c), (g), (h), (i) ve (j) bendlerinin,
- 2- Birinci fıkrasının değiştirilen (a) ve (f) bendlerinin,
- 3- Yeniden düzenlenen üçüncü ve dördüncü fıkralarının,
- 4- Sonuna eklenen beşinci fıkranın,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

K- 23. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 46/A maddesinin;

1- Birinci fıkrasının "... ve bu Kanunun 46/B maddesinde düzenlenen görevleri bu Kanunda öngörülen esaslara göre yerine getirmek ve tasfiye giderlerini karşılamak amacıyla tüzel kişiliği haiz Yatırımcıları Koruma Fonu kurulmuştur. Bütün aracı kuruluşlar, bu Fona katılmak zorundadır." bölümünün,

2- Üçüncü ve yedinci fıkralarının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

L- 24. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın başlığı ile birlikte yeniden düzenlenen 46/B maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

M- 25. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'nın değişik 47. maddesinin;

- 1- Birinci fıkrasının (A) bendinin değiştirilen 4 numaralı alt bendinin,
- 2- Birinci fıkrasının (A) bendine eklenen 5, 6 ve 7 numaralı alt bentlerin,
- 3- Birinci fıkrasının (A) bendinin, değiştirilen son paragrafının 4, 5, 6 ve 7 numaralı alt bentleri yönünden,
- 4- Birinci fıkrasının değiştirilen (B) bendinin,
- 5- Birinci fıkrasına eklenen (C) bendinin,
- 6- Değiştirilen ikinci fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

N- 26. maddesiyle 2499 sayılı Yasa'ya eklenen 47/A maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

O- 30. maddesinin üçüncü fıkrası ile Geçici 3. maddesi 4.7.2001 günlü, 631 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 14. maddesiyle değiştirildiğinden, BU KURALLARA İLİŞKİN KONUSU KALMAYAN İSTEM HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

26.12.2003 gününde karar verildi.

Başkan
Mustafa BUMİN

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Samia AKBULUT

Üye
Sait ADALI

Üye
Ali HÜNER

Üye
Fulya
KANTARCIOĞLU

Üye
Ertuğrul ERSOY

Üye
Tülay TUĞCU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Fazıl SAĞLAM

KARŞIOY YAZISI

15.12.1999 günlü, 4487 sayılı Yasa'nın kimi maddelerinin ve kurallarının iptali istemiyle açılan dava sonucunda verilen 26.12.2003 günlü, E.2000/8, K.2003/104 sayılı kararın aşağıda belirtilen bölümüne açıkladığımız nedenlerle katılmıyoruz.

İptal konusu 4487 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle, 28.7.1981 tarihli ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na 10/A maddesi eklenmiştir. Getirilen 10/A maddesinin birinci fıkrasında "Sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklar; özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenir. Bu kuruluş, kurulun gözetim ve denetimi altındadır. Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir." kuralı getirilmiştir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun amacı, bu Kanunun 1. maddesinde "...tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemektir" şeklinde gösterilmiştir. Aynı Yasa'nın 2. maddesinde de, "Sermaye piyasası araçları, bu araçların ihracı, halka arzı ve satışı, bunları ihraç veya halka arz edenler, bu Kanunun 40. maddesi çerçevesinde borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalar, sermaye piyasası faaliyetleri, sermaye piyasası kurumları ve Sermaye Piyasası Kurulu bu Kanun hükümlerine tabidir." denilmek suretiyle bu Kanunun kapsamı belirlenmiştir. Böylece, sermaye piyasası araçları, bu araçların ihracı, halka arz ve satışı, sermaye piyasası araçlarını ihraç veya halka arz edenler, borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalar, sermaye piyasası faaliyetleri, sermaye piyasası kurumları ve Sermaye Piyasası Kurulu, Yasa'nın 2. maddesi uyarınca bu Yasa'nın kapsamına alınmışlardır. Yasa'nın 2. maddesinde kapsama alınan "Sermaye piyasası araçlarının" da yukarıda belirtildiği üzere Yasa'nın 10/A maddesinde, bir Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izleneceği, Kurulun gözetim ve denetimi altında olacağı, bu kuruluşun özel hukuk tüzelkişiliğini haiz olacağı, kayıtların Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından, bilgisayar ortamında, ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibarıyla tutulacağı kaydedilen hakların, Kanunun 7. maddesi uyarınca senede bağlanmayacağı, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, bu Kuruluşa yapılan bildirim tarihinin esas alınacağı, Merkezi Kayıt Kuruluşu, ihraççılar ve aracı kuruluşlar, kendi tuttukları kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurlu oranında sorumlu olacağı, payların devrinin Türk Ticaret Kanunu'nun 417. maddesi çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın Merkezi Kayıt Kuruluşu nezdinde ihraççılar itibarıyla tutulan kayıtların esas alınacağı yönünde çok önemli kurallar getirilmiş, bu arada aynı maddede, sözü edilen Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esaslarının Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak bir yönetmelikte belirleneceği kuralına yer verilmiştir.

İptali istenilen 4487 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle getirilen 10/A maddesinde ve hatta Yasa'nın diğer maddelerinde de, merkezi kayıt kuruluşunun üyelerine ilişkin herhangi bir kural yer almamaktadır. Ancak bu kuruluşun görev ve fonksiyonlarına bakıldığında kuruluş için mutlaka üyelik sisteminin getirilmesi gerekmektedir. Zira maddenin ikinci fıkrasında, kayıtların ihraççılar, aracı kuruluşlar ve hak sahipleri itibarıyla

tutulacağı hükme bağlanmıştır. MKK'da kayıtlar bilgisayar ortamında tutulacağından, bu sisteme bağlanma hakkına sahip olacak, kayıtlarda sorumluluk üstlenecek kurumların asgarî teknolojik yapıya ve personele sahip olması gerekecek ve kayıt kurallarına uygunluğun sağlanması ve olmadığı takdirde yatırımların uygulanması da zorunlu olacaktır. Bu nedenlerle bu ihtiyaçlar üyelik sistemini ve bu üyeliğin hangi kuruluşlardan oluşacağının da yasa ile belirlenmesini zorunlu kıldığı halde, bu konudaki düzenleme yönetmeliğe bırakılmıştır.

Diğer taraftan iptali istemine konu kuralda, kaydileştirilecek sermaye piyasası araçları belirlenmemiş, belirleme yetkisi ise Sermaye Piyasası Kurulu'na bırakılmıştır. Hatta Kurul, bu yetkiyi araçların türleri ve ihraççıları itibarıyla belirleyebilecektir. Yasa'da sadece Merkezi Kayıt Kuruluşu kurulacağı, sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin hakların kayden izleyecek bir Merkez oluşturulduğu belirtilerek bu Kuruluşun kuruluş, çalışma, faaliyet ve denetim esaslarına ilişkin düzenlemelerin tamamı Bakanlar Kurulu'nun çıkaracağı yönetmeliğe bırakılmıştır. Sözü edilen bu Merkez'in, kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esaslarının çıkarılacak yönetmeliğe bırakılması ise, özel hukuk tüzelkişiliğinin Türk Ticaret Kanunu, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu hükümlerinden muaf tuttuğu anlamına gelmektedir ki, bu husus da, Anayasa'nın 123/3. maddesinde öngörülen kanunla ya da kanunun verdiği yetkiye dayanma gerekeceği hükmüne aykırılık oluşturmaktadır. İptali istenilen mezkûr kuralda ise, hiçbir belirleme bulunmaksızın her türlü tespit tamamen yönetmeliğe bırakılmaktadır. Bu durumda ise Bakanlar Kurulu, çıkaracağı yönetmelikle Merkezi Kayıt Kuruluşunun Türk Ticaret Kanunu ve diğer kanunların özel hukuk tüzelkişileri için türlerine göre öngörülmüş hükümlerini Merkezi Kayıt Kuruluşu açısından değiştirebilecek ya da ortadan kaldıracabilecektir.

Bilindiği gibi Yasama Organının, bir konunun genel ilkeleri saptamakla yetinip ayrıntılarına, ihtisasa ve idare tekniğine taallûk eden hususların düzenlemesini yürütme organına bırakması dışında yürütme organı, doğrudan doğruya hukuki işlemler yapma yetkisine sahip değildir. Yürütme organının işlemleri ister subjektif, ister düzenleyici işlemler olsun, daima o alanı önceden düzenlemiş bir yasaya dayanmak zorundadır. Bu anlamda yürütme organının işlemleri, yasayı izleyen, yasadan kaynaklanan işlemlerdir. İptal istemine konu düzenleme ise tamamıyla yürütme organına bırakılmıştır. Kural bu yönleriyle Anayasa'nın 7., 87. ve 123/3. maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenlerle iptal istemine konu edilen 4487 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 2499 sayılı Kanuna eklenen 10/A maddesinin birinci fıkrasında

E: 2000/8, K: 2003/104

yer alan “Merkezi Kayıt Kuruluşunun kuruluş, faaliyet, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikte belirlenir.” şeklindeki kuralın iptaline karar verilmesi gerekirken, bu yöndeki iptal isteminin reddine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Ali HÜNER

Esas Sayısı : 2003/18

Karar Sayısı: 2004/88

Karar Günü : 24.6.2004

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Çorum İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 81. maddesinin birinci fıkrasının 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yeniden düzenlenen (B) bendinin Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I - OLAY

Emekli olma isteminin reddine ilişkin işleme karşı açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II - İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçesinin ilgili bölümü şöyledir:

"...B) 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. Anayasa Mahkememizin 11.11.1963 tarihli 1963/106 E. 1963/270 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere uluslararası hukukta hukukun genel ilkeleri arasında kazanmış haklara saygı, kanunların geriye yürümezliği ilkesinin de olduğu, kazanmış haklara saygı ilkesinin temel amacının bireylerin hukuk güvenliğini sağlamak olduğu, kazanmış hakların tanınması ve korunmasının hukuk devletlerinde benimsenen ana hukuk kuralı olduğu bilinmektedir. Sosyal hukuk devleti insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan kişi ile toplum arasında denge kuran emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içerisinde çalışmasını sağlayan çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içerisinde gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali önlemler olarak çalışanları

koruyan işsizliği önleyici ve milli gelirin adalete uygun bir şekilde dağıtılmasını sağlayıcı tedbirler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir. (Anayasa Mahkememizin 1986/16 E. sayılı 21.10.1986 tarihli kararında) tanımları dikkate alındığında 4759 S.Y.'nın Anayasamızın 2. maddesinde yazılı hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

C) Anayasamızın 5. maddesi “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin toplumun 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.” şeklindedir. Yukarıda bahsedilen gerekçelerde de görüleceği üzere 4759 S.Y. ile devletin çalışanları aleyhine bir düzenleme yaptığı kişilerin hürriyetlerini sınırlayan hükümler getirdiği çalışma hayatında emekli olma hayaliyle çalışan sigortalıların bu amaçlarına ulaşmalarının zorlaştırıldığı, dünyada mevcut birey lehine düzenleme anlayışının ve Anayasamızın 5. maddesinin aksine bireylerin emeklilik şartlarının zorlaştırıldığı anlaşılmaktadır.

D) Anayasamızın 10. maddesinde “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” Anayasaya Aykırılığı ileri sürülen 4759 S.Y.'nın 3. maddesiyle düzenlenen geçici 81. maddesinin B bendinin Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 23.5.2002 tarihi itibarıyla sigortalılık süresi 25 yıldan fazla olan ve 44 yaşını dolduran 5000 iş günü prim yatıran kişilere ayrıcalık ve imtiyaz tanıdığı diğer şartları taşıyabilirler bile 44 yaşını doldurmayanların bu maddeden faydalanmadığı aynı çalışma süresi ve prim ödeme süresine sahip sigortalılar arasında eşitsizlik yaratıldığı, ayrıca yukarıda belirtildiği üzere 4759 S.Y. ile oluşturulan basamaklar arasında sigortalılık süreleri ve emekli olmak için aranılan yaş süresi bakımından kendi içinde eşitsizlikler olduğu düzenlemenin Anayasamızın 10. maddesine aykırı olduğu anlaşılmaktadır.

E) Anayasamızın 60. maddesinde “Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet bu güvenliğini sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar.” hükümleri yer almaktadır. 4759 S.Y.'dan önce emeklilik için yaş şartı aranmadığından 20 yılı aşkın süreyle çalışan ve emeklilik hakkı bekleyen

sigortalıların kazanılmış haklarının tek taraflı bir düzenleme ile ortadan kaldıramayacağı ve temel hükümlerin sigortalı aleyhine değiştirilemeyeceği mevcut durumun Sosyal Güvenlik Hukukunun temel ilkeleriyle şekillenen Anayasamızın 60. maddesine aykırı olduğu devletin bu düzenlemenin aksine bireylerinin sosyal güvenliğini kolaylıkla sağlayacak tedbirleri alması ve Sosyal Güvenlik Sisteminin geliştirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Yukardaki gerekçeler doğrultusunda; Anayasa Mahkememizin 4447 S.Y.'nın 17. maddesinde düzenlenen 506 S.Y.'nın geçici 81. maddesinin B bendinin iptaline ilişkin verdiği gerekçeli kararında belirtilen iptal gerekçelerinin 4759 S.Y.'nın düzenlemesinde dikkate alınmadığı ve yasadaki adil, makul ve ölçülü olmayan yapının muhafaza edildiği, Sosyal Sigortalar Sözleşmesinin kurallarının devlet tarafından tek taraflı olarak konulduğu, bu nedenle sigortalıların çalışma hayatlarındaki ilk düzenlemelerin kendileri bakımından baz alınması gerektiği, düzenlemelerin tek taraflı olarak değiştirilmesi halinde ise bu değişikliğin adil, makul ve ölçülü olması gerektiği yasa koyucunun sigorta sözleşmesinin çalışanların aleyhine tek taraflı olarak adil, makul ve ölçülü olamayan bir şekilde değiştiremeyeceği düşünüldüğünden aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ VE TALEP:

Anayasamızın 152. maddesi gereğince taraflar arasındaki davada ileri sürülen Anayasaya Aykırılık iddiası mahkememizce ciddi görüldüğünden davacıyı ilgilendiren ve sigortalı olarak çalışanların yaşlılık aylığından faydalanabilmeleri için sigortalılık süresi, yaş ve ödenmesi gereken prim konusunda kademeli geçişi düzenleyen 4759 S.Y.'nın 3. maddesi ile kanunlaştırılan 506. S.Y.'nın geçici 81. maddesinin B bendinin Anayasamızın 2., 5., 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu düşünüldüğünden iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına..."

III - YASA METİNLERİ

A - İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 81. maddesinin birinci fıkrasının 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yeniden düzenlenen itiraz konusu (B) bendi şöyledir:

"B) 23.5.2002 tarihinde;

a) (A) bendi kapsamında olanlar hariç sigortalılık süresi 18 (dahil) yıldan fazla olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 40 yaşını doldurmaları,

sigortalılık süresi 23 yıldan (dahil) fazla olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini **“ve 44 yaşını”** doldurmaları ve en az 5000 gün,

b) Sigortalılık süresi 17 (dahil) yıldan fazla, 18 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 41 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 21 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 23 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün,

c) Sigortalılık süresi 16 (dahil) yıldan fazla, 17 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 42 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 20 yıl (dahil) dan fazla, 21 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 46 yaşını doldurmaları ve en az 5075 gün,

d) Sigortalılık süresi 15 (dahil) yıldan fazla, 16 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 43 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 18 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 20 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 47 yaşını doldurmaları ve en az 5150 gün,

e) Sigortalılık süresi 14 (dahil) yıldan fazla, 15 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 44 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 17 yıl (dahil) dan fazla, 18 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 48 yaşını doldurmaları ve en az 5225 gün,

f) Sigortalılık süresi 13 (dahil) yıldan fazla, 14 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 15 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 17 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 49 yaşını doldurmaları ve en az 5300 gün,

g) Sigortalılık süresi 12 (dahil) yıldan fazla, 13 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 46 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 14 (dahil) yıldan fazla, 15 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 50 yaşını doldurmaları ve en az 5375 gün,

h) Sigortalılık süresi 11 (dahil) yıldan fazla, 12 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 47 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 12 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 14 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 51 yaşını doldurmaları ve en az 5450 gün,

ı) Sigortalılık süresi 10 (dahil) yıldan fazla, 11 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 48 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 11 (dahil) yıldan fazla, 12 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları ve en az 5525 gün,

j) Sigortalılık süresi 9 (dahil) yıldan fazla, 10 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 49 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 9 yıl 6

ay (dahil) dan fazla, 11 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 53 yaşını doldurmaları ve en az 5600 gün,

k) Sigortalılık süresi 8 (dahil) yıldan fazla, 9 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 50 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 8 (dahil) yıldan fazla, 9 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 54 yaşını doldurmaları ve en az 5675 gün,

l) Sigortalılık süresi 7 (dahil) yıldan fazla, 8 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 51 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 6 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 8 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 55 yaşını doldurmaları ve en az 5750 gün,

m) Sigortalılık süresi 6 (dahil) yıldan fazla, 7 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 52 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 5 (dahil) yıldan fazla, 6 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 56 yaşını doldurmaları ve en az 5825 gün,

n) Sigortalılık süresi 5 (dahil) yıldan fazla, 6 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 53 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 3 yıl 6 ay (dahil) dan fazla, 5 yıldan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 57 yaşını doldurmaları ve en az 5900 gün,

o) Sigortalılık süresi 4 (dahil) yıldan fazla, 5 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 54 yaşını doldurmaları, sigortalılık süresi 2 yıl 8 ay 15 (dahil) günden fazla, 3 yıl 6 aydan az olan erkekler 25 yıllık sigortalılık süresini ve 58 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün,

p) Sigortalılık süresi 3 (dahil) yıldan fazla, 4 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 55 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün,

r) Sigortalılık süresi 2 yıl 8 ay 15 (dahil) günden fazla, 3 yıldan az olan kadınlar 20 yıllık sigortalılık süresini ve 56 yaşını doldurmaları ve en az 5975 gün,

Malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabilirler.”

B - Dayanılan Anayasa Kuralları

İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 60. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

IV - İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Mustafa BUMİN, Haşım KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Enis TUNGA ve Mehmet ERTEN'in katılımlarıyla 1.4.2003 günü yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural konusu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde karnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvururmayaya 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 ise, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz etki yapacak nitelikteki kurallardır.

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 81. maddesinin 4759 sayılı Yasa ile yeniden düzenlenen (B) bendinin alt bentlerinde, 23.5.2002 tarihi esas alınarak sigortalılık süreleri, yaş ve prim günlerine göre kademelendirme yapılmıştır. Bakılmakta olan davada, erkek olan davacının 23.5.2002 tarihinde 23 yıldan fazla sigortalılık süresi ve 5000 gün sigorta primi ödeme koşulunu taşıdığı, ancak 44 yaşını doldurmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre, (B) bendinin uyuşmazlıkla ilgili (a) alt bendi dışında kalan bölümün itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bölüme ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE oybirliğiyle karar verilmiştir.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla yapılacak başvurular itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulayacağı yasa kuralı ile sınırlıdır.

Mahkemenin bakmakta olduğu davadaki uyumsuzluk, davacının başvurusunun yaş koşulunu taşınamaması nedeniyle reddine ilişkin olduğundan, 506 sayılı Kanun'un geçici 81. maddesinin 4759 sayılı Yasa ile yeniden düzenlenen (B) bendinin (a) alt bendine ilişkin esas incelemenin, "... ve 44 yaşını ..." ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, halen çalışmakta olanların kazanılmış haklarının ihlal edildiği, Yasa'nın yürürlüğe girdiği tarihte 44 yaşını dolduranlarla doldurmayanlar arasında farklılık yaratıldığı, bunun da eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, Kural'ın, emeklilikteki kademeli geçiş açısından âdil, makûl ve ölçülü bulunmadığı ve Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenilmiştir.

4759 sayılı Yasa'yla yeniden düzenlenen geçici 81. maddenin itiraz konusu (B) bendinin (a) alt bendinde, sigortalılık süresi 23 yıldan (dahil) fazla olan erkeklerin 25 yıllık sigortalılık süresini ve 44 yaşını doldurmaları, en az 5000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri öngörülmektedir.

Geçici 81. maddenin gerekçesinde de, "Madde ile Anayasa Mahkemesinin 23.2.2001 tarihli ve E.1999/42, K.2001/41 sayılı kararında belirtilen iptal gerekçeleri dikkate alınarak, geçiş süreci ile ilgili kademelendirmede hizmet süresi bakımından oransal eşitliğin sağlanması, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa tâbi kadın ve erkek sigortalıların asgarî emeklilik yaşları arasındaki farklılıkların giderilmesi, aktüeryal dengeler de gözetilerek adil, makul ve ölçülü bir geçiş dönemi amaçlanmaktadır" denilmektedir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak şekilde sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Herkesin sosyal güvenlik hakkına sahip olduğunu öngören Anayasa'nın 60. maddesinin gerekçesinde, sosyal güvenlik hakkının, çalışanların yarını ve güvencesi olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti, sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Yaşlılık, gerçekleşmesi yönünden diğer sosyal risklerden ayrı özelliğe sahiptir. Emeklilik yaşının sigortalının yarısını güvenlik içinde planlaması yönünden özel bir önemi vardır. Bu nedenle, sosyal güvenlik sisteminde yapılan değişikliklerin, hukuk devletinde olması gereken hukuk güvenliğini zedelemeyecek biçimde adil, makul ve ölçülü olması zorunludur.

4447 sayılı Yasa'nın Geçici 81. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce daha önce iptal edilen (B) bendinin (a) alt bendindeki kuralla sigortalılık süresi 22 (dahil) yıldan fazla, 23 yıldan az olan erkeklerin, 25 yıllık sigortalılık süresini ve 45 yaşını doldurmaları ve en az 5000 gün malûllük, yaşlılık ve ölüm sigortaları primi ödemiş bulunmaları şartı ile yaşlılık aylığından yararlanabilmeleri öngörülmüşken, 4759 sayılı Yasa'yla getirilen geçici 81. maddenin (B) bendinin iptali istenen (a) alt bendinde, yeni emeklilik yaşıyla ilgili geçiş sürecinde, önceki mevzuata göre erkekler için 43 yaşını doldurma koşulu, 1 yıl farkla 44 yaşını doldurma olarak düzenlenmiştir. Buna göre, yeni düzenlemeye geçişte konuya ilişkin önceki kurallar da gözetildiğinde, 44 yaşını doldurma koşulu getiren itiraz konusu düzenlemenin makul, adil ve ölçülü olmadığı ileri sürülemez.

Açıklanan nedenlerle, geçici 81. maddenin (B) bendinin (a) alt bendindeki *"ve 44 yaşını"* ibaresi Anayasa'nın 2., 5. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralın, Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun Geçici 81. maddesinin birinci fıkrasının 4759 sayılı Yasa ile yeniden düzenlenen (B) bendinin (a) alt bendinde yer alan "... ve 44 yaşını ..." ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 24.6.2004 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Mustafa BUMİN

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ertuğrul ERSOY

Üye
Tülay TUĞCU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
Cafer ŞAT

Üye
A. Necmi ÖZLER

Esas Sayısı : 2003/66

Karar Sayısı: 2005/72

Karar Günü : 19.10.2005

İPTAL DAVASINI AÇAN: TBMM Anamuhalefet (Cumhuriyet Halk) Partisi Grubu adına Grup Başkanvekilleri Oğuz OYAN ve Mustafa ÖZYÜREK

İPTAL DAVASININ KONUSU: 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun;

- A- a) 7. maddesinin,
- b) 14. maddesinin,
- c) 18. maddesinin birinci fıkrasının,
- d) 20. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile dördüncü fıkrasının,
- e) 21. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile altıncı fıkrasının,
- f) 41. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile üçüncü fıkrasının,
- g) 63. maddesinin ikinci fıkrasının,
- h) 111. maddesinin,

Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ile 2., 5., 6., 7., 10., 11., 13., 18., 36., 37., 48., 49., 50., 51., 53., 54., 55., 56., 60. ve 124. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve

- B- a) 18. maddesinin birinci fıkrasının,
 - b) 21. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile altıncı fıkrasının,
- Yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 11.7.2003 günlü dava dilekçesinde özetle:

7. maddeyle ilgili olarak;

Geçici iş ilişkisinin, işçiyi bir meta haline getirerek onun insan olma onurunu inciten bir düzenleme olduğu, işçileri işverenlere karşı korumadığı, işçilerin çalışma ve sözleşme hürriyetini kısıtladığı, örgütlenme ve grev haklarından yararlanmalarını engellemeye müsait olduğu, işçinin iznine dayalı olarak gerçekleştirilse bile emek ticaretine yol açtığı, kötüniyetli işverenlerin işçileri cezalandırmalarına imkan verdiği, her ne kadar işçinin yazılı rızasını almak bir koşul ise de, Ülkemizdeki iş bulma zorlukları göz önüne alındığında bu rızayı vermemenin neredeyse olanaksız hale geldiği, Anayasa'nın 48. maddesindeki irade özgürlüğünü ortadan kaldıracı etki yapabileceği, Anayasa'nın 48. maddesindeki *"herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir"* hükmüne de aykırı olduğu ve bu maddedeki çalışma ve sözleşme özgürlüğünü, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ilkelerle bağdaşmayacak bir biçimde, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak ve amacı aşan ölçülerde sınırlandırdığı, işçinin sürekli olarak yer değiştirmesine imkan hazırladığı için sendika kurma hakkını olumsuz etkileyeceğinden Anayasa'nın 51. maddesine de aykırı olduğu, geçici iş ilişkisi uygulamasının yaygınlaşmasının iş piyasasında rekabete dayalı bir anlayışın egemen olmasına da aracılık edeceği, emeğin çalışma koşullarının ve yaşam standartlarının en tabanda eşitlenmesi sonucunu doğuracağı ve toplu iş sözleşmelerinde işçinin pazarlık gücünü olumsuz etkileyeceğinden Anayasa'nın 53. maddesine ve adaletli ücret ilkesinin gerçekleşmesine olanak bırakmayacağı için Anayasa'nın 55. maddesine aykırı olduğu, 4857 sayılı Yasa'nın 99. maddesine göre, grev ve lokavt sırasında geçici iş ilişkisi ile işçi çalıştırılması halinde, işveren için öngörülen yaptırımın sadece 50.000.000.- TL. para cezası olduğu, 2822 sayılı Yasa'nın 39. madde hükmü saklı tutulmuş olsa da, 4857 sayılı Yasa'nın grev sırasında geçici işçi çalıştırılması halinde öngördüğü yaptırımın caydırıcılık sağlamayacak kadar düşük tutulmasının, işverenin grev sırasında geçici işçi çalıştırmak suretiyle grev hakkının kullanılmasını etkisizleştirebilmesine imkan hazırladığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 54. maddesine de aykırı olduğu, Anayasa'nın 51., 53., 54. ve 55. maddelerindeki hakları Anayasa'nın 13. maddesindeki ilkelere aykırı biçimde sınırlandırdığı, ayrıca Anayasa'nın 2., 5. ve 11. maddelerine de aykırı olduğu,

14. maddeyle ilgili olarak;

Kuralın, çağrı üzerine çalışanlar için öngörülen asgari çalışma sürelerinin karşılığı olarak ödenecek olan toplam ücretin, işçi için adil ve yeterli olmaktan uzak olduğu, uygulamada en alt sınır olarak belirlenen süre ve ücretlerin yaygınlaşması kaçınılmaz olacağından bu çalışma biçiminin, günlük ve aylık

asgari ücretin de altında ücret alanlar kitlesine neden olacağı, bunun da Anayasa'nın 55. maddesindeki *"Devlet çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ... için gerekli tedbirleri alır"* ilkesine aykırı olduğu, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmelerini sağlayan düzenleme olmaması nedeniyle Anayasa'nın 5. maddesine de aykırı olduğu, emeklilik için birlikte aranan, prim ödeme gün sayısı, kıdem ve yaş koşullarından prim ödeme gün sayısını tutturabilmenin fiilen imkansız olması nedeniyle Anayasa'nın 60. maddesine de aykırı olduğu, Anayasa'nın 56. maddesinde öngörülen, sağlık konusundaki sosyal yardım ve sigortalardan yararlanabilmenin de neredeyse olanaksız olduğu, Anayasa'nın 56. ve 60. maddelerdeki hakları sınırlandırma nedenleri ve sınırlandırma ölçüsü bakımından Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu, işçilerin örgütlenme ve sendikal çalışma yapma haklarından yeterince yararlanmalarına imkan tanımadığı için de Anayasa'nın 51. maddesine ve 13. maddesine aykırı olduğu, çalışanları yeterince korumadığı ve Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmadığı için de Anayasa'nın 2 ve 11. maddelerine aykırı olduğu,

18. maddenin birinci fıkrasıyla ilgili olarak;

Kuralın, 30 işçiden az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışanları, iş güvencesi kapsamına almayıp haksız feshe karşı korumadığı, anayasal bir hak olan iş güvencesinin işyerlerini değil, işçileri ilgilendiren nitelikte olduğu, işyerleri açısından gözetilen eşitliğin, işçilerin haklarında işyerlerinde çalıştırılan işçi sayısına göre bir ayırım yapılması halinde eşitsizlik doğuracağı, işsizliğin büyük boyutlara ulaştığı günümüzde iş güvencesinin eşitlik temelinde yaygın olarak uygulanmamasının çalışma ilişkilerinin bütününe etkileyeceği ve çalışma barışını bozacağı, Devletimizin taraf olduğu 158 sayılı İLO Sözleşmesindeki iş güvencesi hükümlerine uygun olmadığı, işçi olmak niteliğini taşıyan ve bu açıdan durumları aynı olan kimselerin bir kısmının "çalıştıkları işyerlerindeki işçi sayısı" gibi bir dış durum ölçüt alınarak iş güvencesi koşulunun belirlenmesinin Anayasa'nın 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu, Anayasa'nın 49. maddesindeki çalışma hakkının, işçinin işine geçerli bir neden olmadan son verilememesi hakkını da içerdiği, 30'dan az işçi çalıştırılan işyerlerindeki işçilerin iş güvencesinden mahrum bırakılmasının çalışma hakkını sınırlandırdığı için Anayasa'nın 49. ve 13. maddelerine aykırı olduğu, sosyal adaletin ve toplumsal dengenin sağlanmasını imkansız hale getirdiği için Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu,

20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi ile dördüncü fıkrasıyla ilgili olarak;

20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinin, öngörülen tahkimle ekonomik bakımdan daha zayıf durumda bulunan işçiyi doğal yargıcı olan iş mahkemesinden yoksun bıraktığı, toplu iş sözleşmesinde uyuşmazlığın hakeme götürüleceği yolunda bir hükmün yer alması halinde, iş sözleşmesi feshedilen işçi ve işveren arasındaki feshin haklı sebebe dayanıp dayanmadığına ilişkin anlaşmazlığın çözümü için özel hakeme gidilmesini zorunlu hale getirdiği, bunun hak arama özgürlüğü ve kanuni hakim güvencesiyle bağdaşmadığı, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi bakımından uygun olmadığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 13., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğu, Anayasa'ya aykırılık gerekçelerinin tümünün özel hakemin oluşum ve çalışma esaslarının düzenlendiği 20. maddenin dördüncü fıkrası için de geçerli olduğu,

21. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi ile altıncı fıkrasıyla ilgili olarak;

Dava dilekçesinde, 21. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinin, geçerli fesih sebebi gösterilmediğine ya da gösterilen sebebin geçersiz olduğuna karar verilen işverenin, işçiyi işe başlatma yükümlülüğünden 4 ilâ 8 aylık ücret tutarında tazminat ödemek suretiyle kurtulma olanağı verdiği, böyle bir olanağın 18. maddesinde getirilen ve 21. maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesindeki iş güvencesini etkisiz hale getirdiği ve Anayasa'nın 49. maddesindeki çalışma hakkına aykırı olduğu, tazminat sınırı belirlenmiş olmasıyla iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile aksine sözleşme imkanını ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 48. ve 53. maddelerindeki sözleşme hak ve özgürlüklerini sınırlandırdığı, çalışma hakkını, sözleşme hak ve özgürlüklerini demokratik toplum düzeninin gereklerine, ölçüsüzce ve ilgili maddedeki sınırlama nedenlerine uymadan sınırlandırdığı için Anayasa'nın 13. maddesine de aykırı olduğu, güçsüzlerin güçlüler tarafından ezilmesine ve adaletsiz uygulamaların ortaya çıkmasına yol açacağından Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine de aykırı olduğu; 21. maddenin altıncı fıkrasının ise sözleşmeyle birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda yer alan hususların değiştirilmesine olanak bırakmadığından toplu iş sözleşmesi ve sözleşme özgürlüklerine ilişkin Anayasa'nın 53. ve 48. maddelerine, anılan hak ve özgürlükleri sınırlandırdığı için Anayasa'nın 13. maddesine ve bu nedenlerle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine de aykırı olduğu,

41. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi ve üçüncü fıkrasıyla ilgili olarak;

41. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinin, angarya niteliğinde bir çalışmayı tanımladığı, denkleştirme kapsamında kalan haftalık 45 saatlik süreyi aşan çalışmalar için fazla mesai ücreti ödenmemesinin, Anayasa'nın zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 18. maddesine aykırı olduğu, günde 11 saatlik bir çalışma temposunun Anayasa'nın 50. maddesiyle güvence altına alınan dinlenme hakkına aykırı olduğu; 41. maddenin üçüncü fıkrasının ise fazla çalışmanın niteliğinde bir değişiklik olmamasına rağmen ücrette farklılaşma yaparak, adeta sözleşmelerle belirlenecek haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında olmamasını dayattığı, toplu pazarlık sistemine de dolaylı bir müdahale anlamı taşıdığı, bunun da sözleşme yapma özgürlüğü açısından Anayasa'nın 48. ve 53. maddelerine aykırı olduğu, iptali istenilen kuralların, dinlenme ve toplu iş sözleşmesi haklarını demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı ve ölçüsüz biçimde sınırlayıcı nitelik taşıdığından Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu, güçsüzleri güçlüler karşısında korumayacağı, sosyal adaleti ve dengeli bir gelir dağılımını ve sosyal devlet ilkesini sağlamayacağı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5. ve 11. maddelerine aykırı olduğu,

63. maddenin ikinci fıkrasıyla ilgili olarak;

Kuralın, günde 11 saatlik bir çalışma biçimine olanak vererek dinlenme hakkını zedelediğinden Anayasa'nın 50. maddesine, dinlenme hakkını demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı biçimde ve ölçüsüzce sınırlandırdığı için Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu, işçilik maliyetlerini kısarak rekabet üstünlüğü sağlama çabasının sosyal devlet ilkesini zedelediği ve güçsüz durumdaki işçiyi ezdiği, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5. ve 11. maddelerine de aykırı olduğu,

111. maddeyle ilgili olarak;

111. maddenin, bir kanunun uygulama alanına nelerin gireceğini göstermenin kanunla yapılması gerektiği, yürütmenin bir alanı asli olarak düzenleme yetkisinin olmadığı, sanayi, ticaret, tarım ve orman işleri ile bu işlere ilişkin kuralda belirtilen hususları yönetmeliğe bırakmasının Anayasa'nın 6. maddesine aykırı olarak yasama yetkisinin yürütmeye devri anlamı taşıdığı ayrıca Anayasa'nın 7. ve 124. maddelerine ve Anayasa'nın Başlangıç Bölümündeki kuvvetler ayrılığına aykırı olduğu, kanunun taşınması gereken süreklilik ve belirlilik unsurlarına aykırı durumların ortaya çıkmasına yol açtığı için Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine uymadığı için de Anayasa'nın 11. maddesine aykırı olduğu,

ileri sürülmüş ve iptallerine karar verilmesi istenilmiştir.

18. maddenin birinci fıkrası ve 21. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile altıncı fıkrasının yürürlüğünün durdurulmasıyla ilgili olarak ise özetle:

İş sözleşmesinin feshinin ancak haklı nedene dayalı olarak yapılabilmesi ilkesinin, çalışma hakkının bugün çağdaş demokratik toplumların üzerinde anlaştığı bir parçası olduğu, 18. maddenin birinci fıkrasında bu ilkeden, en az 30 işçinin çalıştığı işyerlerinde çalışan işçilerin yararlanmasına olanak tanındığı halde, 30'dan az işçinin çalıştırıldığı işyerlerindeki işçilerin bu olanaktan yoksun bırakıldığı, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13. ve 49. maddelerine aykırı olduğu, bu kuralın uygulanmasının pek çok işçinin iş sözleşmesinin haklı bir nedene dayanılmadan feshedilmesine yol açabileceği, Türkiye'deki işçilerin neredeyse yarısının 30'dan az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışıyor olmasının, bu tehlike ile başbaşa bırakılan işçi sayısını ortaya koyduğu;

4857 sayılı Yasa'nın 21. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde ve altıncı fıkrasında yer alan hükümlerin, iş sözleşmesinin ancak haklı nedene dayalı olarak feshedilebileceği konusundaki iş güvencesinin etkisiz kalmasına neden olduğu ve Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 48., 49. ve 53. maddelerine aykırı olduğu, bu hükümlerin uygulanmasının, haksız nedene dayalı fesihlerin sayısının artmasına yol açacağı, yetersiz düzeydeki bir tazminatı ödemeyi göze alan işvereni, fesih nedeninin haksız olduğu belirlenmiş işçileri de, talepleri olsa bile tekrar işe almamaya yönelteceği ve işçilerin sözleşme ile iş güvencesini daha etkin koşullara bağlamasını engelleyeceği,

ileri sürülerek söz konusu kuralların yürürlüğünün durdurulması istenilmiştir.

II - YASA KURALLARI

A - İptali İstenilen Yasa Kuralları

4857 sayılı Yasa'nın iptali istenilen bölümlerini de içeren 7., 14., 18., 20., 21., 41., 63. ve 111. maddeleri şöyledir:

1- "MADDE 7.- İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi; holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği

işin görülmesini, iş sözleşmesine geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlü olur. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahip olup, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle yükümlüdür.

Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir.

İşverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumludur.

İşçi, işyerine ve işe ilişkin olup kusuru ile sebep olduğu zarardan geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı sorumludur. İşçinin geçici sözleşmesinden aksi anlaşılmıyorsa, işçinin diğer hak ve yükümlülüklerine ilişkin bu Kanundaki düzenlemeler geçici iş ilişkisi kurulan işverenle olan ilişkisine de uygulanır.

İşçiyi geçici olarak devralan işveren grev ve lokavt aşamasına gelen bir toplu iş uyuşmazlığının tarafı ise, işçi grev ve lokavtın uygulanması sırasında çalıştırılmaz. Ancak, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanununun 39 uncu maddesi hükümleri saklıdır. İşveren, işçisini grev ve lokavt süresince kendi işyerinde çalıştırmak zorundadır.

Toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisi gerçekleşmez."

2- "MADDE 14.- Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir.

Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır. Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır.

İşçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır."

3- “MADDE 18.- Otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.

Altı aylık kıdem hesabında bu Kanunun 66 ncı maddesindeki süreler dikkate alınır.

Özellikle aşağıdaki hususlar fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz:

a) Sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlere katılmak.

b) İşyeri sendika temsilciliği yapmak.

c) Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılmak.

d) Irk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler.

e) 74 üncü maddede öngörülen ve kadın işçilerin çalıştırılmasının yasak olduğu sürelerde işe gelmemek.

f) Hastalık veya kaza nedeniyle 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen bekleme süresinde işe geçici devamsızlık.

İşçinin altı aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. İşverenin aynı işkolunda birden fazla işyerinin bulunması halinde, işyerinde çalışan işçi sayısı, bu işyerlerinde çalışan toplam işçi sayısına göre belirlenir.

İşletmenin bütününe sevk ve idare eden işveren vekili ve yardımcıları ile işyerinin bütününe sevk ve idare eden ve işçiyi işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunan işveren vekilleri hakkında bu madde, 19 ve 21 inci maddeler ile 25 inci maddenin son fıkrası uygulanmaz.”

4- “MADDE 20.- İş sözleşmesi feshedilen işçi, fesih bildiriminde sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli bir sebep olmadığı iddiası ile fesih bildiriminin tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açabilir. Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.

Feshin geçerli bir sebebe dayandığını ispat yükümlülüğü işverene aittir. İşçi, feshin başka bir sebebe dayandığını iddia ettiği takdirde, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Dava seri muhakeme usulüne göre iki ay içinde sonuçlandırılır. Mahkemece verilen kararın temyizi halinde, Yargıtay bir ay içinde kesin olarak karar verir.

Özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usulleri çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”

5- “MADDE 21.- İşverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiğinde, işveren, işçiyi bir ay içinde işe başlatmak zorundadır. İşçiyi başvurusu üzerine işveren bir ay içinde işe başlatmaz ise, işçiye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık ücreti tutarında tazminat ödemekle yükümlü olur.

Mahkeme veya özel hakem feshin geçersizliğine karar verdiğinde, işçinin işe başlatılmaması halinde ödenecek tazminat miktarını da belirler.

Kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakları ödenir.

İşçi işe başlatılırsa, peşin olarak ödenen bildirim süresine ait ücret ile kıdem tazminatı, yukarıdaki fıkra hükümlerine göre yapılacak ödemedan mahsup edilir. İşe başlatılmayan işçiye bildirim süresi verilmemiş veya bildirim süresine ait ücret peşin ödenmemişse, bu sürelele ait ücret tutarı ayrıca ödenir.

İşçi kesinleşen mahkeme veya özel hakem kararının tebliğinden itibaren on işgünü içinde işe başlamak için işverene başvuruda bulunmak zorundadır. İşçi bu süre içinde başvuruda bulunmaz ise, işverence yapılmış olan fesih geçerli bir fesih sayılır ve işveren sadece bunun hukuki sonuçları ile sorumlu olur.

Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”

6- “MADDE 41.- Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır. 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal

haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.

Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.

İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır.

63 üncü maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69 uncu maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz.

Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir.

Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaların ne şekilde uygulanacağı çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.”

7- “MADDE 63.- Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır.

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.

Çalışma sürelerinin yukarıdaki esaslar çerçevesinde uygulama şekilleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.

Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat ve daha az çalışması gereken işler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

8- “MADDE 111.- Bir işin bu Kanunun uygulanması bakımından sanayi, ticaret, tarım ve orman işlerinden sayılıp sayılmayacağını Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bir yönetmelikle belirler.

Tarım ve ormandan sayılan işlerde çalışanların, çalışma koşullarına ilişkin hükümleri, hizmet akdi, ücret, işin düzenlenmesi ile ilgili hususlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa’nın Başlangıç Bölümü ile 2., 5., 6., 7., 10., 11., 13., 18., 36., 37., 48., 49., 50., 51., 53., 54., 55., 56., 60. ve 124. maddelerine dayanılmıştır.

III - İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN ve Mehmet ERTEN’in katılımlarıyla 17.7.2003 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELEMESİ

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM’ın katılımlarıyla 15.10.2003 günü yapılan yürürlüğün durdurulması istemini inceleme toplantısında, 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 18. maddesinin birinci fıkrasının ve 21. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile altıncı fıkrasının yürürlüklerinin durdurulması isteminin reddine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A - 7. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 7. maddenin, işçileri işverenlere karşı korumadığı, işçilerin çalışma ve sözleşme hürriyetini kısıtladığı, örgütlenme ve grev hakkından yararlanmalarını engellemeye müsait olduğu, işçinin iznine dayalı olarak gerçekleştirilse bile emek ticaretine yol açtığı, sözleşme hürriyetinin dayanağı olan irade özgürlüğünü ortadan kaldırıcı etki yapabileceği, sendika kurma hakkını olumsuz etkileyeceği, iş piyasasında rekabete dayalı bir anlayışın egemen olmasına da aracılık edeceği, emeğin çalışma koşullarının ve yaşam standartlarının tabanda eşitlenmesi sonucunu doğuracağı ve bunun da toplu iş sözleşmelerinde işçinin pazarlık gücünü olumsuz etkileyeceği, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 48., 49., 51., 53., 54. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

7. maddede, “geçici iş ilişkisi” kurala bağlanmıştır. Geçici iş ilişkisinin kurulabilmesi için işverenin, devir sırasında işçinin rızasını alması zorunlu koşuldur. Eğer bu rıza yoksa geçici iş ilişkisi kurulmuş sayılmaz. İşçinin bu konudaki rızasının yazılı olması da gereklidir.

Devir konusu sınırlıdır. İşveren, işçiyi, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya işçinin yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devredebilir; söz konusu devirle geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur.

Geçici iş ilişkisi altı ayı geçmemek üzere yazılı olarak yapılır, gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir.

Toplu işçi çıkarmaya gidilen işyerlerinde çıkarma tarihinden itibaren altı ay içinde toplu işçi çıkarmanın konusu olan işlerde geçici iş ilişkisi gerçekleşmez. İşçi, sendikal haklar ve toplu sözleşme ve grev hakları açısından asıl iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işyerinin işçisi sayılmaya devam eder.

Çeşitli hukuk sistemleri incelendiğinde, ödünç iş ilişkisi olarak da adlandırılan geçici iş ilişkisinin hemen her ülkede mevcut olduğu görülmektedir. Bu ilişkinin düzenlenmesinde karşılaştırmalı hukukta farklılıklar görülebilmektedir. Ancak, bu uygulamanın olduğu bütün

lkelerdeki ortak görünüş, ödünç işçi istihdam edilmesinin gerek ulusal gerek uluslararası düzeyde firmaların rekabet gücünü artırdığı gerçeğidir.

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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan 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. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

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

Anayasa'nın 13. maddesinde, *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, *"Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir...Devlet, zel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır"*; 49. maddesinde ise, *"alıma, herkesin hakkı ve ödevidir. Devlet, alıanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve isizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır"* denilmektedir.

Anayasa'nın 51. maddesinin dördüncü fıkrasında, *"Aynı zamanda ve aynı i kolunda birden fazla sendikaya ye olunamaz."* denilmektedir. Anayasa'nın 53. maddesinde toplu i sözleşmesi hakkı kurala bağlanmıştı. Anayasa'nın 54. maddesinde ise grev ve lokavt hakkı düzenlenmiş ve işçi-işveren ilişkilerindeki tarihi gelişim göz önünde bulundurularak, bugüne kadar kazanılmış hakların korunması amaçlanmıştı. Anayasa'nın 55. maddesinde ise ücrette adalet sağlanması dzenlenmitır.

Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin Anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, özel kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmeleri demektir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, özel kişilerin istedikleri hukukî sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu bağlamda, özel kişilerin belli hukukî sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanınması, onların iradelerinin yöneldiği hukukî sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir.

Sözleşme iki taraflı bir hukuki işlem olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun surette irade açıklamalarıyla meydana gelir. Kuralda, işçinin özgür iradesiyle katıldığı iş ilişkisi devam ederken, işçinin yazılı olarak belirttiği iradesiyle geçici iş ilişkisi kurulmaktadır.

Geçici iş ilişkisinin kurulması konusunda işçinin yazılı irade beyanını zorunlu kılan, bu konuda karar verme yetkisini sadece işverene bırakmayan kuralın Anayasa'nın 48. maddesine aykırı olduğundan söz edilemez.

Devralan işveren ile işçi arasındaki ilişki geçici nitelikte olup işçinin, devreden (asıl) işveren ile iş akdi ve (asıl) işverenin sorumluluğu devam etmektedir. Devralan işverene karşı işçinin sendika ve toplu iş sözleşmesi hakkının olması ise biçimsel olarak gerekli değildir. Geçici iş ilişkisinde, asıl işveren ile işçi arasındaki iş akdi, toplu iş sözleşmesi, asıl işverene yönelik olarak (işçi bakımından) sendikal hak ve ilişki ile asıl işverenin ücreti ödeme yükümlülüğü de devam etmektedir.

İşçi aynı anda iki ayrı sendikaya üye olamayacağından, geçici iş ilişkisinin kurulduğu iş kolu açısından sendika üyeliğinin tanınmaması Anayasa'nın 51. maddesinin dördüncü fıkrasının gereğidir. Söz konusu anayasal sınır gereğince de zaten Anayasa'nın 53. maddesindeki toplu iş sözleşmesi hakkından söz edilemeyecektir. Kuralda işverenin ücret ödeme yükümlülüğü devam ettiğine göre, Anayasa'nın 55. maddesine aykırılık da bulunmamaktadır.

7. maddenin ikinci fıkrasında, *geçici ilişkisi ... gerektiğinde en fazla iki defa yenilenebilir* denilmekte ancak, yenilemenin nasıl yapılacağı konusunda başkaca açıklama yer almamaktadır. 7. maddenin birinci fıkrasına göre, devir sırasında yazılı rızası alınan işçinin ikinci fıkraya göre iş ilişkisinin yenilenmesi durumunda yine rızasının alınması gerekliliği, işçi bakımından hukuki güvence niteliğindedir.

Öte yandan, günümüzde birçok nedenle değişen ticari ve ekonomik koşullar, iş idaresi yönünden esnek çalışma yöntemlerini gerekli kılmaktadır. Bunun bir sonucu olarak ortaya konulan geçici iş ilişkisi esnek çalışma şekillerinden birisi olarak değerlendirilmektedir. Kuralla, uygulamada ortaya çıkan bu çalışma türü yasal düzenlemeyle belirli ilkelere bağlanmış, tarafların sorumlulukları, borçları ve bu çalışma türünün sınırları belirtilmiştir.

İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa'nın 13. maddesindeki ölçülere uygun olduğu görülen kural, Anayasa'nın 2., 5., 13., 48., 49., 51., 53. ve 55. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 11. ve 54. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

B- 14. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 14. maddenin, çağrı üzerine çalışan işçiye adil ve yeterli ücret sağlamaktan uzak olduğu, uygulamada alt sınır olarak belirlenen süre ve ücretlerin yaygınlaşması kaçınılmaz bulunduğundan bu çalışma biçiminin günlük ve aylık asgari ücretin de altında ücret alanlar kitlesine neden olacağı, işçilerin, örgütlenme ve sendikal haklarından yeterince yararlanmalarına imkan tanımadığı, sağlık yardımlarından yararlanabilmelerinin neredeyse imkansız olduğu, sosyal güvenlik hakkını da sağlamayacağı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 51., 55., 56. ve 60. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

14. maddede, işçinin üstlendiği işin görülmesi ediminin, işin çıktığı zamanlarda işveren tarafından işçinin çağırılması esasına dayanılarak yerine getirildiği "çağrı üzerine çalışma" düzenlenmektedir.

Çağrı üzerine çalışma, esnek çalışma türlerinden birisidir. 14. maddeye göre, bu çalışma türüne ilişkin sözleşme yazılı olarak yapılır ve işçi iş yapma edimini, işverenin ihtiyaç duyması halinde yerine getirir. Aksi kararlaştırılmamışsa haftalık çalışma süresi 20 saat olarak kabul edilir. Taraflarca belirlenen ya da Yasa gereği haftalık 20 saatlik sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanır. İşçi çalışma edimini yerine getirmek üzere, aksi kararlaştırılmamışsa işveren tarafından en az dört gün önce haberdar edilmelidir. Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamışsa, işveren her çağrıda işçiyi en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır. Taraflar isterlerse, söz konusu kuralların aksini kararlaştırabilirler.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde Yargıtay içtihatlarıyla fiilen kabul edilmiş olan çağrı üzerine çalışma, 4857 sayılı Yasa'yla mevzuatımıza girmiştir.

Sendika kurma hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 51. maddesinin birinci fıkrasında *"Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz."* denilmektedir.

Çalışanların asgari yaşam standartlarının sağlanmasının amaçlandığı Anayasa'nın 55. maddesine göre, ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır.

Anayasa'nın 56. maddesinde, *"Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."* denilmektedir.

Sosyal hukuk devletin somut göstergelerinden biri olan sosyal güvenlik hakkının yer aldığı, Anayasa'nın 60. maddesinde de, *"Herkes, sosyal güvenlik hakkına sahiptir. Devlet, bu güvenliğı sağlayacak gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar"* denilmektedir.

2821 sayılı Sendikalar Kanunu'nun 20. maddesine göre, onaltı yaşını doldurmuş olup da işçi sayılanlar işçi sendikalarına üye olabilirler. Aynı Yasa'nın 2. maddesine göre işçi, hizmet akdine dayanarak çalışanlara denilmektedir.

Çağrı üzerine çalışmada da, işçi ile işveren arasında hizmet akdi bulunmakta olup, işçinin sendikaya üye olması ve sendikal hakları bakımından herhangi bir sınırlama söz konusu olmadığına göre, çağrı üzerine çalışan işçinin de sendikal haklarından yararlanacağı kuşkusuzdur.

İptali istenilen kuraldaki çağrı üzerine çalışmada, aksi kararlaştırılmadığı sürece her hafta için 20 saat çalışan işçinin haftada 45 saat çalışan bir işçiye göre farklı ücret alması, ücrette adalet ilkesinin bir gereğidir.

506 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin (A), (B) ve (D) bentlerindeki hastalıklarla ilgili yardımlardan yararlanabilmek için, hastalığın anlaşıldığı tarihten önceki bir yıl içinde en az 90 gün hastalık sigortası primi ödenmiş olmalıdır. Çağrı üzerine çalışan bir işçi, 90 günlük hastalık sigortası primi ödenmiş ise, 506 sayılı Yasa'nın 32. maddesinin son fıkrasındaki hastalık sigortasından yararlanabilecektir. İptali istenilen kuralda buna engel bir düzenleme yer almamaktadır.

Çağrı üzerine çalışan işçinin, emekliliği sosyal güvenlik mevzuatında hüküm bulunmamasıyla ilgili olup, bu durum iptali istenilen 14. maddedeki düzenlemeyi kaynaklanmamaktadır.

İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun olduğu görülen kural, Anayasa'nın 13., 51., 55., 56. ve 60. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 5. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

C - 18. Maddenin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde 18. maddenin birinci fıkrasının, 30 işçiden az işçi çalıştırılan işyerlerinde çalışan işçiler için güvence sağlamamasının eşitsizliğe neden olduğu, bu durumun çalışma barışını bozacağı, kapsam dışındaki işçilerin çalışma haklarını sağlamadığı, 158 sayılı ILO Sözleşmesindeki iş güvencesi hükümlerine uygun olmadığı, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 5., 10., 11., 13. ve 49. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kuralla, otuz veya daha fazla işçi çalıştıran işyerlerinde en az altı aylık kıdemi olan işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işverenin, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorunda olması öngörülmektedir.

İş güvencesi ölçütleri belirlenirken, her ülke kendi verilerini ve iş hayatı koşullarını göz önüne almaktadır. İş hayatına ilişkin kuralların belirlenmesinde kamu yararı esastır, ayrıca işçi ve işveren arasındaki denge de gözetilmektedir. 18. maddeyle getirilen 30 veya daha fazla işçi çalıştırma koşulunun işveren aleyhine değiştirilmesi durumunda işveren bakımından oluşacak ek mali külfetlerin kayıt dışı uygulamalara neden olabileceği, ayrıca iş güvencesi ile oluşabilecek ağır mali yükten küçük işletmelerin uzak tutulması amaçları gözetildiğinde, dava konusu kuralla getirilen şartlarla

işçi ve işveren arasında kurulan dengede bir ölçüsüzlük bulunmamaktadır. Nitekim, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 158 sayılı Sözleşmesinde de, işçilerin özel istihdam şartları bakımından veya istihdam eden işletmenin büyüklüğü veya niteliği açısından esaslı sorunlar bulunan durumlarda, işçilerden bir kategorinin, iş güvencesinin tamamı veya bir kısım hükümlerinin kapsamı dışında tutulabileceği öngörülmektedir.

İşçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden kural, Anayasa'nın 2., 5., 13. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 10. ve 11. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

D- 20. Maddenin Birinci Fıkrasının Son Tümcesi ile Dördüncü Fıkrasının İncelenmesi

1) Birinci Fıkranın Son Tümcesi

Dava dilekçesinde, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde öngörülen tahkimin, ekonomik bakımdan daha zayıf durumda bulunan işçiyi doğal yargıci olan iş mahkemesinden yoksun bıraktığı, hak arama özgürlüğüyle bağdaşmadığı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

20. maddenin birinci fıkrasının ilk tümcesine göre, iş sözleşmesinin fesih bildiriminde, sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığı iddiasında olan işçi, fesih bildiriminin tebliğinden itibaren bir ay içinde iş mahkemesine dava açabilecektir.

Birinci fıkranın iptali istenilen son tümcesinde, birinci tümcedeki uyuşmazlığın iki şekilde özel hakeme götürülebilmesi öngörülmüştür:

a) Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa ya da

b) Sözleşmede hüküm olmamasına rağmen taraflar özel hakeme gitmek için anlaşılırsa.

a) “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...” Bölümü

20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesi uyarınca, toplu iş sözleşmesine özel hakeme gitme hükmü konulmuşsa, bu hüküm normatif niteliktedir ve sendika üyesi olan işçiyi bağlar. Çünkü, 20. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde emredici nitelikte bir ifadeyle, “*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa ... özel hakeme götürülür*” denilmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı olarak iddiada bulunmak ve adil yargılanmak hakkına sahiptir.

İptali istenilen kuralın, "*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya*" bölümüyle, toplu iş sözleşmesinin bu konudaki hükümlerine yasa hükmü gibi bağlayıcılık kazandırılmaktadır.

Özel hakem kararları ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 533. maddesinde yer alan ve esas yönünden denetime olanak vermeyen nedenlerle temyiz edilebiliyor ise de, iptali istenilen kuralda yargı önünde davacı olarak esas yönünden iddiada bulunulmasına olanak verilmemiş olması hak arama özgürlüğünü sınırlamaktadır.

Bu nedenle kuralın "*Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya*" bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

b) "... taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür." Bölümü

İşçinin, 20. maddenin birinci fıkrasındaki uyuşmazlığı özel hakeme götürme konusunda işverenle anlaşabilmesi yalnızca kendi iradesine ilişkindir. İşçi ancak özel hakeme gitme konusundaki iradesini kullandığında, dava açma seçeneğinden vazgeçmiş olacağından Anayasa'nın 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez.

Bu nedenlerle, kuralın "*... taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür*" bölümü Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Şevket APALAK ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 2., 5., 11., 13. ve 37. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2) Dördüncü Fıkra

Dava dilekçesinde, özel hakemin oluşum ve çalışma esaslarını düzenleyen dördüncü fıkranın, birinci fıkranın son tümcesi için belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 36. ve 37. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

20. maddenin dördüncü fıkrasında özel hakemin oluşumu, çalışma esas ve usullerinin çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenmesi öngörülmektedir.

HUMK'nun 516 ilâ 536. maddeleri arasında, özel tahkim kurulunun oluşumuna ve görevlerine ilişkin kurallar yer almaktadır.

HUMK'nun 527. maddesinde hakemlerin hangi hallerde sulh mahkemesine başvurabilecekleri, 528. maddesinde tahkikat esnasında ceza takibatına esas teşkil eden bir sahtelik söz konusu olursa, ceza mahkemesince bir karar verilinceye kadar tahkim incelemesinin erteleneceği, 529. maddesinde hakemlerin ilk oluşumundan itibaren altı ay içinde hüküm vermek zorunda oldukları, aksine yapılan sözleşmelerin batıl olduğu ve bu konudaki uyuşmazlıkların yetkili mahkemece çözümleneceği, 530. maddesinde hakem kararlarında nelerin olması gerektiği, 531. maddesinde hakemlerin çoğunlukla karar verebilecekleri, 533. maddesinde hakemlerin kararlarının hangi hallerde temyiz edilebileceğinin kurallara bağlandığı görülmektedir.

Hakem kurullarının oluşumunun ve çalışma yönteminin, uzmanlığın önemi de gözetilerek hukuk devleti ilkeleriyle uyum içinde düzenlenmesi gerekir. Ayrıca hakem kurullarının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, uzman niteliği ile bu kurulların alacağı kararların bağlı olacağı usul ve esasların yönetmeliğe bırakılmayıp yasa ile düzenlenmesi adil yargılanma hakkının sağlanabilmesi için zorunludur.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Kuralın, 2. ve 36. maddeye dayanılarak iptaline karar verildiğinden, Anayasa'nın 5., 11., 13. ve 37. maddeleri açısından denetim yapılmasına gerek görülmemiştir.

E- 21. Maddenin Birinci Fıkrasının Son Tümcesi ile Altıncı Fıkrasının İncelenmesi

1) Birinci Fıkranın Son Tümcesi

Dava dilekçesinde 21. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinin, feshin geçersiz olduğuna karar verildiğinde işverene, işçiye işe başlatmayıp 4 ilâ 8 aylık ücreti tutarında tazminat ödeme seçeneği sağladığı, bunun iş güvencesini etkisiz hale getirdiği, bu nedenlerle kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 48., 49. ve 53. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

21. maddenin birinci fıkrasının birinci tümcesine göre, işçinin iş akdinin feshinde, işverence geçerli sebep gösterilmediği veya gösterilen sebebin geçerli olmadığının mahkemece veya özel hakem tarafından tespit edilerek feshin geçersizliğine karar verildiği durumlarda işveren, işçiye bir ay içinde

işe başlatmak zorundadır. Birinci fıkranın iptali istenilen son tûmcesindeki kurala göre, işçi yi başvurusu üzerine işveren, süresi içinde işe başlatmaz ise işçi ye en az dört aylık ve en çok sekiz aylık  creti tutarında tazminat ödemekle yükümlü kılınmaktadır.

21. maddenin birinci fıkrasının iptali istenilen son t mcesindeki, 4 il  8 aylık tazminatın nasıl belirleneceği maddenin gerekçesinde, *“Bu tazminat, iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve işverenin işçi yi işe başlatmama sebepleri göz önünde tutularak, ... mahkeme veya özel hakem tarafından takdir edilecektir”* şeklinde belirtilmiştir.

Anayasa’nın 48. ve 49. maddelerinde öngörülen özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlamak, işçi ve işveren arasındaki dengenin kurularak çalışma barışını korumak Devletin görevleri arasında sayılmıştır. İş ilişkisinde kişisel yapı ön planda olup işverenden zorla bir kişiyi  alıştirmasını istemek beklenemez ise de, işçi ve işverenin hak ve yükümlülükleri arasında aranılan ölçülü ve makul bir dengenin, işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle kurulduğu anlaşıldığından kuralda Anayasa’ya aykırılık görülmemiştir.

Bu nedenlerle kural Anayasa’nın 13., 48. ve 49. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa’nın 2., 5., 11. ve 53. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2) Altıncı Fıkra

Dava dilekçesinde 21. maddenin altıncı fıkrasının, sözleşmeyle birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarda yer alan hususların değiştirilmesine olanak bırakmadığından Anayasa’nın 2., 11., 13., 48. ve 53. maddelerine aykırı olduğu ileri s r lm ştir.

21. maddenin altıncı fıkrasında, maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerinin sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemeyeceği ve aksi yönde sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu h k me bağlanmıştır.

Birinci fıkrada, geçerli sebebe dayanmadan iş akdini fesheden işverenin işçi yi bir ay içinde işe başlatma zorunluluğu  ng r lm ş, aksi halde tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.

İkinci fıkrada, feshin geçersiz olduğuna karar verildiğinde, işverenin işçinin başvurusuna rağmen işçi yi işe başlatmaması durumunda, mahkeme veya hakem kararıyla birinci fıkrada öngörülen 4-8 aylık ücret tutarındaki tazminatın miktarı belirlenmektedir.

Üçüncü fıkrada ise kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer hakların ödenmesi hükme bağlanmıştır.

Sözleşme hürriyetine aykırı olduğu ileri sürülen kuralın, işverenler karşısında işçilerin zor durumundan yararlanılarak 21. maddede belirtilen haklarının sözleşmelerle ortadan kaldırılmasının ya da daraltılmasının önlenmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu anlamda işçi ile işveren arasında hak ve yükümlülükler konusunda Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ölçülere uygun bir denge oluşturulduğu görüldüğünden kural, Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın Anayasa'nın 2., 11. ve 53. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

F- 63. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

İptali istenilen 41. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinde, dayanak hüküm olan 63. maddeye yollama yapıldığı için işin niteliği gereğince öncelikle 63. maddenin ikinci fıkrasına ilişkin iptal isteminin incelenmesi gerekir.

Dava dilekçesinde 63. maddenin ikinci fıkrasının, günde 11 saatlik bir çalışma biçimine olanak verdiği, dinlenme hakkını zedelediği, bu hakkı ölçüsüzce sınırlandırdığı, güçsüz durumdaki işçiyi ezdiği, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13. ve 50. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

63. maddenin birinci fıkrasında, genel bakımdan çalışma süresinin haftada en çok kırkbeş saat olduğu, aksi kararlaştırılmamışsa bu sürenin, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

İptali istenilen ikinci fıkraya göre, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilecektir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşmayacak ve denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.

Çalışma süresinin düzenlenmesinde genel olarak iki tür yaklaşımdan söz edilebilir. Birincisi, endüstri devriminin ürünü olan çalışma süresini kısaltmak ve bununla ilgili katı kurallar getirmektir. İkinci yaklaşım ise, iş

hayatındaki gelişmeler ve teknoloji alanındaki yeniliklerin bir sonucu olarak çalışma süresinin düzenlenmesinde taraflara mümkün olduğu kadar geniş bir hareket alanı sağlamaktır. İkinci yaklaşım, esnek çalışma kavramıyla yakından ilgili olup, işin ve ihtiyaçların zamanında en üst seviyede karşılanması amaçlanmaktadır. Günümüzde, iş hayatındaki olgular ve pek çok nedenle, çalışma sürelerinin düzenlenmesinde ikinci yaklaşım ön plana çıkmaktadır.

63. maddenin ikinci fıkrasında yasal dayanağını bulan denkleştirme yöntemi, çalışma süreleri konusunda esneklik sağlayan bir uygulamadır.

Kural olarak denkleştirme, azami 45 saatlik haftalık normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine eşit bölünerek her gün 7,5 saat çalışmak yerine, günde onbir saatin ve haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılmaması kaydıyla, günlük çalışma sürelerinin farklı olabilmesini sağlayan esnek çalışma yöntemidir.

Kuralla esnek çalışma konusunda, iki ayrı olanak tanınmaktadır. Birincisinde, haftalık normal çalışma süresi haftanın çalışılan günlerine dağıtılabilecektir. İkincisinde ise, haftalık ortalama çalışma süresi içinde kalınarak, bazı haftalarda normal çalışma süresi aşılabilecektir. 63. maddedeki bu denkleştirme yönteminin uygulanabilmesi için aşağıdaki koşulların gerçekleşmesi öngörülmüştür:

- a) Taraflar arasında bu konuda anlaşma olacaktır.
- b) İşçi günde azami 11 saat çalıştırılabilecektir.
- c) Haftalar için yapılacak denkleştirme süresi kural olarak iki aydır.
- d) Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmesi ile dört aya kadar artırılabilir.

Yukarıda iki aylık süre için yapılan açıklamalar, dört ay için de geçerlidir. Burada haftalık normal çalışma süresinin ortalama olarak tutturulması hesabı, başlangıç ile dört ayın bitimi arasında çalışılan haftalar için yapılacaktır.

Denkleştirme yapılan dönemde, kimi haftalarda 45 saatin üzerinde çalışılmasına rağmen, 45 saat ortalama süre aşılmamışsa, işçiye, (haftalık) normal çalışma süresi olan 45 saat üzerinden ücret ödenecek olması, denkleştirme yönteminin doğasının bir gereğidir.

Anayasa'nın 50. maddesinde, çalışma şartlarının çalışanın yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olması, küçükler ve kadınların özel olarak korunması güvence altına alınmakta, çalışanın bedenen korunması ve

çalışmanın verimi açısından gerekli olan dinlenmenin çalışanların hakkı olduğu belirtilmektedir.

Denkleştirmede esas alınan azami sürede, işçinin ortalama günlük ya da haftalık çalışma süresinde işçi aleyhine değişiklik söz konusu olmamaktadır. Yasa'da işçinin günlük çalışma süresi bakımından öngörülen 11 saatlik azami süre sınırlaması denkleştirme için de geçerlidir. İşçinin 11 saate ulaşabilecek çalışma süresi, denkleştirme esasının gereği olarak diğer günlerindeki çalışma sürelerinin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Haftanın çalışılan günleri için söz konusu olan ve tarafların anlaşması koşuluna bağlı olarak uygulanabilecek denkleştirme esaslarının düzenlendiği kuralın, çalışma şartları ve dinlenme hakkına aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 50. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 5., 11. ve 13. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

G- 41. Maddenin Birinci Fıkrasının Son Tümcesinin ve Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

1) Birinci Fıkranın Son Tümcesi

Dava dilekçesinde 41. maddenin birinci fıkrasının son tümcesinin, haftalık 45 saatlik süreyi aşan çalışmalar için fazla mesai ücreti ödenmemesi açısından zorla çalıştırma yasağına ve günde 11 saatlik bir çalışma temposuna neden olması açısından ise dinlenme hakkına aykırı olduğu, ölçüsüz bulunduğu ve güçsüzleri korumayacağı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 18. ve 50. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasının iptali istenilen son tümcesinde *“63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşırsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz”* denilmektedir.

Anayasa'nın 18. maddesinde hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı ve angaryanın yasak olduğu belirtilmektedir.

İptal istemi dışında kalan birinci fıkranın ilk iki tümcesine göre, Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabileceği; fazla çalışmanın, Yasa'da yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalar olduğu belirtilmektedir.

İptali istenilen kuralda, denkleştirme yapılan haftalarda, haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmıyorsa, denkleştirme dönemiyle sınırlı olarak 45 saatin üzerindeki çalışma süreleri için fazla çalışma ücreti ödenmeyecektir.

41. maddenin birinci fıkrasının son tümcesindeki kural, denkleştirme esasının bir gereğidir. Bu esasın önemli bir sonucu, 45 saatin aşıldığı ve fakat ortalama azami normal çalışma süresinin aşılmadığı çalışmalarda, aşılan süreler için fazla çalışma ücretinin ödenmemesinin gerekmesidir.

Anayasa'ya aykırı olmadığı görülen denkleştirme esasının bir sonucu olarak iki ya da dört aylık dönem içinde haftalık 45 saatlik çalışma sürelerinin toplamda aşılamayacağı gözetildiğinde, bu dönem içinde bazı haftalarda 45 saatin aşılmasında, aşan süre fazla çalışma süresi olarak değerlendirilemeyeceği gibi, dönemsel süreç içinde işçinin çalışma ve dinlenme hak ve süreleri de dikkate alındığında bu durumun angarya olarak kabul edilmesi olanaklı değildir.

Bu nedenlerle kural Anayasa'nın 2. ve 18. maddelerine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 5., 11., 13. ve 50. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2) Üçüncü Fıkra

Dava dilekçesinde 41. maddenin üçüncü fıkrasının, fazla çalışmanın niteliğinde bir değişiklik olmamasına rağmen ücrette farklılaşma yaparak, adeta sözleşmelerle belirlenecek haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında olmamasını dayattığı, toplu pazarlık sistemine ve sözleşme özgürlüğüne dolaylı bir müdahale anlamını taşıdığı, ölçüsüz olduğu ve güçsüzleri korumayacağı, bu nedenlerle Anayasa'nın 2., 5., 11., 13., 48. ve 53. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

41. maddenin iptali istenilen üçüncü fıkrasında *“Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda yukarıda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir.”* denilmektedir.

Birinci fıkranın ikinci tümcesindeki *“Fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır”* kuralında, fazla

çalışmanın haftalık azami normal çalışma süresi olan 45 saati aşan süreler olduğu genel ilke olarak belirtilmektedir.

İptali istenen üçüncü fıkrada ise, sözleşmeyle haftalık normal çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği hallerde, belirlenen bu süreyi aşan fakat 45 saate kadar olan süre bakımından yapılan çalışmanın, fazla süreli çalışma olarak kabul edildiği hükme bağlanmıştır.

Haftalık azami normal çalışma süresi 45 saat olduğundan, üçüncü fıkradaki kural, birinci fıkradaki genel kuralın bir istisnası niteliğindedir ve bu süre 45 saatten az olarak anlaşmayla belirlenebilmektedir.

41. maddenin ikinci fıkrasına göre, haftalık 45 saat normal çalışılan işyerlerindeki fazla çalışma ücreti, saat başına normal ücrete % 50 ilave edilerek hesap edilmektedir.

Haftada normal süre olarak 45 saat çalışan işçi, çalışma süresi sözleşmeyle bu süreden daha az tespit edilen işçiye göre daha fazla yıpranmakta ve yorulmaktadır. Bu nedenle 45 saatin altında çalışan işçiye yaptığı fazla süreli çalışma karşılığı ücretin % 25 artırılarak ödenmiş olması ile 45 saatin üstünde çalışan işçiye fazla çalışma süresi karşılığı ücretin % 50 artırılarak ödenmesinde, farklı konumda çalışan işçiler açısından çalışma barışı ile adalet ve hakkaniyet ilkelerinin gözetildiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenilen kuralın Anayasa'nın 5., 11., 13., 48. ve 53. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

H - 111. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde 111. maddenin, sanayi, ticaret, tarım ve orman işleri ile bu işlere ilişkin kuralda belirtilen hususların belirlenmesini yönetmeliğe bırakması nedeniyle, Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ile 2., 6., 7., 11. ve 124. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında, *“Bir işin bu Kanunun uygulanması bakımından sanayi, ticaret, tarım ve orman işlerinden sayılıp sayılmayacağını Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bir yönetmelikle belirler”*, ikinci fıkrasında da *“Tarım ve ormandan sayılan işlerde çalışanların, çalışma koşullarına ilişkin hükümleri, hizmet akdi, ücret, işin düzenlenmesi ile ilgili hususlar Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”* denilmektedir.

111. maddenin birinci fıkrası gereğince çıkarılacak yönetmelikle, 4857 sayılı Yasa kapsamına giren ya da istisna tutulan sanayi, ticaret, tarım ve orman işleri belirlenecektir. Bu yönetmelik, söz konusu işlerde çalışanlara uygulanacağı ifade olunan hükümlerin, 4857 sayılı Yasa açısından uygulama alanının tespiti ve sınırının çizilmesiyle ilgilidir.

İkinci fıkrada yönetmelikle düzenlenmesi gereken konular, tarım ve ormandan sayılan işlerde çalışanların çalışma koşulları, hizmet akdi, ücret ve işin düzenlenmesi ile ilgili hususlardır.

Anayasa'nın 7. maddesine göre Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez. Anayasa'nın 124. maddesinin birinci fıkrasına göre, yönetmelikler, kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilir.

Yasayla düzenleme, konunun tüm ayrıntılarının yasayla belirlenmesini değil, temel ilkelerin, ölçü ve sınırların yasada gösterilip uzmanlık ve teknik konulara yönelik ayrıntıların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılmasını ifade eder. Yasada, yönetmelikle düzenlenecek konuların çerçevesinin, Anayasa yargısı bağlamında denetime olanak verecek biçimde düzenlenmiş olması gerekir. 111. maddenin birinci ve ikinci fıkralarındaki konuların belirlenmesinde belirtilen çerçeveye yer verilmediği açıktır.

Bu nedenlerle kural, Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Haşim KILIÇ ile Serdar ÖZGÜLDÜR birinci fıkraya ilişkin bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ile 6., 11. ve 124. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

4857 sayılı İş Kanunu'nun itiraz konusu 111. maddesinin iptaline karar verilmesiyle meydana gelen hukuksal boşluk kamu yararını olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olduğundan, Anayasa'nın 153. maddesi ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesi uyarınca, yeni düzenleme yapması için yasama organına süre tanımak amacıyla iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.

VII- SONUÇ

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı “İş Kanunu”nun:

A) 1-7. maddesinin,

2- 14. maddesinin,

3- 18. maddesinin birinci fıkrasının,

Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- 20. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son tümcesinin “Toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa veya...” bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- Birinci fıkrasının son tümcesinin “... taraflar anlaşılırsa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürülür.” bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Şevket APALAK ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- Dördüncü fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5- 21. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son tümcesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- Altıncı fıkrasının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

6- 41. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının son tümcesinin,

b- Üçüncü fıkrasının,

7- 63. maddesinin ikinci fıkrasının,

Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

8- 111. maddesinin;

a- Birinci fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ ile Serdar ÖZGÜLDÜR’ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

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

B) 111. maddesinin iptalinin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince BU MADDEYE İLİŞKİN İPTAL HÜKMÜNÜN, KARARIN RESMİ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK ALTI AY SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

19.10.2005 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY YAZISI

1) 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 111. maddesinin birinci fıkrasında "Bir işin bu Kanunun uygulanması bakımından **sanayi, ticaret, tarım ve orman işlerinden sayılıp sayılmayacağını** Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı **bir yönetmelikle belirler.**" denilmektedir.

Mülga 1475 sayılı İş Kanununun 6. maddesinin (I) numaralı fıkrasında **sanayiden sayılacak işler** 13 madde halinde (a-k bentlerinde); (II) numaralı fıkrasında **ticaretten sayılan işler** 3 madde halinde (a-c bentlerinde); **tarımdan sayılacak işler** ise (III) numaralı fıkrasında 4 madde halinde (a-d bentlerinde) sıralanmış ve aynı maddenin (IV) numaralı bendinde, "Yukarıda sayılan işler dışında kalan bir işin bu Kanunun uygulanması bakımından **sanayi, ticaret veya**

tarım işlerinden sayılıp sayılmadığını belirlemeye, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı ile Tarım ve Köyişleri Bakanlığının görüşleri alınarak, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı yetkilidir.” şeklinde bir düzenleme öngörülmüş idi.

1475 sayılı Yasa’nın yürürlükte olduğu dönemde, sayma usulüyle belirlenen bu işlerin dışında da, gelişen teknoloji, yeni iş kollarının ortaya çıkması, zamanın ihtiyaçları vb. nedenlerle, birçok işin sanayi, ticaret veya tarım işleri kapsamında değerlendirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Bu nedenle, yasa koyucu 4857 sayılı yeni İş Kanunu’nun kabulünde, hızla değişen teknoloji ve sosyal yapıyı gözetenek, bu konuda sayma/sıralama usulünü terketmiş ve bu belirlemenin ilgili Bakanlıkça bir yönetmelikle yapılmasını uygun görmüştür. 4857 sayılı Kanun’un 111. maddesinin birinci fıkrasında Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca çıkarılması öngörülen **“Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmelik”** (R.G. 28.2.2004, Sayı: 25387) incelendiğinde; **Sanayiden Sayılan İşlerin** 100 madde halinde, **Ticaretten Sayılan İşlerin** 32 madde halinde ve **Tarım ve Orman İşlerinin** 4 madde halinde belirtildiği görülmektedir. Evvelce yasa ile yapılan bu belirlemenin zaman içerisinde yetersiz ve eksik kalması karşısında, yasa koyucunun bu konuda genel ve soyut bir belirleme yapma yöntemini terketmesi ve bunu bir düzenleyici tasarrufa (yönetmeliğe) bırakması kamu yararına uygun düştüğü gibi; bu esasen yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde. Yönetmelikte -şimdilik-toplam 136 madde halinde sayılan sözkonusu işlerin Kanun metninde yer almasını istemek ve beklemek herhalde yasa koyucunun bu konuda öngördüğü amaca uygun düşmeyecektir. Öte yandan, bu konunun bir yönetmelikle düzenlenmesinin Anayasa’nın 124. maddesine aykırı düşen bir yönünün olamayacağı da açıktır. Gerçekten, **“tarım”, “ticaret”, “sanayi”, “orman”** gibi kavramlar mevzuatımızda birçok kanun tarafından düzenlenmiş, çeşitli cepheleri yönünden düzenlemeler getirilmiştir. Bu mevzuat düzenlemeleri mevcutken, 4857 sayılı Kanun’da ayrıca bu kavramların yeniden tanımlanması gerekmediği gibi, yönetmelikle sınırları güçlükle belirlenen bu konunun çerçevesinin yasayla nasıl çizilebileceği de meçhûldür. Yasa koyucu, evvelce yaptığı ama hep eksik, yetersiz kaldığı için yeni düzenlemede bu çerçeveyi çizmek yerine, Anayasa’nın 124. maddesinin kendisine verdiği yetkiyle, konunun düzenlenmesinin yönetmelikle yapılmasını uygun görmüştür. Bu hâl tarzının ise Anayasa’nın herhangi bir maddesine aykırılığı sözkonusu değildir.

2) Anayasa Mahkemesi’nin aşağıda sıralanan kararları incelendiğinde de, sözkonusu düzenlemenin Anayasa’ya uygun düştüğü anlaşılmaktadır:

- “... 24.6.1938 günlü, 3491 sayılı Toprak Mahsulleri Ofisi Kanunun Değişik 18. maddesinin (A) bendinin birinci fıkrasında yer alan ve haşhaş

ekilecek yerlerin her yıl tarımsal ve ekonomik gereklere, dışsatım olanaklarına ve stok durumuna göre Sanayi ve Ticaret ile Tarım Bakanlıklarının önerisi üzerine Bakanlar Kurulu'nca saptanmasını öngören kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu öne sürülmüştür... Yasama organı yasa yaparken bütün olasılıkları gözönünde bulundurarak ayrıntılara ilişkin kuralları da saptamak yetkisine sahipse de, **zamanın gereklerine göre sık sık değişik önlemler alınmasına ve alınan önlemlerin kaldırılmasına veya değiştirilmesine gerek görülen hallerde**, yasama organının yapısı ve ağır işleyişi bakımından bu gibi günlük olayları hemen inceleyerek zamanında gerekli önlemleri almasının güçlüğü de ortadadır. **Bu nedenle, yasa koyucunun, temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin hususların düzenlenmesi için Hükümete yetki vermesi, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.** Bu bakımdan, Anayasa'nın 5. maddesine aykırı bir durumdan söz edilemez..." (Any.Mah.nin 5.4.1977 tarih ve E.1977/2, K.1977/20 sayılı kararı)

- "...27.5.1988 günlü, 3454 sayılı Adalet Teşkilâtını Güçlendirme Fonu Kurulmasına Dair Kanun'un 5. maddesindeki 'Adalet Teşkilâtını Güçlendirme Fonu çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar, Adalet Bakanlığı'nca Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde çıkarılacak yönetmelikte gösterilir' kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülerek iptali istenmiştir. 'Çalışma usul ve esasları' ibaresini, **Anayasa'ya uygun bir yorumla, dava konusu Yasa'nın uygulanmasını sağlamak amacıyla, bu Yasa'da belirtilen esaslara uygun olarak yürürlüğe konacak kurallar biçiminde anlamak gerekir...** Adalet Teşkilâtını Güçlendirme Fonu ile benzeri öteki fonlara ilişkin çalışma usul ve esaslarını ve diğer hususları yasa ile önceden belirlemek her zaman olanaklı değildir. İlgili yasaya bağlı kalmak üzere bu hususların yönetmeliklerle düzenlenmesi **Anayasa'nın 124. maddesinin verdiği yetki kapsamı içindedir.** Bu nedenlerle Fon'un çalışma usul ve esasları ile diğer hususların yönetmelikle düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırılık yoktur..." (Any. Mah.nin 8.9.1989 tarih ve E.1988/37, K.1989/36 sayılı kararı)

- "... 29.2.1984 günlü, 2983 sayılı Tasarrufların Teşviki ve Kamu Yatırımlarının Hızlandırılması Hakkında Kanun'un 6. maddesinin son fıkrasında yer alan 'Toplu Konut ve Kamu Ortaklığı Kurulunun çalışma usul ve esasları, bu Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle tespit edilir' yolundaki hükmün... Anayasa'nın 124. maddesine aykırı düştüğü ileri sürülmüştür... Kimi konularda 2983 sayılı Kanun'da olduğu gibi, 'çkarılacak' sözcüğü, 'hazırlanacak' anlamında kullanılmaktadır... Davaya konu edilen 6. maddenin son fıkrası hükmü, Anayasa'nın 124. maddesine aykırı değildir..." (Any.Mah.nin 18.2.1985 tarih ve E.1984/4, K.1985/4)

3) Gerek yukarıda açıklanan hususlar, gerek özetlenen Anayasa Mahkemesi kararları gözetildiğinde, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 111. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 6., 7., 11. ve 124. maddelerine aykırı bir yönünün bulunmadığı, dolayısıyla bu konudaki iptal isteminin reddinin gerektiği kanaatine vardığımızdan; sözkonusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki değerlendirmeye iptaline dair çoğunluk görüşüne katılmadık.

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

AZLIK OYU

Anayasa'nın 36. maddesi hak arama özgürlüğünü düzenlerken yargı mercileri vurgusu yanında, hemen ikinci fıkrasında hiçbir mahkemenin davaya bakmaktan kaçınamayacağını belirtmiştir. Anayasa bununla da yetinmemiş 37. maddesi ile hiç kimsenin kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamayacağını öngörmüştür. Bu bakımdan "yargı mercii" kavramının içinde barındırdığı hukuksal konumun sözleşmelerle yapılan belirlemelerden çok önce yasalarla saptanmış bir statüyü, uyuşmazlıkları çözen bir "makam"ı öngördüğünü söylemek doğal bir sonuçtur. Anayasa'nın 9. maddesinde ve yargı ile ilgili bölümünde mahkemelerden ve üst mahkemelerden söz edilmiş olması da, anayasal "yargı mercii" kavramına yönelik bu belirlemeyi desteklemektedir. Kaldı ki, Anayasa bir başka konuyla ilgili olsa da 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu vurgularken, kamu imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin tahkim olanağına da vurgu yapmış ve böylece yargı yolunu veya merciini gösterirken gerek duyarsa yargı yanında hakem seçeneğine yer vereceğine işaret etmiştir.

Anayasal bu görünüme karşın, iptali istenen kuralla sonuç olarak yargı yolunun ve doğal yargıç ilkesinin bir özel hukuk anlaşmasıyla sınırlandırılmasına neden olunmaktadır. Ayrıca ilgililerin dava yolundan kendi iradeleriyle vazgeçtikleri düşünülse bile, dava açmaktan birlikte vazgeçme niteliği taşıyan toplu iş sözleşmesinin verdiği olanakla hakeme gidilmesi kuralının hakem kararlarına karşın yetkin bir temyiz incelenmesi olanağı bulunmadığından iptaline ilişkin gerekçeler bu kısım içinde geçerli olmalıdır. Başka bir anlatımla, yetkin bir temyiz incelemesi hak arama

özgürlüğünün doğal bir sonucu olduğundan, irade sergilemeleriyle hak arama özgürlüğünün boyutu ve kapsamının bu nedenle de daraltılamayacağı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle 4857 sayılı Kanun'un 20. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinin itiraza konu edilen "tarafklar anlaşırfa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürölür" bölümü Anayasa'nın, 13., 36. ve 37. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. Bu gerekçelerle karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY YAZISI

1. İş Kanunu'nun 20. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesinde yer alan "veya tarafklar anlaşırklarfa uyuşmazlık aynı sürede özel hakeme götürölür" ibaresinin iptali istemi:

Anayasamızın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasamızın 9. maddesine göre yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır.

Hukukun çağdaş ve evrensel ilkelerine uygun olarak, temellerini Anayasa'da bulan hukuk sistemimizde uyuşmazlıkların asıl çözüm yerinin bağımsız mahkemeler olduğunu kabul edilmiş, hakem ise istisnai bir çözüm yolu olarak öngörölmüştür.

İş sözleşmesi sebep gösterilmeden veya geçerli bir sebebe dayanmadan feshedilen işçinin, fesih bildiriminden itibaren bir ay içinde iş mahkemesinde dava açma hakkı bulunduğu gibi, hukuka uygun diğerk çözüm yollarına başvurma hakkı da olduğu tartışmasızdır. Ne var ki, iptali istenen kuralın bu yollara başvurmada işçiye özgür iradesiyle hareket etmek hususunda tam bir serbesti tanıyıp tanımadığına da bakmak gerekir.

Öncelikle, özel hakeme gitme yolunun işçiye oranla işverenin daha lehine olduğu anlaşılmaktadır. Hakem kararları mahkemeye oranla daha süratle ve kesin olarak verileceği için, 21. maddenin üçüncü fıkrasında öngörölen ve mahkemeye gidilmesi halinde kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için dört ayı geçmemek koşuluyla işçiye verilecek

ücretin işveren yönünden yaratacağı külfet nedeniyle, işverenin mahkeme yerine özel hakem yolunu tercih edeceği açıktır. İkinci önemli nokta, iptali istenen kuralın, özel hakeme gitme konusunda tarafların yapacakları anlaşmanın zamanı hakkında bir açıklık taşımamasıdır. Başka bir ifadeyle iptali istenen kural, özel hakeme gitme anlaşmasının uyuşmazlığın doğmasından önce hatta iş akdinin yapılışı sırasında gerçekleşmesine olanak tanımaktadır. Ülkemizdeki işsizlik sorununun boyutları ve iş bulmanın güçlükleri nedeniyle, özel hakeme gitme anlaşmasının, işe alınırken kabul edilecek standart bir koşul haline dönüşmesi ve sonuç olarak, serbestçe ve özgür irade ile kullanılması gereken hak arama hürriyetinin zedelenmesi söz konusudur.

Bu nedenlerle, yasa kuralının, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu düşüncesindeyim.

2. İş Kanunu'nun 21. maddesinin altıncı fıkrasının iptali istemi:

İptali istenen kural, İş Kanunu'nun 21. maddesinin ilk üç fıkrasında belirtilen tazminatların sözleşmelerle artırılması yolunu kesin biçimde kapatmış ve Anayasa'nın 48. maddesinde yer alan sözleşme özgürlüğü ile 53. maddesinde yer alan toplu sözleşme hakkının kullanımını sınırlamıştır.

Anayasa'nın 13. maddesine göre "Temel hak ve hürriyetler, özüne 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 ilkelerine aykırı olamaz."

Anayasa'nın 48. maddesinde, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılması için açık bir sebep gösterilmemiştir. Her ne kadar muhterem çoğunluk, 48. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve özel teşebbüslerin çalışmalarına ilişkin tedbirlerin alınması amacıyla devlete verilen görevi, sözleşme hürriyetinin sınırlandırılmasına olanak veren bir neden gibi kabul etmiş ise de, bahse konu ikinci fıkranın bu şekilde anlaşılmasının temel hak ve özgürlüklerin korunması ve güçlendirilmesi amacına uymadığı düşüncesindeyim. Kaldı ki, Anayasa'nın 53. maddesinde düzenlenen toplu iş sözleşmesi hakkı yönünden 48. maddedekine benzer, yorum yoluyla dahi sınırlama nedeni kabul edilebilecek herhangi bir kural mevcut değildir.

İptali istenen kuralın amacının, İş Kanunu'nun 21. maddesinde öngörülen tazminatların sözleşmelerle işçi aleyhine değiştirilmesini, yani azaltılmasını önlemek olduğu yolundaki görüşlere de katılmak mümkün değildir. Maddenin gerekçesinde, "Maddede öngörülen tazminatların

sözleşmelerle **artırılmaması için**, bunların değiştirilemeyeceği vurgulanmıştır.” denilmek suretiyle amaç açıkça ortaya konmuştur. İptal davasına konu edilen bir yasa kuralının amacı yasama gerekçesinde açıkça belirtildiği halde Anayasa’ya uygunluk denetimi yapılırken, aksi yönde bir amacın varlığı yorum veya tahmin yoluyla kabul edilmek suretiyle sonuca gidilmesinin Anayasa yargısının esaslarına uygun bir yöntem olmadığını da kaydetmek gerekir.

Bu nedenlerle, kuralın Anayasa’nın 13., 48. ve 53. maddelerine aykırılıktan dolayı iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2005/55

Karar Sayısı: 2006/4

Karar Günü : 5.1.2006

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Kemal ANADOL, Haluk KOÇ ve 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 28.4.2005 günlü, 5340 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesiyle, 21.5.1986 günlü, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek Madde 10'un "...bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda..." bölümünün,

2- 18. maddesiyle 17.6.1992 günlü, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un değiştirilen Ek 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin,

3- 22. maddesiyle 28.4.2004 günlü, 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 8., 10., 11., 13., 59., 123., 138. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğü durdurma istemlerini içeren 9.6.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 28.4.2005 Tarih ve 5340 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 3 üncü Maddesiyle 3289 Sayılı Kanuna Eklenen Ek Madde 10'da Yer Alan "bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda" İbaresinin Anayasa'ya Aykırılığı

5340 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesi ile 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri hakkında Kanun'a eklenen Ek

Madde 10 hükmü ile; Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay Başkan ve üyeleri ile adli ve idari yargı hakim ve savcılarının, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk federasyonlar tarafından organize edilen sportif faaliyetlerde, bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda görev alabilecekleri öngörülmüştür.

Bu hüküm uyarınca maddede belirtilen yargı organlarının mensubu hakim ve savcılar Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün sürekli kurulları olan; Gençlik ve Spor Şuralarında, Merkez Danışma Kurulunda, Merkez Ceza Kurulunda, Genel Müdürlük Ceza Kurulunda, İl Ceza Kurulunda (3289 sayılı Kanun, m.8) görev alabilecekleri gibi; özerk federasyonların, oluşturmak zorunda oldukları uluslararası federasyonların öngördüğü bütün kurullarda ve disiplin ve ceza kurulları ile tahkim kurulunda da görev yapabilecekler, yargı denetimine tabi idari eylem ve işlem tesis edebileceklerdir. Böyle bir durumun, idari eylem ve işlemi tesis eden hakim ve savcıcı, tesis edilen idari eylem ve işlemin “tarafı” yapacağı açıktır.

Böyle bir durumu Anayasa’nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırmak mümkün değildir. Çünkü hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin temel unsurlarından birisi yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığıdır. Yargıyı taraf haline getiren bir düzenleme, bu nedenle hukuk devleti ilkesine ve Anayasa’nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 138 inci maddesinde, hakimlerin görevlerinde bağımsız oldukları ilkesi ifade edilmiştir. Hakimleri taraf haline getiren bir düzenlemenin, hakim bağımsızlığı ile bağdaşmayacağı ve bu nedenle Anayasanın 138 inci maddesi ile de çelişeceği ortadadır.

Hakimlerin bağımsızlığını korumak ve karar verme özgürlüğünü her türlü etkiden uzak tutmak için Anayasanın 139 uncu maddesinde hakimlik ve savcılık teminatını kabul etmiş, 139 uncu ve 140 ıncı maddelerinde hakimlerin ve savcıların özlük işleri hakkında yasalarda yer alması gereken ilkeler gösterilmiş ve böylece yasama organının bunlara aykırı düzenlemeler yapması önlenmiştir. Anayasa’nın 140 ıncı maddesinin beşinci fıkrasında “hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, hakim ve savcıların 3289 sayılı Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda görev alabileceklerine ilişkin Ek Madde 10’da yer alan ibare Anayasa’nın 140 ıncı maddesine açıkça aykırıdır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerindeki hukuk devleti, Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, 5340 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle 3289 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 10'da yer alan "bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda" ibaresi Anayasa'nın 2 nci, 11 inci, 138 inci ve 140 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

2) 28.4.2005 Tarih ve 5340 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 22 nci Maddesiyle Değiştirilen 3813 Sayılı Kanunun Ek Madde 1'in Birinci Fıkrasının (b) Bendinin Anayasa'ya Aykırılığı

Ülkemizde spor federasyonları;

- Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne bağlı Federasyonlar,
- Özerk Federasyonlar,
- Türkiye Futbol Federasyonu

Şeklinde ayrıma tabi tutulmaktadır.

Bu ayrımın temeli; Türkiye Futbol federasyonunun 3813 sayılı Yasa ile kurulması ve aynı Yasa ile, özerk bir özel hukuk tüzel kişi olarak belirlenmesi, 04.03.2004 tarih 5105 sayılı Kanun ile 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri hakkında Kanun'a eklenen Ek Madde 9 ile yürürlüğe giren düzenleme çerçevesinde özerk haline gelen altı federasyonun bulunması ve diğer 50'ye yakın Federasyonun Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğüne bağlı olarak faaliyet göstermekte olmalarıdır.

3289 sayılı Kanunun 19 uncu maddesinde "Federasyon başkanlarının seçimi, kurulların teşkili, çalışmaları, görev, yetki ve sorumlulukları ile kurullarını atamaya ilişkin hükümlerin çıkarılacak yönetmelikle" belirleneceği öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca "Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü Federasyon Başkanları Seçim Yönetmeliği" (R.G.T. 26.08.2004, sa.5565) çıkarılmıştır.

Bu yönetmeliğin, 5. maddesinin (c) fıkrası ile başkan adaylarında aranacak şartlar arasında "En az lise ve dengi okul mezunu olmak" sayılmıştır.

Bu yönetmeliğin yürürlükten kaldırdığı aynı isimli yönetmelikle (R.G.T. 27.10.1993, sa. 21741) "Yüksek öğrenim görmüş olmak" şartı yer almakta iken bu şart, son Yönetmelikle "lise ve dengi okul mezunu olmak" şeklinde değiştirilmiştir.

Türkiye Futbol Federasyonu dışında kalan özerk federasyonların, Genel kurulları tarafından oluşturulacak ana statülerine esas olmak üzere Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü tarafından hazırlanıp 14.07.2004 tarih ve 25522 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren "Gençlik ve Spor

Genel Müdürlüğü Özerk Spor Federasyonları Çerçeve Statüsü”nde başkan adayları için hiçbir şart öngörülmemiştir.

Bu çerçeve statüye dayalı olarak kendi ana statülerini oluşturan federasyon genel kurulları, bu şartları serbestçe belirlemişler ve Basketbol Federasyonu örneğinde olduğu gibi en az lise ve dengi mezunu olma şartını yeterli görmüşlerdir.

Hal böyle iken, 5340 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesi değiştirilerek futbol federasyonu başkan ve üyelerinin seçilme şartları arasına “Yüksek Okul mezunu olmak” şartı eklenmiştir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere; Türkiye Futbol Federasyonu dışında kalan, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet gösteren bütün spor federasyonları ile diğer özerk federasyonlarda seçilme şartları arasında “Yüksek Okul mezunu olmak” şartı yer almamaktadır. Bu durumda, bu düzenlemenin yapılmasındaki gerçek amacın; yüksek okul mezunu olmayan ancak daha önce bu görevi üstlenmiş kişilerin futbol federasyonu başkanlığına yeniden seçilmelerinin engellenmesi olduğu açıktır.

Böyle bir düzenleme, “kanunların genelliği” ve “kanunların kamu yararına dayanması” ilkeleri ile bağdaştırılamaz.

Kanunların genelliği ilkesi, yasaların, aynı özellikleri taşıyan olaylara ve aynı durumda bulunan herkese uygulanabilecek biçimde düzenlenmelerini zorunlu kılar. Ancak, bu zorunluluk mutlak değildir. Yasa koyucunun, haklı nedenlere dayanmak suretiyle getirdiği bir yasa kuralının istisnasını teşkil edecek halleri de belirleme yetkisine sahip olduğu söz götürmez. Bu noktada yasa koyucunun daima göz önünde bulundurması gereken husus, kamu yararı düşüncesidir. Kamu yararının söz konusu olmadığı bir alanda sadece özel çıkarlar için, ya da kişi yararı gözetilerek kural getirilmesinin hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında açıkça vurgulanmıştır.

Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü bünyesinde faaliyet gösteren bütün spor federasyonları ile diğer özerk federasyonlarda seçilme şartları arasında “Yüksek Okul mezunu olmak” şartı yer almazken sadece Türkiye Futbol Federasyonu için böyle bir şart getirilmiş olmasında hiçbir haklı neden bulunmadığı gibi, kamu yararı da yoktur. Bu nedenle, hukuk devleti ve dolaylı olarak da Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade edilen yasa önünde eşitlik ilkelerine aykırı davranılmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde ifadesini bulan sosyal hukuk devleti, hukukun üstünlüğü gibi temel bir ilke üzerine kuruludur. Sözü edilen ilkenin en önemli dayanakları arasında adalet anlayışı ve her türlü imtiyazı reddeden yasa önünde eşitlik ilkesi yer alır.

Yapılan bu düzenleme, Anayasanın “temel haklar ve ödevler” başlıklı ikinci kısmının 59 uncu maddesinde “devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder ve başarılı sporcuyu korur” hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle, bugün birçok ülkenin spor politikasında olduğu gibi (Dünya futbol tarihinin unutulmayan isimleri Michel Platini ve Franz Beckenbaur, lise mezunu olup UEFA’da asbaşkanlık yapmaktadırlar.) ülkemizin spor politikasında da, sporun topluma yaygınlaştırılması ilk sırayı teşkil etmesi gereken Anayasal bir zorunluluktur.

Futbol sporunun içinde olan daha bilgili, daha birikimli, daha deneyimli kişilerin bu spora hizmetin dışında tutulmasının, sporun kitlelere yayılmasının teşvik edilmesi ilkesiyle bağdaştırılabilecek bir yönü bulunmamaktadır. Bu nedenle iptali istenen düzenleme Anayasanın 59 uncu maddesine de aykırıdır.

Kaldı ki, belli bir alanda yüksek öğrenim görmüş olması, kişinin federasyon faaliyetlerini yüksek öğrenim görmemiş kişilerden daha iyi yürüteceğinin ölçüsü de olamaz. Çünkü yükseköğrenim, kişiyi belli bir alanda, (Örneğin, kimya, sanat tarihi, filoloji, tıp, hukuk, maliye gibi) yüksek öğrenim düzeyinde bilgi ve beceri ile donatır. Ancak, örneğin kimya alanında yükseköğrenim düzeyinde bilgi edinmiş olması, kişinin iyi bir spor yöneticisi olmak için gerekli bilgi ve becerileri de kazandığı anlamına gelmez. Böyle bir koşul belki “spor alanında yükseköğrenim görmüş olmak” bağlamında düşünülebilir; fakat böyle bir sınırlamaya gidilmeden, her alanı içerebilecek şekilde, yükseköğrenim görmüş olmanın seçilmenin koşulu haline getirilmesi, işin gereği ile ilgisi olmayan bir niteliğin ölçüt konumuna sokulmasına yol açmaktadır. Böyle bir koşul getirilmesinin, Anayasanın 59 uncu maddesinde ifade edilen spor hakkının Anayasanın 13 üncü maddesinde belirtilen ilkelere aykırı bir biçimde ölçüsüzce sınırlandırılması anlamını taşıyacağı; sporun kitlelere yayılmasını önlemek ve başarılı sporcunun yöneticiliğini sırf yükseköğrenim görmediği için engellemek yoluyla, Devletin Anayasanın 59 uncu maddesinde kendisine verilen görevleri de yeterince yerine getirilmesine imkan bırakmayacağı ortadadır.

Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu

doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa. 24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 5340 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle değiştirilen 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesinin (b) bendi Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 11 inci, 13 üncü ve 59 uncu maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

3) 28.4.2005 Tarih ve 5340 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 22 inci Maddesiyle Değiştirilen 5149 Sayılı Kanunun 18 inci Maddesinin Üçüncü Fıkrasının Anayasa'ya Aykırılığı

Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesi Dair Kanun 5149 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin "Yasaklı olmalarına rağmen müsabakaya girmeleri halinde, faillere bir aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir" şeklindeki üçüncü fıkrası, 5340 sayılı Kanunun 22 nci maddesiyle "Hakkında idari makamlar veya yargı mercilerince müsabakalara giriş yasağı verilenler, müsabakanın başlamasından iki saat önce bulunduğu yerin karakoluna giderek müsabaka süresince burada bulunmak zorundadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yasaklı olmasına rağmen spor alanına girenlere üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir." şeklinde değiştirilmiştir.

Bu düzenleme ile; 5149 sayılı Kanunun 18 inci, 21 inci ve 24 üncü maddeleri uyarınca üç aydan bir yıla kadar varan "spor müsabakalarını seyirden men" cezası ile cezalandırılanların, bu cezaları süresince, müsabakanın başlamasından iki saat önce bulunduğu yerin karakoluna giderek müsabaka sonuna kadar burada kalmaları öngörülmüş, ancak, karakola gidilmesi gereken spor müsabakasının hangisi olduğu hususunda bir belirleme yapılmamıştır. Bu durumda, herhangi bir spor müsabakası esnasında işlediği bir fiil hakkında spor müsabakalarını seyirden men ceza almış bir kişi, hangi spor dalında ve hangi kategoride olduğuna bakılmaksızın hiçbir spor müsabakasını izleyemeyecektir. Bu durumda, sürekli değişik dallarda sayısız spor organizasyonu gerçekleşen bir ilde bulunan bir kişi sürekli karakolda kalabilecektir.

Böyle bir düzenleme "kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik" ve "ölçülülük" ilkeleriyle bağdaşmaz.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliğini sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

İptali istenen kural belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle yürütme yetkisinin amacına uygun biçimde kullanılmasına elverişli olmadığı gibi, hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle söz konusu kural, Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Anayasanın 123 üncü maddesinde idarenin görevlerinin yasa ile gösterileceği belirtilmiş, 8 inci maddesinde ise yürütme yetkisinin ve görevinin Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp, yerine getirileceği ifade edilmiştir.

Bu düzenlemeler yürütmenin - idarenin kanuniliği ilkesini ifade etmekte ve tüm yetkilerini Anayasa ve kanunlardan alacağını ortaya koymaktadır.

İptali istenen düzenleme ise, bu düzenlemenin gereğini yerine getirecek olan idarenin yetkilerinde belirlilik sağlayamadığı için Anayasanın 8 inci ve 123 üncü maddelerine de aykırı düşmektedir.

Diğer taraftan özgürlükler için getirilen sınırlamaların, Anayasanın 13 üncü maddesi uyarınca ölçülü ve adil olması hakkın özüne dokunmaması kısaca demokratik toplum düzeninin gerekleriyle uyum içinde bulunması da zorunludur. Bu nedenle, 5340 sayılı Yasa ile getirilen bu düzenlemenin Anayasanın belirtilen ilkeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

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

Açıklanan nedenlerle, 28.04.2005 tarih ve 5340 sayılı Çeşitli Kanun'larda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 22 nci maddesiyle değiştirilen 5149 Sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrası Anayasanın 2 nci, 8 inci, 11 inci, 13 üncü ve 123 üncü maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ:

1) 5340 sayılı Kanunun 3 üncü maddesiyle 3289 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 10'da yer alan, "bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda" ibaresi Anayasanın 2 nci, 11 inci, 138 inci ve 140 ıncı maddelerine açıkça aykırı olup uygulanması halinde özenle korunması gereken yargının bağımsızlığı ilkesini zedeleyeceğinden sonradan giderilmesi olanaksız durum ve zararlara neden olacağı açıktır.

2) Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 11 inci, 13 üncü ve 59 uncu maddelerine açıkça aykırı olan 5340 sayılı Kanunun 18 inci maddesiyle değiştirilen 3813

sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesinin (b) bendi hükmünün uygulamasıyla yapılacak seçimlerde, futbol sporunun içinde olan daha bilgili, daha birikimli, daha deneyimli kişilerin bu spora hizmetin dışında tutulması sonucunu da beraberinde getireceğinden sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceği açıktır.

3) Anayasanın 2 nci, 8 inci, 11 inci, 13 üncü ve 123 üncü maddelerine açıkça aykırı olan 5340 sayılı Kanunun 22 nci maddesiyle değiştirilen 5149 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanması ile özgürlükler ölçülü ve adil olmayan bir şekilde sınırlandırılacağından sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararların doğabileceği kuşkusuzdur.

V- SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 28.4.2005 tarih ve 5340 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun;

1) 3 üncü maddesiyle 3289 sayılı Kanuna eklenen Ek Madde 10'da yer alan "bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda" ibaresi Anayasanın 2 nci, 11 inci, 138 inci ve 140 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

2) 18 inci maddesiyle değiştirilen 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanunun ek 1 inci maddesinin (b) bendi Anayasanın 2 nci, 10 uncu, 11 inci, 13 üncü ve 59 uncu maddelerine aykırı olduğundan,

3) 22 nci maddesiyle değiştirilen 5149 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrası Anayasanın 2 nci, 8 inci, 11 inci, 13 üncü ve 123 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. 09.06.2005"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

5340 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un iptali istenilen kuralları da içeren 3., 18. ve 22. maddeleri şöyledir:

1- "MADDE 3- 3289 sayılı Kanuna aşağıdaki ek maddeler eklenmiştir.

EK MADDE 10: Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay Başkan ve üyeleri ile adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları; Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk federasyonlar tarafından organize edilen sportif faaliyetlerde, **bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda görev alabilirler.**

(...) ”

2- “MADDE 18- 3813 sayılı Kanunun ek 1 inci maddesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

EK MADDE 1: Genel Kurul tarafından seçilen organların, başkan ve üyelerinin seçilme şartları şunlardır.

a) Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak.

b) Yüksek okul mezunu olmak.

c) Seçim tarihinden önceki beş yıl içerisinde, bir defada bir yıl ve toplam iki yıl hak mahrumiyeti cezası ile cezalandırılmamış olmak.

ç) Temerrüt halinde, kesinleşmiş vergi ve sigorta borcu bulunmamak.

d) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ve organize suçlardan, zimmet, nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, emniyeti suiistimal, hileli iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı kesin hüküm giymemiş olmak.

Federasyon kurullarında görev alan üyelere yüksek okul mezunu olma şartı aranmaz.”

3- “MADDE 22- 5149 sayılı Kanunun 18 inci maddesinin üçüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Hakkında idarî makamlar veya yargı mercilerince müsabakalara giriş yasağı verilenler, müsabakanın başlamasından iki saat önce bulunduğu yerin karakoluna giderek müsabaka süresince burada bulunmak zorundadır. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen veya yasaklı olmasına rağmen spor alanına girenlere üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa’nın 2., 8., 10., 11., 13., 59., 123., 138. ve 140. maddelerine dayanılmış, mahkememizce de, 5. ve 38. maddeleri ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 20.6.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Yasa'nın 3. Maddesi İle 3289 Sayılı Kanun'a Eklenen Ek 10. Maddesinde Yer Alan "Bu Kanunda Öngörülen veya Özerk Federasyonlar Bünyesinde Bulunan Kurullarda" İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Yasa'nın 3. maddesi ile 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek.10. maddesinde belirtilen hüküm uyarınca, maddede sayılan yargı mensubu hakim ve savcıların yasada belirtilen kurullarda görev yapabilecekleri, yargı denetimine tabi idari eylem ve işlem tesis edebilecekleri, böyle bir durumun ise, idari eylem ve işlem tesis eden hakim ve savcıcı, tesis edilen idari eylem ve işlemin tarafı yapacağı belirtilerek, kuralın Anayasa'nın 2., 11., 138. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kuralda; Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay Başkan ve üyeleri ile adlî ve idarî yargı hâkim ve savcılarının Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'da belirtilen kurullar ile özerk federasyonların bünyesinde bulunan kurullarda görev alabilecekleri belirtilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçman, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasa

koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Hukuk devletin en önemli ögesi sayılan yargı bağımsızlığı, mahkemelerin bağımsızlığı üzerine kurulur. Hakimler de, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi esaslarına göre görevlerini yerine getirirler. Mahkemelerin bağımsızlığı ile hakimlerin görevlerinde bağımsız olmaları, birbirleriyle eş anlamlı, biri öbürünün nedeni ve doğal sayılacak ilkelere dir. Hakimlik güvencesi de bu hukuksal birleşkenin gereğidir.

Anayasa'nın 138. maddesinde *"Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler."*denilmektedir. Yargı bağımsızlığı da, yargının hiç bir organ ve makama bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevlerini özgür biçimde yerine getirebilmesidir. Yargı görevine ilişkin olarak Mahkemelere hiçbir telkin ve tavsiyede bulunulamaz ve genelge gönderilemez. Herhangi bir baskının yapılması kadar yapılabilme olasılığı da yargı bağımsızlığını zedeler. Yargı bağımsızlığından, yargının yalnızca yürütme organı karşısındaki bağımsızlığı anlaşılmaz. Bu bağımsızlığın yürütme organı yanında yasama organı ile devlet ve toplumda etkili olan sosyal - ekonomik baskı grupları karşısında da gerçekleştirilmesi gerekir. Yasama, yürütme ya da öteki güçlerin denetimine bağlı ve etkisine açık olan "yargı" bağımsız olamaz.

Bağımsız yargı, insan haklarının ve özgürlüklerinin başlıca güvencesidir. Çünkü hukuk devleti, özünü yargının bağımsızlığında bulur.

Hakimlerin görevlerine ilişkin nesnel (objektif) bağımsızlık, onlara tanınan bir ayrıcalık olmayıp, bunun amacı adaletin her türlü etki, baskı, yönlendirme ve kuşkudan uzak dağıtılacağı yolundaki güven ve inancı yerleştirmektir. Bağımsızlık, hakim, çekinme ve endişe duymadan, Anayasa'nın öngördüğü gereklerden başka herhangi bir dış etki altında kalmadan, yansız tutumla, özgürce karar verebilmesidir.

Hakimlik teminatı, hakimlerin bağımsızlığını sağlamaya yönelik kurumların en önemlisidir. Hakimlerin bağımsızlığı, hakimlerin objektif bağımsızlığı olduğu halde, hakimlik teminatı hakimlerin kişisel bağımsızlığıdır. Hakimlik teminatı hakimlere tanınan bir ayrıcalık değil, toplum için kabul edilen ve hakimlerin görevlerini tam bir güven ve tarafsızlık içinde yapabilmelerini sağlayan bir kurumdur. Burada söz konusu olan, hakim, kişisel yararı olmayıp, kamunun yararadır.

Hakimlik teminatının amacı, bu görevi yürütenlerin özgür ve tarafsız karar verebilmelerini sağlamak, dolayısıyla topluma, adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığı hususunda güven vermektir.

İptali istenen Yasa'nın genel gerekçesinde, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk federasyonların disiplin, ceza veya Tahkim Kurulunda hâkim ve savcılarının görev almalarının düşünüldüğü ve bir nevi yargı görevi üstlenen bu kurullarda hâkim ve savcılarının görev almalarına olanak sağlandığı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 140. maddesinde; hakimlerin ve savcılarının kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları, buna paralel olarak ta, 2802 sayılı Hakim ve Savcılar Kanunu'nun 48. maddesinde, yalnızca meslekleri ile ilgili kimi çalışma ve faaliyetlere katılabilecekleri öngörülmüştür.

Hakim ve savcılarının meslekleri ile ilgili olmayan bu kurullarda görev alırken, bir yandan da yargılama faaliyetine devam etmeleri, ileride karşılına çıkacak uyuşmazlıklarda, tarafsızlıklarına gölge düşürecek niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle; iptali istenen kural, Anayasa'nın 2., 11., 138. ve 140. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

B- Yasa'nın 18. Maddesi İle Değiştirilen 3813 Sayılı Kanun'un Ek 1. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Yasa'nın 18. maddesiyle 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un Ek 1. maddesi değiştirilerek futbol federasyonu başkan ve üyelerinin seçilme şartları arasında "Yüksek okul mezunu olmak" şartının eklendiği, kamu yararı ve haklı neden bulunmaksızın yapılan bu düzenlemenin, "kanunların genelliği" ve "kanunların kamu yararına dayanması" ilkeleri ile bağdaştırılamayacağı, sadece özel çıkarlar için, ya da kişi yararı gözetilerek kural getirilmesinin Anayasa'nın 2., 10., 11., 13. ve 59. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri

sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kural Anayasa'nın 5. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İptali istenen kuralla Futbol Federasyonu başkanının seçilebilmesi için diğer şartlar yanında "yüksek okul mezunu olma" şartı da getirilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devletinin temel niteliği, tüm devlet faaliyetlerinin hukuk kurallarına uygun olmasıdır. Hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bu düzeni sürdürmekle kendisini yükümlü sayan, tüm eylem ve işlemleri hukuka uygun olan ve yargı denetimine bağlı bulunan devlettir.

Yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, yasa koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Buna göre, kamu yararı düşüncesi olmaksızın, diğer bir anlatımla, yalnız özel çıkar veya belli kişiler için bir yasa kuralı konulamaz.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişinin temel hak ve özgürlüklerini, 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.

Madde gerekçesinde; "...Devlet aynı zamanda milletin huzurunu sağlamak ve fertlerini mutlu kılmak görevi ile de yükümlüdür. Devlet, ferdin hayat mücadelesini kolaylaştıracaktır. Ferdin, insan haysiyetine uygun bir ortam içinde yaşamasını gerçekleştirecektir.

Ferdin hayatında, temel hak ve özgürlüklerden olduğu gibi yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, sosyal devletin görevidir." denilmektedir.

Yasa koyucu iptali istenen kural ile, Yüksek okul mezunu olmayan kişileri Federasyon Başkanı olmaktan yoksun bırakmıştır. Hukuk devleti ilkesi, kişilerin demokratik hakları olan seçme ve seçilme haklarının önündeki görevin gerekleri ile bağdaşmayan engelleri kaldırmayı da içerir.

Bu nedenle; Federasyon Başkanı seçilebilmesi için yüksek okul mezunu olma şartı getirilmesi Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırıdır. Kuralın iptali gerekir.

Mehmet ERTEN, A.Necmi ÖZLER ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, 10., 11., 13. ve 59. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

C- Yasa'nın 22. Maddesi İle Değiştirilen 5149 Sayılı Kanun'un 18. Maddesinin Üçüncü Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, yapılan bu düzenleme ile "spor müsabakalarını seyirden men" cezası ile cezalandırılanların, bu cezaları süresince, müsabakanın başlamasından iki saat önce bulunduğu yerin karakoluna giderek müsabaka sonuna kadar burada kalmalarının öngörülmesine ilişkin kuralın, hangi spor dalında ve hangi kategoride olduğuna ilişkin hüküm taşımaması nedeniyle "kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik" ve "ölçülülük" ilkelerine aykırı olduğu ve bu nedenle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, Anayasa'nın 2., 8., 11., 13. ve 123. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kural ilgisi görülmesi nedeniyle, Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İptali istenen fıkroda; hakkında idari makamlar veya yargı mercilerince müsabakalara giriş yasağı verilenlerin, spor müsabakasının başlamasından iki saat önce bulunduğu yerin karakoluna giderek müsabaka süresince burada bulunma zorunluluğu getirilmiş, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verileceği öngörülmüştür.

Hukuk devletinde, Yasa koyucunun Anayasa'nın açık kurallarıyla birlikte, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerine uygun davranması gerekir. Kamu düzeninin korunması, güven ve huzuru bozan eylemlerin etkili bir biçimde önlenmesi için yasama organı, anayasal sınırlar içinde, değişik cezalar öngörebilir. Ceza alanında düzenleme yaparken, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmamaları, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde yaptırımlarla karşılaşmaları gerektiği, yasa koyucunun görevleri arasında sayılmıştır.

Yasa koyucunun sporda şiddetin önlenmesi konusunda yasal düzenleme yapmasında herhangi bir sakınca yoktur. Türkiye, "Sportif Karşılaşmalarda ve Özellikle Futbol Maçlarında Seyircilerin Şiddet Gösterilerine ve Taşkınlıklarına

Dair Avrupa Sözleşmesi"ni 25.9.1986 gününde imzalamış, 18.1.1990 tarihli 3608 sayılı Yasa ile Sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuştur.

Anayasa'nın 38. maddesinin 10. fıkrasında; *"İdare, kişi hürriyetini kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamaz."* denilmektedir.

İptali istenilen kuralla, idarenin vermiş olduğu bir kararla kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım öngörülmekte ve müsabakanın yapıldığı yer ve hangi müsabakalar için uygulanacağı yönünde yasal bir açıklık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural; Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın; Anayasa'nın 8., 11., 13. ve 123. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

28.4.2005 günlü, 5340 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

A- 3. maddesiyle, 21.5.1986 günlü, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek Madde 10'un "...bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda..."bölümü,

B- 18. maddesiyle değiştirilen 17.6.1992 günlü, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi,

C- 22. maddesiyle değiştirilen 28.4.2004 günlü, 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin üçüncü fıkrası,

5.1.2006 günlü, E. 2005/55, K. 2006/4 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu kuralların uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

5.1.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

28.4.2005 günlü, 5340 sayılı “Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un;

A - 3. maddesiyle 21.5.1986 günlü, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun’a eklenen Ek Madde 10’un “... bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda ...” bölümünün, Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Şevket APALAK’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B - 18. maddesiyle değiştirilen 17.6.1992 günlü, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un ek 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin, Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C - 22. maddesiyle değiştirilen 28.4.2004 günlü, 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun’un 18. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

5.1.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

28.4.2005 günlü, 5340 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen ek 10. maddede, Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay Başkan ve Üyeleri ile adli ve idari yargı hâkim ve savcılarının, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü ile özerk federasyonlar tarafından organize edilen sportif faaliyetlerde, bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda görev alabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında, hâkimlerin ve savcılarının, Kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları belirtilmiştir. Bu kural uyarınca, hâkim ve savcılara yasa ile olmak koşuluyla kimi görevler verilebileceği ve konunun yasama organının takdiri içinde bulunduğu açıktır. Yasa koyucunun ise, ancak hâkim ve savcılarının deneyimlerinin katkı sağlayacağını düşündüğü görevler için bu yola başvuruyla kuşkusuzdur.

Dava konusu kuralda belirtilen kurullarda görev alma, hâkim ve savcılara bir zorunluluk olarak getirilmemiş, isteğe bağlı kılınmıştır. Söz konusu kurulların tasarrufları dava konusu edildiğinde de yargıçların davadan çekilme hakları bulunduğundan, bu durumun mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi yönünden Anayasal bir sakınca yaratacağı ileri sürülemez.

Açıklanan nedenlerle iptal isteminin reddi gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY YAZISI

28.04.2005 günlü ve 5340 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 3. maddesi ile 3289 Sayılı Kanuna Eklenen Ek Madde 10'da Yer Alan *"bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda"* ibaresinin uygunluk denetimi.

Ek Madde10'da; Yargıtay, Danıştay ve Sayıştay Başkan ve üyeleri ile adli ve idari yargı hakim ve savcılarının, Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü

ile özerk federasyonlar tarafından organize edilen sportif faaliyetlerde, bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda görev alabilecekleri öngörülmüştür.

Anayasa'nın 140. maddesinin beşinci fıkrasında *"Hâkimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmî ve özel hiçbir görev alamazlar"* denilmektedir.

Buna göre, hakim ve savcıların kanunda belirtilmek koşulu ile resmi ve özel görev alabilecekleri anayasa koyucu tarafından kabul edilmiştir. Anayasa koyucu böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duymasaydı, Anayasa'nın 146. maddesinin son fıkrası ile Anayasa Mahkemesi üyeleri için getirdiği sınırlama gibi bir düzenlemeyi hakim ve savcılar için de getirebilirdi. Böyle bir sınırlama getirilmediğine göre hakim ve savcıların kanunda belirtilen görevleri almaları Anayasa uygun olacaktır. Nitekim, 2802 sayılı Hakim ve Savcılar Kanunu'nun 48. maddesinde *"...Hakim ve savcılar, kanunlarda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamazlar..."* kuralına yer vermek suretiyle 2802 sayılı Kanun'dan başka kanunlarla da görev verilebileceği kabul edilmiştir. Kanunlarla belirlenecek resmi ve özel görevlerin tayini ise yasa koyucunun temel unsurlarından olan yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hakim yansızlığı, teminatı ve bağımsızlığı ilkelerini içeren, Anayasal düzenlemeleri gözeteceği açıktır.

Bu açıklamalar ışığında iptali istenilen kural incelendiğinde, öncelikle kanunla düzenlenmiş olması, ikinci olarak da sportif faaliyetlerle ilgili kurullarda geçici olarak görev verilmesinin ve anılan kurullarda görev yapmanın, yapılan görevin niteliği de gözetildiğinde yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı, hakim yansızlığı, güvencesi ve bağımsızlığı ilkeleriyle çatışan bir yönünün bulunmaması karşısında, kuralın Anayasa'ya uygun olduğu ve iptal isteminin reddi gerektiği sonucuna varılmıştır.

2- 18. maddesi ile değiştirilen 3813 Sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan *"Yüksek okul mezunu olmak"* şartının uygunluk denetimi, 3813 Sayılı Kanun'un Ek madde 1'de Türkiye Futbol Federasyonunun başkan ve yönetim kurulu üyelerinin seçilme şartları düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile diğer şartların yanı sıra yüksek okul mezunu olmak da seçilebilmenin koşulu haline gelmiştir.

Anayasa'nın 59. maddesinde *"Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur"* demek suretiyle sporun geliştirilmesi için alınacak tedbir, teşvik ve korumaya ilişkin düzenlemelerin yasa koyucu tarafından yapılabileceğini belirtmiştir. Buna göre, yasa koyucu, temel hak

ve hürriyetlerin özüne dokumamak, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamamak koşulu ile sporun geliştirilmesi için her türlü düzenlemeyi yapabilecektir.

3813 Sayılı Kanun'un Ek 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan yüksek okul mezunlarının, belli konuda eğitim alan ve aldıkları eğitimin gereği olarak da nitelik bakımından almayanlara göre tercih edilmesi gereken kişiler olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Eğitimin her konuda olduğu gibi sporda da önemli bir yerinin bulunduğu ret edilemez. Yürütülecek olan görevin ve üstlenilecek olan sorumluluğun önem ve özellikleri ile eğitim alan kişilerin niteliklerini gözeten yasa koyucunun, getirdiği yüksek okul mezunu olma koşulu ile amacının sporu geliştirmek olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Başkaca yoruma olanak vermeyen bu koşul, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmamış ve bu hak ve özgürlükleri ölçüsüzce de sınırlandırmamıştır.

Diğer yandan asıl maddesindeki düzenlemelere uygunluğu kabul edilen kural, hukuk devleti ilkesine aykırı olmadığı gibi karşılaştırma olanağı bulunmadığı için eşitlik ilkesine de aykırı değildir. Böylece sözü edilen kuralın Anayasa'ya uygun olduğu ve iptal isteminin reddi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan nedenlerle iptale ilişkin aksi yönünde oluşan çoğunluk kararlarına katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

5340 sayılı Yasa'nın 18. maddesiyle değiştirilen 3813 sayılı Yasa'nın Ek 1. maddesi ile, Futbol Federasyonu Genel Kurulu tarafından seçilen organların, başkan ve üyelerinin seçilme şartları yeniden düzenlenmiş, bu şartlar arasına önceki düzenlemede yer almayan ve iptali istenilen "*yüksek okul mezunu olmak*" şartı eklenmiş, maddenin son fıkrasında ise Federasyon kurullarında görev alan üyelere bu şartın aranmayacağı öngörülmüştür.

Bu tür görevlere seçilecek kişilerde belli nitelikler aranmasında ve bu nitelikler arasında öğrenim şartına yer verilmesinde kamu yararı bulunduğu açıktır. İptali istenilen kuralın belirli kişiler lehine veya aleyhine

yasalaştırıldığını gösteren bir kanıt bulunmadığına göre, düzenlemenin adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini gözetmediği söylenemez.

Türkiye Futbol Federasyonu Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'ne bağlı olmayıp, kendi yasası olan özerk bir federasyondur. Burada belirlenen görevlere seçilecek kişilerde, yasakoyucunun, anılan federasyonun niteliğini gözeterek ve eğitim düzeyini yükseltmek amacıyla öğrenim şartını yüksek okul olarak belirlemesi takdir alanı içindedir. Seçme ve seçilme hakkına dayanılarak bu alana müdahale edilmesi yerindelik denetimi niteliğinde olur. Yerindelik denetimine ise, anayasa yargısında yer verilmemiştir.

Açıklanan nedenlerle, bu kurala ilişkin iptal isteminin reddi gerektiği görüş ve düşüncesinde olduğum için aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
A. Necmi ÖZLER

AZLIK OYU

Anayasa'nın 140. maddesinin üçüncü fıkrasında hâkim ve savcılarının nitelik ve özlük işlerinin kanunla düzenleneceği; beşinci fıkrasında hâkim ve savcılarının kanunda belirtilenlerden başka resmi ve özel hiçbir görev alamayacakları kuralı öngörülmüştür.

Üçüncü fıkra söz edilen kanunun hâkim ve savcılarla ilgili özel yasa olduğu açıktır.

Beşinci fıkradaki görev sınırlamasıyla ilgili yasa kavramı ise, yalnızca üçüncü fıkranın öngördüğü kanun ile sınırlandırılmamalıdır. Çünkü beşinci fıkra, üçüncü fıkra yollama yapmadan, genel anlamıyla "kanun"dan söz etmiştir. Herhangi bir yasa, kuşku yok ki amaçlanan ve vurgulanan "kanun" kavramının kapsamı içindedir. Anayasa; hâkim ve savcılara ancak yasa dışında bir görev verilmesini yasaklamaktadır. Hâkim ve savcılara görevlerinin önem ve niteliğiyle çelişmeyecek işlevlerin yasayla verilmesi olanaklıdır.

Öte yandan, Anayasa'nın 59. maddesinde vurgulanan sporun kitlelere yayılması yolundaki öngörünün, sporun eylemsel özendirilmesi yanında, sporu düzenleyen birimler dışından da sporla ilgili yönlendirici kurallara nitelikli katılımları amaçladığı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, 5340 sayılı Yasa'nın 3. maddesiyle 3289 sayılı Yasa'ya eklenen 10. maddenin davaya konu kuralın iptaline ilişkin karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY YAZISI

Futbol Federasyonu Genel Kurulu tarafından Federasyon Başkanı olarak seçilebilmek için yüksek okul mezunu olmak şartını getiren 3813 sayılı Kanun'un değiştirilen Ek 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğu yolundaki çoğunluk görüşüne aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım:

İngiltere'de doğan bir spor dalı olan futbol, geçtiğimiz yüzyıl içerisinde gelişerek tüm dünyaya yayılmış, günümüzdeki iletişim teknolojilerinin ve medya olanaklarının da katkısıyla, on bir kişilik iki takım tarafından oynanan bir spor müsabakası olmanın çok ötesinde, dünyada her ülkede milyarlarca kişinin ilgi duyduğu, global bir olgu hüviyetini kazanmıştır. Bugün dünyada futbol sporu ve buna bağlı sektörlerin yıllık cirosunun asgari bir hesapla 60-70 milyar dolar olduğu tahmin edilmektedir. Bu meblağlar, her ülkenin ayrıntılı yasalarıyla düzenlendiği ve uluslararası pek çok sözleşmenin de konusunu oluşturan, silah ticareti gibi yasal, uyuşturucu ticareti ve insan kaçaklığı gibi yasa dışı sektörlerle ancak kıyaslanabilecek ve ülkelerin kamu düzeni yönünden ilgisiz kalamayacakları rakamlardır.

Futbolun, gerek ülke içinde şehirler ve yöreler arasındaki ilişkilerde, gerek uluslararası ilişkilerde bazen dostluk ve kardeşlik açısından olumlu, kimi zaman da sorun ve gerilim yaratıcı olaylara yol açtığı, bu nedenle de kamu düzeni, güvenlik ve hatta siyaset alanı ile çoğu kez kesiştiği bilenen bir gerçektir.

Tüm bu nedenlerle, yasa koyucunun futbolla ilgili düzenlemeleri yaparken Anayasal sınırlar içinde en geniş takdir alanına sahip olmasında kamu yararı bulunmaktadır. Buna göre, Futbol Federasyonu başkanının yüksek okul mezunu olmasını öngören düzenlemeler yapmak, yasa koyucunun takdir alanı içerisindedir.

Belirli görevlere seçilebilmenin belirli niteliklere sahip olma koşuluna bağlanmasında da Anayasa'ya herhangi bir aykırılık görmemekteyim. Anayasa'nın öngördüğü seçilme hakkının, hiçbir nitelik ve koşul aranmaksızın herkesin her göreve gelebilmesi şeklinde anlaşılmasına olanak

bulunmamaktadır. Aksine, bizzat Anayasa, Cumhurbaşkanlığı, milletvekilliği gibi görevlere seçilebilmenin koşullarını belirlemiş, kamu hizmetlerine girişte görevin gerektirdiği niteliklerin aranmasını öngörmüştür. Bu nedenle, iptali istenen kuralın, Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırılığından söz edilemez. İptal isteminin reddi gerekir.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2006/20

Karar Sayısı: 2006/25

Karar Günü : 22.2.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Daire

İTİRAZIN KONUSU: 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 105. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı vekilleri tarafından Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Murat Ulus vekili Av. Metin Günday tarafından 21.12.1999 tarihinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilen Egebank A.Ş. nezdinde bankalar yeminli murakıplarınca yapılan incelemeler sonucunda düzenlenen raporlar üzerine, anılan bankanın eski genel müdür yardımcısı olan davacının T.C. Ziraat Bankası yönetim kurulu üyesi görevini yaptığı sırada, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrası uyarınca imza yetkisinin geçici olarak kaldırılmasına ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun (BDDK) 01.12.2005 tarih ve 1748 sayılı kararının kendisi ile ilgili kısmının iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan dava dosyası incelenerek gereği görüldü:

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun “Kurul kararlarına karşı yargı yolu” başlıklı 105. maddesiyle, “Kurul kararlarına karşı açılacak idarî davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar. İlişkili Bakanlık, Kurulun düzenleyici nitelikteki kararlarına karşı iptal davası açabilir. Kurul kararlarına karşı açılacak idarî davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için ayrıca

duruşma yapılır. Bu halde 2577 sayılı İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 17 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki otuz günlük süre uygulanmaz. Yürütmenin durdurulması talepleri, Kurumun savunması alınmadan karara bağlanamaz. İlgili taraflar yürütmenin durdurulması talebinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde savunmasını vermek zorundadır. Aksi halde savunma beklenmeksizin karar verilir." kuralı getirilmiştir.

Görüldüğü gibi, Bankacılık Kanunu'nun sözü edilen maddesinde, BDDK kararlarına karşı Danıştay'da açılan davalarda yürütmenin durdurulması istemleri için duruşma yapılması usulü getirilmiş ve davalı idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında, "İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir." kuralı yer almıştır. Anayasa kuralına koştur olarak "Yürütmenin durdurulması" konusu, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 27. maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasanın 125. maddesine göre, sadece idari yargı yerince yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesini gerektiren koşullar belirlenmiş, ancak bu koşulların takdiri yargı organına bırakılmıştır. Başka bir anlatımla, Anayasa kuralı uyarınca, somut olayda yürütmenin durdurulması koşullarının bulunup bulunmadığını, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin gerekip gerekmediğini, yargısal tedbirin uygulanması zamanı yargı organının takdir yetkisi içinde bulunmaktadır.

Bu bağlamda Bankacılık Kanunu'nun sözü edilen hükmü incelendiğinde, bu kuralın Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisini tümüyle ortadan kaldırmadığı ancak, Danıştay'ın davanın açıldığı tarihten başlayarak somut olayın özelliklerini dikkate alarak yürütmenin durdurulması tedbirine başvurmalarını engellediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, somut olayın özellikleri nedeniyle ilk aşamada Danıştay'ca yürütmenin durdurulması kararı verilmesini gerekli kılan bir durumda tedbir kararı verilememekte, Danıştayca ancak dava dilekçesinin ve eklerinin davalıya tebliği ve Kanun'da belirtilen kısaltılmış savunma süresinin ve duruşma yapılması için gerekli tebligat sürelerinin geçmesinden sonra yürütmenin durdurulması hakkında karar verilebilmektedir. Bu durum, uyuşmazlıkta geline aşamada yürütmenin durdurulması kararı vermeyi etkisiz, gereksiz hatta anlamsız kılabilir.

Nitekim, Anayasa koyucu bu durumu da dikkate alarak, yalnızca yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin koşullarını belirtmiş ama bu tedbirin dava süreci içinde ne zaman uygulanacağını mahkemenin takdirine bırakmıştır.

Ayrıca kanun koyucunun, bir yandan davacının yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanmasını bir süre geciktirerek, diğer yandan davalı idarenin İYUK'da (md: 16/3) otuz gün olan savunma süresini kısaltmakla, davacı ve davalının menfaatleri arasında bir denge kurmayı amaçladığı düşünülebilir. Fakat, davacının hak arama, davalının savunma haklarının en temel Anayasal haklardan olduğu dikkate alındığında, davacı ve davalının menfaatleri arasındaki denkliğin Anayasal haklarda herhangi bir kısıtlamaya gitmeksizin daha etkili bir şekilde sağlanacağı açıktır.

Bu değerlendirmeler sonucunda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 105. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kuralların, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasına, 36. ve dolayısıyla 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bulunduğu kanısına varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152., 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 105. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali ve yürürlüğünün durdurulması için, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına 03.01.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Yasa'nın itiraz konusu üçüncü fıkrayı da içeren 105. maddesi şöyledir:

"Kurul kararlarına karşı açılacak idarî davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülür. Danıştay, Kurul kararlarına karşı yapılan başvuruları acele işlerden sayar.

İlişkili Bakanlık, Kurulun düzenleyici nitelikteki kararlarına karşı iptal davası açabilir.

Kurul kararlarına karşı açılacak idari davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için ayrıca duruşma yapılır. Bu halde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki otuz günlük süre uygulanmaz. Yürütmenin durdurulması talepleri, Kurumun savunması alınmadan karara bağlanamaz. İlgili taraflar yürütmenin durdurulması talebinin kendisine tebliğ tarihinden

itibaren yedi gün içinde savunmasını vermek zorundadır. Aksi halde savunma beklenmeksizin karar verilir.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İptal istemi, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine dayandırılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün katılmalarıyla 22.2.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle, karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

İtiraz başvurusunda, Bankacılık Kanunu’nun 105. maddesinin üçüncü fıkrasının, Danıştay’ın yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisini tümüyle ortadan kaldırmadığı, ancak davanın açıldığı tarihten itibaren somut olayın özelliklerini dikkate alarak yürütmenin durdurulması tedbirine başvurmasını engellediği, ayrıca davacının yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanmasının geciktirildiği gibi davalı idarenin savunma süresinin de kısaltıldığı, böylece davacının hak arama, davalının ise savunma haklarının kısıtlandığı bu nedenlerle kuralın Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararlarına karşı açılacak idari davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için, İdari Yargılama Usulü Kanunu’ndan farklı hüküm öngörülerek duruşma yapılması koşulu getirilmiş, yürütmeyi durdurma kararının gecikmemesi için otuz gün olan genel savunma süresi yedi güne indirilerek bu süre içerisinde savunma yapılmadığı takdirde savunma beklenmeden karar verileceği belirtilmiştir.

Anayasa’nın “Hak arama hürriyeti” başlıklı 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 kaçınmaz.”, maddenin

gerekçesinde de “Maddenin birinci fıkrasında hak arama hakkının ilk şartı olan yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve hürriyeti hüküm altına alınmış ve bunun tabi sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma ve adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargılama usulü kanunu ve yargı organı, Anayasa emri olarak, adil ve hakkaniyete uygun yargılamayı sağlayacak şekilde düzenlenecektir.” denilmiştir.

Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yoludur. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 6-12. maddelerinde de düzenlenmiştir. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletin başlıca ölçütlerinden, çağdaş demokrasinin gereklerinden ve vazgeçilmez koşullarından biridir.

Anayasa’nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri yasayla düzenlenir. Mahkemelerin nihai karardan önce ileride kendi kararlarının uygulanabilirliğini ve geçerliliğini sağlamak üzere alacakları önlemler yargılama usulü kuralları arasındadır. Yürütmenin durdurulması ile ilgili kurallar da diğer yargılama usulü kuralları gibi yasakoyucu tarafından serbestçe Anayasa’ya aykırı olmamak koşuluyla düzenlenebilir.

Anayasa’nın “Yargı yolu” başlıklı 125. maddesinin beşinci fıkrasında “İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir.”, maddenin gerekçesinde de yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak “...hangi hallerde yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği açıklıkla belirtmek yoluna gidilmiştir. Bu şekilde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için madde de gösterilen iki şartın bir arada bulunması ve ayrıca gerekçe gösterilmesi gerekmektedir.” denilmiştir. Buna göre yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması” ve “İdari işlemin açıkça hukuka aykırı olması” koşullarının birlikte gerçekleşmesi gereklidir. Anayasa’da yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak başka bir koşul bulunmamaktadır. Buna karşılık itiraz konusu kurala göre “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması” durumu davanın ilk aşamasında belirlense bile yürütmenin durdurulması kararı

verilemeyecek ve süresi kısaltılsa da öncelikle Kurumun savunması alınıp duruşma yapılacağından belli bir sürenin geçmesi gerekecektir. Bu itibarla itiraz konusu kural her ne kadar yürütmenin durdurulması koşullarını değiştirmemekte ise de, mahkemelerin bu konuda karar vermesini geciktirerek kişilerin telafisi imkansız zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun Anayasa'nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen *"idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması"* koşulunu etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceğinden bu yönden davacının, otuz günlük savunma süresini yedi güne indirerek davalının hak arama özgürlüğünü de zedeleyeceği açıktır.

Belirtilen nedenlerle, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 105. maddesinin üçüncü fıkrası, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

19.10.2005 günlü, 5411 sayılı "Bankacılık Kanunu"nun 105. maddesinin üçüncü fıkrasının uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.2.2006 gününde karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

19.10.2005 günlü, 5411 sayılı "Bankacılık Kanunu"nun 105. maddesinin üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 22.2.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İptal istemine konu 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 105. maddesinin üçüncü fıkrası ile, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) kararlarına karşı açılacak idari davalarda "yürütmenin durdurulması" istemleri ile ilgili olarak, BDDK yönünden İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) "duruşma" öngören ve ayrıca "savunma" süresini kısaltan (ilgili taraflara yedi gün içinde savunma verme zorunluluğu öngören) bir düzenleme yapılmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında "**Kanun**, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca milli güvenlik, **kamu düzeni**, genel sağlık **nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir.**" denilmektedir. Yine Anayasa Mahkemesi'nin 15.4.1975 tarih ve E.1973/19, K.1975/87 sayılı kararında "... **Mahkemelerin görev ve yetkilerini belirleyen usul kuralları kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle...**" denilerek, yargılama usulünü düzenleyen yasal tasarrufların "**kamu düzeninden**" olduğu vurgulanmıştır. **Kamu düzeni** kavramına verilecek anlam ile ilgili bir başka Anayasa Mahkemesi kararında da "...**kamu düzeni** deyiminin, toplumun dirlik ve düzenliğinin sağlanmasını, Devletin ve Devlet kuruluşlarının korunmasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle, toplumun her sahadaki düzeninin

temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığı kuşkusuzdur...” denilmektedir. (Anayasa Mahkemesi’nin 28.1.1964 tarih ve E.1963/128, K.1964/8 sayılı kararı)

Nitekim, 3622 sayılı Yasa’nın 10. maddesi ile İYUK’nun “yürütmenin durdurulması” başlıklı 27. maddesine eklenen 12 numaralı fıkra ile idari yargılama usulünde Danıştay Dava Daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin verecekleri yürütmenin durdurulması istemleri konusundaki kararlara karşı “**itiraz**” yolunun ihdası sonrası, bu düzenlemenin Anayasa’ya aykırılığı savıyla açılan iptal davasında, iptal istemini reddeden Anayasa Mahkemesi, sözkonusu düzenlemeyi Anayasa’nın 138. ve 125. maddelerine aykırı bulmamış ve şu gerekçeyle sonuca ulaşmıştır:

“... Yürütmeyi durdurma ile ilgili kararlara karşı itiraz olanağını getiren yeni düzenlemeler idari yargılama usulü ile ilgili kurallardır. Anayasa’nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kurulması, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usulleri yasayla düzenlenir. Mahkemelerin nihai karardan önce alacakları yasal önlemler ile ileride kendi kararlarının uygulanabilirliğini ve geçerliliğini sağlamak üzere alacakları önlemler yargılama usulü kurallarıdır. **Yürütmeyi durdurma ile ilgili kurallar**, Anayasa’nın 125. maddesi sınırları içinde kalmak ve Anayasa’nın diğer temel kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, **diğer yargılama usulü kuralları gibi yasa koyucu tarafından serbestçe düzenlenebilirler...** Yargı organının kendi içindeki çalışma yöntemleri ile uyguladığı yargısal tekniklerin oluşturduğu yargılama yöntemiyle ilgili dava konusu kurallar, Anayasa’nın 138. maddesinin amacına ve açık anlatımına herhangi bir aykırılık taşımamaktadır. **Dava konusu düzenlemeler, yargısal uygulamalarla ilgili yeni bir çözüm yoludur.** Bu nedenle dava konusu yasa ile konulan itiraz yolunun, Anayasa’nın yürütmeyi durdurmaya düzenleyen 125. maddesinin beşinci fıkrasına ve mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesine aykırı bir yönü yoktur. (Anayasa Mahkemesi’nin 21.6.1991 tarih ve E.1990/20, K.1991/17 sayılı kararı)

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un “Bu kanunda düzenlenen her türlü para cezası idari niteliktedir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz ve zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir.” şeklindeki 26. maddesinin iptali istemiyle yapılan

itiraz başvurusunda da Anayasa Mahkemesi, sözkonusu düzenlemeyi şu gerekçeyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır:

“... Bir karara karşı itirazda bulunmak veya kanun yoluna başvurmak, o konuda, hakkın neden ibaret olduğunun tespitini başka bir yargı merciinden de istemektir. **Bunun nasıl yapılacağı ise usul hükümleri ile gösterilir.** Anayasa'da mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre, usul yasalarının Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır... İtiraz konusu kuralla, yasama organı toplumsal düzeni bozan kimi hukuka aykırı durumları yaptırıma bağlama yetkisini idareye vermiş, ancak kişinin haklarını korumak amacıyla bu kararlara karşı idare mahkemelerine itiraz yolunu açmıştır. **Yasama organı bu tür davaların görülmesinde ve sonuçlandırılmasında basit fakat hızlı bir usul öngörerek genel hükümlerden ayrılmakta kamu yararı görmüştür... İtiraz konusu kuralla, kanun yoluna başvurulmasına olanak vermeyecek biçimde hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacıyla getirilen sınırlamada, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır.** Bu nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırı değildir... İdarenin toplumsal düzeni bozan davranışlar için bireylere uyguladığı para yaptırımlarına karşı 'itiraz' üzerine verilen kararların kesin olması işin niteliğine aykırı değildir. **Yasa koyucunun, suç olarak düzenlemediği ve genel mahkemelerin görev ve yetkisinden çıkararak idarenin ceza yaptırımına bağladığı bu yasadaki eylemler için, para değerinin değişkenliğini gözönünde tutarak hızlı yargılama sağlayan bu yöntemi kabul etmesinde kamu yararını gözettiği açıktır.** Bu nedenlerle, **itiraz konusu kuralla getirilen kanun yolu sınırlaması idarenin yargısal denetimini etkisiz duruma getirmediğinden** Anayasa'nın 125. maddesine aykırılık yoktur... Anayasa'nın Danıştay'ı idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme mercii olarak tanımlayan 155. maddesinde, tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçirileceği konusunda bir kural yer almamaktadır. **Mahkemelerin kuruluş, görev, işleyiş ve yargılama usullerini Anayasa çerçevesinde düzenlemekle görevli olan yasakoyucunun basit gördüğü kimi davalarda üst yargı yolunu kapayabileceği açıktır.** Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 155. maddesine de aykırı değildir...” (Anayasa Mahkemesi'nin 23.5.2001 tarih ve E.2001/232, K.2001/89 sayılı kararı; AMKD., Sayı: 37, 1. Cilt, s.541-550)

Yapılan açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; yargılama usulünü düzenleyen yasal tasarrufların “kamu düzeni”ne ilişkin olduğu, iptal istemine konu kuralla BDDK kararlarına karşı açılan davalarda

yürütmenin durdurulması talepleri için duruşma açılması zorunluluğu, İYUK'nun 17. maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki otuz günlük sürenin uygulanmayacağı, yürütmenin durdurulması taleplerinin BDDK'nın savunması alınmadan karara bağlanamayacağı, ilgili tarafların yürütmenin durdurulması talebinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde savunmasını yapmak zorunda olduğu, aksi halde savunma beklenmeksizin karar verileceği yolunda yapılan düzenlemelerin de, idari yargılama usulünde BDDK işlemleri yönünden istisna öngören bir yasal tasarruf mahiyetini taşıdığı, aşağıda işaret edileceği üzere, ülke ekonomisini sarsabilecek düzeyde sonuçlara varma ihtimali bulunan BDDK işlemlerinin özellik ve mahiyeti gözetilerek, yasakoyucu tarafından salt bu işlemler yönünden özel bir usul yöntemi öngörülmesinde “kamu yararı” dışında başkaca bir amaç gözetilmediği, bu yolla idarenin yargısal denetiminin etkisiz hale getirilmiş olmasının da sözkonusu bulunmadığı, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasına göre “kamu düzeni” nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin dahi kanunla sınırlanmasının imkân dahilinde olduğu, oysa davanın somutunda yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanmasının sözkonusu olmadığı ve yalnızca “özellikli” görülen BDDK işlemlerine karşı açılacak davalarda, yürütmenin durdurulması istemleri konusunda açıklanan düzenlemeyle, basit ve hızlı bir yargılama usulünün öngörülerek, genel hükümlerden (2577 sayılı İYUK'un yürütmeyi durdurma ile ilgili düzenlemelerinden) ayrıldığı, böylelikle iptali istenen kuralın, yasa koyucunun bu konuda sahip olduğu takdir hakkı çerçevesinde kamu yararını gözeterek yargısal uygulamaya yönelik olarak bulduğu ve hakkın özünü zedelemeyen yeni bir çözüm yolundan ibaret bulunduğu, kaldı ki Anayasa'nın sözü edilen 125. maddesinin altıncı fıkrasındaki “**sınırlayabilir**” sözcüğünün, aynı zamanda yürütmenin durdurulması konusundaki usul kurallarının daraltılması halini de ihtiva ettiği, bu bakımdan itiraz konusu kuralın, belirtilen yönü itibarıyla de anılan Anayasa hükmünün sözüne ve özüne aykırı düşmediği açıktır.

2- Bankacılık sistemi, ülkenin “hazine”sinin ve finans politikasının ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir. Özellikle son on yılda yaşanan banka krizleri sonucu birçok bankaya devlet tarafından elkonulmasıyla ekonomi büyük çöküntüye uğradığı gibi, yüzbinlerce kişinin de bu nedenle mağdur olduğu maddi bir vakadır. Bankacılık sistemi kaynaklı sözkonusu ekonomik krizlerin, daha geniş toplum katmanlarına yayılması, yasa koyucuyu bu konuda etkin ve köklü tedbirler almaya itmiş ve bankacılık sistemini kontrol altında tutan BDDK kurumu ihdas edilmiş, bu kuruma idari ve mali özerklik tanınmış; nihayet 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile BDDK'nın daha etkin, verimli, şeffaf ve hesap

verebilir şekilde çalışmasını öngören hükümler getirilmiş, kurumun düzenleme ve denetleme fonksiyonunun kapsamı finansal holding şirketlerini, finansal kiralama şirketlerini, faktoring şirketlerini ve finansman şirketlerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Gelişen süreç içerisinde, bankacılık sisteminde bu denli etkin bir konuma gelen BDDK'nın bankalar ve bankacılık işlemleri konusunda tesis edeceği idari işlemlerin ülke çapındaki olası tesirleri ve önemi dikkate alınarak, bu "özellikli" işlemlere karşı açılacak idari davaların Danıştay'da görülmesi esası benimsenmiş ve yukarıda işaret edilen itiraz konusu kuralla da, sözkonusu işlemler yönünden bazı istisnai usul hükümleri öngörülmüştür. Hazine işlemlerinin, bu meyanda bankacılık sistemi ile bu sistemi kontrol altında tutarak denetleyen BDDK'nın faaliyetlerinin "kamu düzeni"nden olduğu tartışmasız olduğundan; kamu yararını da gözeterek yasa koyucunun BDDK işlemleri yönünden, genel idari usul kurallarına istisna teşkil eden kurallar öngörmesi Anayasa'ya aykırı değildir.

3- BDDK işlemlerine karşı açılacak davalarda yürütmeyi durdurma taleplerinin duruşma yapılmadan ele alınamayacağı, bu taleplerin davalı BDDK'nın savunması alınmadan karara bağlanamayacağı, her iki tarafın yedi gün içinde savunma yapmak zorunda oldukları yolundaki düzenlemelerin, yürütmenin durdurulması kararının verilmesini zorlaştırdığı iddiası doğru olmadığı gibi; basit, hızlı ve usul prosedürü kısaltılmış bir yöntemin yasa koyucu tarafından tercih edilmesinde, olsa olsa bu yöndeki taleplerin daha titiz, daha özenli, daha ciddi bir şekilde ele alınması suretiyle bankacılık sisteminin en üst yetkili mercii olan BDDK'nın, birinci elden görüşlerini idari yargı organına (Danıştay'a) en kısa sürede açıklaması düşüncesiyle, bu yöndeki kamu yararının etken olduğu çok açıktır. Diğer bir deyişle, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğü kesinlikle sınırlandırılmamış (daraltılmamış), sav ve savunma hakkı zedelenmemiş, davanın her iki yanına da eşit usul kuralları öngörüldükçe (yedişer günlük savunma sürelerinin tanınması) "silahların eşitliği" ilkesine riayet edilmiş, "demokratik toplum düzeninin gerekleri"ne aykırı bir yöntem getirilmemiş ve hukuk devleti ilkesine aykırı davranılmamıştır.

4- Açıklanan nedenlerle, itiraz istemine konu kuralın Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan; kuralın iptaline yönelik çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılamıyoruz.

E: 2006/20, K: 2006/25

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2005/42

Karar Sayısı: 2006/27

Karar Günü : 23.2.2006

İPTAL DAVASINI AÇAN: Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER

İPTAL DAVASININ KONUSU: 26.4.2005 günlü, 5336 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen Ek 24. maddenin ikinci ve son fıkralarının, Anayasa'nın 6., 7., 38. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"5336 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Yasası'na eklenen ek 24. maddenin,

- İkinci fıkrasında,

"En az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olup, sınav tarihi itibarıyla 27 yaşından gün almayan erkek ve bayanlar ile askerliğini yapmış 29 yaşından gün almamış erkek adaylar arasında yapılacak seçme sınavında başarılı olanlar, altı aydan az olmamak üzere polis meslek eğitimine alınırlar.",

- Dördüncü fıkrasının birinci tümcesinde,

"Polis meslek eğitim merkezlerindeki eğitim-öğretim süresi içerisinde; giriş şartlarını taşımadıkları sonradan anlaşılanlar, eğitim ve öğretimini başarı ile tamamlayamayanlar, sağlık ve disiplin yönünden polis olamayacağına yetkili kurullarca karar verilenlerin polis meslek eğitim merkezleri ile ilişkileri kesilir.",

- Beşinci fıkrasının birinci tümcesinde,

“Polis meslek eğitim merkezlerinde eğitimlerini başarı ile tamamlayanlar, Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarına aday polis memuru olarak atanırlar.”,

- Son fıkrasında da,

“Polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluş ve çalışma usûl ve esasları; bu merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar, mezun oldukları okulların nitelikleri, yapılacak sınavlar, disiplin ve eğitim-öğretimle ilgili konular, öğrenciliğin sona ermesi, tazminat ve yükümlülük esasları ile giyecekleri kıyafetler ve diğer hususlar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”,

kurallarına yer verilmiştir.

Bu kurallara göre, yönetmelikte belirtilecek,

- En az dört yıl süreli yükseköğretim kurumlarını ya da bunlara denkliği kabul, edilen yurt dışı yükseköğretim kurumlarını bitirip,

- Koşulları taşıyanlardan,

- Sınavı kazananlar,

polis meslek eğitim merkezlerine öğrenci olarak alınacak; eğitimi başarı ile tamamlayanlar aday polis memuru olarak atanacaktır.

Yasa’da “atanırlar” sözcüğü kullanıldığı için, koşulları taşıyıp sağlık ya da disiplin sorunu bulunmayanların, eğitimi başarıyla tamamlamaları durumunda memur kadrosuna atanmaları zorunludur.

Öğrenci statüsünden memur statüsüne geçişte böyle bir zorunlu yasal bağ bulunduğuna göre, öğrenci statüsüne kabul edileceklerin nitelikleri, taşımaları gereken koşullar, sınav ve disiplin konuları memur statüsünü doğrudan ilgilendirmektedir.

Bu durumda, polislik mesleğine geçişin başlangıcı olan eğitime alınacak adaylar için genel ve soyut olarak öğrenim, sınav ve yaş koşulu getirildikten sonra, öğrencilerin taşımaları gereken koşullara ve bitirilen okulların niteliklerine ilişkin hiçbir düzenlemeye yer verilmeden, bu koşul ve niteliklerin belirlenmesini İçişleri Bakanlığı’nca çıkarılacak yönetmeliğe bırakan kuralın Anayasa’ya uygunluğunun irdelenmesi gerekmektedir.

1 - Anayasa’nın 128. maddesinde, Devlet’in genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği kurala bağlanmıştır.

Kamu düzeni ve kamu güvenliğini sağlama görevi ile bu hizmeti yürüteceklerin sözkonusu fıkra kapsamında olduklarında kuşku bulunmamaktadır.

Anayasa'nın aynı maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin yasayla düzenleneceği; 6. maddesinde, egemenliğin kayıtsız şartsız Ulus'un olduğu, Türk Ulusu'nun egemenliğini Anayasa'nın koyduğu ilkelere göre yetkili organları eliyle kullanacağı, hiçbir kişi ya da organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı; 7. maddesinde de, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmiştir.

Bu anayasal kurallar uyarınca, polis meslek eğitim merkezlerinde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak koşulların, bu öğrencilerin bitirdikleri yüksek öğretim kurumlarının niteliklerinin, sınav ve disiplin konularının, herhangi bir duraksamaya neden olmayacak açıklıkta yasayla düzenlenmesi gerekmektedir.

4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Yasası'nın 10 ve 15. maddelerinde, polis meslek yüksek okulları ve fakülteye alınacak öğrencilerin bitirdikleri okullar arasında kimi liselerin sayılmamasının Anayasa'ya aykırı olduğu savıyla açılan dava üzerine Anayasa Mahkemesi'nce verilen 12.02.2004 günlü, E.2001/349, K.2004/14 sayılı kararda, belirli önemde kimi kamu hizmetlerinin özellikleri gözetilerek gerçekleştirilen bu tür düzenlemelerin, anayasal ilkelere bağlı kalınması ve hizmetin gereklerinin gözönünde tutulması koşuluyla yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu, Yasa'da öngörülen okulları bitirenlerin emniyet hizmetlerinin gereklerine daha uygun olduğu kabul edilmiş ve iptal istemi reddedilmiştir.

Bu kararla varılan sonuca göre de, polis mesleği ile ilgili eğitim-öğretim kurumlarına alınacak öğrencilerin bitirdikleri okulun, hizmetin gerekleri gözönünde bulundurularak yasada belirlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenlerle, 5336 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 3201 sayılı Yasa'ya eklenen ek 24. maddenin, öğrencilerde aranacak koşulları ve bitirilen okulları belirlemeyen ikinci fıkrası ile bu konuların, yapılacak sınavların, disiplin ve öğrenciliği sona erdirecek nedenlerin İçişleri Bakanlığı'na çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini öngören son fıkrası; Anayasa'nın,

- Çerçevesi çizilip ilkeleri konulmadan bu konuları yönetimin takdirine ve yönetsel düzenlemelere bırakan içeriğiyle 128. maddesine,

- Yasama yetkisinin devri niteliğinde kural içerdiğinden 7. maddesine ve hiçbir organın kaynağını Anayasa'dan almadan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını belirten 6. maddesine,

aykırı düşmektedir.

2- Öte yandan, Anayasa'nın 38. maddesinde, kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan yasanın suç saymadığı bir eylemden dolayı cezalandırılmayacağı, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik önlemlerinin ancak yasayla konulacağı belirtilerek suç ve cezada yasallık ilkesi getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da belirtildiği gibi, bu maddede "adli-idari" ayrımı yapılmadığı için disiplin suç ve cezaları da bu madde kapsamına girmektedir. Bu nedenle disiplin suç ve cezalarının yasayla düzenlenmesi gerekmektedir.

5336 sayılı Yasa'nın 2. maddesiyle 3201 sayılı Yasa'ya eklenen ek 24. maddenin dördüncü fıkrasında, disiplin yönünden polis olamayacağına yetkili kurullarca karar verilenlerin polis meslek eğitim merkezleri ile ilişkilerinin kesileceği; son fıkrasında da, disiplin ve öğrenciliğin sona ermesi ile ilgili konuların İçişleri Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Bu niteliği ile son fıkra kuralı, suç ve cezada yasallık ilkesi ile bağdaşmamakta ve Anayasa'nın 38. maddesine de aykırı düşmektedir.

SONUÇ

1 - Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 26.04.2005 günlü, 5336 sayılı "Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 2. maddesiyle 3201 sayılı Yasa'ya eklenen ek 24. maddenin ikinci ve son fıkralarının, Anayasa'nın 6, 7, 38 ve 128. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptallerine,

2 - Uygulanmaları durumunda doğacak giderilmesi güç ya da olanaksız hukuksal sonuçlar gözönünde bulundurularak, söz konusu fıkraların yürürlüklerinin durdurulmasına,

karar verilmesini arz ederim."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

26.4.2005 günlü, 5336 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile 3201 sayılı kanuna eklenen ve iptali istenilen kuralları da içeren EK 24. madde şöyledir:

“Emniyet Teşkilatının polis memuru ihtiyacını karşılamak üzere, Maliye Bakanlığı ile Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı ve Devlet Personel Başkanlığının görüşü alınmak suretiyle İçişleri Bakanlığının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile polis meslek eğitim merkezleri açılabilir.

En az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olup, sınav tarihi itibarıyla 27 yaşından gün almayan erkek ve bayanlar ile askerliğini yapmış 29 yaşından gün almamış erkek adaylar arasında yapılacak seçme sınavında başarılı olanlar, altı aydan az olmamak üzere polis meslek eğitimine alınırlar.

Polis meslek eğitim merkezlerinde eğitim-öğretim, parasız yatılı ve üniformalı olup, öğrencilerin iâşe, ibate ve sağlık giderleri ile diğer istihkakları Devletçe karşılanır. Ayrıca, öğrencilere polis meslek yüksek okulu öğrencilerine ödenen miktar kadar harçlık ödenir.

Polis meslek eğitim merkezlerindeki eğitim-öğretim süresi içerisinde; giriş şartlarını taşımadıkları sonradan anlaşılanlar, eğitim ve öğretimini başarı ile tamamlayamayanlar, sağlık ve disiplin yönünden polis olamayacağına yetkili kurullarca karar verilenlerin polis meslek eğitim merkezleri ile ilişkileri kesilir. Sağlık veya ölüm dışındaki nedenlerle ilişkisi kesilenlerden, ödenen harçlık ve yapılan masraflar kanunî faizi ile birlikte tahsil edilir.

Polis meslek eğitim merkezlerinde eğitimlerini başarı ile tamamlayanlar, Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarına aday polis memuru olarak atanırlar. Bu şekilde atananlar, atanma tarihinden itibaren altı yıl süreyle başka kurumlara nakil yoluyla atanamazlar. Bu süre zarfında memuriyetten çekilen, çekilmiş sayılan, meslekten veya memuriyetten çıkarma cezası alan ve aslî memurluğa atanamayarak ilişkisi kesilenler, mecburi hizmet sürelerinin kalan her yılı için, kendilerine yapılmış olan öğretim masraflarını tazminat olarak ödemek zorundadırlar.

Polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluş ve çalışma usûl ve esasları; bu merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar, mezun

oldukları okulların nitelikleri, yapılacak sınavlar, disiplin ve eğitim-öğretimle ilgili konular, öğrenciliğin sona ermesi, tazminat ve yükümlülük esasları ile giyecekleri kıyafetler ve diğer hususlar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde Anayasa’nın 6., 7., 38. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR’ün katılımlarıyla 12.5.2005 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Ek 24. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, “en az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından” mezun olanlar arasında yapılacak seçme sınavında başarılı olanlardan polis meslek eğitim merkezlerinde eğitime alınıp eğitimlerini başarı ile tamamlayanların aday polis memuru olarak atanmalarını öngören kuralın, öğrencilik statüsüyle memurluk statüsü arasında zorunlu yasal bir bağ kurduğundan hareketle, eğitim merkezlerine alınacak öğrencilerin ve bitirilen okulların niteliklerine ilişkin düzenlemelere yer verilmeksizin buna ilişkin esasların İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa’nın 6., 7. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

İptali istenilen fıkrada, en az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olup, sınav tarihi itibarıyla 27 yaşından gün almayan

erkek ve bayanlar ile askerliğini yapmış 29 yaşından gün almamış erkek adaylar arasında yapılacak seçme sınavında başarılı olanların, altı aydan az olmamak üzere polis meslek eğitimine alınacakları öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği kuralı yer almaktadır. 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. Bununla birlikte, yasada temel esasların belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

İkiyüzbini aşkın mensubu ve çok geniş bir faaliyet alanı bulunan Emniyet Teşkilatının ihtiyaç ve beklentilerine yanıt verebilecek nitelikte polislerin yetiştirilmesi amacıyla yapıldığı anlaşılan düzenlemenin; polis meslek eğitimine alınacak adaylar için en az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olma ölçütü ile birlikte yaş ve sınav koşulları öngörmesi ve adayların tabi tutulacakları eğitim süresini de belirlemesi dikkate alındığında açık, objektif ve çerçevesi belirlenmiş nitelikte olduğu görülmektedir. Belirli önemde bazı kamu hizmetlerinin özelliklerini gözetenek gerçekleştirdiği bu tür düzenlemeler yasakoyucunun, anayasal ilkelere bağlı kalmak ve hizmetin gereklerini dikkate almak koşuluyla takdir yetkisi içinde kalan yasama işlemleridir.

Anayasa'nın 128. maddesinde, Devlet'in, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütüleceği, bu kapsama giren personelin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülüklerinin de yasayla düzenleneceği öngörülmüştür.

Polis meslek eğitim merkezlerinde eğitimlerini başarı ile tamamlayanların Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarına aday polis memuru olarak atanacak olmaları öğrencilerin daimi ve sabit kamu hizmetleri kadrosunda yer alan, bürokratik hiyerarşi içerisinde bulunan ve Devlet'ten maaş alan görevliler oldukları anlamına gelmediğinden öğrencilik statüsü içerisinde bulunan kişilerle ilgili düzenlemelerin memur ve kamu görevlilerinin statülerini düzenleyen anayasal ilke uyarınca değerlendirilmesi söz konusu olamaz.

Açıklanan nedenle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 7. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Konunun, Anayasa'nın 6. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

B- Ek 24. Maddenin Son Fıkrasının İncelenmesi

1- “Mezun oldukları okulların nitelikleri” ibaresi

Dava dilekçesinde, polis meslek eğitim merkezlerine alınacak öğrencilerin bitirdikleri okulların niteliklerinin İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakılmasının Anayasa'nın 6., 7. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Ek 24. maddenin son fıkrasında “Polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluş ve çalışma usûl ve esasları; bu merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar, mezun oldukları okulların nitelikleri, yapılacak sınavlar, disiplin ve eğitim-öğretimle ilgili konular, öğrenciliğin sona ermesi, tazminat ve yükümlülük esasları ile giyecekleri kıyafetler ve diğer hususlar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.” denilerek hususlar belirtilmektedir.

Anayasa'nın 7. maddesinde “Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez” denilmektedir. Buna göre, yasakoyucunun 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. Yasakoyucu gerektiğinde sınırlarını belirlemek koşuluyla bazı konuların düzenlenmesini idareye bırakabilir. Bu bağlamda, sık sık değişik önlemler alınmasına veya bunların kaldırılmasına gerek görülen ekonomik, teknik, veya benzeri alanlarda temel kurallar saptandıktan sonra ayrıntıların düzenlenmesinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Maddenin son fıkrasında, eğitime alınacak öğrencilerin “mezun oldukları okulların nitelikleri”nin İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği öngörüülerek, Madde'nin ikinci fıkrasında yer alan “en az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumları” ibaresiyle çizilen çerçevenin, değiştirilmesine olanak tanınması, bu konudaki yasama

yetkisinin idareye devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırıdır. İbare'nin iptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılığı nedeniyle iptal edildiğinden, Anayasa'nın 6. ve 128. maddeleri yönünden inceleme yapılmamıştır.

2- Fıkranın geri kalan bölümleri

Dava dilekçesinde, polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluş ve çalışma usul ve esasları, bu merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar, yapılacak sınavlar, disiplin ve eğitim-öğretimle ilgili konular, öğrenciliğin sona ermesi, tazminat ve yükümlülük esasları ile giyecekleri kıyafetler ve diğer hususların İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenecek olmasının Anayasanın 6., 7. ve 128. maddelerine, disiplin suç ve cezalarının düzenlenmesini öngören kuralın ayrıca Anayasa'nın 38. maddesine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek "suç ve cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir.

İdarenin faaliyetleri çok çeşitli ve değişken olduğundan disiplin cezasını gerektirecek fiiller ile haklarında uygulanacak disiplin cezalarının yasa ile belirlenmesi güç ve hatta olanaksızdır. Bu nedenle memuriyet statüsüyle ilgisi bulunmayan Polis Meslek Eğitim Merkezi öğrencilerine ilişkin disiplin, suç ve cezalarının yasalarla yönetmeliklere bırakılması Anayasa'nın 38. maddesine aykırılık oluşturmaz.

Fıkranın kalan kısmında düzenleme yapma yetkisinin İçişleri Bakanlığı'na bırakılması, Yasa'da çerçevenin çizilmiş ve genel esasların belirtilmiş olması nedeniyle Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir.

Fıkranın geri kalan bölümüne yönelik iptal isteminin reddi gerekir.

Konunun Anayasa'nın 6. ve 128. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

Fulya KANTARCIOĞLU ve Şevket APALAK fıkranın "...polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluş ve çalışma usul ve esasları..." bölümünün, Tülay TUĞCU ve Fulya KANTARCIOĞLU "... bu merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar..." bölümünün, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK "...disiplin..." sözcüğünün, Fulya KANTARCIOĞLU fıkranın kalan bölümünün iptali gerektiği görüşü ile bu görüşe katılmamışlardır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

26.4.2005 günlü, 5336 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek 24. maddenin:

1- İkinci fıkrasına yönelik iptal istemi 23.2.2006 günlü, E. 2005/42, K. 2006/27 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkra ile ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

2- Son fıkrasının;

a- "... mezun oldukları okulların nitelikleri, ..." bölümünün yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

b- Kalan bölümüne yönelik iptal istemi 23.2.2006 günlü, E. 2005/42, K. 2006/27 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bölüme ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

23.2.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

26.4.2005 günlü, 5336 sayılı "Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 2. maddesiyle 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen ek 24. maddenin:

1- İkinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Son fıkrasının;

a- "Polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluş ve çalışma usûl ve esasları; ..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- "... bu merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar, ..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU ile Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

c- "... mezun oldukları okulların nitelikleri, ..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

d- "... disiplin ..." sözcüğünün, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

e- Kalan bölümünün, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

23.2.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY

Emniyet Teşkilatı Kanunu'na 5336 sayılı Yasa ile eklenen ek 24. maddenin ikinci fıkrasındaki, polis meslek eğitime alınacak kişilerde aranan en az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olma koşulu, bu kişilerin eğitim süreleri sonunda mesleğe atanacakları gözönünde tutulduğunda kamu hizmetine girme koşulunu oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 128. maddesi gereği memuriyete atanacak kişilerin niteliklerinin ve atanmalarının yasayla düzenlenmesi zorunludur.

İptali istenilen bölümde ise sadece dört yıllık yüksek okul mezunu olmak koşulu getirilmiş olup, bu koşulun kolluk görevi yapacak olan polis memurları için yeterli ölçüde belirgin olmadığı açıktır. Bu husus Anayasa'nın öngördüğü idarenin yasallığı ilkesine aykırıdır.

Maddenin son fıkrasının “Merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar”ın yönetmelikle düzenleneceğini öngören bölümü de aynı gerekçeyle Anayasa’nın 128. maddesindeki hükme aykırılık teşkil etmektedir.

Son fıkrada yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen bir hususta eğitime alınacak öğrencilerin disiplinle ilgili konumlarıdır. Anayasa’nın 38. maddesinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur denmektedir. Bu bağlamda disiplin suç ve cezalarının da, suç ve cezada kanunilik ilkesine tabi olduğu kuşkusuz olup, fıkrada disiplin konusunu düzenleyen herhangi bir ilke veya sınır konulmamıştır. Bu nedenle sözcük Anayasa’nın 38. maddesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle, yukarıda belirtilen bölümler ile sözcüğün Anayasa’nın 7., 38. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan
Tülay TUĞCU

KARŞIOY GEREKÇESİ

3201 sayılı Emniyet Teşkilâtı Kanunu’na 5336 sayılı Yasa ile eklenen Ek Madde 24’ün ikinci fıkrasında, “En az dört yıllık yüksek öğretim kurumlarından veya bunlara denkliği kabul edilen yurt dışındaki yüksek öğretim kurumlarından mezun olup, sınav tarihi itibarıyla 27 yaşından gün almayan erkek ve bayanlar ile 29 yaşından gün almamış erkek adaylar arasında yapılacak seçme sınavında başarılı olanlar, altı aydan az olmamak üzere polis meslek eğitimine alınırlar”; son fıkrasında da “Polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluş ve çalışma usul ve esasları; bu merkezlerde eğitime alınacak öğrencilerde aranacak şartlar, mezun oldukları okulların nitelikleri, yapılacak sınavlar, disiplin ve eğitim-öğretimle ilgili konular, öğrenciliğin sona ermesi, tazminat ve yükümlülük esasları ile giyecekleri kıyafetler ve diğer hususlar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” denilmektedir. Madde’nin beşinci fıkrasında ise, dördüncü fıkrasında sayılan giriş şartlarının taşınmadığının sonradan anlaşılması, başarısızlık, sağlık ve disiplinle ilgili nedenlerle ilişkinin kesilmesi dışında, polis meslek eğitim merkezlerinde eğitimlerini başarıyla tamamlayanların Emniyet Genel Müdürlüğü kadrolarına aday polis memuru olarak atanacakları belirtilmiştir. Buna göre, idareye eğitimlerini başarıyla tamamlayanları polis memurluğuna atayıp, atamama hususunda takdir yetkisi verilmeyerek “bağlı yetki” esası kabul edilmiştir. Bu nedenle Madde’nin ikinci fıkrası uyarınca, polis meslek eğitimine alınanların polis memuru olarak atanmak üzere alındıklarında kuşku bulunmadığından,

niteliklerinin atanmalarının, görev ve yetkileri ile, hakları ve yükümlülüklerinin, aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi Anayasa'nın 128. maddesinin ikinci fıkrasının gereğidir. Anayasa'nın 7. maddesinde de yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin olduğu; bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmektedir. Bu ilke uyarınca, yürütme organına genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütme organının yasayla yetkilendirilmiş olması da yasayla düzenleme anlamına gelmeyeceğinden, yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için yasada sınırlarının çizilmesi temel esasların belirlenmesi gerekir. Ayrıntıların, kimi teknik ve uzmanlıkla ilgili konuların düzenlenmesi ise kuşkusuz idareye bırakılabilir.

Dava konusu ikinci fıkra, Anayasa'nın 70. maddesinin ikinci fıkrasında, yer alan "Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez" biçimindeki ilke de gözetilip polis olmanın gerektirdiği özellikler belirlenerek bir çerçeve çizilmesi gerekirken sadece dört yıllık yüksek öğretim ve yaş koşuluna yer verilmesinin kanunla düzenleme olarak kabulü olanaklı değildir. İptali istenilen son fıkra da polis meslek eğitim merkezlerinin kuruluşu, öğrencilerde aranacak koşullar ile bunların mezun oldukları okulların nitelikleri ve sınavlarla ilgili konularda yasal sınırlar belirlenmediği gibi suç ve cezaya ilişkin olması nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesi uyarınca yasayla düzenlenmesi gereken disiplin konusunda da temel esaslar gösterilmemiştir.

Öte yandan, Anayasa'nın 8. maddesine göre yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılıp, yerine getirileceğinden, idarenin kaynağını yasa'dan almayan yetki kullanamayacağı açıktır. Anayasa'nın 124. maddesi uyarınca, Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik çıkarabileceklerinden, idarenin yönetmelikle düzenleme yapılabilmesi için öncelikle sınırları yasa ile belirlenmiş bir alanın bulunması gerekmektedir. Yasayla yetkilendirme ise yasayla düzenleme anlamına gelmediğinden idareye yasa ile esasları belirlenmemiş, çerçevesi çizilmemiş bir alanda yönetmelik çıkarma yetkisi verilmesi yasama yetkisinin devri sonucunu doğuracağından Anayasa'nın 7. maddesine de aykırılık oluşturur. Bu bağlamda, ileride polis memurluğuna atanmak amacıyla eğitime alınanların çoğunluk görüşü doğrultusunda Anayasa'nın 128. maddesi kapsamında bulunmadıklarının kabulü durumunda da yasa koyucu herhangi bir alanı düzenlemek istediğinde bunu ancak yukarı da belirtilen yasama yetkisinin

devredilmezliğı ve idarenin yasallığı ilkesine göre yasal çerçeveyi çizerek gerçekleştirmekle yükümlü olduğundan varılan sonuç değişmeyecektir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu kuralların iptali gerektiğı düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na 5336 sayılı Kanun ile eklenen Ek 24. maddenin son fıkrasında yer alan disiplinle ilgili konuların yönetmelikle düzenleneceğine dair kuralın, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

Anayasa'nın suç ve cezalara ilişkin esaslar başlıklı 38. maddesinde "... Kimse, işlendiğı zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.", "...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." denilerek, suç ve cezaların herhangi bir ayırım gözetmeksizin kanunla konulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi olarak da ifade edilen bu husus ile kişi hak ve hürriyetlerinin güvence altına alınması sağlanmak istenmektedir. Cezaların, kişi hak ve hürriyetlerini sınırlayabileceğı gibi kimi yaptırımların hakları kullanılmaz hale getireceğinde de kuşku bulunmamaktadır. Nitekim, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na 5336 sayılı Kanun ile eklenen Ek 24. maddenin dördüncü fıkrasında, disiplin yönünden polis olamayacağına yetkili kurullarca karar verilenlerin polis meslek eğitim merkezleri ile ilişkilerinin kesileceğine ilişkin yaptırım, elde edilen bir hakkı kullanılmaz hale getirilebilmektedir. Buna göre, disiplin suç ve cezalarının da ayırimsız olarak suç ve cezada kanunilik ilkesini öngören 38. madde kapsamında değerlendirilerek, bunların da kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

Bu nedenle disiplin suç ve cezaları ile ilgili konuların kanun yerine yönetmelikle düzenleneceğini öngören kural, Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır.

Yukarda açıklanan gerekçe uyarınca kuralın iptali gerektiğinden, redde ilişkin çoğunluk kararındaki görüşe katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

Ek 24. madde, Polis Meslek Yüksek Okulları mezunları ile ülkenin polis ihtiyacının karşılanamaması nedeniyle, bu ihtiyacın 4 yıllık yüksek öğretim kurumlarından mezun olanlara en az 6 ay meslek eğitimi verilerek Emniyet Teşkilatına kazandırılmaları suretiyle karşılanması amacıyla çıkarılmış yasal bir düzenlemedir. Bu madde uyarınca açılacak polis eğitim merkezlerinde eğitime tabi tutulacak polis adayları ile ilgili disiplin suç ve cezalarına ilişkin esaslara da düzenlemede yer verilmesi gerekmektedir.

Anılan madde incelendiğinde, “disiplin” sözcüğü dışında bu konuda herhangi bir esas belirlenmediği ve konunun tümüyle yönetmeliğe bırakıldığı görülmektedir. Böyle bir düzenleme, yasa ile düzenleme niteliğinde sayılamaz. Polis adaylarının öğrenci statüsünde olmaları nedeniyle disiplin suçları yönetmelikle belirlenebilir ise de, disipline aykırı nitelikteki eylemlerin karşılığı olarak verilecek cezaların neler olduğu ve derecesi ile süresinin ne olacağı hususlarının yasa ile düzenlenmesi “cezada yasallık” ilkesi gereğidir. Bu nedenle iptali istenilen kuraldaki “disiplin” sözcüğü Anayasa’nın 7. ve 38. maddelerine aykırı olup iptali gerektiği görüş ve düşüncesinde olduğumdan aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

Üye

A. Necmi ÖZLER

AZLIK OYU

5336 sayılı Yasa’nın 2. maddesiyle 3201 sayılı Yasa’ya eklenen ek 24. maddenin;

1- İkinci Fıkrası Yönünden:

Anayasa’nın 128. maddesinde, kamu hizmetlerini yürüten memur ve diğer kamu görevlilerinin nitelik, atama, görev, yetki, hak ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenebileceği öngörülmüştür.

Polis meslek eğitim kuruluşlarına alınacak kişiler bu eğitimleri sonucu polis memuru olarak kamu hizmetine katılacaklardır. Burada eğitime katılanlara yalnızca öğrenci nitelmesi yapmak, eğitim sonucu polis memurluğunun başlayacak olmasını göz ardı etmek olur. Eğitim merkezine alınma koşulları bu anlamda kamu hizmetine girme koşulu da olmaktadır.

Bu bakımdan, kamu görevlilerinin nitelikleri arasında yer tuttuğunda kuşku bulunmayan polis eğitim merkezine girecek olanların bitirecekleri

lisans kurumlarının tek tek sayılarak açık bir biçimde Yasa'da belirtilmesi anayasal bir gerekliliktir. Yürütülecek kolluk hizmetinin doğal gerekleri yanında, yükseköğretimin çok farklı alanları konu alan lisans disiplinlerinin varlığı belirtilen gerekliliğin ayrı nedenleridir.

2- Son Fıkrasının "Polis meslek eğitim kuruluşlarının çalışma usul ve esasları..." Bölümüyle "...disiplin..." Sözcüğü Yönünden:

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir.

Polis meslek eğitim kuruluşları, merkezi idarenin genel yapısı içinde yer alan ve polis memurlarını yetiştiren kurumlardır. Bu özellikleri ve idare olma nitelikleri, anılan kuruluşların çalışma usul ve esaslarının idari düzenlemelere bırakılmadan yasayla düzenlenmesini gerektirmektedir.

Bu genellik yanında, Anayasa'nın 7. maddesinde öngörülen yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve devredilemeyeceği yolundaki kural, çerçevesi çizilmeden ve sınırları belirtilmeden yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesine engel olmaktadır.

Bu bakımdan, polis meslek eğitim kuruluşlarının çalışma usul ve esaslarının yönetmeliğe bırakılması Anayasa'ya aykırıdır.

Öte yandan, Anayasa'nın 38. maddesinde ceza ve ceza yerine geçen tedbirlerin ancak kanunla düzenlenebileceği açıklanmıştır. Anayasa ceza ve suç konusunda bir ayırım yapma yoluna da gitmemiştir.

Bu kurala karşın, suç ve ceza niteliği taşıyan disiplinle ilgili olarak yasal düzenleme yapılmaksızın, bu konuları yönetmeliğe bırakmak Anayasa'nın cezanın yasallığı ilkesine aykırı olmaktadır.

Sonuç:

Açıklanan nedenlerle, davaya konu Yasa'nın ek 24. maddesinin ikinci fıkrasının ve son fıkrasındaki "polis meslek eğitim kuruluşlarının çalışma usul ve esasları" bölümüyle "disiplin" sözcüğünün sırasıyla Anayasa'nın 128., 123., 7. ve 38. maddelerine aykırılığından ötürü iptalleri gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2006/33

Karar Sayısı: 2006/36

Karar Günü : 9.3.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onüçüncü Daire

İTİRAZIN KONUSU: 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacı vekilleri tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu kararının iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

“Şevket Demirel vekilleri Av. Ömer Asım Livanelioğlu, Av. Akın Balcı, Av. Ali Hadi Emre tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (Fon)'na karşı mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesinin (3) ve (4). fıkraları uyarınca, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) tarafından, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fon'a devredilen Egebank A.Ş'nin Bayraktar Grubundan devri sırasında, Bayraktar Grubu şirketlerine ait hisselerin devredildiği ve bu şirketlerin Egebank A.Ş'ye olan borçlarının nakledildiği Şevket Demirel Holding A.Ş'nin ve hissedarı davacının bankanın alımı nedeniyle cezaî ve hukuki sorumluluktan kurtulmak amacıyla gerçekleştirdiği belirtilerek, Şevket Demirel Holding A.Ş'nin banka hisse devir sözleşmeleri ile edindiği bankanın doğrudan ve dolaylı hisselerini Üniversal Yatırım A.Ş'ye devir işlemi ile davacının Şevket Demirel Holding A.Ş. nezdindeki paylarının devri işleminin, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15/7-b maddesine göre hükümsüz sayılmasına ve davacı ile birlikte beş kişiden, Egebank A.Ş. yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte

elinde bulunduran banka ortaklarından talep edilen 259.722.000,00 YTL banka kaynağının iade veya tazmininin talep edilmesine, ihtiyati haciz dahil olmak üzere 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsiline ve gerekli işlemlerin yerine getirilmesi hususunda Birinci Tahsilat Dairesi Başkanlığı ile Dava ve Takip Dairesi Başkanlığının yetkili kılınmasına ilişkin 29.09.2005 günlü ve 413 sayılı Fon Kurulu kararının iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle açılan davada dava dosyası incelenerek gereği görüldü:

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "Fon Kurulu kararlarına karşı yargı yolu" başlıklı 128. maddesinin ikinci fıkrasıyla "Fon Kurulu kararlarına karşı açılacak idarî davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için ayrıca duruşma yapılır. Bu halde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki otuz günlük süre uygulanmaz. Yürütmenin durdurulması talepleri, Fonun savunması alınmadan karara bağlanamaz. İlgili taraflar yürütmenin durdurulması talebinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde savunmasını vermek zorundadır. Aksi halde savunma beklenmeksizin karar verilir." kuralı getirilmiştir.

Görüldüğü gibi, Bankacılık Kanunu'nun sözü edilen maddesinde, Fon Kurulu kararlarına karşı Danıştay'da açılan davalarda yürütmenin durdurulması istemleri için duruşma yapılması usulü getirilmiş ve davalı idarenin savunması alınmadan yürütmenin durdurulması kararı verilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında, "İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir." kuralı yer almıştır. Anayasa kuralına koşturularak "Yürütmenin durdurulması" konusu, 2577 sayılı idari Yargılama Usulü Kanunu'nun (İYUK) 27. maddesinde düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 125. maddesine göre, sadece idari yargı yerince yürütmenin durdurulması kararının verilebilmesini gerektiren koşullar belirlenmiş, ancak bu koşulların takdiri yargı organına bırakılmıştır. Başka bir anlatımla, Anayasa kuralı uyarınca, somut olayda yürütmenin durdurulması koşullarının bulunup bulunmadığını, yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin gerekip gerekmediğini, yargısal tedbirin uygulanması zamanı yargı organının takdir yetkisi içinde bulunmaktadır.

Bu bağlamda Bankacılık Kanunu'nun sözü edilen hükmü incelendiğinde, bu kuralın Danıştay'ın yürütmenin durdurulması kararı verme yetkisini

tümüyle ortadan kaldırmadığı ancak, Danıştay'ın davanın açıldığı tarihten başlayarak somut olayın özelliklerini dikkate alarak yürütmenin durdurulması tedbirine başvurmasını engellediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, somut olayın özellikleri nedeniyle ilk aşamada Danıştay'ca yürütmenin durdurulması kararı verilmesini gerekli kılan bir durumda tedbir kararı verilememekte, Danıştayca ancak, dava dilekçesinin ve eklerinin davalıya tebliği ve Kanun'da belirtilen kısaltılmış savunma süresinin ve duruşma yapılması için gerekli tebligat sürelerinin geçmesinden sonra yürütmenin durdurulması hakkında karar verilebilmektedir. Bu durum, uyuşmazlıkta geline aşamada yürütmenin durdurulması kararı vermeyi etkisiz, gereksiz hatta anlamsız kılabilir. Nitekim, Anayasa koyucu bu durumu da dikkate alarak, yalnızca yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesinin koşullarını belirtmiş ama bu tedbirin dava süreci içinde ne zaman uygulanacağını mahkemenin takdirine bırakmıştır.

Ayrıca kanun koyucunun, bir yandan davacının yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanmasını bir süre geciktirerek, diğer yandan davalı idarenin İYUK'da (md: 16/3) otuz gün olan savunma süresini kısaltmakla, davacı ve davalının menfaatleri arasında bir denge kurmayı amaçladığı düşünülebilir. Fakat, davacının hak arama, davalının savunma haklarının en temel Anayasal haklardan olduğu dikkate alındığında, davacı ve davalının menfaatleri arasındaki denkliğin Anayasal haklarda herhangi bir kısıtlamaya gitmeksizin daha etkili bir şekilde sağlanacağı açıktır.

Bu değerlendirmeler sonucunda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralların, Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasına, 36. ve dolayısıyla 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırı bulunduğu kanısına varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152., 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının iptali ve yürürlüğünün durdurulması için, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına 15.02.2006 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Yasa'nın itiraz konusu ikinci fıkrayı da içeren 128. maddesi şöyledir:

"Beşyüzbin Yeni Türk Lirasını aşan miktarlara ilişkin Fon Kurulu kararlarına karşı açılacak davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda

görlür. Fon Kurulu kararlarına karşı yapılan başvurular acele işlerden sayılır.

Fon Kurulu kararlarına karşı açılacak idari davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için ayrıca duruşma yapılır. Bu halde 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 17 nci maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki otuz günlük süre uygulanmaz. Yürütmenin durdurulması talepleri, Fonun savunması alınmadan karara bağlanamaz. İlgili taraflar yürütmenin durdurulması talebinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde savunmasını vermek zorundadır. Aksi halde savunma beklenmeksizin karar verilir.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İptal istemi, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine dayandırılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İctüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün katılmalarıyla 9.3.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle, karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

İtiraz başvurusunda, Bankacılık Kanunu’nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının, Danıştay’ın yürütmeyi durdurma kararı verme yetkisini tümüyle ortadan kaldırmadığı, ancak davanın açıldığı tarihten itibaren somut olayın özelliklerini dikkate alarak yürütmenin durdurulması tedbirine başvurmamasını engellediği, ayrıca davacının yürütmenin durdurulması isteminin karara bağlanmasının geciktirildiği gibi davalı idarenin savunma süresinin de kısaltıldığı, böylece davacının hak arama, davalının ise savunma haklarının kısıtlandığı bu nedenlerle kuralın Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu ileri sürölmüştür.

İtiraz konusu kuralla Fon Kurulu kararlarına karşı açılacak idari davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için, İdari Yargılama Usulü Kanunu’ndan farklı hüküm öngörölerek duruşma yapılması koşulu

getirilmiş, yürütmeyi durdurma kararının gecikmemesi için otuz gün olan genel savunma süresi yedi güne indirilerek bu süre içerisinde savunma yapılmadığı takdirde, savunma beklenmeden karar verileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 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 kaçınmaz."*, maddenin gerekçesinde de *"Maddenin birinci fıkrasında hak arama hakkının ilk şartı olan yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme hakkı ve hürriyeti hüküm altına alınmış ve bunun tabi sonucu olarak da kişinin yargı mercileri önünde iddia, savunma ve adil ve hakkaniyete uygun yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Yargılama usulü kanunu ve yargı organı, Anayasa emri olarak, adil ve hakkaniyete uygun yargılamayı sağlayacak şekilde düzenlenecektir."* denilmiştir.

Hak arama özgürlüğü, toplumsal barışı güçlendiren dayanaklardan biri olmakla birlikte bireyin adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme uğraşının uygar yoludur. Uluslararası hukuk kaynaklarında özgün yeri bulunan hak arama özgürlüğü, değişik alanlardaki özellikleriyle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6-12. maddelerinde de düzenlenmiştir. İnsan varlığını soyut ve somut değerleriyle koruyup geliştirmek amacıyla hukuksal olanakları kapsamlı biçimde sağlama, bu konuda tüm yollardan yararlanma hakkını içeren hak arama özgürlüğü, hukuk devletinin başlıca ölçütlerinden, çağdaş demokrasinin gereklerinden ve vazgeçilmez koşullarından biridir.

Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri yasayla düzenlenir. Mahkemelerin nihai karardan önce ileride kendi kararlarının uygulanabilirliğini ve geçerliliğini sağlamak üzere alacakları önlemler yargılama usulü kuralları arasındadır. Yürütmenin durdurulması ile ilgili kurallar da diğer yargılama usulü kuralları gibi yasakoyucu tarafından serbestçe Anayasa'ya aykırı olmamak koşuluyla düzenlenebilir.

Anayasa'nın "Yargı yolu" başlıklı 125. maddesinin beşinci fıkrasında *"İdarî işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idarî işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda gerekçe gösterilerek yürütmenin durdurulmasına karar verilebilir."*, maddenin gerekçesinde de yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak *"...hangi hallerde yürütmenin durdurulması kararı verilebileceği açıklıkla belirtmek yoluna gidilmiştir. Bu şekilde, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için madde de gösterilen iki şartın bir arada bulunması ve ayrıca gerekçe gösterilmesi gerekmektedir."* denilmiştir. Buna göre yürütmenin

durdurulması kararı verilebilmesi için “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması” ve “İdari işlemin açıkça hukuka aykırı olması” koşullarının birlikte gerçekleşmesi gereklidir. Anayasa’da yürütmenin durdurulması ile ilgili olarak başka bir koşul bulunmamaktadır. Buna karşılık itiraz konusu kurala göre “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması” durumu davanın ilk aşamasında belirlense bile yürütmenin durdurulması kararı verilemeyecek ve süresi kısaltılsa da öncelikle Kurumun savunması alınıp duruşma yapılacağından belli bir sürenin geçmesi gerekecektir. Bu itibarla itiraz konusu kural her ne kadar yürütmenin durdurulması koşullarını değiştirmemekte ise de, mahkemelerin bu konuda karar vermesini geciktirerek kişilerin telafisi imkansız zararlarla karşılaşmalarına yol açacak niteliktedir. İdari yargıda yürütmenin durdurulması kararıyla güdülen amacın kişilerin hak arama özgürlüklerini daha etkili biçimde kullanabilmelerini sağlamak olduğu gözetildiğinde, böyle bir durumun Anayasa’nın 125. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen “idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararın doğması” koşulunu etkisiz kılarak yürütmenin durdurulması kararlarıyla gerçekleştirilmek istenen hukuksal yararı olumsuz yönde etkileyeceğinden bu yönden davacının, otuz günlük savunma süresini yedi güne indirerek davalının hak arama özgürlüğünü de zedeleyeceği açıktır.

Belirtilen nedenlerle, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 128. maddesinin ikinci fıkrası, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

19.10.2005 günlü, 5411 sayılı “Bankacılık Kanunu”nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmi Gazete’de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ’nin karşı oyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 9.3.2006 gününde karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

19.10.2005 günlü, 5411 sayılı “Bankacılık Kanunu”nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ’nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 9.3.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- İptal istemine konu 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 128. maddesinin ikinci fıkrası ile, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun (TMSF) karar organı olan Fon Kurulu kararlarına karşı açılacak idari davalarda "yürütmenin durdurulması" istemleri ile ilgili olarak, TMSF Fon Kurulu yönünden İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda (İYUK) "duruşma" öngören ve ayrıca "savunma" sürecini kısaltan (ilgili taraflara yedi gün içinde savunma verme zorunluluğu öngören) bir düzenleme yapılmıştır.

Anayasa'nın 125. maddesinin altıncı fıkrasında "**Kanun**, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde, ayrıca milli güvenlik, **kamu düzeni**, genel sağlık **nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlandırabilir.**" denilmektedir. Yine Anayasa Mahkemesi'nin 15.4.1975 tarih ve E.1973/19, K.1975/87 sayılı kararında "... **Mahkemelerin görev ve yetkilerini belirleyen usul kuralları kamu düzenine ilişkin olmaları nedeniyle...**" denilerek, yargılama usulünü düzenleyen yasal tasarrufların "**kamu düzeninden**" olduğu vurgulanmıştır. **Kamu düzeni** kavramına verilecek anlam ile ilgili bir başka Anayasa Mahkemesi kararında da "...**kamu düzeni** deyiminin, toplumun dirlik ve düzenliğinin sağlanmasını, Devletin ve Devlet kuruluşlarının korunmasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle, toplumun her sahadaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığı kuşkusuzdur..." denilmektedir.

(Anayasa Mahkemesi'nin 28.1.1964 tarih ve E.1963/128, K.1964/8 sayılı kararı)

Nitekim, 3622 sayılı Yasa'nın 10. maddesi ile İYUK'nun "yürütmenin durdurulması" başlıklı 27. maddesine eklenen 12 numaralı fıkra ile idari yargılama usulünde Danıştay Dava Daireleri ile idare ve vergi mahkemelerinin verecekleri yürütmenin durdurulması istemleri konusundaki kararlara karşı "**itiraz**" yolunun ihdası sonrası, bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığı savıyla açılan iptal davasında, iptal istemini reddeden Anayasa Mahkemesi, sözkonusu düzenlemeyi Anayasa'nın 138. ve 125. maddelerine aykırı bulmamış ve şu gerekçeyle sonuca ulaşmıştır:

"... Yürütmeyi durdurma ile ilgili kararlara karşı itiraz olanağını getiren yeni düzenlemeler idari yargılama usulü ile ilgili kurallardır. Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca mahkemelerin kurulması, görev ve yetkileri, işleyişleri ve yargılama usulleri yasayla düzenlenir. Mahkemelerin nihai karardan önce alacakları yasal önlemler ile ileride kendi kararlarının uygulanabilirliğini ve geçerliliğini sağlamak üzere alacakları önlemler yargılama usulü kurallarıdır. **Yürütmeyi durdurma ile ilgili kurallar**, Anayasa'nın 125. maddesi sınırları içinde kalmak ve Anayasa'nın diğer temel kurallarına aykırı olmamak koşuluyla, **diğer yargılama usulü kuralları gibi yasa koyucu tarafından serbestçe düzenlenebilirler...** Yargı organının kendi içindeki çalışma yöntemleri ile uyguladığı yargısal tekniklerin oluşturduğu yargılama yöntemiyle ilgili dava konusu kurallar, Anayasa'nın 138. maddesinin amacına ve açık anlatımına herhangi bir aykırılık taşımamaktadır. **Dava konusu düzenlemeler, yargısal uygulamalarla ilgili yeni bir çözüm yoludur.** Bu nedenle dava konusu yasa ile konulan itiraz yolunun, Anayasa'nın yürütmeyi durdurmayı düzenleyen 125. maddesinin beşinci fıkrasına ve mahkemelerin bağımsızlığını düzenleyen 138. maddesine aykırı bir yönü yoktur. (Anayasa Mahkemesi'nin 21.6.1991 tarih ve E.1990/20, K.1991/17 sayılı kararı)

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un "Bu kanunda düzenlenen her türlü para cezası idari niteliktedir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın yerine getirilmesini durdurmaz ve zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. İtiraz üzerine idare mahkemesince verilen kararlar kesindir." şeklindeki 26. maddesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusunda da Anayasa Mahkemesi, sözkonusu düzenlemeyi şu gerekçeyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır:

“... Bir karara karşı itirazda bulunmak veya kanun yoluna başvurmak, o konuda, hakkın neden ibaret olduğunun tespitini başka bir yargı merciinden de istemektir. **Bunun nasıl yapılacağı ise usul hükümleri ile gösterilir.** Anayasa’da mahkemelerin kuruluşunun, görev ve yetkilerinin, işleyişlerinin ve yargılama usullerinin yasa ile düzenlenmesi öngörülmüştür. Buna göre, usul yasalarının Anayasa’ya uygun olmak koşuluyla düzenlenmesi yasama organına bırakılmıştır... İtiraz konusu kuralla, yasama organı toplumsal düzeni bozan kimi hukuka aykırı durumları yaptırıma bağlama yetkisini idareye vermiş, ancak kişinin haklarını korumak amacıyla bu kararlara karşı idare mahkemelerine itiraz yolunu açmıştır. **Yasama organı bu tür davaların görülmesinde ve sonuçlandırılmasında basit fakat hızlı bir usul öngörerek genel hükümlerden ayrılmakta kamu yararı görmüştür...** İtiraz konusu kuralla, kanun yoluna başvurulmasına olanak vermeyecek biçimde **hak arama özgürlüğüne kamu yararı amacıyla getirilen sınırlamada,** demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa’nın 36. maddesine aykırı değildir... İdarenin toplumsal düzeni bozan davranışlar için bireylere uyguladığı para yaptırımlarına karşı ‘itiraz’ üzerine verilen kararların kesin olması işin niteliğine aykırı değildir. **Yasa koyucunun,** suç olarak düzenlemediği ve genel mahkemelerin görev ve yetkisinden çıkararak idarenin ceza yaptırımına bağladığı bu yasadaki eylemler için, para değerinin değişkenliğini gözönünde tutarak **hızlı yargılama sağlayan bu yöntemi kabul etmesinde kamu yararını gözettiği açıktır.** Bu nedenlerle, **itiraz konusu kuralla getirilen kanun yolu sınırlaması idarenin yargısal denetimini etkisiz duruma getirmediğinden** Anayasa’nın 125. maddesine aykırılık yoktur... Anayasa’nın Danıştay’ı idare mahkemelerince verilen kararların son inceleme mercii olarak tanımlayan 155. maddesinde, tüm kararların mutlak olarak Danıştay incelemesinden geçireceği konusunda bir kural yer almamaktadır. **Mahkemelerin kuruluş, görev, işleyiş ve yargılama usullerini Anayasa çerçevesinde düzenlemekle görevli olan yasakoyucunun basit gördüğü kimi davalarda üst yargı yolunu kapayabileceği açıktır.** Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa’nın 155. maddesine de aykırı değildir...” (Anayasa Mahkemesi’nin 23.5.2001 tarih ve E.2001/232, K.2001/89 sayılı kararı; AMKD., Sayı: 37, 1. Cilt, s.541-550)

Yapılan açıklamalar bir bütün olarak değerlendirildiğinde; yargılama usulünü düzenleyen yasal tasarrufların “kamu düzeni”ne ilişkin olduğu, iptal istemine konu kuralla TMSF Fon Kurulu kararlarına karşı açılan davalarda yürütmenin durdurulması talepleri için duruşma açılması zorunluluğu, İYUK’nun 17. maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki otuz günlük sürenin uygulanmayacağı, yürütmenin durdurulması taleplerinin TMSF Fon Kurulu’nun savunması alınmadan karara bağlanamayacağı, ilgili tarafların yürütmenin durdurulması talebinin kendisine tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde savunmasını yapmak zorunda olduğu, aksi halde savunma beklenmeksizin karar verileceği yolunda yapılan düzenlemelerin de, TMSF

Fon Kurulu işlemleri yönünden istisna öngören bir yasal tasarruf mahiyetini taşıdığı, aşağıda işaret edileceği üzere, ülke ekonomisini sarsabilecek düzeyde sonuçlara varma ihtimali bulunan TMSF Fon Kurulu işlemlerinin özellik ve mahiyeti gözetilerek, yasa koyucu tarafından salt bu işlemler yönünden özel bir usul yöntemi öngörülmesinde “kamu yararı” dışında başkaca bir amaç gözetilmediği, bu yolla idarenin yargısal denetiminin etkisiz hale getirilmiş olmasının da söz konusu bulunmadığı, Anayasa’nın 125. maddesinin altıncı fıkrasına göre “kamu düzeni” nedeniyle yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin dahi Kanunla sınırlanmasının imkân dahilinde olduğu, oysa davanın somutunda yürütmenin durdurulması kararı verilmesinin sınırlanmasının sözkonusu olmadığı ve yalnızca “özellikli” görülen TMSF Fon Kurulu işlemlerine karşı açılacak davalarda, yürütmenin durdurulması istemleri konusunda açıklanan düzenlemeyle basit ve hızlı bir yargılama usulünün öngörülerek, genel hükümlerden (2577 sayılı İYUK’un yürütmeyi durdurma ile ilgili düzenlemelerinden) ayrıldığı, böylelikle iptali istenen kuralın, yasa koyucunun bu konuda sahip olduğu takdir hakkı çerçevesinde kamu yararını gözeterek yargısal uygulamaya yönelik olarak bulduğu ve hakkın özünü zedelemeyen yeni bir çözüm yolundan ibaret bulunduğu, kaldı ki Anayasa’nın sözü edilen 125. maddesinin altıncı fıkrasındaki “sınırlayabilir” sözcüğünün, aynı zamanda yürütmenin durdurulması konusundaki usul kurallarının daraltılması halini de ihtiva ettiği, bu bakımdan itiraz konusu kuralın, belirtilen yönü itibarıyla de anılan Anayasa hükmünün sözüne ve özüne aykırı düşmediği açıktır.

2- Bankacılık sistemi, ülkenin “hazine”sinin ve finans politikasının ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir. Özellikle son on yılda yaşanan banka krizleri sonucu birçok bankaya Devlet tarafından elkonulmasıyla ekonomi büyük çöküntüye uğradığı gibi, yüzbinlerce kişinin de bu nedenle mağdur olduğu maddi bir vakiadır. Bankacılık sistemi kaynaklı sözkonusu ekonomik krizlerin, geniş toplum katmanlarına yayılması, yasa koyucuyu bu konuda etkin ve köklü tedbirler almaya itmiş ve bankacılık sisteminde TMSF’nin daha etkin bir rol alması amaçlanarak, 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile TMSF, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanun’la verilen diğer görevlerin ifası ile yetkilendirilmiş, idari ve mali özerkliğe sahip bir kamu tüzelkişisi olarak bankacılık sistemindeki yerini almıştır. (5411 s. K. Md.111)

Gelişen süreç içerisinde, bankacılık sisteminde bu denli etkin bir konuma gelen TMSF’nin (Fon Kurulunun) bankalar ve bankacılık işlemleri konusunda tesis edeceği idari işlemlerin ülke çapındaki olası tesirleri ve önemi dikkate

alınarak, bu “özellikli” işlemlere karşı açılacak idari davaların Danıştay’da görülmesi esası benimsenmiş ve yukarıda işaret edilen itiraz konusu kuralla da, sözkonusu işlemler yönünden bazı istisnai usul hükümleri öngörülmüştür. Hazine işlemlerinin, bu meyanda bankacılık sisteminde çok etkin bir rolü bulunan TMSF’nin (Fon Kurulunun) faaliyetlerinin “kamu düzeni”nden olduğu tartışmasız olduğundan; kamu yararını da gözetererek yasa koyucunun TMSF Fon Kurulu işlemleri yönünden, genel idari usul kurallarına istisna teşkil eden kurallar öngörmesi Anayasa’ya aykırı değildir.

3- TMSF Fon Kurulu işlemlerine karşı açılacak davalarda yürütmeyi durdurma taleplerinin duruşma yapılmadan ele alınamayacağı, bu taleplerin davalı TMSF Fon Kurulu’nun savunması alınmadan karara bağlanamayacağı, her iki tarafın yedi gün içinde savunma yapmak zorunda oldukları yolundaki düzenlemelerin yürütmenin durdurulması kararının verilmesini zorlaştırdığı iddiası doğru olmadığı gibi; hızlı ve usul prosedürü kısaltılmış bir yöntemin yasa koyucu tarafından tercih edilmesinde, olsa olsa bu yöndeki taleplerin daha titiz, daha özenli, daha ciddi bir şekilde ele alınması suretiyle bankacılık sisteminin yetkili mercilerinden biri olan (diğeri BDDK) TMSF’nin birinci elden görüşlerini idari yargı organına (Danıştay’a) en kısa sürede açıklaması düşüncesiyle, bu yöndeki kamu yararının etken olduğu çok açıktır. Diğer bir deyişle, itiraz konusu kuralla hak arama özgürlüğü kesinlikle sınırlandırılmamış (daraltılmamış), sav ve savunma hakkı zedelenmemiş, davanın her iki yanına da eşit usul kuralları öngörülerek (yedişer günlük savunma sürelerinin tanınması) “silahların eşitliği” ilkesine riayet edilmiş, “demokratik toplum düzeninin gerekleri”ne aykırı bir yöntem getirilmemiş ve hukuk devleti ilkesine aykırı davranılmamıştır.

4- Açıklanan nedenlerle, itiraz istemine konu kuralın Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırı olmadığı ve iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine vardığımızdan; kuralın iptaline yönelik çoğunluğun aksi yöndeki görüşüne katılamıyoruz.

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2006/21

Karar Sayısı: 2006/38

Karar Günü : 13.3.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Beşinci Daire

İTİRAZIN KONUSU: 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen:

1 - Ek Madde 3'ün

a - Birinci fıkrasında yer alan "... her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile ..." ibaresinin,

b- Son fıkrasının birinci tümcesinin "... veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizini almadan ..." bölümünün,

2- Ek Madde 5'in birinci fıkrasının "Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler" biçimindeki ikinci tümcesinin,

3- Ek Madde 6'nın birinci fıkrasının üçüncü tümcesinin "... veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama ..." bölümünün,

Anayasa'nın 10. ve 13. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Tabipler için öngörülen Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan Başbakanlık Genelgesinin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralların

Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Beşinci Daire iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Mahkemenin başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1 - 5371 sayılı Yasayla Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 3. maddenin 1. fıkrasına göre, "Yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimi tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile" yasada öngörülen değişken sürelerle devlet hizmeti yükümlüğünü yerine getirmekle yükümlü sayılmıştır. Aynı meslek grubunun bir defadan fazla ve yıllarca devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi kılınması, temel hakların sınırlandırılmasındaki ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarında Sözleşmenin 4/2. maddesindeki kavramların tanımında esas alınan ILO Sözleşmelerine göre, zorla ya da zorunlu çalışma, bir kişinin kendi isteği dışında ve herhangi bir ceza tehdidi altında ilgiliden istenen tüm çalışma ve işlerdir. Bir kişinin serbestçe seçtiği mesleği çerçevesinde yapmak zorunda olduğu bir çalışma, kendiliğinden zorunlu bir çalışma oluşturmaz. Devlet hizmeti yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda mesleğin icra edilememesi, ilgililer için yeterli ve etkin bir yaptırımdır. Burada bir mesleğe girme hakkını kazanmak için yapılması gerekli bir hizmetin söz konusu olduğu açıktır.

2005 yılında çıkarılan 5371 sayılı Yasa kapsamına giren tabipler, 2003 yılına kadar 2514 sayılı Yasa uyarınca yine mevcut bulunan yakındıkları devlet hizmeti yükümlülüğünü bilerek altı yıllık tıp öğrenimine ya da üç yıllık uzmanlık eğitime başlamış ve kendi istekleriyle bu mesleği seçmişlerdir. Ancak, tabiplik mesleğini serbest bir biçimde icra etme amacı ile bu amaca ulaşmak için yerine getirilmesi zorunlu yükümlülük arasında önemli ve makul olmayan bir dengesizlik bulunmamalıdır. Bir mesleğin gelecekte uygulanmasıyla sağlanacak avantajlarla karşılaştırıldığında, aşırı ya da orantısız bir yük getiren hizmetler, ilgililer tarafından önceden kendi isteğiyle kabul edilmiş sayılamaz. (Van Der Mussele-Belçika kararı)

Bu yüzden, toplumun sağlık hizmetlerinden yararlanması amacıyla yasayla getirilen devlet hizmeti yükümlülüğünün, kısa süreli, yeter ücretli, meslek dışı hizmet içermeyen bir nitelik taşıması (Komisyon Kararı, Iversen-Norveç) ve uygulamada keyfilik ve ayırım yapılması gibi amaçtan sapmalara yol açmayan bir bütünlük ve tutarlılık göstermesi gerekir. Ücretli

çalışmanın, kimi durumlarda zorla ya da zorunlu çalışma oluşturması olanaklı iken, kimi zaman yapılan hizmetin karşılığının ödenmemesi, orantılı bir külfet söz konusu ise zorla çalıştırma oluşturmaz. Bu açıklamalardan, belirleyici unsuru, temel hakkın kullanılmasına müdahalenin ölçülü olması zorunluluğunun oluşturduğu görülmektedir. Devlet hizmeti yükümlülüğü ülkenin belli bölgelerindeki insanların sağlık hizmetlerine ulaşmasını sağlayan, sosyal devlet ilkesi ve toplumsal dayanışma anlayışına uygun bir nitelik taşıyan ve sürekli personel açığı gibi yeterli gerekçelere dayanan bir uygulama olarak ortaya çıkmaktadır. Bu arada, tabiplerin devlet hizmeti yükümlülüğü sırasında deneyim ve tanınırlıklarını artıracakları, bu suretle genel yarar yanında kişisel bir yarar da sağlayacakları açıktır. Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmekte olan tabiplere, ilgili mevzuat uyarınca mesleklerini serbest olarak icra hakkı da tanınmaktadır.

Ancak, tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananların, aynı meslek grubunu oluşturdukları kuşkusuzdur. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3/t-3. maddesinde, tıpta uzmanlık, "Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından düzenlenen esaslara göre yürütülen ve tıp doktorlarına belirli alanlarda özel yetenek ve yetki sağlamayı amaçlayan bir yüksek öğretimdir." şeklinde tanımlanmıştır. 5371 sayılı Yasa, tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayıp uzman tabip unvanını kazananların, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile, 300 gün ile 600 gün arasında değişen fiilen çalışılacak gün sayısınınca devlet hizmeti yükümlülüğü getirmekle, aynı meslek grubunu bir defadan fazla ve yıllarca zorunlu hizmetle yükümlü kılmış olmaktadır. Pratisyen ve uzman tabiplerden oluşan aynı meslek grubunun bir defadan fazla ve yıllarca devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınması, Anayasanın 13. maddesinin son fıkrasında yer alan ölçülülük ilkesine aykırıdır. Pratisyen tabipler, ek 5. madde uyarınca, devlet hizmeti yükümlülüklerine başlamadan veya bu hizmetlerini tamamlamadan uzmanlık veya yan dal uzmanlık sınavlarına katılabilecek ve uzmanlık eğitimine başlayabileceklerine göre, tıp fakültelerinden mezun olduktan hemen sonra sınavı kazanıp uzmanlık eğitimine başlayanların sadece uzman olarak devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmeleri, mesleği serbestçe icra etme hakkını sınırlamada ölçülülük ilkesinin bir gereği iken, ek 6. maddeyle pratisyen tabiplikten kalan sürelerin ayrıca tamamlanması zorunluluğunun getirilmesi de bu ilkeye aykırılık oluşturur. Ayrıca, her eğitim için ayrı ayrı devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesinin, pratisyen tabipler bakımından uzmanlık eğitimine başlamayı caydırıcı bir etki yaratabileceği açık olup; sağlık personeli açığının süreklilik kazandığı yörelerdeki uzman tabip

gereksinimi ile gönüllü istihdam sayısı arasındaki olumsuz açığın sayısal ve oransal büyüklüğü de uzmanlık eğitiminin önemini ortaya koymaktadır. Uzmanlık sınavına katılımın her aşamada özendirilmesi ve caydırıcı bir etkinin oluşturulmaması, ölçülü bir yükümlülük kapsamında değerlendirilmelidir.

Bu durumda, tıp fakültesinden mezun olan ya da uzmanlık eğitimi tamamlayan ya da yan dal uzmanlık eğitimi bitirenlerin yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere kısa süreli devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulmasının Anayasa ve AİHS hükümlerine aykırı bir yönü bulunmamakta iken, aynı meslek grubunun bir defadan fazla ve yıllarca devlet hizmeti yapmakla yükümlü tutulmasında Anayasanın 13. maddesinin son fıkrasındaki ölçülülük ilkesine uyarlık görülmemiştir.

2003 yılında 2514 sayılı Yasayı yürürlükten kaldıran 4924 sayılı Yasanın genel gerekçesinde, 1981 yılında 15 civarında olan tıp fakültelerinin şimdi 52 olduğu; tıp fakültelerinden yılda yaklaşık 5000 kişinin mezun olduğu; yine yılda yaklaşık 3000 tabibin ihtisasını tamamlayıp uzman olduğunun belirtildiği anlaşılmakta olup; sosyo-ekonomik gelişmişlik sıralamasında geride bulunan yerleşim merkezlerindeki tabip ve uzman tabip açığının sürekli bir nitelik kazanmakla birlikte, gereksinimin 2003 yılındaki mezun sayısının bile altında olduğu; devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi olanların yılın belli dönemlerinde kura ile atandıkları, atanma dönemini bekleyenler de dahil olmak üzere belli bir yığılmanın kaçınılmaz gözüktüğü; 4924 sayılı Yasanın gerekçesinde de, mezun sayısı dikkate alındığında, ihtiyaç olmadığı halde zorunlu tabip istihdamı gibi bir sakıncayla karşılaşılabilceğinin belirtildiği; diğer yandan da, 5371 sayılı Yasayla getirilen ek 4. maddenin son fıkrasında, “Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamındaki personel, bu görevlerini tamamlamadan mesleklerini icra edemezler” şeklinde istisnasız bir kural öngörüldüğü; öte yandan, Sağlık Bakanlığı’nın atamalara ilişkin kura ilanında, yükümlülüklerini yerine getirmek üzere atanmaların “devlet hizmeti yükümlüsü” şeklinde gerekli şerh düşülmek kaydıyla yürürlükteki mevzuat uyarınca mesleklerini serbest olarak da yapabileceklerinin belirtildiği; tüm bu hususlar dikkate alındığında, aynı hakkın, bir yılda mezun olanların sayıca fazlalığı ve atanma dönemlerinin farklılığı nedeniyle sıra bekleyen ve kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle atanmamış olanlara da tanınmaması, aynı meslek grubuna eşit ve ölçülü bir yükümlülük getirilmesi zorunluluğuna aykırıdır.

Bu arada, belli bir meslek mensuplarına getirilen bu yükümlülük süresinin, Bakanlar Kurulu Kararıyla gerektiğinde indirilmesine olanak tanınmış olmasının da, kadro ve ihtiyaç durumu, külfetin meslek

mensupları arasında eşit dağılımı ve gönüllü istihdamın kural olduğu ilkesi ile yıllık mezun sayısının fazlalığı gözetilmek suretiyle, belli dönem mezunlarına daha fazla yük getirilmesini önleyici bir önlem olarak öngörüldüğü açıktır.

2 - 5371 sayılı Yasayla Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ek 3. maddenin birinci fıkrasında, "Yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimi tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar" maddede öngörülen değişken sürelerle devlet hizmeti yükümlüğünü yerine getirmekle yükümlü kılınmış iken, aynı maddenin son fıkrasında, " ...yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizi almadan tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayanların bu hizmetle yükümlü olmadıkları belirtilmiştir.

Anayasanın 10. maddesi, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir...

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmünü taşımakta olup; Sağlık Hizmetleri Kanunu'nun ek 3. maddesinin ilk fıkrasında, yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayanların devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamında olduğu belirtildikten sonra, aynı maddenin son fıkrasında, yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyanların bu yükümlülüğünden muaf tutulması, Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır. Devlet üniversitelerinde okuyanlar yanında, yurt içinde özel üniversitelerde tıp eğitimi görenler de Yasa kapsamında bulunduğu halde, yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyanların Yasa kapsamında sayılmaması, kendi içinde çelişkili bir kural olduğu gibi, 21.8.1981 tarih ve 2514 sayılı Bazı Sağlık Personelinin Devlet Hizmeti Yükümlülüğüne Dair Kanun'un 2. maddesinin 5. fıkrasının tekrarı mahiyetinde Anayasanın 10. maddesine aykırı bir düzenleme olarak gözükmektedir.

Açıklanan nedenlerle ve bir davaya bakmakta olan Mahkemenin, taraflardan birinin ileri sürdüğü Anayasaya aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varması durumunda tarafların bu konudaki sav ve savunmalarını ve kendisini bu kaniya götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Yasanın 28 inci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince, 5371 sayılı Yasanın 1. maddesiyle Temel Sağlık Hizmetleri Kanunu'na eklenen ek 3. maddenin 1. fıkrasındaki "her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile" ibaresi ile, ek 5. maddesinin 1.

fıkrasındaki “Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler.” şeklindeki ikinci cümlelerin, ek 6. maddesinin 1. fıkrasındaki, “veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama” ibaresinin Anayasanın 13. maddesinin son fıkrasındaki ölçülülük ilkesine; aynı yasanın ek 3. maddesinin son fıkrasında yer alan “...veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizini almadan” ibaresinin Anayasanın 10. maddesine aykırı olması nedeniyle iptali için yürürlüğün durdurulması istemli olarak Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan ilgili belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın esasının geri bırakılmasına, 31.1.2006 tarihinde gerekçede oyçokluğuyla karar verildi.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

5371 sayılı Yasa’nın 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’na eklenen itiraz konusu kuralların da yer aldığı maddeler şöyledir:

*“EK MADDE 3. - İlgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimi tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, **her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile** Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı tarafından hazırlanan İlçelerin Sosyo-Ekonomik Gelişmişlik Sıralamasında yer alan;*

Altıncı grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerlerinde 300,

Beşinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile altıncı grup ilçe merkezlerinde 350,

Dördüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile beşinci grup ilçe merkezlerinde 400,

Üçüncü grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile dördüncü grup ilçe merkezlerinde 450,

İkinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile üçüncü grup ilçe merkezlerinde 500,

Birinci grup ilçe merkezlerine bağlı yerleşim yerleri ile ikinci grup ilçe merkezlerinde 550,

Birinci grup ilçe merkezlerinde 600,

Gün, Sağlık Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığınca uygun görülen diğer kuruluşlarda Devlet memuru veya ilgililerin talebi halinde 10.7.2003 tarihli ve 4924 sayılı Kanuna tâbi sözleşmeli sağlık personeli olarak Devlet hizmeti yapmakla yükümlüdürler. Bu süreler ihtiyaca göre Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararı ile kısaltılabilir. Sürelerin hesabında fiilen çalışma esas olup, hafta sonu ve resmi tatil günleri fiili çalışmadan sayılır. Yıllık, mazeret ve hastalık izinli geçirilen günler ise yükümlülük süresine ilave edilir.

Türk Silahlı Kuvvetlerinde veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizini almadan tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayanlar Devlet hizmeti yükümlülüğüne tâbi değildir. Ancak; Türk Silahlı Kuvvetlerinde iki yıl görev yapmadan ayrılanlara da bu madde hükümleri uygulanır. Türk Silahlı Kuvvetleri hariç, herhangi bir kamu kurum veya kuruluşu adına öğrenim gören personelin bu Kanun hükümleri gereği yapacağı Devlet hizmeti yükümlülüğü, mecburi hizmet süresinden düşülür.

EK MADDE 5. - Tabipler, Devlet hizmeti yükümlülüklerine başlamadan veya tamamlamadan asistanlık veya yan dal asistanlık sınavlarına katılabilir ve uzmanlık eğitimine başlayabilirler. **Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler.** Ancak, birden fazla uzmanlık veya yan dal uzmanlık eğitimine başlanabilmesi için Devlet hizmeti yükümlülüğünün tamamlanması şarttır.

Asistanlık, uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimi ile askerlikte geçen süreler Devlet hizmeti yükümlülüğünden sayılmaz.

EK MADDE 6. - Devlet hizmeti yükümlülüğünü yapmakta olan personel, mazeret ve zorunlu haller dışında başka yere atanamaz. Ancak deprem gibi olağanüstü hallerde geçici olarak bir ayı aşmamak üzere görevlendirilebilir. Mazeret, zorunluluk halleri veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak **tamamlama** gibi nedenlerle başka yere atanan personelin kalan yükümlülük süreleri, eski ve yeni görev yeri hizmet sürelerinin oranına göre belirlenir.

Sözleşmeli sağlık personeli olarak Devlet hizmeti yükümlülüklerini yerine getiren personelden sözleşmesi feshedilenler, yükümlülüklerinin geri kalan kısmını Devlet memuru olarak tamamlarlar.

Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamında yapılacak atamalar açıktan atama sayısına dahil edilmez.

Devlet memuru veya sözleşmeli sağlık personeli olarak Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlayanlar, talepleri halinde sürelerle ilgili sınırlamalara tâbi

olmaksızın ilgili mevzuata göre kurum içi veya kurumlar arası naklen veya açıktan atamaya hak kazanırlar.

Devlet hizmeti yükümlüsü personel, bu Kanun hükümleri dışında genel hükümlere ve ilgili Kurum mevzuatına tâbidir.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuruda Anayasa'nın 10. ve 13. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 2., 18., 48., 49. ve 56. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 22.2.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları ile dayanılan ve ilgili görülen Anayasa kuralları, bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 30. maddesinin birinci fıkrası gereğince Sağlık Bakanı Recep Akdağ ile Sağlık Bakanlığı I. Hukuk Müşaviri Adem Keskin'in 8.3.2006 günlü sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A) 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 3'ün birinci fıkrasında yer alan "...her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile..." ibaresinin incelenmesi

Başvuru kararında, aynı meslek grubunu oluşturan tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananların yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere kısa süreli Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulmasının Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine aykırı bir yönünün bulunmadığı, ancak aynı meslek grubunun bir defadan fazla ve yıllarca Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi kılınmasının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasındaki ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ve pratisyen

hekimler bakımından uzmanlık eğitime başlamayı caydırıcı bir etki yaratabileceği, tıp fakültesinden mezun olan öğrenci sayısının zorunlu hizmetine ihtiyaç duyulan hekim sayısından fazla olması durumunda Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamında yapılacak tabip atamalarında gecikmelerin ortaya çıkacağı, tabiplerin kural olarak Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlamadan mesleklerini icra etmelerinin mümkün olmamasına rağmen Sağlık Bakanlığının konuya ilişkin ilanında Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmek üzere atanmaların bu süre zarfında mesleklerini serbest olarak yapabileceklerinin belirtilmesi karşısında söz konusu hakkın bir yıldaki mezun sayısının fazlalığına ve atama dönemlerinin farklılığına bağlı olarak atama sırası bekleyen ve kendisinden kaynaklanmayan nedenlerle atanamamış olan tabiplere tanınmamasının da aynı meslek grubuna eşit ve ölçülü bir yükümlülük getirilmesi zorunluluğu ile bağdaşmadığı belirtilerek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

2949 sayılı Yasa'nın 29. maddesinde, Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda olmadığı, istemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebileceği belirtilmiştir. Kural, ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 2., 18., 48., 49. ve 56. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Yasa'nın Ek 3. maddesiyle, yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimi tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlar, her bir eğitimleri için ayrı olmak kaydı ile görev yapacakları ilçelerin sosyo-ekonomik gelişmişlik düzeyine göre 300 ila 600 gün arasında değişen sürelerle Devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmıştır.

İtiraz konusu kuralın yer aldığı 5371 sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde, tabip ve uzman tabiplere Devlet hizmeti yükümlülüğü getiren 21.8.1981 tarihli, 2514 sayılı Bazı Sağlık Personelinin Devlet Hizmeti Yükümlülüğüne Dair Kanun'un 24.7.2003 tarihinde yürürlüğe giren 4924 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırılmasından sonra geçen iki yıllık süre içinde eleman temininde güçlük çekilen yerlerde emsallerine oranla daha yüksek ücret ödenmek suretiyle sözleşmeli statüde sağlık personeli çalıştırılmasının amaçlanmasına rağmen, uzman ve pratisyen hekim istihdamında özendirilerek gönüllü çalıştırma esasına dayalı bu uygulamadan istenen sonucun elde edilememesi ve ihtiyacın karşılanamaması nedeniyle Devlet

hizmeti yükümlülüğünün getirilmesinin bir zorunluluk olarak ortaya çıktığı ifade edilmiştir.

Anayasa kuralları etki ve değer bakımından eşit olup hangi nedenle olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur.

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."* denilmiştir.

Sosyal hukuk devleti, insan hak ve hürriyetlerine saygı gösteren, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi ile toplum arasında denge kuran, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti gerçekleştiren, bu bağlamda sağlık hizmetlerinden bireylerin yeteri kadar yararlanmasını sağlayan devlettir.

Sosyal hukuk devleti ilkesini sağlık hizmetleri alanında somutlaştıran Anayasa'nın 56. maddesinde, herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu, Devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak, insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenleyeceği ve Devletin bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getireceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 48. maddesinde ise herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu belirtilmektedir. Anayasa'nın 49. maddesinde belirtildiği üzere çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir. Söz konusu madde gerekçesinde çalışmanın "ödev" yönü, *"Çalışmak, başlı başına ahlaki bir vazifedir, ferdin kendisine ve toplumuna karşı olan saygısının bir sonucudur."* şeklinde ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 18. maddesinde;

"Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır."

Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar, olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz." denilmektedir.

Madde gerekçesinde angarya, kişinin emeğinin karşılığını almadan zorla çalıştırılması olarak tanımlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında da angarya, bir maldan ya da bir kişinin çalışmasından karşılıksız yararlanma olarak tanımlanmıştır.

Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tabiplerin sözleşmeli personel statüsünde bulunmaları ve hizmetlerinin karşılığında kendilerine ücret ödenmesi gözetildiğinde bu yükümlülük kapsamındaki çalışmalarının angarya olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Maddenin Danışma Meclisi'nce hazırlanan Anayasa Taslağında yer aldığı ilk halinde de zorla çalıştırma sayılmayacak haller arasında sayılan, "askeri nitelikte olan veya askerlik görevi yerine geçen hizmetler" ibaresinin Milli Güvenlik Kurulu Anayasa Komisyonunca madde metninden çıkartılma gerekçesi de maddenin kapsamının belirlenmesi bakımından önemlidir. Komisyon'un değişiklik gerekçesinde *"Anayasanın vatan hizmeti başlıklı 72 nci maddesinde düzenlenmiş bulunan askerlik hizmeti, 18 inci maddede belirtilen zorla çalıştırma niteliğinde olmadığından, 'Askerî nitelikte olan veya askerlik görevi yerine geçen' ibareleri madde metninden çıkarılmıştır. Maddedeki açıklığa göre, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları kapsamı içinde kuşkusuz Milli Savunma yükümlülüğü ile ilgili vatandaşlık ödevleri de yer almaktadır. Bu bakımdan 72 nci madde kapsamı dışındaki hizmetler, bu hükmün kapsamına girebilecek niteliktedir..."* denilmek suretiyle ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlardaki vatandaşlık ödevinin yalnızca milli savunma yükümlülüğü ile sınırlı olmadığı, belirtilen nitelikteki diğer hizmetlerin de bu hükmün kapsamına girebileceği kabul edilmiştir.

Devlet hizmeti yükümlülüğünün getirilmesinin gerekçeleri gözetildiğinde Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan "ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz." hükmü gereğince bu yükümlülüğün yerine getirilmesinin zorla çalıştırma olarak nitelenemeyeceği açıktır.

Herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması karşısında, Ülkenin her yöresinde sağlık hizmetlerinden yararlanılabilmesini sağlamak amacıyla tabiplerin Devlet hizmeti ile yükümlü kılındığı ve niteliği gereği sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ortaya çıkacak eksiklik ve gecikmelerin telafisi olanaksız sonuçlara yol açacağı hususları dikkate alındığında, ülke ihtiyaçlarının söz konusu Devlet hizmeti yükümlülüğünü zorunlu kıldığının kabulü gerekmektedir.

Söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen sosyal devlet niteliğinin bir gereği olarak ve Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan düzenleme kapsamında, sağlık hizmetleri alanında tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanı tabip ihtiyacı gözetilerek bu alanda var olan açığın tamamlanması amacıyla getirildiği anlaşılmıştır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." denilmektedir.

Anayasa kurallarının bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanması zorunlu olduğundan, tabiplerin her bir eğitimleri için ayrı ayrı Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulmasına ilişkin düzenlemenin Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu savının Anayasa'nın konuya ilişkin yukarıda yer verilen diğer maddeleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.

Tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananların her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydıyla Devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmaları, bu eğitimler sonucunda kazanılan unvanlara bağlı olarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanı tabiplerin her birinin hizmetine duyulan ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır. Bir başka deyişle genel olarak tabiplerin ülke ihtiyaçları doğrultusunda ihtiyaç duyulan hizmetleri yönünden yukarıda belirtilen gerekçeler, tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanı tabiplerin her birinin vereceği hizmetler yönünden geçerli bulunmaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesi ile konuya ilişkin yukarıda yer verilen ilgili diğer maddelerin birlikte incelenmesinden, her bir eğitimleri için tabiplere Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesiyle, tabiplerin çalışma özgürlüğünün ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırıldığı kabulüne olanak bulunmamaktadır. Tabipler için getirilen Devlet hizmeti yükümlülüğü, bu kişilerin almış oldukları her eğitim sonucunda elde ettikleri bilgi birikimlerini ülke ihtiyaçları doğrultusunda Devlet hizmetine sunmalarını ifade etmektedir. Anayasa'nın 18. maddesinde öngörüldüğü üzere, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki Devlet hizmeti yükümlülüğünün, bu düzenleme ile elde edilmek istenen amaç için elverişsiz ve gereksiz olduğundan ya da orantısız bulunduğu söz edilemez.

Kaldı ki, bir tabibin Devlet hizmeti yükümlülüğüne yol açan ikinci ve/veya üçüncü eğitimine başlamasından önce, bu yükümlülüğü bilerek söz konusu eğitimi almak amacıyla sınava gireceği açıktır. Bu durum ise tabiplerin bu yöndeki bilinçli tercihlerini yansıtmaktadır.

Öte yandan, 3359 sayılı Yasa'nın Ek 3. maddesinde Devlet hizmeti yükümlülüğü sürelerinin ihtiyaca göre Sağlık Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulu kararıyla kısaltılabileceğinin hükme bağlanmış olması, pratisyen, uzman ve yan dal uzmanı tabip ihtiyacının gözetilerek Devlet hizmeti yükümlülük sürelerinin belirlenmesine yönelik olduğundan, Devlet hizmeti yükümlüsü tabip sayısının artışına bağlı olarak bu kişilerin atanmalarında gecikmelerin ortaya çıkacağı ve bu nedenle ilgililerin çalışma hürriyetinin ölçsüz olarak sınırlandırılmış olacağı söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 18., 48., 49. ve 56. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

B) 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 3'ün son fıkrasının birinci tümcesinin "... veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizi almadan ..." bölümünün incelenmesi

Başvuru kararında, yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizi almadan tıp, tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayanların Devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu, Devlet üniversitelerinin yanı sıra yurt içinde özel üniversitelerde tıp öğrenimi görenlerin de Devlet hizmeti yükümlülüğü kapsamında bulunmasına rağmen yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyanların Devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulmasının Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

3359 sayılı Yasa'nın Ek 3. maddesinin son fıkrasında Devlet hizmeti yükümlülüğüne tâbi olmayan tabiplerin kapsamı belirlenmiş ve yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizi almadan tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayan tabipler de bu kapsamda yer almıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları ve Devlet'in bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlü bulunduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa

imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları hükme bağlanmaktadır.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi"nin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasalar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu yasak, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Ancak kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanların, farklı kurallara tabi tutulmaları Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yurt içinde veya yurt dışında eğitimlerini tamamlayarak tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanı tabip unvanını kazanan tabipler aynı hukuki konumda bulunduklarından, yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizi almadan tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimini tamamlayan tabiplerin diğer tabiplerden farklı olarak Devlet hizmeti yükümlülüğünden muaf tutulmaları, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır.

Belirtilen nedenle, itiraz konusu kural Anayasanın 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

C) 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 5'in birinci fıkrasının "Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler" biçimindeki ikinci tümcesinin incelenmesi

Başvuru kararında, Yasa ile pratisyen tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülüklerine başlamadan veya bu hizmetlerini tamamlamadan uzmanlık veya yan dal uzmanlık sınavlarına katılabilmelerinin ve uzmanlık eğitimlerine başlayabilmelerinin kabul edilmesine rağmen önceki eğitimleri nedeniyle yükümlü oldukları Devlet hizmeti süresinden eksik kalan kısmın sonraki eğitimleri nedeniyle yükümlü oldukları Devlet hizmeti süresine eklenmesinin mesleği serbestçe icra etme hakkının ölçsüz olarak sınırlandırılmasına yol açtığı, tıp fakültesinden mezun olan ya da uzmanlık

eğitimini tamamlayan ya da yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayanların yalnızca bir defaya mahsus olmak üzere kısa süreli Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulmasının Anayasa'ya ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı bir yönü bulunmamakla birlikte aynı meslek grubunun bir defadan fazla ve yıllarca Devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmasının Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

5371 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 5. maddede, Devlet hizmeti yükümlüsü bulunan tabiplerin bu yükümlülüklerini yerine getirmeye başlamadan veya tamamlamadan asistanlık ve yan dal asistanlık sınavlarına katılabilme ve bu sınavlarda başarılı olan tabiplere yükümlü oldukları Devlet hizmetini tamamlamadan uzmanlık eğitimine başlayabilme olanağı tanınmış, ancak bu kişilerin eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülük sürelerinin uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülük sürelerine ilave edilmesi, bu suretle eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüğünün tamamlanması öngörülmüştür.

Anayasa'nın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup, aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri, diğerinin sınırını oluşturabilmektedir.

Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" başlıklı 13. maddesinde de *"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."* denilmektedir.

Çalışma ve sözleşme hürriyeti Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan ve ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı yolundaki hükmün, çalışma ve sözleşme hürriyetinin kapsamının belirlenmesinde gözetilmesi gerektiği açıktır.

Bu çerçevede, tabiplerin ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı bir vatandaşlık ödevi niteliğindeki Devlet hizmeti yükümlülüğünün tıp, tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimlerinin her biri için ayrı ayrı öngörülmesi, bu düzenlemenin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine uygunluğu yönünden ele alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesi, sınırlandırmanın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, sınırlandırmanın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli ve zorunlu olmasını, ulaşılmak istenen amaç ile sınırlandırma arasında bir orantı bulunmasını ifade etmektedir.

Tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayan tabiplerin her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile 300 gün ila 600 gün arasında değişen sürelerle bir tabibin birden çok kez Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulması, çalışma özgürlüğünün ölçsüz biçimde sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir. Bu durumda söz konusu yükümlülük ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantısızlık söz konusudur.

Tamamladıkları uzmanlık ve/veya yan dal uzmanlık eğitimine bağlı olarak unvanları değişen tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülük sürelerine önceki unvanları bakımından öngörülen ve tamamlanmamış olan Devlet hizmeti yükümlülük sürelerinin ilave edilmesine ilişkin itiraz konusu kural, her eğitimleri için tabiplere ayrı ayrı Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesine ilişkin düzenlemenin bir sonucunu oluşturmaktadır.

Tabiplerin bir kereye mahsus olmak üzere Devlet hizmeti yükümlülüğüne tabi tutulmaları halinde bu yükümlülüklerini tamamlamadan uzmanlık ve/veya yan dal uzmanlık eğitimine başlamaları halinde eksik kalan Devlet hizmeti sürelerini uzman ve/veya yan dal uzmanı tabip olarak tamamlamaları mümkün olmakla birlikte, bir tabibin birden çok kez Devlet hizmeti yükümlülüğüne tâbi olması sonucunu doğuracak itiraz konusu kural, uzman tabip ve/veya yan dal uzmanı tabiplere orantısız bir yükümlülük getirmekte ve bu kişilerin çalışma hürriyetini ölçsüz olarak sınırlandırmaktadır.

Belirtilen nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Tülay TUĞCU karara değişik gerekçe ile katılmıştır.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

D) 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 6'nın birinci fıkrasının üçüncü tümcesinin "... veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama ..." bölümünün incelenmesi

Başvuru kararında, tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülüklerine başlamadan veya bu hizmetlerini tamamlamadan uzmanlık veya yan dal uzmanlık sınavlarına katılabilmeleri ve uzmanlık eğitimine başlayabilmelerinin

öngörüldüğü, buna göre tıp fakültesinden mezun olduktan sonra sınavı kazanıp uzmanlık eğitimine başlayanların sadece uzman olarak Devlet hizmeti yükümlülüğünü yerine getirmeleri gerekirken pratisyen tabiplikten kalan sürelerin ayrıca tamamlanması zorunluluğunun getirilmesinin Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

5371 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Ek 6. maddesinin birinci fıkrasında, belirli nedenlerle Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlamadan başka yere atanan personelin kalan yükümlülük sürelerinin eski ve yeni görev yeri hizmet sürelerinin oranına göre belirleneceği hükme bağlanmış, itiraz konusu kural ile de bu hesaplamayı gerekli kılan nedenlerden biri olarak "tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama" nedeni öngörülmüştür. Buna göre, tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama nedeniyle başka yere atanmış olan personelin kalan Devlet hizmeti yükümlülüğü süresi, eski ve yeni görev yeri hizmet sürelerinin oranına göre belirlenecektir.

Tamamladıkları uzmanlık ve/veya yan dal uzmanlık eğitimine bağlı olarak unvanları değişen tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülük sürelerine, önceki unvanları bakımından öngörülen ve tamamlanmamış olan Devlet hizmeti yükümlülük sürelerinin ilave edilmesine ilişkin düzenleme Anayasa'nın ölçülülük ilkesine aykırı bulunduğundan, bu düzenlemenin bir uzantısı olarak tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülük sürelerinin hesaplanmasında, önceki unvanları bakımından öngörülen Devlet hizmeti yükümlülüğü sürelerinin tamamlanmayan kısımlarının belirli bir oran dahilinde dikkate alınması ve mevcut unvanları nedeniyle tâbi oldukları Devlet hizmeti yükümlülüğü süreleri ile birleştirilmesi de Anayasa'da yer alan ölçülülük ilkesine aykırıdır.

Belirtilen nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Tülay TUĞCU karara değişik gerekçe ile katılmıştır.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

21.6.2005 günlü, 5371 sayılı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde

Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen:

1) Ek Madde 3'ün,

a- Birinci fıkrasında yer alan "... her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile ..." ibaresine yönelik iptal istemi, 13.3.2006 günlü, E. 2006/21, K. 2006/38 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- Son fıkrasının birinci tümcesinin "... veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizini almadan ..." bölümü, 13.3.2006 günlü, E. 2006/21, K. 2006/38 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu bölümün, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Haşim KILIÇ, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2) a- Ek Madde 5' in birinci fıkrasının "Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler." biçimindeki ikinci tümcesinin,

b- Ek Madde 6'nın birinci fıkrasının üçüncü tümcesinin "... veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama... " bölümünün,

yürürlüklerinin durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

13.3.2006 gününde karar verildi.

VII- SONUÇ

21.6.2005 günlü, 5371 sayılı "Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen:

1- Ek Madde 3'ün;

a- Birinci fıkrasında yer alan "... her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile ..." ibaresinin, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya

KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Son fıkrasının birinci tümcesinin "... veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizini almadan ..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- Ek Madde 5'in birinci fıkrasının "Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler." biçimindeki ikinci tümcesinin, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Ek Madde 6'nın birinci fıkrasının üçüncü tümcesinin "... veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

13.3.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

DEĞİŞİK GEREKÇE

Ülke ihtiyaçlarının zorunlu kılması nedeniyle tabipler için Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesi, vatandaşlık ödevi niteliğindedir ve Anayasa'ya uygun bulunmaktadır.

Devlet hizmeti yükümlülüğü, tıp, tıpta uzmanlık ve yan dal uzmanlık eğitimleri sonrasında pratisyen tabiplerin, uzman tabiplerin ve yan dal uzmanı tabiplerin bu eğitimler sonucu elde ettikleri bilgi ve birikime dayalı olarak sağlık hizmetleri alanında hizmetlerine duyulan ihtiyaç nedeniyle getirilmiştir. İhtiyaç duyulan sağlık hizmetlerinin nitelik yönünden farklılığı, pratisyen, uzman ve yan dal uzmanı tabiplerin her bir unvan bakımından Devlet hizmeti yükümlülüğüne tâbi kılınmalarının gerekçesini oluşturmaktadır.

Pratisyen tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanı tabiplerin her biri farklı bir statüde bulunmakta ve bu statülerin her biri yönünden Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, 5371 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 5. madde ile tabiplere, yükümlü oldukları Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlamadan asistanlık ve yan dal asistanlık sınavlarına katılabilme ve uzmanlık eğitimine başlayabilme hakkı tanınmıştır.

5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 5'in birinci fıkrasının itiraz konusu ikinci tümcesi ise Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlamadan uzmanlık ve/veya yan dal uzmanlık eğitimine başlayanların Devlet hizmeti yükümlülüğü sürelerine, önceki eğitimleri nedeniyle yükümlü oldukları Devlet hizmeti sürelerinin eksik kalan kısmının ilave edilmesini öngörmektedir.

Belirli bir statü yönünden öngörülen yükümlülüğün o statüde bulunulan süre içinde geçerli olması, kuraldır. Statüsü değişen kişilerin önceki statüleri yönünden geçerli olan yükümlülüklerinin yeni statüleri kapsamında geçerli olması ve ifasının istenebilmesi olanaklı değildir.

Söz konusu kural, tabipler için öngörülen Devlet hizmeti yükümlülüğü bakımından da geçerlidir. Bu nedenle, pratisyen tabibin hizmetine duyulan ihtiyaç nedeniyle getirilen Devlet hizmeti yükümlülüğü süresinin, uzman tabibin hizmetine duyulan ihtiyaç nedeniyle getirilen Devlet hizmeti yükümlülüğü süresine eklenebilmesi olanaklı değildir. Aynı durum, yan dal uzmanı tabiplerinin Devlet hizmeti yükümlülüğü sürelerine, uzman tabipliği döneminden kalan Devlet hizmeti yükümlülük süresinin eklenmesi bakımından da geçerlidir. Zira her bir unvan için duyulan ihtiyaç farklı olup

pratisyen hekimle yandal uzmanlığını tamamlamış hekimin, yapabilecekleri hizmetin niteliği ve alanları birbirinden farklı bulunmaktadır.

Her ne kadar, itiraz konusu kuralın getirilmemesi halinde, Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlamadan uzmanlık ve/veya yan dal uzmanlık eğitime başlayanların tâbi olacağı toplam yükümlülük süresi ile Devlet hizmeti yükümlülüğünü tamamlayarak uzmanlık ve/veya yan dal uzmanlık eğitime başlayanların tabi olacağı toplam yükümlülük sürelerinin farklı süreler olacağı ve bu yönüyle eşitlik ilkesine aykırı olacağı ileri sürülebilir ise de, uzmanlık ve/veya yan dal uzmanlık sınavlarına girme hakkı bakımından tüm tabiplerin aynı hukuki konumda oldukları gözetildiğinde, bu durumun eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı açıktır.

Sonuç olarak, kazanılan unvan ve bulunulan statü esas alınarak getirilen Devlet hizmeti yükümlülüğünün unvanı ve statüsü değişen tabipler bakımından uygulanmasında, önceki statüye bağlı bir yükümlülüğün sonraki statü kapsamında geçerli olmasını sağlayacak nitelikte bulunan 3359 sayılı Yasa'nın Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu ikinci tümcesi, ölçüsüz bir yükümlülük öngörmekte ve bu yönüyle Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine aykırı bulunmaktadır.

Unvanı ve statüsü değişen bir tabibin Devlet hizmeti yükümlülük süresinin, daha önceki unvan ve statüsüne ilişkin Devlet hizmeti yükümlülük süresinin ifa etmediği kısmının eklenmesi suretiyle belirlenmesi, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında uyulması zorunlu olan ölçülülük ilkesine aykırı olması nedeniyle, bu düzenlemenin devamı niteliği taşıyan uzman tabiplerin Devlet hizmeti yükümlülük sürelerine önceki statülerine ilişkin yükümlülük sürelerinin eklenmesinde eski ve yeni görev yeri hizmet sürelerinin oranının esas alınmasına ilişkin 3359 sayılı Yasa'nın Ek 6. maddesinin üçüncü tümcesinde yer alan itiraz konusu kural da Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine aykırı bulunmaktadır.

Belirtilen nedenlerle, 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Yasa'ya eklenen, Ek Madde 5'in birinci fıkrasının ikinci tümcesinin ve Ek Madde 6'nın birinci fıkrasının üçüncü tümcesinin "...veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama..." bölümünün iptaline ilişkin karara, yukarıda açıkladığım gerekçelerle katılıyorum.

Başkan
Tülay TUĞCU

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 5'in birinci fıkrasının **"Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler."** şeklindeki ikinci tümcesi ile aynı Yasa ile eklenen Ek Madde 6'nın birinci fıkrasının üçüncü cümlesinin **"veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama"** şeklindeki bölümü iptal istemine konu teşkil etmektedir.

İptal isteminin gerekçesi, tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip olanların bir defadan fazla ve yıllarca zorunlu hizmetle yükümlü kılınmış olmalarının, Anayasa'nın 13. maddesinin son fıkrasında yer alan **"ölçülülük"** ilkesine aykırı düştüğü savına dayanmaktadır.

Tabip ihtiyacının karşılanması amacıyla yasayla getirilen Devlet hizmeti yükümlülüğünün, bu amaca ulaşılabilmesi için **"elverişli"** bir düzenleme olması, aynı zamanda bu düzenlemenin tabip ihtiyacının karşılanması bakımından kısa vadede de olsa **"gerekli"** olması, keza tabip ihtiyacının gerek pratisyen tabipler, gerek uzman tabipler yönünden mevcut bulunması ve özellikle uzman tabip ihtiyacının kendisini daha da hissettirmesi maddi gerçeğinin gözetilerek, her eğitim sonrasında ayrı bir Devlet hizmeti yükümlülüğü öngörülmesinde, getirilen yükümlülük ile varılmak istenen amaç arasında bir orantısızlıktan söz edilememesi karşısında; kuralın **"ölçülülük"** ilkesine aykırı düşmediği açıktır. Gerçekten, tabipler için yalnızca bir kez Devlet hizmeti yükümlülüğü getirilebileceğinin kabul edilmesi halinde, tabiplerin söz konusu yükümlülüklerini pratisyen tabip olarak yerine getirmeleri halinde mevcut uzman tabip ihtiyacının karşılanması çok güç hale gelebilecektir.

2- Halen mülga olan 2514 sayılı Bazı Sağlık Personelinin Devlet Hizmeti Yükümlülüğüne Dair Kanun'un öngördüğü düzenleme uyarınca, ülkemizde uzun yıllar (29.8.1981-22.7.2003 tarihleri arasında) uygulanan Devlet hizmeti yükümlülüğü, herhangi bir yer (veya bölge) ayırımı yapılmadan, pratisyen hekimler için 2 yıl, uzman hekimler için de yine 2 yıl olmak üzere toplam 4 yıl şeklinde tatbik edilmiştir. Oysa, 5371 sayılı Kanunla (Ek Madde 3) ilçelerin sosyo ekonomik gelişmişlik sıralamasına göre 300 ile 600 gün arasında bir yükümlülük süresi öngörülmüştür. Örneğin, altıncı grupta yer alan bir ilçe merkezinde Devlet hizmeti yükümlülüğü 300 gün (Bir yıldan

az) olduğundan; bu grupta yer alan bir ilçe merkezinde pratisyen tabiplik, ardından da uzman tabiplik yapan bir kişinin toplam Devlet hizmeti yükümlülüğü 600 gün (yani 1 yıl 8 ay) olacaktır. Bu düzenleme, ilgili hekimlerin bu konudaki taleplerine ve öngörülen grup ilçe esasına göre ölçülü bir yükümlülük süresi getirildiğini açıkça göstermektedir. Bir hekim, pratisyenliği ve uzmanlığını iyi yerleşim yerleri olan birinci grup ilçe merkezinde geçirse bile, yapacağı Devlet hizmeti toplamı 1200 gün (yani 3 yıl 4 ay) olacaktır. Uzman (ya da yan dal uzman) tabip açığının daha da belirgin bulunması karşısında, sözkonusu sınırlama ile elde edilmek istenen amaç arasındaki dengeyi gözeten ve kamu yararının egemen olduğu bir düşüncenin, pratisyenlik, uzmanlık ve yan dal uzmanlık alanlarının her biri için ayrı ayrı Devlet hizmeti yükümlülüğü öngörülmesi biçiminde yasal çözüm öngören itiraz konusu kuralın, belirtilen yönüyle Anayasa'ya aykırı olduğundan söz edilemez.

3- Açıklanan nedenlerle, 5371 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 3359 sayılı Kanun'a eklenen Ek Madde 5 ve Ek Madde 6'nın iptali istenen cümle ve ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadığı kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun söz konusu kuralların iptaline yönelik kararına katılamıyoruz.

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

21.6.2005 günlü 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen "Ek Madde 3" uyarınca, ilgili mevzuata göre yurt içinde veya yurt dışında öğrenimlerini tamamlayarak tabip; uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayarak uzman tabip ünvanını kazananlar, her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile Devlet Plânlama Teşkilâtı Müsteşarlığı tarafından hazırlanan İlçelerin Sosyo-Ekonomik Gelişmişlik Sıralamasında yer alan altı grupun özelliğine göre, 300 ile 600 gün arasında Sağlık Bakanlığı veya Sağlık Bakanlığınca uygun görülen diğer kuruluşlarda devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmışlardır. İtiraz başvurusunda,

hekimlerin “her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile” devlet hizmeti yapmak zorunda bırakılmalarının, Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesine aykırı olduğu ileri sürülerek anılan ibarenin iptali istenilmiştir.

Anayasa’nın 18. maddesinin ilk fıkrasında “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır” denilerek zorla çalıştırma yasağı getirilmiş, ikinci fıkrasında da kişilerin çalışma özgürlüğünün sınırlandırıldığı kimi durumların zorla çalıştırma yasağı sayılmayacağı belirtilmiş ise de, bu durumların varlığına dayanılarak yapılan sınırlamaların da Anayasa’nın 13. maddesiyle uyumlu olması gerektiğinde duraksanamaz. Temel hak ve özgürlüklerin hangi koşullarda sınırlanabileceğini düzenleyen 13. maddede, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği; bu sınırlamaların, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı öngörülmüştür. Buna göre, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmalarını engelleyerek ya da önemli ölçüde zorlaştırarak onların özlerine dokunacak sınırlamalar ile demokratik toplum olmanın gerekleriyle bağdaşmayan, lâik Cumhuriyetin temel niteliklerini ve ölçülülük ilkesini gözardı eden sınırlamalar Anayasa’nın 13. maddesine aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca, hukuk devletinin temel işlevinin, hak ve özgürlüklerin en geniş biçimde sağlanıp, korunması olduğu gözetildiğinde, Anayasa’nın 13. maddesiyle belirlenen sınırların aşılması kuşkusuz, hukuk devleti ilkesini de zedeleyecektir.

İtiraz konusu kuralın, özellikle orta ve az gelişmiş bölgelerde hekime duyulan gereksinme ve bunun isteğe bağlı olarak karşılanamaması nedeniyle getirildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle getirilen sınırlamanın, söz konusu kuralla ulaşılmak istenen amaç için gerekli ve elverişli olmadığı ileri sürülemez. Ancak bir hekimin tamamladığı eğitim aşamalarına göre üç kez de yapılabilecek biçimde zorunlu hizmetle yükümlü tutulmasının ulaşılmak istenen amaçla orantılı olduğu kabul edilemez.

Anayasa’nın 56. maddesine göre herkesin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olduğu ve devletin de herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak için kimi yükümlülükleri bulunduğu tartışılmaz. Ancak Anayasa’nın 48. maddesi uyarınca herkese, dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğü tanınırken, 49. madde ile çalışma, herkesin hakkı ve ödevi olarak güvenceye kavuşturulup, Devlete de 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 alma yükümlülüğü getirildiği yadsınamaz.

İnsanın en temel hakkı olan sağlıklı yaşam hakkı ile bu yaşamın sürdürülmesindeki yeri tartışmasız olan hekimin, çalışma hak ve özgürlüğü arasında adil bir denge kurarak her iki kesimin de hak ve özgürlüklerini aynı derecede koruyamadığı sürece devletin sosyal hukuk devleti olma işlevini yerine getirebildiğinden söz edilemez.

Bu durumda, hekimlik, uzman hekimlik ve yan dal eğitimlerini tamamlayan hekimlerin, bu eğitimlerinin her biri için ayrı ayrı olmak üzere 1800 güne (yaklaşık beş yıla) kadar ulaşabilen sürelerle zorunlu devlet hizmetine bağlı tutulmalarının, amaçla orantılı bir sınırlama olmadığı, kişilerin sağlıklı yaşam hakkı ile hekimlerin çalışma hak ve özgürlüğü arasındaki dengeyi hekimler aleyhine bozduğu sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle Kural'ın Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Yasa'nın itiraz konusu diğer kurallarının da bu gerekçe bağlamında iptali gerektiği düşünülmektedir.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

5371 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 3. maddenin birinci fıkrasının üçüncü tümcesindeki *"...her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile..."* bölümünün, iptaline ilişkin itirazın incelenmesi;

Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen ve iptali istenen bölümün de yer aldığı Ek 3. maddenin birinci fıkrası, yurt içinde veya yurt dışında tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık öğrenimini tamamlayarak uzman tabip unvanını kazananlara, yaptıkları her bir eğitim için ayrı ayrı olmak üzere Sağlık Bakanlığı'nda veya Sağlık Bakanlığı'nın uygun göreceği diğer kuruluşlarda, Devlet memuru ya da sözleşmeli sağlık personeli olarak Devlet hizmeti yapma yükümlülüğünü getirmiştir.

Anayasa'nın 18. maddesinde, hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağı, angaryanın yasak olduğu, şekil ve şartları kanunda düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmaların, olağanüstü

hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetlerin, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının zorla çalıştırma sayılmayacağı ifade edilmiş, 13. maddesinde de temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı öngörülmüştür.

İtiraz başvurusu, Ek 3. maddenin birinci fıkrasının belli bir bölümüne yönelik ve sınırlı olarak yapıldığı için, Anayasa'ya uygunluk denetimi de bu sınırlar içinde kalınarak yapılmıştır.

Ülkenin belli bölgelerindeki insanlara sağlık hizmetlerini ulaştırmak amacını taşıyan, sosyal devlet ilkesi ve toplumsal dayanışmanın gereği olduğu kabul edilen ve Anayasa'nın 18. maddesinde yer alan, ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmalarının yapılabileceğine ilişkin düzenleme gözetilerek, iptali istenilen bölümün de içinde bulunduğu kuralın yasalaştırıldığı anlaşılmaktadır. Bu anlayışla getirilen yükümlülükte, süre ve ücretin yeterli olması ve uygulamada keyfiliğe neden olunmaması gibi amaca ulaşmak için gerekli ve makul bir dengenin bulunması gerekir. Söz konusu düzenlemeyle aynı meslek grubunun değişik uzmanlık bölümlerinde öğrenimlerini bitirenlerin, yıllar içine yayılacak şekilde ve bir defadan fazla olmak üzere zorunlu hizmetle ödevli kılınması, ölçülü bir yükümlülük olarak kabul edilemez. Bu durum, temel hakların kullanılmasına müdahalede ölçülülük ilkesini arayan Anayasa'nın 13. maddesi ile bağdaşmamakta ve anılan maddeye aykırı bulunmaktadır. Diğer taraftan, sözü edilen düzenleme ilgilileri uzmanlık öğrenimine başlamaktan vazgeçirebileceği gibi, ihtiyaç duyulan uzman tabip sayısında da artmaya neden olacaktır. Bu bakımdan, uzmanlık öğreniminin her aşamada özendirilmesi, ölçülü bir yükümlülük uygulanmasıyla olanaklıdır.

Açıklanan nedenle Anayasa'ya aykırı olduğu saptanan bölümün iptaline karar verilmesi gerektiğinden çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

5371 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek 3. madde uyarınca hekimlerin; tabip, uzman tabip ve yan dal uzmanlık eğitimini tamamlayan uzman tabip olarak her eğitimleri için ayrı ayrı olmak üzere maddede belirtilen süreler kadar Devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmaları, bu meslek grubunun çalışma ve özgürlüğüne getirilen bir sınırlamadır.

Her aşamadaki eğitimden sonra yerine getirilmesi gereken bu yükümlülüğü, hekimlerin çalışma hayatındaki olumsuz etkileri gözetildiğinde amaçla orantılı bir yükümlülük olarak görmüyorum. Bu nedenle anılan maddenin birinci fıkrasında yer alan "...her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile..." ibaresi Anayasa'nın 2. ve 13. maddelerine aykırı olup iptaline karar verilmesi gerektiği düşüncesinde olduğumdan aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmadım.

Üye
A. Necmi ÖZLER

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 5371 sayılı Kanunla 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen Ek Madde 3'ün son fıkrasının birinci tümcesinin iptali istenen **"veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizi almadan"** bölümüyle getirilen düzenlemeyle; kendi nam ve hesabına yurtdışında tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimi görerek tamamlayanların Devlet hizmeti (mecburi hizmet) yükümlülüğüne tâbi olmadıkları hüküm altına alınmaktadır. Yurt dışında kendi nam ve hesaplarına anılan öğrenimleri tamamlayan öğrencilerle, yurt içinde Devlet ya da vakıf üniversitelerinde aynı öğrenimi görenlerin hukuki konumlarının aynı olmadıkları izahtan varestedir. Gerçekten, bir an için yurt içinde Devlet ya da vakıf üniversitelerinde okuyan öğrencilerin hukuki konumlarının da farklı olduğu düşünülebilirse de; 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun Ek 18. maddesiyle vakıf üniversitelerine de Devlet yardımı yapılması esası benimsendiğinden, vakıf üniversitelerinde öngörülen öğrenim ücretini kendisi ödeyen veya burslu olarak öğrenim gören kişilerin, gerçekte bu Devlet katkısının ilavesiyle öğrenimlerini sürdürebildikleri bir vakiadır. Bu bakımdan, yurt içindeki Devlet ya da vakıf üniversitelerinden mezun olanlara Devlet hizmeti yükümlülüğü öngörülmesi doğaldır. Ne var ki, aynı yaklaşım ve değerlendirmeyi yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak

Devletten öğrenci dövizi almadan tıp, tıpta uzmanlık veya yan dal uzmanlık öğrenimlerini tamamlayanlar yönünden yapabilme imkanı yoktur. Çünkü, iptali istenen kuralda sözü edilen bu grup kişiler Devletin dolaylı-dolaysız hiç bir katkısı olmaksızın, tamamen kendi maddi olanaklarıyla söz konusu eğitimlerini tamamlamış bulunmaktadır. Dolayısıyla, yurt içinde aynı öğrenimi gören Devlet ya da vakıf üniversitelerinden mezun olanlarla yurt dışında kendi nam ve hesabına aynı öğrenimi görenlerin hukuki konum ve statüleri tamamen farklıdır ve bu nedenle bu iki ayrı gruba Devlet hizmeti yönünden farklı kurallar öngörülmesinin eşitlik ilkesine aykırı düşen bir yönü yoktur. Diğer bir deyişle, sözkonusu haklı sebebin varlığı nedeniyle, yurt dışında kendi nam ve hesabına belirtilen öğrenimleri tamamlayanların değişik kurallara bağlı tutulmasının Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.

2- Diğer taraftan ailesinin maddi imkânlarının elvermesi ya da Devlet dışındaki özel ya da tüzel kişilerden aldıkları bursla yurt dışında sözkonusu öğrenimleri tamamlayanların yasayla Devlet hizmeti kapsamına alınmaları, bunlardan bir bölümünün ülkeye dönüşü yönünden caydırıcı tesir yaratabilecek ve ülkemiz bakımından büyük önem arzeden bu nitelikli insan gücünden yararlanma imkânı ortadan kalkabilecektir. İşte bu gerçeği gören yasa koyucu, iptal istemine konu düzenlemeyle bu konudaki “kamu yararı”nı dikkate almış ve sözkonusu kişileri Yasa'nın kapsamı dışında bırakmıştır. Yasa koyucunun sahip olduğu takdir yetkisinin kamu yararına kullanımından ibaret olan kuralın, bu yönü itibarıyla de Anayasa'ya uygun düştüğü açıktır.

3- Belirtilen nedenlerle, kuralın iptalini gerektirir bir neden olmadığı kanaatine vardığımızdan; kuralın iptali yönündeki çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

AZLIK OYU

Anayasa'nın değişik 13. maddesinde "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz." kuralı öngörülmüştür.

Bireylerin çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 48. maddesinin birinci fıkrasında da herkesin dileği alanda çalışma özgürlüğüne sahip olduğu kurala bağlanmıştır.

Ülke gereksinimlerinin zorunlu kıldığı alanlarda yaptırılacak olan çalışmaların, ülkenin bir bireyi olan kişinin de Anayasa'nın 48. maddesinde öngörülen çalışma hakkı ve özgürlüğünü koruyacak ölçüde olması gerekir. Zorunlu görev alanının sağlıklı ile ilgili olması karşısında, tabip, uzman tabip veya yan dal uzmanı tabibin yürüteceği zorunlu çalışma süresinin eğitimin her alanına ayrı ayrı yayılması; bireyin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğünü 48. maddede bir kayıt bulunmadığı halde sınırlanmasına ve birkaç kez uygulanması nedeniyle ölçüsüzlüğüne neden olmaktadır. Başka bir anlatımla Anayasa'nın 18. maddesinde öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki zorunlu çalıştırmanın bir mesleğe sahip olan bireyler yönünden o mesleğin yetkinleştirildiği her eğitim sonunda yinelenmesi, vatandaşlık ödevinden beklenen amaçla oranlı bir sınırlama ölçüsünü aşacak ve bireyin zaman karşısında çalışma özgürlüğünü uzun bir süre kullanamaması sonucunu doğuracaktır.

Belirtilen nedenlerle, 5371 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle 3359 sayılı Yasa'ya eklenen 3. maddenin birinci fıkrasında yer alan "...her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile..." bölümünün Anayasa'nın 13., 18. ve 48. maddelerine aykırılığından ötürü iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY YAZISI

5.7.2005 günü yürürlüğe giren 5371 sayılı Yasa ile 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen "Ek madde 3" ile, eğitimlerini tamamlayıp uzman tabip unvanını kazananların bu tarih itibari ile tabiplik, uzman tabiplik ve yan dal uzmanlık eğitimlerinin her birisi için ayrı ayrı olmak kaydı ile, 300 ila 600'er fiili hizmet günü arasında, yıllık, mazeret ve hastalık izinleri fiilen çalışma gününe ilave edilmemek kaydı ile, devlet hizmeti yapmakla yükümlü kılınmışlardır.

Anayasa'nın 48. maddesinde herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğunu, madde gerekçesinde irade serbestliği çerçevesinde hürriyet temeline dayalı meslek seçme ve çalışma hürriyetinin garanti olması tabii olmakla birlikte aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmasa da bir başka Anayasal norm olan 18. maddenin ikinci fıkrası bu çalışma özgürlüğüne nesnel sınırlama getirmektedir. Sağlık hizmetlerinde Devlet hizmeti yükümlülüğü ise bu manada, sadece tabipler tarafından sunulabilecek olması nedeni ile ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanda kamu vicdanını ve sorumluluk ilkesine sahip fert vicdanının zorunlu çalışma saymayacağı beden ve fikir çalışmaları olarak nitelenip öngörülen sınırlama sebeplerinden sayılabilecektir. Ancak söz konusu sınırlama temel hakkın özüne de dokunmamalı, dokunacak ise ulaşılmak istenen amaç yönünden elverişli ve zorunlu, başvurulmuş önlemle de amaçla orantılı olduğu nispette ölçülü bir sınırlama olarak kabul edilebilecektir.

Her ne kadar Devlet herkese sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama ve ona ulaşma hakkını ödev olarak yüklemiş ve bunu Anayasa'nın 2. maddesi ile sosyal hukuk devleti ödevi olarak saymışsa da bu görevin yerine gelmesini temin edecek nesnel obje ise aynı sağlıklı çevre, hayat, beden ve ruh sağlığına sahip ve zorla çalıştırılmayacak, meslek seçme ve çalışma özgürlüğüne sahip hekimler vasıtası ile olacağı kuşkusuzdur.

Bu cümleden olarak; temel tıbbi formasyonunu tamamlayıp, pratisyen hekim sıfatı ile hekimlik yapan ve karşılığında ülke ihtiyacının zorunlu kıldığı ve fert vicdanının kabul ettiği zorunlu çalışma sayılmayacak kayıtlama ile devlete mecburi hizmet yükümlülüğünü yerine getiren pratisyen hekim, çalışma ve kişilik varlığını geliştirmek adına bir alanda ihtisaslaşıp sağlıklı toplumsal yaşama daha etkin katkıda bulunmayı meslek ve insanlık adına amaçlamış iken, birey ve toplum sağlığına ihtisas bilgi donanımı ile katkıda bulunup, devletin görevlerinden sayılan maddi ve manevi varlığı gelişmiş sağlıklı bir neslin-ulusun yetişmesine çalışma hak ve

özgürlüğü çerçevesinde sebep olan taraf olmak sıfatı ile onurlandırılacağı yerde, tanı ve tedavisinin her merhalesi ağır hukuki sorumlulukla dolu, uzun ve ağır mesleki eğitim sürecinden geçmiş hekimin, mesleki ödevlerini yerine getirirken, herkes gibi, kendini ve mesleğini geliştirme, diğer Devlet memurları gibi yıllık mazeret ve hastalık izinlerinin de fiili hizmetten sayılacağı angaryadan uzak, sağlıklı çevreyle yaşama haklarını da kullanma ve hissetme hakkının tanınması, dolayısıyla mesleki yaşamına yapılacak müdahalenin, demokratik bir hukuk devletinde bu nesnel gerçekler gözetilerek dengeli, oranlı ve ölçülü olmasını gerektirmektedir.

Kamu yararı denge ölçeri ibresini, temel hak ve özgürlüklerin doğması, yeşermesi ve insanlık onuru adına yaşıyor kalabilmesi için ne “ödevimi yerine getirdim” savını kuvvetlendirmek ve bu konudaki vicdanı oluşturmak adına yasakoyucudan yana, ne de, tercihini bu yönde kullanarak mesleği kabul eden ve ulusal anlamda ve ancak kendileri tarafından yerine getirilebilecek sağlık hizmetleri görevlisi hekimlere tanınan çalışma hak ve özgürlüğünü sınırsızca yaşama arzusu yönünde göstermemesi gerekmektedir.

Heyetin çoğunluk görüşü ayrı ayrı her bir eğitim için mecburi hizmet yükümlüsü kılınmayı, ülke ihtiyaçları doğrultusunda uzman tabip ve yan dal uzmanı tabiplerin vereceği hizmet yönünden geçerli olmak gerekçesine dayandırmış olmasına, preklinik olarak adlandırılan (Fizyoloji, histoloji, farmakoloji, anatomi ve genetik uzmanlık dalları) hekimin hasta ile tanı ve tedavi işlemi ilişkisi içinde bulunmadığı ancak uzmanlık dalı sayılan hizmetler yönünden ve bir kısmının ise devlet hastahanelerinde uzmanlık dalı kapsamında çalışma olanağı bulunmadığı ve sağlık teşkilatında tanınan bir hizmet alanları olmadığı nedenleri ile katılmak mümkün değildir.

Ayrıca, yine çoğunluğun, hekimin ikinci, üçüncü eğitimleri sonrasında gelen yükümlülüğü bilerek mesleğe giriyor olmasını bilinçli tercih yönünde değerlendirerek, mecburi hizmet yükünü kaldırmaya gerekçe yapmış ise de, bu husus hekimin kendini ve insanlık adına kullanılan mesleğini ve bilgisini geliştirmesini sınırlamak için ölçülülük ve haklılık nedeni gösterilemez.

Açıklanan nedenler ile getirilen her bir ihtisas dalı için ayrı ayrı mecburi hizmet yükümlülüğü şeklinde sağlık hizmetlerine ülke sathında eşit koşulda yaklaşmak ve yerine getirmek amaçlanarak düzenlenen iptali istenen kural, ülke koşulları değerlendirildiğinde bir nevi pratisyen hekimlikten sonra ihtisas dallarına müracaatı önleyici nitelikte olduğu, ihtisas sonrası yükümlülüklerin 35-40 yaşları civarına ulaşmış hekimin halen yan ihtisas dalı ve mecburi hizmet yükümlülüğü ile uğraşüyor, ailesi ile kendince

sağlıklı ve koşulları uygun bir çevrede ve tıbben yeterli alanda görev yapamıyor olması ihtimalinin yüksekliği nedenleri ile sağlık hizmetinden yararlanacaklar yönünden sağlıklı yaşama ulaşma hakkı kadar, aynı dengede çalışma hak ve özgürlüğü bulunan hekimin bu temel çalışma hakkına makul ve orantılı sayılmayacak biçimde getirilen ölçüsüz sınırlama, hukuk devleti ilkesine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlama koşullarına aykırıdır.

Anılan nedenler ile iptal gerekçesine katılmak mümkün olmamaktadır.

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2003/64

Karar Sayısı: 2006/90

Karar Günü : 27.9.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Emirgazi Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 276. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Yedieminlik yükümlülüğüne uymama suçundan açılan davada, 765 sayılı Yasa'nın 276. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Uygulanması gereken madde, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Cürümler"i düzenleyen İkinci Kitabının, "Devlet İdaresi Aleyhinde İşlenen Cürümler" başlıklı Üçüncü Babının, "Mühür Fekki ve Hükümetin Muhafazasında Bulunan Eşyayı Çalmak" başlıklı Onuncu Faslı içinde yer almaktadır.

276 ncı maddenin metni şöyledir;

"Bir kimse muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan merhun veya mahcuz veya her hangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan malları kendisinin veya başkasının menfaati için saklar, sahibine veya başkalarına verir veya tebdil veya lazım gelenlere teslimden imtina ederse üç aydan iki seneye kadar hapis ve otuz liradan üç yüz liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

Eğer suçlu merhun veya mahcuz veya her hangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan eşyanın sahibi ise verilecek ceza bir seneye kadar hapis ve on liradan yüz elli liraya kadar ağır para cezasıdır.

Eğer cürüm muhafızın ihmalinden veya tedbirsizliğinden ileri gelmiş ise muhafız hakkında beş liradan yüz liraya kadar ağır para cezası hükmolunur.

Eğer eşyanın kıymeti az ise veya cürmün faili eşyayı veya bedelini takibata başlamazdan evvel geri verirse ceza altıda birden üçte bire kadar indirilir.”

Görüldüğü gibi maddenin birinci fıkrası suçun maddi unsurlarını ve cezasını tayin etmiş, ikinci fıkra ise failin “eşyanın sahibi” olması halini bir ceza indirimi sebebi olarak görmüştür. Madde anlatımı ve kanunda bulunduğu yer itibarıyla, devletin meşru güçlerine karşı gelinmesinin önlenmesi ve devlet otoritesinin sağlanmasını amaçlamaktadır.

Fakat kanun koyucu ikinci fıkra hükmü ile yedieminin, malının elinden çıkması yönündeki haksız ve materyalist içgüdüsünü korumaktadır.

Böylelikle aynı suçu işleyen kişiler arasında sırf yedieminin, yedieminlik konusu malın sahibi olup olmaması kriteri esas alınarak eşitsizlik yaratılmaktadır. Bunun da 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 10 uncu maddesine aykırı olabileceği düşünülmüştür.

Anayasa’nın 10 uncu maddesi şu şekildedir:

“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.”

Anayasa Mahkemesi’nin 26.05.1998 gün ve 1997/32 E., 1998/25 K. sayılı kararında da belirtildiği gibi, çağdaş demokratik toplumlar, içgüdüleri ile hareket eden bireyler yerine eğitilmiş, yasalara saygılı özgür bireylerden oluşur. Eğitim ve ceza tehdidiyle bastırılması gereken kimi içgüdülerin indirim nedeni sayılması çağdaş demokratik toplum gereğiyle bağdaşmaz.

Öte yandan bu hüküm mal sahibi yedieminin, bu yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, malın sahibi olmayan emsallerine göre ödüllendirmesi sonucunu doğurmaktadır. Mal sahibi olmayan yedieminlere nazaran mal üzerindeki hakimiyetini daha kolay sürdüren, maldan yararlanmaya devam eden, süreç içinde malın semerelerinden istifade eden mal sahibi yedieminin, istendiğinde malı teslimden kaçınması ve bu nedenle cezasının 3 ay hapis olarak değil de, 7 gün hapis olarak belirlenmesi adalet duygusunu rencide etmektedir.

Belirtmek gerekir ki, 4421 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra TCK’nun 19 uncu maddesi çerçevesinde söz konusu birinci ve ikinci fıkralar arasında para cezalarına ilişkin olarak fark kalmamıştır.

Mal sahibi olmayan yedieminin mahcuz veya merhun malı herhangi bir kayıp duygusu taşımadan teslim edebileceği düşüncesi, bu ayrıcalığın dayandığı haklı bir neden olarak ileri sürülebilir. Ancak, özellikle uygulamada borçlu yakınlarının (genellikle eş ve çocuklarının) yediemin tayin edildiği ve bunların da borçlunun etkisiyle mahcuzları satış yerine getiremeyerek ceza aldığı; fakat kötüye kullandığı otoritesiyle hem malını kurtaran ve hem de ceza almayan borçluların varlığı da adalet duygusunu ve eşitlik anlayışını zedeleyen diğer bir husustur.

Bu itibarla, TCK'nun 276 ncı maddesinin ikinci fıkrasının iptali için Anayasa Mahkemesi nezdinde itiraz yoluna gidilmesine ilişkin aşağıdaki karar verilmiştir.

KARAR

Türk Ceza Kanunu'nun 276 ncı maddesinin ikinci fıkrasının Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 10 uncu maddesinde düzenlenen "eşitlik ilkesi"ne aykırı olabileceği konusunda mahkememizde ciddi bir vicdani kanı oluşmakla, Anayasa'nın 152/I maddesi gereğince Türk Ceza Kanunu'nun 276 ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki: "Eğer suçlu merhun veya mahcuz veya herhangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan eşyanın sahibi ise verilecek ceza bir seneye kadar hapis ve on liradan yüz elli liraya kadar ağır para cezasıdır" hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 276. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Eğer suçlu merhun veya mahcuz veya herhangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan eşyanın sahibi ise verilecek ceza bir seneye kadar hapis ve on liradan yüzelli liraya kadar ağır para cezasıdır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İhtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU,

Ahmet AKYALÇIN ve Mehmet ERTEN'in katılmalarıyla 2.7.2003 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, dayanan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Suçun işlendiği tarihten sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. 765 sayılı Yasa'nın 276. maddesinde düzenlenen suç, 5237 sayılı Yasa'nın 289. maddesinde düzenlenmiştir.

765 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin ikinci fıkrası ile, 5237 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin ikinci fıkrasında, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan yasa hükmünün uygulanacağı öngörülmüştür.

5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9.maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca yapılan karşılaştırma sonunda hükmedilecek cezalar yönünden 765 sayılı Yasa'nın 276.maddesinin sanık lehine olduğu saptanmıştır.

Başvuru kararında, 765 sayılı Yasa'nın 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 276.maddesinin ikinci fıkrası hükmüyle yedieminin, malının elinden çıkmaması yönündeki sahiplik içgüdüğü korunarak aynı suçu işleyen kişiler arasında eşitsizlik yaratıldığı, bunun Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa'nın 276. maddesinde, güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olan yedieminlik yükümlülüğüne uymama eylemi suç olarak kabul edilmiş, itiraz konusu ikinci fıkrasında da, yedieminlik yükümlülüğüne uymayan kişinin eşyanın sahibi olması halinde daha az ceza ile cezalandırılması öngörülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu ilke, 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, aynı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

276. maddeye göre yediemin olarak görevlendirilen, eşyanın sahibi ile üçüncü şahıslar aynı hukuksal konumda değildirler. Üçüncü Şahısların haczedilen, rehnedilen veya herhangi bir suretle el konulan eşya ile eşyanın sahibi olma gibi maddi ve manevi bağları bulunmamaktadır. Bu nedenle hukuksal durumları aynı olmayan eşyanın sahibi yediemin ile diğer yedieminlerin aynı suçu işlemelerine rağmen haklarında farklı ceza uygulanmasında eşitlik ilkesine aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Fulya KANTARCIOĞLU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamıştır.

VI - SONUÇ

1.3.1926 günlü, 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 276. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.9.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
Cafer ŞAT

Üye
Ali GÜZEL

Üye
Şevket APALAK

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinin ilk fıkrasında "Bir kimse muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan merhun veya mahcuz veya herhangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan malları kendisinin veya başkasının menfaati için saklar, sahibine veya başkalarına verir veya tebdil veya lâzım gelenlere teslimden imtina ederse üç aydan iki seneye kadar hapis ve otuz liradan üç yüz liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır" denilmiş, itiraz konusu ikinci fıkrada ise "eşyanın sahibi olma" hali indirim nedeni kabul edilerek, eğer suçlu merhun veya mahcuz veya herhangi bir sebeple vaz'iyed edilmiş olan eşyanın sahibi ise verilecek cezanın bir seneye kadar hapis ve on liradan yüz elli liraya kadar ağır para cezası olduğu belirtilmiştir. Bu madde ile tanımlanan suçun, güveni kötüye kullanma suçunun özel bir şekli olduğu görülmektedir. Yediemin olarak görevini kötüye kullanan kişinin eylemi, kamu otoritesini korumak amacıyla suç kabul edilirken suç konusu eşya ile fail arasındaki "sahip"lik ilişkisi, önemli görülerek cezanın indirim nedeni kabul edilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer verilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hakları koruyup, güçlendiren, tüm faaliyetlerinde hukukun üstünlüğünü etkili ve egemen kılan, eylem ve işlemleri yargısal denetime bağlı tutulabilen devlettir. Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesinin de hukuk devletindeki yeri tartışılmaz. Bu bağlamda, herkes yasalar önünde eşittir; hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

İtiraz konusu kuralla failin, eşyanın "sahip"i olmasının indirim nedeni kabul edilmesi, onu diğer yedieminlere göre imtiyazlı duruma getirirken alacaklının da hukukun koruması altındaki haklarına ulaşmasını yeterli güvenceden yoksun bırakmaktadır.

Hukuk devletinde alacaklının haklarının gerektiğinde ceza tehdidiyle korunması öngörülmüşse bu süreçte, eşyanın sahibi olan yediemine, yasal yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde sadece "sahip"lik sıfatı nedeniyle aynı durumdaki diğer yedieminlere göre daha az ceza verilerek ayrıcalık tanınması kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY YAZISI

Muhafaza edilmek üzere kendisine resmen teslim olunan rehin veya haczedilmiş veya herhangi bir sebeple el konmuş olan malları kendisinin veya başkasının menfaati için saklamak, sahibine veya başkalarına vermek veya tebdil veya lazım gelenlere teslimden imtina etmek suretiyle 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesinde kayıtlı suç işleyen kişinin, bahse konu eşyanın sahibi olması halinde ceza indiriminden yararlanmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı savıyla Emirgazi Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yapılan itirazı reddeden çoğunluk kararına aşağıdaki nedenlerle katılmamaktayım:

A) Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayılanların hangi tür ve ölçüde yaptırımlara bağlanması gerektiği, hangi durum ve davranışların ağırlaştırıcı veya hafifletici neden olarak kabul edileceği hususları, kuşkusuz, yasakoyucunun takdir yetkisi içindedir. Ne var ki itiraz konusu kural incelendiğinde, yedieminlik görevini kötüye kullanma suretiyle oluşan bu suçun failine verilecek cezanın, failin bizzat malın sahibi olması durumunda indirimine tabi tutulmasında hukukun genel ilkelerine ve Anayasa hükümlerine uyarlık bulunmadığı görülmektedir. Şöyle ki:

İkibin yıl öncesinden günümüze intikal eden bir Roma Hukuku özdeyişine göre Hukuk, vatandaşlardan şunu bekler: dürüst yaşamak (**honeste vivere**), başkasına zarar vermemek (**alterum non laedere**), herkese hakkı olanı teslim etmek (**suum quique tribuere**). İnceleme konusu olan cezai indirim kuralına göre avantaj tanınan mal sahibi ise, öncelikle, malı olduğu ve bu malı satsa idi borcu tamamen veya kısmen ödeyebilme olanağı bulunduğu halde bunu yapmayarak hacze yol açmış olan kişidir. Hacizli mal, satış tarihine kadar kendi kullanımına bırakıldığı yani hukuk düzeni tarafından kendisine bir kolaylık gösterildiği halde, buna kötü niyetli bir davranışla karşılık vermektedir. Her ne kadar "Mal canın yongasıdır" şeklinde ifade edilen bir anlayışta toplumsal geçerlilik var ise de, "Borç namustur" şeklinde ifadesini bulan karşıt bir toplumsal düsturun varlığı da unutulmamalıdır. Ahlaki açıdan bakıldığında haklı bir gerekçesi bulunmayan ceza indiriminin, yasakoyucu tarafından farklı şekilde takdir edildiğini ve en temel haklardan biri olan mülkiyet hakkının insan tabiatından kaynaklanan karşı konulmaz bir uzantısı gibi değerlendirerek, mal sahibinin malından vazgeçmesinin sübjektif güçlüğüne ceza indirim nedeni olarak kabul edildiğini varsayacak olursak, bu kez de şöyle bir hukuki tablo ile karşılaşmaktayız: Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet

hakkı güvence altına alınmış, ayrıca bu hakkın kamu yararı amacıyla kanunla sınırlandırılabilceğı, mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Malını istediğı gibi kullanma (**usus**), semerelerinden yararlanma (**fructus**) ve istediğı amaçla ve yolla malı tüketerek elden çıkarma (**abusus**) haklarını da içeren mülkiyet, kamu yararı söz konusu olduğunda sınırlandırılmakta ve mal sahibinin göreceğı hukuki himaye farklı olabilmektedir. Öyle ise, mülkiyet hakkının unsurlarından olmayan, ancak yasakoyucu tarafından mülkiyet hakkının bir sonucu gibi, mal sahibi lehine ceza hukuku alanında indirim nedeni kabul edilen bir hususun mülkiyete ilişkin genel hukuk ilkeleri ve Anayasa'da yer alan mülkiyet anlayışına uygun olması, diğeri bir deyişle kamu yararına aykırı olmaması zorunluluğı bulunmaktadır. Halbuki itiraz konusu kural, kamu hukukunun devreye girdiğı ve yasal işlemlerin başladığı bir süreçte, haciz işlemlerinin etkin bir şekilde sonuçlandırılarak alacaklının alacağının tahsili ve böylece Devletin kendisine düşen görevi layıkıyla ifa etmesi amacıyla ceza yasasına konmuş olan bir kuralı, yani yedieminlik görevinin kötüye kullanılmasına ilişkin ceza yaptırımını etkisiz kılmak suretiyle, suç işleyen mal sahibine, kamu yararına aykırı şekilde himaye sağlamaktadır. Bu nedenle, itiraz konusu kural, Yasakoyucunun takdir alanının dışındadır ve Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesi ile bağdaştığı söylenemez.

B) İtiraz konusu kuralı Anayasa'nın eşitlik ilkesi açısından ele aldığımızda da, şunları söyleyebiliriz:

Anayasa Mahkemesi'nin pek çok kararında yer alan ve istikrar kazanmış olan eşitlik tanımına göre, Anayasa'da kastedilen eşitlik eylemli eşitlik değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Kendisine resmen yediemin görevi verilen iki kişi arasında yedieminlik yönünden hukuksal fark olamayacağı açıktır. Öte yandan, bu iki kişi arasında, yedieminlik dışında benzer veya farklı birçok özellik olabilir. Kişiler zengin veya fakir, aynı zamanda borçlu veya alacaklı, sabıkalı veya sabıkasız, devlet memuru veya işsiz, aile hukukundan doğan yükümlülükleri bulunan veya bulunmayan...v.b. farklı durumlarda olabilir; bu durumlarına bağlı olarak farklı hukuki statülerde mütalaa edilebilir. Bu örnekleri alabildiğine genişletmek mümkündür. Kısacası, her ikisi de yediemin olarak görevlendirilmiş iki kişiden her biri, yekdiğerinden farklı bir çok hukuki statü içinde aynı anda bulunabilir. Bunlar arasında eşitlik karşılaştırması, yedieminlikle ilgili olmayan diğeri hukuki özellik ve

durumlarına dayandırılmaz. Kamu hukuku kapsamında bir görev olan yedieminlik statüsü, özel hukuktan kaynaklanan mülkiyet/zilyedlik statüsüne göre birincil ve belirleyici statü durumundadır. Haczedilen malın üzerinde malikin tasarruf hakkı esasen hukuka uygun olarak sınırlandırılmış, başka bir deyişle kamusal yarar özel yarara öncelik almıştır. Alacaklının, kamu gücünün yardımıyla alacağını tahsil etmesi sürecinde, malın sahibinin malla olan ilişkisi esasen haciz işlemiyle kısıtlanmakta ve mülkiyete ilişkin hukuki durum değişmektedir. Yediemin olarak görevlendirme, haczi takip eden bir işlemdir. Yediemin, malın sahibi olsun veya olmasın, artık mal sahibinin tasarruf hakkı kısıtlanmış bir malı muhafaza için devralmaktadır. Bu noktadan itibaren malın sahibi olan yediemin ile başkasının malını muhafaza ile görevlendirilen yediemin arasında hukuki statü bakımından fark yoktur. Dolayısıyla, her ikisi de hukuken eşit konumdadırlar. Bu nedenle, aynı konumdaki kişilere farklı ceza öngören itiraz konusu yasa kuralının Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırılık gerekçesiyle iptal edilmesi gerekmekte idi.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2004/63

Karar Sayısı: 2006/94

Karar Günü : 27.9.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi
(E.2004/63; E.2004/64)

İTİRAZLARIN KONUSU: 1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 432. maddesinde yer alan "...429. maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar,..." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

"Reşit mağdureyi zorla kaçırmak, alıkoymak" suçundan açılan kamu davalarında itiraz konusu ibare hakkında Cumhuriyet Başsavcılığının Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptal için başvurmuştur.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

Başvuru kararlarının gerekçe bölümü şöyledir:

"...sanık hakkında TCK'nun 429/1. maddesinin uygulanması gerekeceği, dosyada bulunan kanıtlar mağdurenin anlatımı göz önüne alındığında, mağdurenin her hangi bir şehvet içeren eylem gerçekleştirilmeksizin evi yakınına getirilerek serbest bırakıldığı, bu nedenle sanık hakkında TCK'nun 432. maddesinde düzenlenen indirim hükmünün uygulanmasının mümkün olduğu,

Sanık hakkında uygulanması olası görülen TCK'nun 432. maddesinin kaçırma ve alıkoyma suçları açısından isteyerek vazgeçmeyi (Faal nedameti) düzenleyen yasal bir indirim hükmü içerdiği,

Yasa'nın bu hükmünün 'Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı ve alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehveti harekette bulunmaksızın kendiliğinden kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veya ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip

serbest bırakırsa 429'uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, 430'uncu maddede yazılı halde altı aydan üç seneye kadar, 431'inci maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.' şeklinde iken,

Anayasa Mahkemesinin 12.04.2003 günlü Resmi Gazetede yayınlanan ve yürürlüğü Anayasanın 153 ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Yasanın 53. maddesinin 4. ve 5. fıkraları gereğince yayından itibaren 1 yıl sonraya ertelenmiş olması nedeniyle 12.04.2004 günü yürürlüğe giren. 26.11.2002 gün ve 2001/79 esas 2002/194 karar sayılı kararı ile maddede yer alan '... 430. maddede yazılı halde altı aydan üç seneye kadar...' bölümü iptal edilmiştir.

Yasa koyucunun Anayasa Mahkemesince verilen 1 yıllık süre içerisinde yeni bir düzenleme yapmamış olması nedeniyle, TCK'nun 432. maddesinde öngörülen indirim nedeni aynı yasanın 429 ve 431. maddelerinde düzenlenen suçlar açısından uygulanmakta, 430. maddede düzenlenen ve özellikle 430. maddenin 1. fıkrasındaki suçun koruduğu hukuki yarar ile 429 ve 431 maddelerde düzenlenen suçların koruduğu hukuki yarar aynı olduğu halde uygulanamamaktadır. Bu durumun Anayasanın 2. ve 10. maddelerde düzenlenen sosyal hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturduğu açıktır. Şöyleki;

Yasa koyucunun, hangi eylemlerin suç sayılacağı ve bu suçlara hangi miktarda ceza verilebileceği ve hangi önlemlerin nasıl uygulanacağını belirleme konusunda bir yetkisi ve takdir hakkı bulunmakta ise de, Anayasanın 10. maddesi gereğince bu takdir hakkının 'yasa önünde eşitlik ilkesine' aykırı olarak kullanılmaması gerekir. 10. maddede hukuksal bir eşitlik amaçlandığına, TCK'nun 429. maddesinin 1 ve 2 fıkralarında reşit olanlar ve evli olanların, 430. maddenin 1 fıkrasında reşit olmayanların cebir, şiddet, tehdit veya hile ile kaçırılma ve alıkonulma eylemleri yaptırma bağlandığına ve 431. madde, 430. maddeye gönderme yaparak bir suç düzenlemesi yapmış olduğuna göre, tüm bu suçların hukuki konusunun aynı olduğu ve bu hükümler ile kişi özgürlüğü yanında genel ahlakın ve aile düzeninin korunmasının amaçlandığı açıktır. Bu durumda yasa koyucunun bu suçlardan bir bölümü için aynı hukuki durumu 'yani isteyerek vazgeçmeyi' indirim nedeni olarak kabul etmesi, diğer suçlar için ise kabul etmemesi 10. maddede öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. TCK'nun 432. maddesinin aynı hukuki konuyu düzenleyen ve koruyan 429. maddesi açısından indirim nedeni uygulanmasını kabul etmesi ancak aynı nedenin TCK'nun 430/1. maddesi açısından indirim nedeni olarak düzenlenmemiş olması yasa önünde eşitlik ilkesine aykırıdır.

Bu hükmün Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu da açıktır. Anayasa Mahkemesinin yukarıda belirtilen 26.11.2002 gün 2001/79 esas 2002/194 karar sayılı kararında belirtilmiş olduğu gibi ceza yasaları Anayasanın konu ile ilgili kuralları başta olmak üzere, ceza hukukunun genel ilkelerine. Ülkenin genel durumuna, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimlerine göre saptanacak ceza politikasına göre düzenlenmelidir. Yasa koyucunun, ceza politikasını belirlerken Anayasanın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesini, bu maddelerde yer alan adalet ilkesine uygunluğu gözetmesi gerekir. Ceza önleminin amacı toplumsal barışı sağlamak olduğuna göre Devlet, kimi suçların niteliği, işleme biçimi ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi gözeterek değişik cezalar uygulayabilir ve uygulamalıdır. Ancak, yasaların kamu düzeninin kurulması ve korunması, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel objektif ve adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerine uygun olması da hukuk devleti olmanın bir gereğidir.

Bu ilkeler ışığında değerlendirme yapıldığında. TCK'nun 432. maddesine göre reşit olmayan mağduru rızası ile kaçıran ya da alıkoyan veya yaşı 12- 18 yaş grubunda olan bir mağduru cebir, tehdit veya hile ile kaçıran ve alıkoyan sanık onu 432. madde de öngörülen koşullarda iade etse bile TCK'nun 430/2. maddesinde düzenlenen durumda 6 aydan 3 yıla kadar hapis, 430/1. madde de öngörülen durumda ise 5 yıldan 10 yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacak, oysa TCK'nun 429/1. maddesinde düzenlenen 18 yaşını tamamlamış ve reşit olan bir mağduru, 429/2. maddede düzenlenen evli bir kadını cebir, şiddet, tehdit ve hile ile kaçıran kişi iade ettiğinde ise, bir aydan bir yıla kadar ceza alacak, daha az bir ceza alması bir yana cezanın türü de sanık lehine değişecektir. Bu durum. Anayasanın 41. maddesinde öngörülen ailenin korunması ve 58. maddede düzenlenen gençlerin korunması konusunda önlem alınması ile ilgili emredici hükümlerle aykırılık oluşturduğu gibi, hukuka ve cezalandırma ilkelerine aykırı düşmekte, 432. maddenin konuluş amacı ile çelişmekte ve haklı bir neden yokken suç ile ceza arasında var olması gereken adil denge bozulmaktadır. Bu dengeyi bozan düzenlemeler yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde kabul edilemez ve Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturur.

Bu nedenlerle. Anayasanın 432. maddesinde yer alan '... 429'uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar ...' bölüm, Anayasanın 2 ve 10. maddelerine aykırı görüldüğünden Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152. maddesinin mahkememize vermiş olduğu yetkiye dayalı olarak iptali konusunda Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyanın onaylı bir

örneğin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ve Anayasanın 152/3. maddesi gereğince dosyanın Anayasa Mahkemesinden ulaşmasından başlayarak 5 aylık süre içerisinde Anayasa Mahkemesi kararının beklenilmesine,

...

oy birliği ile karar verildi..."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun itiraz konusu ibareyi de içeren 432. maddesi şöyledir:

"Yukarıki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiç bir şehevî hakarette bulunmaksızın kendiliğinden kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429 uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, (...) 431 inci maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezasile cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasanın 2. ve 10. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Fazıl SAĞLAM, A. Necmi ÖZLER ve Serdar ÖZGÜLDÜR'ün katılımlarıyla 21.07.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında; dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

1/3/1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 432. maddesinde yer alan "...429 uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar,..." ibaresinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin 2004/64 esas sayılı davanın, aralarında hukuki irtibat nedeniyle 2004/63 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2004/63 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine 21.7.2004 gününde oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Suçun işlendiği tarihten sonra 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi nedeniyle, iptali istenen kuralın lehe olup olmadığının saptanması için eski ve yeni Ceza Yasalarının ilgili kurallarının karşılaştırılması gerekmiştir.

765 sayılı Yasa'nın iptali istenen ibarenin de yer aldığı 432. maddesinde, failin kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiç bir şehvî hakarete bulunmaksızın kendiliğinden kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa, **bir aydan bir seneye kadar** hapis cezası öngörülmektedir.

5237 sayılı Yasanın 109. maddesine göre kaçırma ya da alıkoyma eylemini gerçekleştiren fail, bu eylemi cebir ve tehdit yoluyla gerçekleştirdiğinde iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Eylemin cinsel amaçlı olarak gerçekleştirilmesi durumunda ceza yarı oranında arttırıldığından, uygulanacak cezanın alt sınırı üç yıla çıkmaktadır. 5237 sayılı Yasa'nın etkin pişmanlığı düzenleyen 110. maddesine göre cezanın üçte ikisine kadarı indirileceğinden, aynı eyleme uygulanacak ceza miktarının alt sınırı **bir yıldır**. Öte yandan 5237 sayılı Yasa'nın 110. maddesine göre indirimden faydalanmak için mağdurun, suç nedeniyle soruşturmaya başlanmadan önce serbest bırakılması gerekir. Her iki yasadaki bu kuralların karşılaştırılmasından 765 sayılı Yasa'nın 432. maddesinin sanık lehine olduğu sonucuna varılmıştır.

Başvuru kararında, TCK'nin 432. maddesine göre reşit olmayan mağduru rızası ile kaçırın ya da alıkoyan veya yaşı 12- 18 yaş grubunda olan bir mağduru cebir, tehdit veya hile ile kaçırın ve alıkoyan sanığın onu 432. maddede öngörülen koşullarda iade etse bile TCK'nin 430/2. maddesinde düzenlenen durumda 6 aydan 3 yıla kadar hapis, 430/1. maddede öngörülen durumda ise 5 yıldan 10 yıla kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılacağı, oysa TCK'nin 429/1. maddesinde düzenlenen 18 yaşını tamamlamış ve reşit olan bir mağduru, 429/2. maddede düzenlenen evli bir kadını cebir, şiddet, tehdit ve hile ile kaçırın kişinin, iade ettiğinde ise bir aydan bir yıla kadar ceza alacağı, daha az ceza alması bir yana cezanın türünün de sanık lehine değişeceği, böylece Anayasanın 41. maddesinde öngörülen ailenin korunması ve 58. maddesinde düzenlenen gençlerin

korunması konusunda önlem alınması ile ilgili emredici hükümlere aykırılık oluşacağı, bunun da hukuka ve cezalandırma ilkelerine aykırı düşeceği, 432. maddenin konuluş amacı ile çelişeceği ve haklı bir neden yokken suç ile ceza arasında var olması gereken adil dengenin bozulacağı, bu dengeyi bozan düzenlemelerin yasa koyucunun takdir yetkisi içerisinde kabul edilemeyeceği ve Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine de aykırılık oluşturacağı ileri sürülmüştür.

Kaçırma ve alıkoymaya ilişkin fiiller 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlıklı sekizinci babının "Kız ve Kadın ve Erkek Kaçırma" başlıklı ikinci faslında 429. ila 434. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Türk Ceza Yasası'nın 432. maddesinde, *"Yukarıdaki maddelerde yazılı cürümlerden birinin faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehevi harekette bulunmaksızın kendiliğinden, kaçırıldığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması mümkün olan emniyetli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa 429 uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, 430 uncu maddede yazılı halde altı aydan üç seneye kadar, 431 inci maddede yazılı halde bir seneden beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır"* denilmektedir. Bu kuralla göndermede bulunulan 429. madde ile reşit olan ya da reşit kılınan kadınların kaçırılması veya alıkonulması eylemleri yaptırma bağlanmıştır. Bu maddenin birinci fıkrasında reşit olan ya da reşit kılınan bir kadının cebir, şiddet veya tehdit veya hile ile şehvet veya evlenme maksadıyla kaçırılması ya da alıkonulması eylemi cezai yaptırım altına alınmış, ikinci fıkrasında ise kaçırılan kadının evli olması ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 432. maddesinde kaçırma ve alıkoyma suçlarında gönüllü vazgeçme hali düzenlenmektedir. Buna göre, kaçırma ve alıkoyma suçunun faili, kaçırdığı veya alıkoyduğu kimseyi hiçbir şehevi harekette bulunmaksızın kendiliğinden kaçırdığı eve veya ailesinin evine iade eder veyahut ailesi tarafından alınması olanaklı olan güvenli diğer bir yere getirip serbest bırakırsa, bu madde ile yollamada bulunulan ve esas maddelerde yer alanlardan daha az ceza tayin edilecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, varlık nedenini bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendirmekte gören, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Yasa koyucu, Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerinde öngörüldüğü üzere Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlükleri koruma yükümü çerçevesinde temel hak ihlallerini yaptırım altına almak zorunda olduğu gibi, toplumsal ve siyasal yapıyı korumak amacıyla da bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlamak suretiyle suç yaratabilir. Yasa koyucu bu çerçevede suç yaratırken koruma yükümünün gerekleriyle bağlı olduğu gibi, yaratılan suçla kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırıldığı durumda 13. maddedeki kayıtlarla bağlıdır. Yaratılan suçlara uygulanacak ceza miktarı da Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ceza hukukunun ana ilkeleri ile ülkenin genel durumu, sosyal ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Bu nedenle Yasa koyucunun ceza politikasının, öncelikle Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri, 5. maddesinde de temel amaç ve görevleri belirtilen hukuk devleti ilkesine ve anılan maddelerde yer alan adalet ilkesine ve 38. maddedeki güvencelere uygun olması gerekir. Bu doğrultuda ceza önlemiyle toplumsal barışı amaçlayan Anayasa, suçların niteliği, işlenme biçimi ve kamu düzeni için yarattığı tehlikeyi gözeterek ne miktar ceza verileceğinin ve hangi ceza tedbirlerinin ne yolda uygulanacağını saptanmasını yasa koyucuya bırakmıştır.

Yasaların kamu düzeninin kurulması ve korunması, kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

İtiraz konusu kurala göre, reşit olan veya reşit kılınan kadını kaçıran ya da alıkoyan fail ile evli kadını kaçıran fail, onu iade ettiğinde, eylemlerin kamu düzenini bozucu etkisi farklı olmasına rağmen, aynı ceza ile cezalandırılmaktadır. Kamu düzenini ve aile düzenini ileri düzeyde bozması nedeniyle evli kadının kaçırılmasını daha ağır bir yaptırıma tabi tutan yasa koyucu, cezalandırmada güttüğü amaç ile ceza arasında gözettiği orantıyı, faal nedamet durumunda ortadan kaldırarak orantısız bir sonuca yol açmaktadır. Bu durum hukuka ve cezalandırma ilkelerine aykırı düşmekte ve suç ile ceza arasında bulunması gereken adil dengeyi bozmaktadır. Bu dengeyi bozan düzenlemeler yasa koyucunun takdir yetkisi içinde görülemeyeceğinden hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur. Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık nedeniyle iptal edildiğinden, ayrıca 10. madde yönünden incelemeye gerek görülmemiştir.

Ali GÜZEL bu görüşe katılmamıştır.

VII- SONUÇ

1.3.1926 günlü, 765 sayılı “Türk Ceza Kanunu”nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 432. maddesinde yer alan “... 429 uncu maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar, ...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Ali GÜZEL’in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 27.9.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
Cafer ŞAT

Üye
Ali GÜZEL

Üye
Şevket APALAK

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY YAZISI

1- TCK’nun 429. maddesinin önceki şekillerinde suçun mağduru kadının evli olup olmadığı ayırt edilmemiş iken; 1953 tarihli, 6123 sayılı Kanunla değişik şeklinde mağdur kadının evli olması, cezayı arttırıcı sebep olarak kabul edilmiştir. Şehvet hissiyle veya evlenme maksadıyla kaçırma veya alıkoyma suçunun her şeyden önce kişi özgürlüğünü, vücut bütünlüğü dokunulmazlığını, maddî ve manevî varlığını koruma hakkını ihlâl edici niteliğini göz ardı edip; evli kadının kocaya aidiyetini esas alarak; hiç evlenmemiş veya boşanmış veya kocasının ölümü sonucu dul kalmış (bu kadın, çocukları ile birlikte bir çekirdek aile oluşturuyor olabilir.) kadının hak ve özgürlüklerinin, evli kadınınkinden daha az değerli olduğunu benimseyen bir görüşten kaynaklanan bu düzenlemenin kabul edilebilir olmadığını düşünmekteyim. Bu ayrımcı kabulün, suçtan pişmanlık halinde verilecek cezayı belirleyen 432. maddede sürdürülmemiş olmasını da Anayasa’ya aykırı görmemekteyim.

Bu arada, kaçırma ve alıkoymaya nazaran daha vahim olan ırza geçme suçlarında 765 sayılı TCK'nun evli olup olmama ayrımı yapmadığını hatırlatmak isterim. 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK da böyle bir ayrıma yer vermemiştir.

2 - Pişmanlık nedeniyle ceza indirimi; sanığı suçtan caydırmaya, suçun muhtemel kötü sonuçlarını önlemeğe, pişmanlığı özendirmeye yönelik bir araçtır. Bu indirimin miktarının belirlenmesi, suçun ceza artırımı veya indirimi gerektiren işleniş şekillerine göre pişmanlık indirimlerinde farklılık yaratılıp yaratılmaması, suçun daha vahim addedilen şekillerinde pişmanlık indiriminin daha fazla teşvik edici kılınması; bir ceza politikası olarak mütalâa edilebilir. Bu noktada yasama organının, takdir yetkisini aştığını, adaletsiz ve ölçüsüz davrandığını kabul etmenin mümkün olmadığını düşünmekteyim.

3 - Anayasa Mahkemesi; TCK'nun 432. maddesinin 430. maddesindeki suçlarda faal nedamet nedeniyle yapılacak indirimle ilişkin kısmının iptaline dair 26.11.2002 gün ve E.2001/79, K.2002/194 sayılı kararında 430. maddenin 1. ve 2. fıkralarındaki ceza farklılığının 432. maddeye yansıtılmamış olmasını Anayasa'ya aykırılık gerekçesi olarak değerlendirmemiş; 2. fıkradaki suçtan pişmanlık halinde, pişmanlık öncesi ve sonrasındaki ceza miktarının aynı olduğunu gözeterek, bu fıkradaki suç sanığının pişmanlık indiriminden yararlandırılmamasının Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal kararı vermiştir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluğun iptal yönündeki görüşüne karşıyım.

Üye
Ali GÜZEL

Esas Sayısı : 2002/157

Karar Sayısı: 2006/97

Karar Günü : 4.10.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Adana 1. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV. bendinde yer alan "**Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, ...**" ibaresinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, çalıştığı işyerinin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin kapsamına girdiğinden bahisle itibari hizmet süresinden yararlandırılması gerektiğinin tespitine karar verilmesi istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırılığı iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçeye ilişkin bölümü şöyledir:

"... 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun bazı maddelerinin değiştirilmesine ve bu Kanuna ek ve geçici maddeler eklenmesine dair kanunun 13. maddesinin çıkartılış amacı Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğünün maddeye ilişkin gerekçesinde sosyal güvenlik sistemlerinde itibari hizmet süresi ve fiili hizmet zammı gibi uygulamalara, vücudu yıpratıcı, dolayısıyla çalışma gücünü ve hayat süresini azaltıcı işyerlerinde çeşitli tehlikelere açık olarak çalışanlar için yer verilmektedir. Buhar, is, duman, kurum, toz, koku, asit, zehirli gaz, gürültü, sarsıntı ve radyoaktif ışın gibi ağır ve yıpratıcı çalışma şartlarına rağmen, bu şartlara açık birçok kuruluşun kurulması, çalıştırılması ve faaliyetini sürdürmesi ekonomik, kültürel, sosyal ve sağlık yönlerinden topluma katkıları sebebiyle zorunlu bulunmaktadır. Söz konusu ağır ve yıpratıcı işlerde fiziki, ruhi ve fizyolojik bakımlardan insan sağlığını olumsuz yönde etkileyen şartlar altında çalışanların tümünün, 2098 sayılı Kanunun ek 1. maddesinde unvan sayılmak

suretiyle sınırlı olarak verilen itibari hizmet süresi hakkında yararlandırılmaları, “gerek Anayasamızın eşitlik ilkeleri ve gerekse sosyal güvenliğin temel prensiplerine uygun düşeceği için zorunlu görülmektedir” olarak açıklanmasına rağmen madde metninde iş kolunda “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde” denmek sureti ile sınırlamaya gidilerek anayasanın eşitlik ilkesine aykırılıkta bulunduğu düşünülmüştür. Zira Azotlu gübre ve şeker sanayiinde çalışanların çalışma şartlarının sağlıklarına yaptığı olumsuz etki gözönüne alınarak onlara itibari hizmet süresinden yararlanma imkanı verirken, davamızda sözkonusu olduğu gibi Tekstil sektöründe sağlık yönünden sakıncalı ortamlarda çalışan işçilere ya da petrokimya sanayii, deri işleme sektörü, boya imalatı sanayii gibi benzeri, kimyasal maddelerin kullanıldığı ve bu nedenle işçi sağlığının olumsuz etkilendiği sanayii kollarında ve hatta dönemin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının Meclis Genel Kurulundaki madde metni üzerindeki görüşmeler sırasında belirttiği gibi kanunun hazırlanması sırasında akla gelmeyen iş kollarında çalışan işçilerin böyle bir haktan yararlandırılmaması açıkça Anayasanın eşitliğe ilişkin 10. maddesine aykırıdır. Esasen teknolojiadaki sürekli değişimler, yeni üretim alanlarının ve tekniklerinin gelişmesi, üretimlerde yeni kimyasal maddeler kullanılmaya başlanması sebebiyle belirli sanayii kollarının belirlenerek bu sanayii kollarında çalışanların itibari hizmet süresinden yararlandırılıp diğerlerinin yararlandırılmaması halinde yürürlükteki kanun maddesinin gelişen teknoloji ve üretim teknikleri karşısında ihtiyaca cevap veremeyecek hale geleceği ve bu nedenle çalışanların kanunlar önündeki eşitliğini zedeleyeceği açıktır. Bu nedenle maddelerin düzenlenmesinde bu maddeden yararlanacak sigortalılar belirlenirken herhangi bir sanayii kolu belirtilmeksizin yalnızca fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar denildikten sonra hizmetin geçtiği yerin nitelikleri belirtilerek Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesine uygun bir uygulamaya yönelik madde oluşturulabileceği düşüncesi ile ilgili yasa maddesinin Anayasa Mahkemesince incelenerek madde metnindeki “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde” ibaresinin iptal edilerek kanun metninden çıkartılması yönünde karar verilmesi takdirlerinize arz olunur.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 3395 sayılı yasa ile eklenen ve iptali istenilen ibareyi de içeren IV numaralı bendi şöyledir:

“506 sayılı Kanuna göre sigortalı sayılanların, aşağıda sayılan görevlerde geçen sigortalılık sürelerine, bu sürelerin her tam yılı için, hizalarında gösterilen süreler, sigortalılık süresi olarak eklenir.

Sigortalılar	Hizmetin geçtiği yer	Eklenecek süre
I— ...	...	...
II— ...	...	...
III— ...	...	...
— (Ek: 20/6/1987 - 3395/13 md.) Azotlu gübre ve şeker sanayiinde , fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışanlar.	Çelik, demir ve tunç döküm, Zehirli, boğucu, yakıcı, öldürücü ve patlayıcı gaz, asit, boya işleriyle gaz maskesi ile çalışmayı gerektiren işlerde, Patlayıcı maddeler yapılmasında, Kaynak işlerinde çalışanlarda.	90 gün

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında Anayasanın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Enis TUNGA ve Mehmet ERTEN’in katılmalarıyla 12.11.2002 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü.

Başvuru kararında, itiraz konusu Yasa kuralı uyarınca “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde” çalışanların çalışma şartlarının sağlıklarına yaptığı olumsuz etki gözönüne alınarak onlara itibari hizmet süresinden yararlanma imkanı verilmesine karşın, diğer kimi sanayi kollarında sağlık yönünden sakıncalı ortamlarda çalışan işçilerin böyle bir haktan yararlandırılmamasının açıkça Anayasanın eşitliğe ilişkin 10. maddesine

aykırı olduğu, bu nedenle **“Azotlu gübre ve şeker sanayiinde”** ibaresinin iptaline karar verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine, Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilmiştir. 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, 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 Anayasada öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu Yasa kuralı, Sosyal Sigortalar Kanunu’na tabi sigortalılardan, azotlu gübre ve şeker sanayiinde fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışan; ağır, tehlikeli, sağlığa zararlı çalışma koşulları altında işlerini görmekte olan ve kanun metninde yaptıkları işler belirtilen bir kısım sigortalılara itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı getirmektedir. Kanunun uygulamasında itibari hizmet süresinden yararlanılabilmesi için sigortalının iki koşulu birlikte gerçekleştirmesi aranmaktadır. Buna göre, sigortalının azotlu gübre ve şeker sanayiinde, fabrika, atölye, havuz ve depolarda, trafo binalarında çalışma koşulunu yerine getirmesi birinci şarttır. İkinci şart ise, sigortalının, belirtilen bu işkollarında yer alan ve Kanunda sayma suretiyle belirtilmiş olan bir kısım ağır, riskli, sağlığa zararlı işleri ifa etmesidir.

İtiraz konusu Yasa kuralının, ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerde çalışan kişilere itibari hizmet süresinden yararlanma olanağı tanımak amacıyla kabul edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Oysa, bu nitelikteki işlerin sadece azotlu gübre ve şeker sanayiinde bulunmadığı, diğer pek çok sanayi dalında da bu nitelikte işlerin görülmekte olduğu açıktır. Bu durumda, itibari hizmet süresinden yararlanabilecekler belirlenirken yapılan işin niteliğinin dikkate alınması, böylece hangi iş kolunda çalışıyor olursa olsun ağır, riskli ve sağlığa zararlı işleri yapan bütün sigortalıların bu olanaktan yararlanmalarını sağlayacak bir düzenlemeye gidilmesi Anayasada öngörülen eşitlik ilkesinin gereğidir.

İtibari hizmet süresinden yararlanmayı gerektiren olgu sanayi kolları farklı da olsa belli ağır, riskli ve sağlığa zararlı işlerin yapılmasıdır. Bu

nitelikteki işleri yapan kişilerin aynı durumda olmadıkları ileri sürülemez. Aynı hukuksal durumda bulunanların farklı kurallara tabi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağından itiraz konusu Yasa kuralı Anayasa'nın eşitlik ilkesine yer veren 10. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV numaralı bendinde yer alan "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ve Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 4.10.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

AZLIK OYU

İtiraz konusu kural, yargı yerlerince farklı yorumlanmış ve bu nedenle iptal istemine konu olmuştur. Oysa kuralın, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'nun ilgili maddesi de gözetilerek yapılacak amaçsal yorumu, azotlu gübre ve şeker sanayii ile fabrika, atölye gibi yerleri ayrı ayrı iş alanları olarak değerlendirmeye olanaklıdır. Bu durumda Anayasal ilkelerle bir çelişme öne sürülmeyecek, kuralın yorumu yargısal gelişmelere bırakılacaktır.

Ancak, kararla ulaşılan sonuç eşitlik ilkesinin irdelenmesini gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi, eylemli değil, hukuksal eşitliği amaçlar. Başka bir anlatımla, aynı durum ve konumda olan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek eşitlik ilkesinin gereğidir.

Kuralda ise, yasama organının değerlendirme alanı içinde, iş kolu ve bu iş kolunda yürütülen görev alanları belirlenerek hukuksal durumun çerçevesi çizilmiştir. Anayasal eşitlik ilkesi bu hukuksal durum içinde görülecek farklılıklarda söz konusu olabilir. Başka iş kolunun görev alanlarında çalışanlar ise ayrı hukuksal konumun sükeleridir.

Öte yandan, fiili hizmet süreleri, işyerlerinin tehlike dereceleri, o günkü veriler ve sosyo ekonomik koşullar gözetilerek belirlendiğinden; Anayasa Mahkemesi'nce sonuç olarak daha önce olumlu bulunan ve yıllardır uygulana gelen bir ilkenin, yeni yasal düzenlemenin 2007 yılından itibaren geçerli olacağı bir zaman diliminde eşitlik yönünden irdelenmesi, gündeme getireceği olguların özelliği ve denetimin sınırları bakımından anayasal uygunluk ilkesinin kapsamıyla tam bir örtüşme de sağlamayacaktır.

Bu nedenle karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 20.6.1987 günlü, 3395 sayılı Kanunla eklenen IV numaralı bendinde yer alan **“Azotlu gübre ve şeker sanayiinde”** ibaresi sayın çoğunlukça Anayasa'ya aykırı görülerek iptal edilmiştir.

Aynı kuralın iptali için evvelce yine Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla başvurulmuş ve Anayasa Mahkemesi'nin 2.5.1989 gün ve E.1988/51, K.1989/18 sayılı kararı ile kural Anayasa'ya aykırı görülmeverek itirazın REDDİNE karar verilmiştir.

Anılan kararın gerekçesinde **“...Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kararlarında da açıklandığı gibi, bir yasa hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunun kabul edilebilmesi için, bu hükmün Anayasa'nın koyduğu esaslara aykırı bir kural içermesi gerekir. Anayasa; itiraz konusu maddede sözü edilen sigortalıların 'itibari hizmet süresi'nden yararlanmalarını**

engelleyen bir kurala yer vermemiştir. Aksine, Anayasa'nın öngördüğü 'sosyal devlet' ilkesi ve bu ilkenin içerisinde yer alan 'sosyal güvenlik' kavramını, itibari hizmet türünden kurumların kabulünü zorunlu kılmaktadır... Anılan bent hükümlerinde Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı işyerlerinde çalışan sigortalıların yer almaması, **belli sigortalılara hak tanıyan ve özü bakımından Anayasa'ya aykırı bulunmayan hükmün iptalini gerektirmez.** Kaldı ki, diğer sigortalıların bu haktan yararlanmaları doğrultusunda her zaman yeni düzenlemeler yapılabilir. **Anayasa Mahkemesi'nden, ancak Anayasa'ya aykırı olan bir yasa hükmünün uygulama alanından kaldırılmasını sağlamak için iptal kararı istenebileceğine, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen bir kural uygulama alanının genişletilmesi amacıyla iptal edilmeyeceğine göre;** bir kısım sigortalılara hak tanıyan itiraz konusu hükmün, öteki kesimlere de aynı hakkı tanıyan tamamlayıcı yasama işlemleriyle düzeltilmesi, **düzenleme eksikliklerinin bu yöntemle giderilmesi Anayasa'ya uygun ve tutarlı bir tasarruf olacaktır.** Açıklanan nedenlerle itiraz konusu hüküm Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. İtirazın reddi gerekir..." (AMKD, Sayı:25, Ankara 2001, s.227-228) denilmektedir.

Anılan karara konu olayda da, itiraz mahkemesi, itiraz konusu kuralın kapsamının dar tutulması ve maddenin kabul ettiği sistem sonucu Milli Savunma Bakanlığı ve diğer iş kollarının madde içerisinde yer almamasının yasa önünde eşitlik ilkesine aykırı düştüğü savında bulunmuş; Anayasa Mahkemesi'nce, ortada eşitliğe aykırı bir durum görülmeyerek, yukarıdaki gerekçe ile bu savlara katılmamış ve itirazın reddi yoluna gidilmiştir.

Söz konusu içtihadın değişmesini haklı kılacak, eşitlik ilkesinin uygulanmasını gerektirecek makul ve doyurucu hukuki nedenlerin dava konusu bakımından gerçekleşmediği kanısında olduğundan, öncelikle karara bu yönü itibarıyla katılamıyorum.

2- Anayasa'nın 153. maddesinin ikinci fıkrası "Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, **kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.**" hükmünü taşımaktadır. Anılan fıkra ile ilişkin gerekçe şu şekildedir:

"...

a) ... Öyle haller vardır ki; bir hükmün iptali, uygulanması kanunen gerekmeyen bir başka hükmün uygulanmasını gerekli kılabilir. **Örneğin: Kanunla getirilen istisnalara ilişkin kanun hükümlerinin iptali, ana kuralın uygulanması sonucunu doğurabilir. Halbuki kanun koyucu böyle**

bir sonuç çıkmasını arzu etmediği için istisnayı kabul etmiş durumdadır. Bu istisna hükmünün iptali milli iradeye ters düşeceğinden, eşitlik ilkesi gibi temel ilkelere aykırı olmamak koşulu ile hüküm verirken bu özelliklerin gözönünde bulundurulması zorunludur...”

Sözkonusu Anayasa hükmü, öğretide pek çok tartışmaya yol açmıştır. Burada örnek teşkil etmek üzere, bu görüşlerden birkaçına yer verilecektir:

- “... Anayasa yapıcının bu kuralla ‘ayrık kuralın’ Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilmesi durumunu, ulusal istence ters düşen bir olgu olarak kabul ettiği anlaşılmaktadır... Gerçekte, ana kuralı iptal edebilen bir mahkemenin, ayrık hükmü iptal edememesini anlamak güçtür. Ayrıca, ayrık hükmün iptalinin ulusal istence ters düştüğü yolundaki görüş, Anayasal denetimi kabul eden bir sistemle bağdaşmaz. Anayasa Mahkemesi kural koymaz. Kural koymak kuşkusuz yasamanın görevidir. Mahkeme ana kural, ayrık kural gibi bir ayırım yapmaz. Anayasal denetim sonucunda Anayasa’ya aykırı bulduğu kuralı iptal eder... Anayasa Mahkemesi’nin her iptal kararı, kuşkusuz, yeni bir hukuksal durum doğurur ve yeni bir uygulamaya yol açar. Bu durum kural koymaktan çok, Anayasa’ya aykırılığı gidermek anlamına gelir. Benzetme yerinde olursa, bahçeyi ekmek ve yeşillendirmek yasamanın, ısırgan otlarını ayırmak Anayasa Mahkemesi’nin işidir... Dolayısıyla, iptal kararı ulusal istence aykırılık oluşturmaz. Nitekim, Anayasa Mahkemesi de bu kuralı bu biçimde anlamıştır...” Yılmaz ALİFENDİOĞLU, Anayasa Yargısı, Ankara 1997, s.235-237)

- “...Aslında böyle bir hüküm gerek Anayasa yargısı gerekçe idari yargı açısından Anayasa’da bulunması gereksizdir. Tıpkı bir savcıya ‘sakın gereksiz yere soruşturma açma, gereksiz yere cezalandırma ya da beraat isteme’ anlamına gelir... Anayasa’da mevcut olan bu düzenleme mutlak ve kesin yorumlanırsa, Anayasa’nın temel ilkelerine aykırı düşen hükümleri dışındaki kuralları iptal etmemek gerekir. Bu nedenle, böyle bir düzenlemenin mevcut olması, Anayasa’ya uygunluk denetimi için gereksiz bir uyarı ve yersiz bir hatırlatmadan öteye bir ‘engel’ olamaz. Belki bir fren olarak fayda doğuracağı düşünülmüştür; ama iptal kararını önleyebilecek bir işlerliğe sahip değildir...” (Burhan KUZU, 1982 Anayasanın Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler, İstanbul 1990,s.199-205)

- “... Anayasa’nın 125. maddesine koşut olan bu kural, yeni bir uygulamaya yol açmak Mahkemenin görevi ya da emeli olmadığına göre, iptal kararı verilmesini engellemek düşünülmüş olamayacağından, açıkta, boşlukta durduğu, yineleme, gereksiz söz (haşiv) olduğu da söylenemeyeceğinden bir uyarı (bir sınır, bir kısıtlama amacı güdülse de)

olduğunu kabul zorunluluğu açıktır. İptal kararı, dava, inceleme-denetleme konusu kuralın ortadan kalkmasını gerektirmektedir. Böylece aykırılık giderilmekte, yürürlükteki durumun yerine, iptal edilen kuralın geçerli olmadığı yeni bir biçim doğmaktadır. Kararın doğal sonucu kendiliğinden **'yeni bir durum'**dur. Ama asla **'yeni bir kural'** değildir, **'uygun durum'**dur. Bu yeni durum, Anayasa Mahkemesi'ni 'yasakoyucu' kılmaz. Mahkeme, kararına bağlanarak sıfat değiştiremez, kazanamaz... Mahkemenin yasakoyucu gibi davrandığını yasal yönden saptamak olanağı bulunmadığı gibi, iptal kararı yeni bir kural, yeni bir uygulama, yeni bir düzenleme değildir... Kısıtlamanın amacı, Yasakoyucunun istencinden büsbütün ayrı, ama tümüyle ters bir yeni kural ya da metin biçiminde bir kararın oluşmasını önlemektir... Anayasa Mahkemesiyle ilgili kuralların güçlük değil, kolaylık vermesi gerekir. Yürütmeyi tümüyle elinde bulunduran yönetimin daha çok güçlendirilmesi yargının zayıflatılmasıyla sağlanmamalıdır..." (Yekta Güngör ÖZDEN, Anayasa Mahkemesi Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni Bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesis Edemez Kuralına Nasıl Gelindi? Anayasa Yargısı 2, Ankara 1986, s.73-81)

Anayasa Mahkemesi'nin de konuya ilişkin bazı kararlarında şu gerekçeyi ortaya koyduğu görülmektedir:

"...her iptal kararı yeni hukuksal bir sonuca neden olur. Bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin kendisini yasakoyucu yerine koyduğu anlamına gelmez. Yasama organı, iptal hükmüyle ortaya çıkan hukuksal yapıyı uygun bulunmazsa, kuşkusuz anayasal sınırlar içinde, yeni kural koyabilir ya da yürürlükteki kurallarda değişik yapabilir. Anayasa'nın 153. maddesi ile yasaklanan, yasakoyucu gibi davranarak kural konulmasıdır. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya uygunluk denetimi işlevini yerine getirirken yasakoyucu yerine geçerek kural koyamaz ve yeni tür uygulamaya yol açacak nitelikte karar veremez. İptal kararının kaçınılmaz ve doğal sonucu olan yeni durum, yeni görünüm, yürürlükte kalan bölüme göre ya da yürürlükten kalkan kurala göre uygulama gerekliliği, yerine getirilmesi zorunlu bir işlemdir. Afla salıverme arasındaki hukuksal çizgiyi belirlemek, buna göre gereğini kararlaştırmak yasakoyucunun yerine geçmek değil, kendi yetki ve görevinin gereğini yerine getirmektir... Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya aykırı bulduğu kuralı ya da bir aykırılık (istisna) hükmünü iptal etmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır..." (Anayasa Mahkemesi'nin 19.7.1991 tarih ve E.1991/17, K.1991/23; 8.10.1991 tarih ve E.1991/34, K.1991/34 sayılı kararları; AMKD, Sayı:27, Cilt:2, s.483-484; s.580-582)

Gerek yukarıda bazılarına yer verilen öğreti görüşleri, gerek Anayasa Mahkemesi'nin işaret edilen kararlarında temas edilen düşünce ve değerlendirmelere büyük ölçüde katılmakla beraber, ortada çözümü gereken önemli bir "Anayasal Sorun"un varlığı yadsınamaz. Anayasa'nın hiçbir hükmünün, diğerlerine nazaran üstünlük ya da önem önceliği olmadığı hukuki gerçeği karşısında; halen yürürlüğünü sürdüren ve üstelik gerekçesi de gayet açık bir Anayasa hükmünün, (Md.153/2) hiç kimse ya da organ tarafından "lüzumsuz", "gereksiz", "uyarıcı/hatırlatıcı nitelikte", "ihmal edilebilir", "dikkate alınmaması gerekir", "kimseyi bağlamaz", "bir anlam ifade etmez", "etki ve yaptırım gücü yok" vb. nitelemelere tâbi tutularak; beğenilmeyerek ya da görmezlikten gelinerek uygulanmaması/değerlendirme dışı bırakılması düşünülemez. Anayasakoyucu hiçbir Anayasa kuralını nedensiz ve gereksiz olarak yürürlüğe koymayacağı gibi, kimse tarafından dikkate alınmayacak mahiyette bir kural da öngörmez. Önemli olan, yorum makamının o kuralın ratio legis'ini (ruhunu) ortaya çıkarabilmesidir. Şu halde, Anayasa Mahkemesi de, Anayasa'nın 153/2. maddesinin yorumunda, önüne gelen her somut olayın özelliğine göre, bu maddeye anlam ve içerik kazandırmalı, hangi iptal kararının "kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde" hükme sebebiyet vereceğinin analiz ve değerlendirmesini yapmalıdır.

Davanın somutunda, iptali istenen kuralın, bir başına Anayasa'ya aykırılığı sözkonusu değildir ve esasen böyle bir iddia da yoktur. İptal istemi, sadece "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde" bazı işkolları için yasakoyucu tarafından tanınan hizmetin, ülkede SSK'ya tabi tüm işyerlerinde, aynı işkolları içinde tanınması, yani "uygulama alanının genişletilmesi" amacıyla yapılmış ve sayın çoğunlukça da bu istem "eşitlik" ilkesi yönünden haklı görülerek, kuralın iptaline karar verilmiştir. Diğer bir deyişle, sırf uygulama alanının genişletilmesi amacıyla, özde Anayasa'ya aykırı düşmeyen ve bir sosyal güvenlik atıfeti mahiyetinde, önemli görülen iki-sanayi alanında belli işkollarında çalışan SSK'lılara tanınan ve bu mahiyeti itibariyle de yasakoyucunun takdir alanı içerisinde bulunan bir düzenleme iptal edilmiş; böylelikle salt iptal kararıyla, yasakoyucunun iradesi dışında, yeni bir uygulamaya yol açılması ve aynı hizmetin geçtiği tüm işyeri ve işkollarında çalışanlara da itibari hizmet verilmesi gerekliliği sonucu doğmuştur. Anayasa'nın 153/2. maddesinin gerekçesinde açık biçimde örneklenmesine karşın, iptal kararıyla, istisna hükmünün iptaliyle, istisna asıl "kural" haline dönüşmüştür. Anılan maddenin ruhunun ise böyle bir sonucu amaçlamadığı çok açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptal kararına bu yönü itibariyle de katılmıyorum.

3- Çoğunluk kararının dayalı olduğu “eşitlik” gerekçesinin incelenme konusu kural bakımından uygulama alanının olmadığını değerlendirmekteyim. Çünkü, yukarıda isnat edildiği üzere, sonuçta iptalin asıl nedeni, yasadaki “düzenleme eksikliği” (eksik düzenleme)dir. Oysa Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında, Anayasa’nın öngördüğü ve düzenlenmesini istediği hususlar dışında, yasadaki düzenleme eksikliğinin o Yasa’nın iptalini gerektirmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Örneğin Anayasa Mahkemesi, hazine avukatlarına verilen yol tazminatının öteki kamu kurumu avukatlarına verilmemesiyle ilgili davada, “Özde Anayasaya aykırı düşmeyen bir kuralın, uygulamanın genişletilmesi amacıyla iptali isteminde bulunulmaz” yönündeki gerekçeyle, sözkonusu eksik düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır. (Any.Mah.nin 24.11.1987 tarih ve E.1987/24, K:1987/32 sayılı kararı; AMKD, Sayı: 23, s.427. Bu konudaki diğer karar örnekleri için bkz. Aliefendioğlu, age., s.302-305)

Davanın somutunda, ortada eşitlik ilkesinin uygulaması bakımından, durumları özdeş olan iki kategori kişi/kişiler sözkonusu değildir. SSK’nun aktüeryal dengesi ve işkollarının özellikleri dikkate alınarak, yasakokucu tarafından sadece iki alanda (azotlu gübre ve şeker sanayinde) belli çalışma sahalarında çalışan SSK’lılara itibari hizmet imkânı sağlanmıştır. Azotlu gübre ve şeker sanayiinde kanunda sayılan çalışma sahalarında bilfiil istihdam edilenlerin hukuki konumu ile diğer sanayi kollarında benzer çalışma sahalarında istihdam edilenlerin hukuki konumu özdeş (aynı) sayılamaz. Çünkü, bu hususun saptanması tamamen teknik ve ihtisası gerektiren bir değerlendirmeyi gerektirir. Yasakoyu SSK’lılar yönünden bir sosyal güvenlik atıfeti getirirken, önceliği sayılan sanayi kollarına vermiş olup, takdir yetkisini bu doğrultuda kullanmıştır. Bu bakımdan, henüz yasakoyucunun atıfet imkânı tanımadığı diğer sanayi ve işkollarında benzer çalışma sahalarında çalışanların, azotlu gübre ve şeker sanayinde çalışanlarla kıyaslanarak, aralarında eşitsizlik olduğu yolunda ulaşılan sonuca katılmak mümkün değildir. Bu nedenle, kararın gerekçesine bu yönü itibariyle de katılamıyorum.

4 - Yukarıda üç başlık altında gerekçesini açıkladığım nedenlere dayalı olarak, iptal isteminin reddi gerektiği kanaatine ulaştığımdan; aksi düşünce ve gerekçelerle kuralın iptali yolundaki sayın çoğunluk kararına iştirak edemiyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Esas Sayısı : 2006/75

Karar Sayısı: 2006/99

Karar Günü : 4.10.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onuncu Daire

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen 140. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan **"Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler."** biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasa'nın 2., 5., 125., 138., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemidir.

I- OLAY

Davacı hakkında verilen idarî para cezasının ve ilgili genelgelerin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onuncu Dairesi iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Elit İnşaat Temel Sondaj Ltd Şti'nin aylık prim ve hizmet belgelerinin internet ortamında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 79/1. maddesinde öngörülen süre içinde davalı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığına gönderilmediğinden bahisle adı geçen Kanunun 140/c maddesi uyarınca idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin 1.11.2005 tarih ve 115890 sayılı işlem ile dayanağı olduğu ileri sürülen 6.4.2004 tarih ve 16-313 Ek ve 23.5.2004 tarih ve 16-343 Ek sayılı Genelgelerin iptali istemiyle açılan davada, dava konusu bireysel işlem ile ilgili olarak görevli yargı yeri yönünden 506 sayılı Kanunun 140. maddesinin 5454 sayılı Kanunun 5. maddesi ile değişik 4. fıkrasında yer alan **"Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler"** tümcesinin bu davada uygulanabilecek Kanun niteliğini taşımaktadır.

İtiraz konusu yasal değişiklikten önce 506 sayılı Kanunun 3910 sayılı Kanunun 1. maddesiyle değişik 140. maddesinde yer alan “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler” tümcesinin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiasıyla Ankara 11. Sulh Ceza Mahkemesince itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurulması sonucunda, Anayasa Mahkemesinin 8.10.2002 tarih ve E:2001/225, K:2002/88 sayılı kararı ile; “İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdari cezalar, idari yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdari cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır, idari para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, idari para cezalarının idari makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir.

Anayasa’da Türkiye Cumhuriyeti’nin demokratik bir hukuk devleti olduğu vurgulanırken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olması amaçlanmıştır. Çünkü yargı denetimi hukuk devletinin olmazsa olmaz koşuludur. Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasındaki “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” kuralıyla amaçlanan etkili bir yargısal denetimdir. Bu kural, idarenin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa’da adli ve idari yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa’nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır”; 140. maddesinin birinci fıkrasında, “Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcılar olarak görev yaparlar”; 142. maddesinde “mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir”; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, Danıştay, idari mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idari yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” biçimindeki düzenlemeler idari - adli yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Belirtilen nedenlerle kural olarak, 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.

Anayasa'nın yürütme bölümünde yer alan 125. maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemlerini yargı denetimine bağlı tutulduktan sonra, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adli yargı sistemi için değil, idari yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelere aittir.

Anayasa'nın belirlemiş olduğu bu kurallar, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda da yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır. Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idari- adli yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir, itiraz başvurusuna konu olan idari para cezası, kamu gücünün kullanılmasıyla ilgili ve Kanunda belirtilen kurallara uymayanlara idari bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idari yargının yetkili kılınması gerekir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir" sonucuna ulaşılmıştır.

Nitekim 506 sayılı Kanunun 140. maddesinde, 4958 sayılı Kanunun 51. maddesi ile 29.7.2003 tarihinde yapılan değişiklik ile anılan tümce "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren altmış gün içinde idare mahkemesine başvurabilirler" şeklinde değiştirilmiştir. Ancak bu tümce 506 sayılı Kanunun 140. maddesinde, itiraza konu 5454 sayılı Kanunun 5. maddesiyle yapılan değişiklikle "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler" şeklinde 8.2.2006 tarihinde yeniden değiştirilmiştir.

Anayasanın 138/4. maddesinde, Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez; 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi Kararları Resmi Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı

organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlar kuralına yer verilmiştir.

Anayasanın yukarıda aktarılan emredici hükümlerine ve Anayasa Mahkemesinin iptal kararına rağmen 506 sayılı Kanunun 140. maddesinde, itiraza konu 5454 sayılı Kanunun 5. maddesiyle yapılan değişiklikle “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler” tümcesinin Anayasa’nın 2., 5., 125., 138/4., 153/son ve 155. maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle; 506 sayılı Kanunun 140. maddesinin 5454 sayılı Kanunun 5. maddesiyle değişik 4. fıkrasında yer alan “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler” tümcesinin Anayasa’nın 2., 5., 125., 138/4., 153/son ve 155. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından, anılan tümcenin iptali ve öncelikle yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmasına, dosyada bulunan belgelerin onaylı birer örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı’na gönderilmesine, 15.3.2006 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 5454 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinin itiraz konusu kuralı da içeren dördüncü fıkrası şöyledir:

“İdari para cezaları ilgiliye tebliğ edilmekle tahakkuk eder ve tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenir veya aynı süre içinde Kurumun ilgili ünitesine itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. **Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler.** Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari para cezası kararı kesinleşir. Sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer alan ağır ceza mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılır. 2.000 Yeni Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvuru üzerine verilen kararlar kesindir. Mahkemeye başvurulması cezanın takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ödenmeyen idari para cezaları, bu Kanunun 80 inci maddesi hükmüne göre tahsil edilir. İdari para cezalarının, Kuruma itiraz ve yargı yoluna başvurulmaksızın tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin

ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, idari para cezasına karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa’nın 2., 5., 125., 138., 153. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün katılımlarıyla 30.5.2006 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, Anayasa Mahkemesinin daha önce 506 sayılı Yasa’nın 3910 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinde yer alan “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren (7) gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler” tümcesinin Anayasa Mahkemesi’nin 8.10.2001 günlü, E.2001/225, K.2002/88 sayılı kararı ile iptal edildiği, adli - idari yargı ayrılığı konusundaki Anayasa’nın emredici kurallarına ve Anayasa Mahkemesi’nin bu konudaki iptal kararına rağmen, itiraz konusu kural uyarınca bu Yasa’ya göre verilen idari para cezalarının yargısal denetiminin sulh ceza mahkemelerine bırakılmasının Anayasa’nın 2., 5., 125., 138., 153. ve 155. maddelerine aykırılık oluşturduğu ileri sürülmüştür.

A- Anayasa’nın 153. Maddesi Yönünden İnceleme

Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında, Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organları ile yönetim makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlayacağı öngörülmüştür. Bu kural gereğince, yasama organı yapacağı düzenlemelerle daha önce aynı konuda verilen Anayasa Mahkemesi kararlarını gözönünde bulundurmak, bu kararları etkisiz kılacak biçimde yasa çıkarmamak, Anayasa’ya aykırı bulunarak iptal edilen kuralları tekrar yasalaştıramamak yükümlülüğündedir.

506 sayılı Yasa'ya göre verilen idari para cezalarına karşı açılacak davaların idari yargı yerlerinde görülmesi gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 8.10.2001 günlü, E.2001/225, K.2002/88 sayılı kararının ardından, yasakoyucu tarafından Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına uygun olarak, 4958 sayılı Yasa'nın 51. ile maddesi 506 sayılı Yasa'da değişiklik yapılmış ve idari para cezalarına karşı açılacak davalara bakma görevi idare mahkemelerine verilmiştir. Uyuşmazlık Mahkemesi 21.11.2005 günlü, E.2005/84, K.2005/105 sayılı kararında, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu kurallarını göz önüne alarak Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından verilen idari para cezalarında görevli yargı yerini adli yargı olarak belirlemiştir.

İtiraz konusu kuralın, yukarıda sözü edilen Uyuşmazlık Mahkemesi kararı uyarınca getirildiği anlaşıldığından Anayasa'nın 153. maddesine aykırılık oluşturmadığı sonucuna varılmıştır.

B- Anayasa'nın 125. ve 155. Maddeleri Yönünden İnceleme

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 29.7.2003 günlü, 4958 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinde Kanun'da öngörülen bazı yükümlülüklerin zamanında ya da usulünce yerine getirilmemesi halinde Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından verilecek idari para cezaları ile ilgili yaptırımlar düzenlenmekte, bu bağlamda maddenin ilk fıkrasında hangi eylemlere ne miktarda idari para cezası verileceği, 5454 sayılı Yasa ile değiştirilen itiraz konusu dördüncü fıkrasında ise bu cezaların ne şekilde ödeneceği, buna karşı Sosyal Sigortalar Kurumu'na itiraz edilebileceği, itirazın reddi üzerine de yetkili sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği belirtilmiştir.

İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdarî cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir.

Tarihsel gelişimine paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almıştır. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denilmekte olup, maddenin diğer fıkraları da idari yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirlemektedir.

İdari işlemlere karşı açılacak davalarda sürenin yazılı bildirim tarihinden itibaren başlaması, idarî eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verme yasağı, yürütmenin durdurulması kararı verilebilmesi için gerekli olan koşullar, yürütmenin durdurulması kararına getirilebilecek sınırlamalar ve idarenin verdiği zararı ödeme yükümlülüğü, ağırlıklı olarak adlî yargı sistemi için değil, idarî yargı sistemi için geçerli olan temel ilkelerdir.

Öte yandan, Anayasa'nın 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen 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" biçimindeki kurallara yer verilmesi idarî-adlî yargı ayrılığının kurumsallaştığının kanıtıdır. Bu düzenlemeler gereği idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Buna göre, kural olarak, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasa'nın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen idarî-adlî yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğu söylemek olanaklı değildir. İtiraz başvurusuna konu olan idarî para cezası, idare tarafından kamu gücü kullanılarak Yasada belirtilen kurallara uymayanlara idarî bir yaptırımın uygulanması niteliğinde olduğundan, çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde de idarî yargının görevli kılınması gerekir.

Bu nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Mehmet ERTEN bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, başvuru kararında dayanan Anayasa'nın diğer maddeleri yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı “Sosyal Sigortalar Kanunu”nun 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa ile değişik 140. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan **“Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler.”** tümcesinin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 30.5.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı “Sosyal Sigortalar Kanunu”nun 140. maddesinin, 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa’nın 5. maddesiyle değiştirilen dördüncü fıkrasının “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler.” biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mehmet ERTEN’in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 4.10.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY

İtiraz konusu kuralda, idari para cezalarına karşı başvurulacak yerin adli yargı yeri olduğu belirtilmektedir.

Başvuru kararında ise bu yerin adli değil idari yargı yeri olması gerektiği ileri sürülerek, kuralın iptali istenilmiştir.

506 sayılı Yasa'nın 140. maddesi çeşitli tarihlerde değişikliğe uğramış ve idari para cezalarına karşı hangi mahkemede dava açılacağı 1993 yılında yapılan değişiklikle belirlenmiştir. 140. maddede, 6.5.1993 günlü, 3910 sayılı Yasa'nın 1. maddesi uyarınca yapılan değişiklikle, idari para cezalarına karşı sulh ceza mahkemesinde itiraz etme olanağı getirilmiştir. Bu kural, Anayasa Mahkemesinin benimde katıldığım 2.8.2002 günlü ve 2001/225 ve 2002/88 sayılı kararıyla idari para cezalarına karşı açılacak davaların adli yargıda değil, idari yargıda görülmesi gerektiği gerekçesiyle iptal edilmiş ve 29.7.2003 günlü, 4958 sayılı Yasa ile iptal gerekçesi doğrultusunda 506 sayılı Yasa'nın 140. maddesi değiştirilerek idari yargı yeri yetkili kılınmıştır. Bu iptal kararından sonra, özel kanunlardaki çeşitli fiiller karşılığında öngörülen idari yaptırımlar ile suç olmaktan çıkartılmak istenen kabahat fiillerinin, genel nitelikli bir kanunla düzenlenmesinde kamu yararı gören yasa koyucu, kabahatler karşılığında öngörülen yaptırımların, bir idari işlem olmasından çok cezalandırma amacı güden ve ceza hukukunun genel ilkeleriyle daha yakın ilişki içinde olan bir hukuki işlem olduğunu kabul ederek, bu tür yaptırım kararlarına karşı idari yargı yerine adli yargıda (ceza mahkemesinde) dava açılabilmesini sağlayan ve 1.6.2005 gününde yürürlüğe giren 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nu yasalaştırmıştır. Genel nitelikteki bu kanun ile 506 sayılı Kanun'un 140. maddesi değişikliğe uğrayarak, yetkili mahkeme adli yargı yeri olmuş ve 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa ile de Kabahatler Kanunu'na uygun olacak şekilde yeniden düzenleme yapılarak, bu yetkinin adli yargı üzerinde bırakılmasına devam edilmiştir.

Anayasa'nın 125. maddesindeki "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır", "Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır" biçimindeki kurallarla amaçlananın, idari eylem ve işlemlerle sınırlı bir yargısal denetim olduğu açıktır. Ancak, her türlü idari eylem ve işleme ilişkin yargısal denetimin mutlaka idari yargı tarafından yerine getirileceği sonucuna varılamaz. Yargısal denetimin etkili biçimde yapılması için gerekli düzenlemeleri yapma yetkisi, Anayasa'nın 142. maddesi uyarınca yasa koyucuya tanınmıştır. Buna göre, mahkemelerin kuruluşu, görev ve

yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenebilecektir. Anayasa'nın 140., 154. ve 155. maddelerindeki adli ve idari yargı ayırımı, görülmesi gereken davanın niteliğine, Anayasa'da yer alan ilkelere ve hukukun genel prensiplerine aykırı olmamak koşulu ile görevli ve yetkili yargı yerinin yasa ile belirlenmesine engel değildir. Yasa koyucu mahkemelerin görev ve yetkilerini ihtiyaca göre her zaman belirleyebilecektir.

506 sayılı Yasa'nın 140. maddesinde yer alan idari para cezası, idari bir işlem olmasından çok cezalandırma amacı güden ve ceza hukuku ile ilişki içinde olan bir yaptırım olduğunda kuşku bulunmamaktadır. Yaptırımın bu niteliği ile bu nitelikteki yaptırımları genel olarak düzenleyen 1.6.2005 gününde yürürlüğe giren ve inceleme tarihinde de özel yasalardaki idari yaptırımlar yönünden yürürlüğü devam eden, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu birlikte gözetildiğinde, adli yargı içinde yer alan sulh ceza mahkemesinin başvuru yeri olarak belirlenmesinde Anayasa'ya ve ceza hukukunun genel ilkelerine aykırılık bulunmamaktadır.

Bu nedenle kuralın iptal edilmesine ilişkin karar gerekçesine katılmıyorum. 4.10.2006

Üye
Mehmet ERTEN

Esas Sayısı : 2006/138

Karar Sayısı: 2006/100

Karar Günü : 20.10.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
İkinci Daire

İTİRAZIN KONUSU: 6.7.2000 günlü, 604 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin;

1) 2. maddesiyle 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 3. maddesine eklenen (e) bendinin "...Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile..." bölümünün,

2) 17. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen "Ancak albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek süre toplam 8 yılı geçemez" biçimindeki tümcenin,

3) 24. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'ya eklenen;

a- Ek Madde 2'nin birinci fıkrasının "... Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri..." bölümünün,

b- Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasının "Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi toplam 8 yılı geçemez. Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar." bölümünün,

Anayasa'nın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2., 7., 87. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacının, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Nefroloji Bilim Dalı Başkanlığı görevinden, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yüksek Bilim Konseyi üyeliğine atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi İkinci Dairesi iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü aynen şöyledir:

“Davacı, 23 Eylül 2005 tarihinde kayda geçen dava dilekçesinde özetle; 19 Eylül 1997 tarihinde Nefroloji Bilim Dalı Başkanı olarak görevlendirildiğini, bilahare 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uyarınca Genelkurmay Başkanlığı'nın 08 Eylül 2005 günlü emriyle 13 Eylül 2005 tarihinde Yüksek Bilim Konseyi üyeliğine atandığını, 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin dayanağı olan 4588 sayılı Yetki Kanununun Anayasa Mahkemesi'nin 05 Ekim 2000 tarih ve E.2000/45, K.2000/27 sayılı kararıyla iptal edildiğini, bu kararı müteakip Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen ve yetki Kanununa dayanılarak çıkarılan tüm kanun hükmünde kararnameleri iptal ettiğini, ortada çok açık bir Anayasaya aykırılık olduğunu dolayısıyla 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 2955 sayılı GATA Kanununa eklenen hükümlerden dava konusu işlemle ilgili olanların iptali için Anayasanın 152. ve 2949 sayılı Kanunun 28 inci maddeleri uyarınca Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kararı alınması gerektiğini, 2955 sayılı GATA Kanununun Ek-4 üncü maddesi ile atama yetkisinin Yüksek Askeri Şûra'ya ait olmasının ve Yüksek Askeri Şûra'ca verilecek kararların yargı denetimi dışında tutulmasının Anayasa Mahkemesi'ne başvuru için engel teşkil etmeyeceğini, zira aldığı kararlar yargı denetimi dışında olan mercilere görev ve yetki veren kanunların Anayasaya uygunluk denetimi dışında bırakılmadığını, ayrıca Yüksek Askeri Şûra'ya verilen bu yetkinin 4 yıl ile sınırlı olduğunu ve toplam 8 yıllık görev süresi sonunda bilim dalı başkanlığı görevinin kendiliğinden sona ereceğini belirterek, GATA Nefroloji Bilim Dalı Başkanlığı görevinden Yüksek Bilim Konseyi Üyeliğine atama işleminin iptaline, bu işlemin dayanağı olan 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununun 3 üncü maddesine eklenen (e) bendindeki; ‘...Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile...’ ibaresinin, 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 17 nci maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasına

üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen; 'Ancak albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek süre toplam 8 yılı geçemez.' ek cümlesinin, 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24 üncü maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununun Ek Madde 2'nin 1 inci fıkrasındaki, '... Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri...' ibaresinin, 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 24 üncü maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununa eklenen Ek madde 4 ün 5 inci fıkrasındaki; 'Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi toplam 8 yılı geçemez. Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar.' cümlelerinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru kararı alınmasını talep ve dava etmiştir.

Davanın esasının tartışılmasına geçilmeden önce, davacının, yukarıda belirtilen ve 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 2955 sayılı GATA Kanununun 3 ve 26 ncı maddeleri ile Ek Madde 2 ve Ek Madde 4'deki düzenlemelerin Anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddiasının incelenmesi sorunun çözümü için gerekli görülmüştür.

Dava dosyasının incelenmesinden, GATA Komutanlığı'nın 19 Eylül 1997 gün ve PL.EĞT.ÖGT.Ş.:4033-55-97/2845 sayılı emriyle Nefroloji Bilim Dalı Başkanı olarak görevlendirilen davacının görev süresinin Yüksek Askeri Şûra'nın 01 Ağustos 2005 gün ve 02/05 numaralı kararıyla uzatılmaması üzerine Genelkurmay Başkanlığı'nın 08 Eylül 2005 gün ve PER.:4031-23-05/Per.D.Ynt.Ş.(2) sayılı emriyle GATA Yüksek Bilim Konseyi Üyeliğine atandığı, davacının, atama işleminin iptali istemiyle bu işlemin dayanağını teşkil eden 2955 sayılı GATA Kanununa 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değişik veya eklenen 3 üncü maddesinin (e) bendi, 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasına üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen cümle, Ek madde 2 nin birinci fıkrasındaki 'Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri...' ibaresi ve Ek Madde 4 ün beşinci fıkrasındaki 'Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi toplam 8 yılı geçemez. Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar' cümlelerinin iptali istemiyle bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası'nın 'Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi' başlıklı 152 nci maddesinin 1 inci fıkrasında: 'Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.' denilmektedir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 28 inci maddesinde de, itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine gönderilecek işlerde uyulması gerekli usul ve esaslar gösterilmiştir.

Anayasa ve Kanunun emredici hükümlerine göre davada, davacının, hakkındaki atama işleminin dayanağı olan 2955 sayılı GATA Kanununun bazı maddelerinin Anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddiası, incelenmesi ve çözümlenmesi gerekli 'öncelikli sorun' olarak karşımıza çıkmaktadır.

Anayasa'ya aykırılık iddiasının Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilmesi için her şeyden önce davada Anayasa'nın 152/1 inci maddesinde öngörülen koşulların bulunması gerekir.

DAVANIN GÖRÜM VE ÇÖZÜMÜ ASKERİ YÜKSEK İDARE MAHKEMESİNE AİTTİR:

1602 Sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanununun 20 nci maddesinde aynen: 'Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, Türk Milleti adına; askeri olmayan makamlarca tesis edilmiş olsa bile, asker kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden doğan uyuşmazlıkların ilk ve son derece mahkemesi olarak yargı denetimini ve diğer kanunlarda gösterilen görevleri yapar. Ancak, askerlik yükümlülüğünden doğan uyuşmazlıklarda ilgilinin asker kişi olması şartı aranmaz.

Bu Kanunun uygulanmasında asker kişiden maksat; Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli bulunan veya hizmetten ayrılmış olan subay, askeri memur, astsubay, askeri öğrenci, uzman çavuş, uzman jandarma çavuş, erbaş ve erler ile sivil memurlardır.' hükmü yazılıdır.

Aynı Kanunun 21 inci maddesinin 1 inci fıkrası: '20 nci maddede belirtilen kişileri ilgilendiren ve askeri hizmete ilişkin idari işlem ve eylemlerden dolayı; yetki, sebep, şekil, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından bahisle menfaatleri ihlal edilenler tarafından açılacak iptal davaları, aynı idari işlem ve eylemin haklarını ihlal etmesi halinde açılacak tam yargı davaları, doğrudan doğruya ve kesin olarak

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde çözümlenir ve karara bağlanır.’ hükmünü içermektedir.

Profesör Tabip Albay rütbesinde olan davacının GATA içerisinde atama görmesi işleminin asker kişiyi ilgilendirdiği ve uyuşmazlığın Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde görülmesinin ilk koşulunun bu dava yönünden gerçekleştiği görülmektedir.

Bunun yanında, asker kişi olan davacı hakkında tesis edilen atama işleminin askeri hizmete ilişkin bir işlem niteliğini taşıdığı yadsınamaz. 1602 sayılı Kanunun 20 ve 21 inci maddelerinde dile getirilen koşullar uyuşmazlık bakımından var olduğuna göre, davanın görüm ve çözümünde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevli olduğu değerlendirilmiştir.

DAVADA UYGULANACAK KURAL, ANAYASAYA AYKIRILIĞI İDDİA EDİLEN 2955 SAYILI GATA KANUNUNA EKLENEN VE YETKİ KANUNU UYARINCA ÇIKARILAN KANUN HÜKMÜNDE KARARNAME KURALIDIR:

Davacı, GATA Nefroloji Bilim Dalı Başkanlığı’ndan GATA Yüksek Bilim Konseyi Üyeliğine atandırılmasına dair idari işlemin dayanağını teşkil eden; 4588 sayılı Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkilerine ilişkin Konularda Kamu Personeli Arasındaki Ücret Dengesizliklerinin Giderilmesi ve Kamu ve Mali Yönetiminde Disiplin Sağlanması İçin Yapılacak Düzenlemeler Hakkında Yetki Kanunu’na istinaden çıkarılan 604 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin; 2 nci maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununun 3 üncü maddesine eklenen (e) bendindeki, ‘Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile’ ibaresinin; 17 nci maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasına üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen, ‘Ancak albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek süre toplam 8 yılı geçemez.’ ek cümlesinin; 24 üncü maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununa eklenen maddelerden, Ek Madde 2 nin birinci fıkrasındaki, ‘...Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri’ ve Ek Madde 4 ün beşinci fıkrasındaki, ‘Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi

bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar.' cümlelerinin Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmektedir.

Belirtilen bu yasa hükümlerinin, davacının GATA Nefroloji Bilim Dalı Başkanlığından GATA Yüksek Bilim Konseyi Üyeliğine atanmasının dayanakları olduğu dikkate alındığında, bu hükümlerin davada uygulanacak olan ve Anayasaya aykırılığı iddia edilen kurallar olduğu açıktır.

DAVACININ ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASININ CİDDİLİĞİ:

A- KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMENİN YARGISAL DENETİMİ HAKKINDA GENEL AÇIKLAMA

Anayasa'nın 91 inci maddesinde, 'Kararnameler, Resmi Gazetede yayımlandıkları gün Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Yetki kanunları ve bunlara dayanan kanun hükmünde kararnameler, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonları ve Genel Kurulunda öncelik ve ivedilikle görüşülür' denilmektedir. Bu kuralla, öncelik ve ivedilikle koşuluyla, yetki yasalarının gecikmeden çıkarılabilmesi ve çıkarıldıktan sonra da yürürlüğe konulan KHK'lerin aynı biçimde Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde karara bağlanması amaçlanmıştır.

Anayasa'da yasalar gibi KHK'lerin de yargısal denetimi öngörülmüştür. KHK'ler işlevsel (fonksiyonel) yönden yasa niteliğinde olduklarından, bunların yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Yargısal denetimde KHK'nin öncelikle, yetki yasasına sonra da Anayasaya uygunluğunun araştırılması gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148 inci maddesinde KHK'lerin yetki yasalarına uygunluğunun denetlenmesinden değil yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de; Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle KHK'nin yetki yasasına uygunluğunun denetimi girer. Çünkü, Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki yasasında belirtilen sınırlar içerisinde KHK çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, KHK'yi Anayasaya aykırı duruma getirir. Böylece, KHK'nin yetki yasasına aykırı olması Anayasaya aykırı olması ile özdeşleşir.

Olağanüstü Hal KHK'leri dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan (md.121) alırlar. Bu tür KHK'lerin bir yetki yasasına dayanması gerekli değildir. Buna karşın, olağan KHK'lerin bir yetki yasasına dayanması zorunludur. Bu nedenle, KHK'ler ile dayandıkları yetki yasası arasında çok sıkı bir bağ vardır.

KHK'nin yetki yasası ile olan bağı, KHK'yi aynen ya da değiştirerek kabul eden yasa ile kesilir. KHK'nin Anayasaya uygun bir yetki yasasına dayanması geçerliliğinin ön koşuludur. Yetki yasasına dayanmadan çıkartılan ve dayandığı yetki yasası iptal edilen bir KHK'nin içeriği Anayasaya aykırılık oluşturmaya bile Anayasaya uygunluğundan söz edilemez.

KHK'lerin Anayasaya uygunluk denetimi, yasalarınkinden farklıdır. Anayasa'nın 11 inci maddesinde, 'Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz' denilmektedir. Bu nedenle, yasaların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. KHK'ler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki yasasına hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan veya yetki yasasının kapsamı dışında kalan ya da dayandığı yetki yasası iptal edilen KHK'lerin anayasal konumları birbirinden farksızdır. Böyle durumlarda KHK'ler anayasal dayanaktan yoksun kaldıklarından içerikleri Anayasa'ya aykırı bulunmaya bile dava açıldığında iptalleri gerekir.

Bu nedenlerle, iptaline karar verilen bir yetki yasasına dayanılarak çıkarılan KHK'lerin, Anayasa'nın Başlangıç'ındaki 'Hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı', 2 nci maddesindeki 'Hukuk Devleti' ilkesi, 6 ncı maddesindeki 'Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz.' kuralı ve KHK çıkarma yetkisine ilişkin 91 inci maddesiyle bağdaştırılmaları olanaksızdır.

B. ANAYASA'YA AYKIRILIK SORUNU

İtiraz konusu kuralı içeren 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 29 Haziran 2000 günlü 4588 sayılı Yetki Yasası'na dayanılarak çıkarılmıştır. KHK'nin dayandığı 4588 sayılı Yetki Yasası, Anayasa Mahkemesi'nin 05 Ekim 2000 günlü, Esas 2000/45, Karar 2000/27 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Bu karar 28 Ekim 2000 günlü 24214 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Böylece 604 sayılı KHK Anayasal dayanaktan yoksun kalmıştır.

Yukarıda açıklandığı gibi Anayasa'nın 91 inci maddesine göre KHK'lerin Anayasa'ya uygun sayılabilmelerinin ön koşulu, bunların geçerli bir yetki yasasına dayandırılmaları olduğundan Yetki Yasası'nın iptali, bu Yasa'ya göre çıkarılan KHK'leri Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

Bu nedenle, 2955 sayılı GATA Kanununun dava konusu olaya uygulanan ve 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirilen

hükümlerinin Anayasa'nın Başlangıç bölümünün dördüncü paragrafı ile 2, 7, 87 ve 91 inci maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

SONUÇ:

Yukarıda gerekçeleriyle açıklanan nedenlerle, davacı tarafından ileri sürülen ve bu davada uygulanacak hükümler arasında yer alan 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin;

1- 2 nci maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununun 3 üncü maddesine eklenen (e) bendindeki, '...Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile...' ibaresinin,

2- 17 nci maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununun 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasına üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen, 'Ancak albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek süre toplam 8 yılı geçemez.' cümlesinin,

3- 24 üncü maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununa eklenen Ek Madde 2'nin birinci fıkrasındaki, '...Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri...' ibaresinin,

4- 24 üncü maddesi ile 2955 sayılı GATA Kanununa eklenen Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasındaki 'Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi toplam 8 yılı geçemez. Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar.' cümlelerinin Anayasaya aykırı olduğu iddiasının ciddi olduğu kanısına varıldığından ve kurulumuzca söz konusu düzenlemelerin Anayasanın Başlangıcının dördüncü paragrafı ile 2 nci, 7 nci, 87 nci ve 91 inci maddelerine aykırı olduğu kanaati hasıl olduğundan TC. Anayasasının 152 nci maddesinin 1 inci fıkrası ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanunun 28 inci maddesinin 2 nci fıkrası uyarınca dava dosyasından ilgili evrakın onaylı suretlerinin çıkartılarak Anayasa Mahkemesi'ne GÖNDERİLMESİNE ve bu sebeple davanın GERİ BIRAKILMASINA,

20 EYLÜL 2006 tarihinde OYBİRLİĞİ ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Kurallar

1) 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 3. maddesine 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 2. maddesiyle eklenen ve itiraz konusu bölümün de yer aldığı (e) bendi şöyledir:

"Yüksek Bilim Konseyi: Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanı ve Gülhane Askeri Tıp Fakültesi dekanı ile **Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile** Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanı tarafından bir yıl için görevlendirilecek üç ana bilim dalı ve iki bilim dalı başkanından oluşan ve bu Kanunla kendisine verilen görevleri yerine getiren konseydir."

2) 2955 sayılı Yasa'nın, 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesiyle eklenen cümleyi de içeren, 26. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"General-amiral öğretim üyelerinden rütbe bekleme süresini tamamlamış olanlar, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 54 üncü madde hükmüne göre değerlendirilirler. Bunlardan hizmet ihtiyacı kadarı, Genelkurmay Başkanının teklifi, Yüksek Askeri Şûra'nın üçte iki çoğunluğunun kararı ile bir yıl daha aynı rütbede hizmete devam ettirilirler. Bu şekilde görev süresi uzatılanlar, aynı esaslara göre her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla rütbesinin yaş haddine kadar hizmete devam ettirilebilirler. **Ancak albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek süre toplam 8 yılı geçemez.** Kadrosuzluk sebebiyle emekliye sevk edilen general-amiraller hakkında, 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 49 uncu maddesinin (f) bendi hükümleri uygulanır."

3) a- 2955 sayılı Yasa'nın, 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesiyle eklenen Ek 2. maddesinin, itiraz konusu bölümü de içeren birinci fıkrası şöyledir:

"Yüksek Bilim Konseyi; Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanı Bilimsel Yardımcısı (Dekan), **Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri** ve Gülhane Askeri Tıp Akademisi Komutanı tarafından bir yıl için görevlendirilecek 3 ana bilim dalı ve 2 bilim dalı başkanından oluşur."

b- 2955 sayılı Yasa'nın, 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 24. maddesiyle eklenen Ek 4. maddesinin, itiraz konusu bölümü de içeren beşinci fıkrası şöyledir:

“Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi toplam 8 yılı geçemez. Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar. General ve amiral rütbesindeki bilim dalı başkanları rütbe bekleme süresini tamamladıktan sonra Genelkurmay Başkanının teklifi üzerine Yüksek Askeri Şûranın üçte iki çoğunluğunun kararı ile her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla rütbesinin yaş haddine kadar hizmete devam ettirilebilirler.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

İtiraz konusu kuralların, Anayasa'nın Başlangıç'ının dördüncü paragrafına, 2., 7., 87. ve 91. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüş, Anayasa'nın 6. maddesi ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Sacit ADALI, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, Cafer ŞAT, A. Necmi ÖZLER, Ali GÜZEL, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımıyla yapılan ilk inceleme toplantısında uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Yasa'nın 28. maddesine göre mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları yasa veya yasa hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenen kuralın/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 nitelikteki kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'de bakılmakta olan dava, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Nefroloji Bilim Dalı Başkanı olarak görev yapan davacının, 604 sayılı KHK'nin 24. maddesiyle 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'na eklenen Ek Madde 4'ün beşinci fıkrası uyarınca,

Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yüksek Bilim Konseyi üyeliğine atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır.

Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasının itiraz konusu bölümünde, bilim dalı başkanlığı görev süresinin 4 yıl olduğu, general ve amiraller hariç bu sürenin Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabileceği, bilim dalı başkanlığı görev süresinin toplam 8 yılı geçemeyeceği ve görev süresi bitenlerin Yüksek Bilim Konseyi'ndeki kadrolara atanacakları düzenlenmiştir.

Bakılmakta olan davanın, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Nefroloji Bilim Dalı Başkanı olan davacının, Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yüksek Bilim Konseyi üyeliğine atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmış olduğu gözetildiğinde bu uyuşmazlığın, yukarıda anılan "Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar." kuralına dayanılarak çözümleneceği anlaşılmaktadır. Bu nedenle anılan Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasının itiraz konusu bölümünün "Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar." cümlesi dışında kalan kısmı, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin davada uygulayacağı kurallar değildir.

604 sayılı KHK'nin 2. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'nın 3. maddesine eklenen (e) bendinin "... Gülhane Askeri Tıp Akademisinde ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile ..." bölümü ve yine 604 sayılı KHK'nin 24. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'ya eklenen Ek madde 2'nin birinci fıkrasının "...Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri..." bölümü, Yüksek Bilim Konseyi'nin tanımı ve oluşumuna ve 604 sayılı KHK'nin 17. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen cümle ise, albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek sürenin toplam 8 yılı geçemeyeceğine ilişkin olup, davacının Yüksek Bilim Konseyi üyeliğine atanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, bu kuralların da uyuşmazlığın sona erdirilmesinde olumlu ya da olumsuz katkı sağlayacak nitelikte olmadıkları açıktır.

Bu nedenle, 6.7.2000 günlü, 604 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin:

1) 2. maddesiyle 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı "Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu"nun 3. maddesine eklenen (e) bendinin "... Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile ..." bölümünün,

2) 17. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen " Ancak albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek süre toplam 8 yılı geçemez." biçimindeki tümcenin,

3) 24. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'ya eklenen;

a- Ek Madde 2'nin birinci fıkrasının "...Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri ..." bölümünün,

b- Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasının "Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi toplam 8 yılı geçemez." bölümünün,

itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu tümce ve bölümlere ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

604 sayılı KHK'nin 24. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasının "Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar." biçimindeki dördüncü tümcesine yönelik itirazın ise, dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine,

20.10.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- KHK'nin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'da, KHK'lerin siyasal denetimi yanında yargısal denetimi de öngörülmüştür. KHK'ler, işlevsel (fonksiyonel) yönden yasama işlemi niteliğinde olduklarından bunların yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi de Anayasa Mahkemesi'ne verilmiştir. Yargısal denetimde KHK'nin, öncelikle yetki yasasına sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde KHK'lerin yetki yasalarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de, Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle KHK'nin yetki yasasına uygunluğunun denetimi girer. Çünkü, Anayasa'da, Bakanlar

Kurulu'na ancak yetki yasasında belirtilen sınırlar içerisinde KHK çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, KHK'yi Anayasa'ya aykırı duruma getirir. Böylece, KHK'nin yetki yasasına aykırı olması Anayasa'ya aykırı olması ile özdeşleşir.

Olağanüstü Hal KHK'leri dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan (mad. 121) alırlar. Bu tür KHK'lerin bir yetki yasasına dayanması gerekli değildir. Buna karşılık olağan dönemlerdeki KHK'lerin bir yetki yasasına dayanması zorunludur. Bu nedenle, KHK'ler ile dayandıkları yetki yasası arasında çok sıkı bir bağ vardır.

KHK'nin yetki yasası ile olan bağı, KHK'yi aynı ya da değiştirerek kabul eden yasa ile kesilir. KHK'nin Anayasa'ya uygun bir yetki yasasına dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki yasası iptal edilen bir KHK'nin kuralları, içerikleri yönünden Anayasa'ya aykırılık oluşturmaları bile Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

KHK'lerin Anayasa'ya uygunluk denetimleri, yasaların denetimlerinden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, "Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz" denilmektedir. Bu nedenle, yasaların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. KHK'ler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki yasasına hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan veya yetki yasasının kapsamı dışında kalan ya da dayandığı yetki yasası iptal edilen KHK'lerin anayasal konumları birbirlerinden farksızdır. Böyle durumlarda, KHK'ler anayasal dayanaktan yoksun bulunduklarından içerikleri Anayasa'ya aykırı bulunmasa bile dava açıldığında iptalleri gerekir.

Bu nedenlerle, iptaline karar verilen bir yetki yasasına dayanılarak çıkartılan KHK'lerin Anayasa'nın 2. maddesindeki "Hukuk devleti" ilkesiyle, 6. maddesindeki "Hiç bir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz." kuralı ve KHK çıkarma yetkisine ilişkin 91. maddesiyle bağdaştırılması olanaksızdır.

B- İtiraz Konusu Kuralın Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın dayanağı olan yetki yasasının iptali neticesinde dayanağını kaybetmesi nedeniyle Anayasa'nın Başlangıç'ının dördüncü paragrafı ile 2., 7., 87. ve 91. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar verilmesi istenilmiştir.

İtiraz konusu kuralı içeren 604 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 29.6.2000 günlü, 4588 sayılı Yetki Yasası'na dayanılarak çıkartılmıştır.

Sözkonusu Yetki Yasası Anayasa Mahkemesi'nin 5.10.2000 günlü, E.2000/45, K.2000/27 sayılı kararıyla iptal edildiğinden 604 sayılı KHK anayasal dayanaktan yoksun kalmıştır.

Bu nedenle, 604 sayılı KHK'nin 24. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'ya eklenen Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasının "Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar" tümcesi, Anayasa'nın 2., 6. ve 91. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

VI- SONUÇ

6.7.2000 günlü, 604 sayılı "Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname"nin 24. maddesiyle 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı "Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'na eklenen Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasının "Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar." biçimindeki dördüncü tümcesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 20.10.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Üye
Sacit ADALI

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Cafer ŞAT

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Ali GÜZEL

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2002/117

Karar Sayısı: 2006/105

Karar Günü : 22.11.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Küçükçekmece İcra Tetkik Mercii Hâkimliği

İTİRAZIN KONUSU: A- 15.11.2000 günlü, 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun'un geçici 3. maddesinin, 30.1.2002 günlü, 4743 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrasının "4389 sayılı Bankalar Kanununun... 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrası hükümleri banka aleyhine yapılacak takipler yönünden ..." bölümünün;

B- 18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının;

Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Tasfiye Halinde Emlak Bankası A.Ş.'nin kendisine tebliğ edilen icra emrinin iptali ile takibin durdurulması isteminin incelenmesi sırasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan İcra Tetkik Mercii Hâkimliği iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Büyükçekmece Asliye Hukuk Mahkemesinin 11.12.2001 günlü kararı ile 828.000.000,-TL. tazminatın Emlak Bankası AŞ. ile Yapı Tic. Aş. den dava tarihi olan 24.04.2000 tarihinden itibaren kanuni faizi ile alınarak davacı Bizimkent 189 yönetimine verilmesine karar verilmiştir.

Alacaklı vekili henüz kesinleşmeyen ilamı 15.06.2002 günü icraya koyarak takip talebini düzenlemiş, Küçükçekmece 3. İcra Müdürlüğünün 2002/2868 E. sayılı takip dosyasında aynı gün örnek-53 icra emri düzenlenerek taraflara tebliğe çıkarılmıştır.

Borçlulardan, Tasfiye Halinde Türkiye Emlak Bankası AŞ. vekiline örnek-53 icra emri 17.06.2002 günü tebliğ edilmiş, banka vekili 20.06.2002 günü Yargıçlığımıza havale ettirdiği itiraz dilekçesinde; 4743 sayılı Yasanın 6. maddesinin B bendinin 4. Fıkrasının yollaması ile 4389 sayılı Bankalar Yasasının 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca borçlu banka yönünden icra takiplerinin duracağını iddia ederek icra emrinin iptali ile, takibin banka yönünden durdurulmasını, ayrıca fazla hesaplanan birikmiş faizin düzeltilmesini istemiştir.

Yargıçlığımızca borçlu banka yönünden icra takiplerinin durdurulması yönündeki yasa maddeleri T.C. Anayasasının 35. ve 36. maddelerine aykırı görüldüğünden Anayasamızın 152. maddesi uyarınca Yargıçlığımızca Yüce Mahkemenize başvurulmuştur.

İlgili Anayasa ve Yasa maddeleri aşağıdaki gibidir;

ANAYASA MADDE: 35- Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar ancak kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.

ANAYASA MADDE: 36- Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir.

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.

4743 SAYILI YASANIN 6. MADDESİNİN B BENDİNİ 4. FIKRASININ ANAYASAYA AYKIRI GÖRÜLEN KISMI: 4389 Sayılı Bankalar Kanununun...16. maddesinin (2). fıkrası hükümleri banka aleyhine yapılacak takipler yönünden... Tasfiye Halinde Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi hakkında da uygulanır.

4389 SAYILI YASANIN 16. MADDESİNİN 2. FIKRASI: İznin kaldırılmasına ilişkin kurul kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren banka hakkındaki ihtiyati tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibi durur.

Yukarıdaki Yasa maddeleri öncelikle Anayasamızın 35. maddesine aykırıdır. Belli bir para alacağı olan gerçek veya tüzel kişi veya kurumun bu alacağını alması için tek yasal yol olan icra takibi yapılmasının önlenmesi söz konusu para üzerinde mülkiyet hakkı bulunan alacaklının mülkiyet hakkını kullanmasını engellemektedir. Bu Yasa maddeleri Anayasanın 35. maddesindeki mülkiyet hakkının Kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği hükmüne de uymamaktadır. Çünkü borçlu banka

yönetiminin basiretli bir tüccar gibi davranarak bankayı yönetmeleri gerekirken, yanlış ticari değerlendirmeleri sonucu bankaya Sigorta fonu tarafından el konulması veya dosyamızın borçlusu banka gibi yasa ile tasfiye edilmesinde kamu yararı yoktur. Kamu yararı teriminin geniş yorumlanarak mülkiyet hakkının kısıtlanması tüm hakları kullanılamaz hale getirir. Bunun sonucu olarak Kamulaştırma yapan idarelerin Mahkemelerce verilen bedel artırımını kararlarını uygulamamaları veya geç uygulamaları sonunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde dava açan bir vatandaşımızın davayı kazandığı dikkate alındığı takdirde, bu yasa maddesi nedeniyle Ülkemizin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde bir çok davaya muhatap olabilir.

Diğer taraftan söz konusu Yasa maddeleri Anayasamızın hak arama hürriyeti başlıklı 36. maddesine tamamen aykırıdır. Söz konusu yasa hükümleri alacaklıların borçlu bankadan alacağını alması için tek yasal yol olan icra takibi yapma haklarını kısıtlamaktadır. Yasa hükümlerine göre icra takibi yapılmakta ancak, yasa hükmü uyarınca takip kendiliğinden durmaktadır. Bu durmanın her hangi bir süresi yoktur. Sonsuza kadar duran bir icra takibinin de hak sahibi olan alacaklıya her hangi bir faydası yoktur.

Yüksek Mahkemece çok iyi bilindiği gibi; diğer insan hakları gibi bu hakların da tarihçesi Avrupa da 1215 yılında İngiltere Kralı ile Lortlar arasında düzenlenen Magna Carta Sözleşmesine dayanmaktadır. (Tarihimizde benzeri sözleşme Padişah II. Mahmut ile Rumeli Ayan'ı arasında yapılan senedi ittifak sözleşmesidir.) Avrupa da 1789 Fransız İhtilalinden sonra yayınlanan İnsan Hakları Beyannamesi ile söz konusu haklar belirlenmiş ve bütün uygar dünya da kabul görmüştür. Anayasamızın İkinci Kısımında Hükme Bağlanan Temel Haklar ve Ödevler de bu beyanname esas alınarak düzenlenmiştir.

Somut olayda; Borçlu Bankanın yaptırdığı ve pazarlayarak sattığı apartman binası depremde hasar görmüş, alacaklı taraf bu hasarın giderilmesi için banka ve yüklenici şirket aleyhine dava açmış dava sonunda banka ile yüklenici şirketin faizi ile birlikte ilamda belirtilen parayı ödemesine hükmedilmiştir. Alacaklı taraf bu ilamı icraya koymuş ancak Anayasaya aykırı olduğunu düşündüğümüz yasa maddeleri uyarınca Borçlu Banka itiraz etmiştir. Yapılacak Yargılama da ve bunun sonucunda Yargıçlığımızca verilecek kararda söz konusu Yasa maddeleri uygulanacaktır. Bunun sonucu olarak ilamla belirlenen alacak alacaklıya ödenmeyecektir. Alacaklının mülkiyet hakkı korunmadığı gibi Anayasanın 36. maddesi uyarınca alacaklının alacaklı sıfatı ile bir Yargı Mercii olan icra

Dairesine başvurma, alacaklı sıfatı ile icra dairesinde ve Yargıçlığımızda iddiada bulunma hakları ortadan kalkmaktadır.

Sonuç olarak her iki Yasa hükmünün Anayasaya aykırı olduğu açık bir şekilde bellidir.

Sonuç olarak: yukarıda belirtilen 4743 sayılı Yasanın 6. maddesinin B bendinin 4. fıkrasının “4389 sayılı Bankalar Kanunun... 16. maddesinin (2) numaralı fıkrası hükümleri banka aleyhine yapılacak takipler yönünden...” sözcükleri ile 4389 sayılı Bankalar Yasasının 16. maddesinin 2. fıkrasının T.C. Anayasasının 35 ve 36. maddelerine aykırı olması nedeniyle İPTALLERİNE karar verilmesi saygıyla arz olunur.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 15.11.2000 günlü, 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun’un geçici 3. maddesinin, 4743 sayılı Yasa ile eklenen ve itiraz konusu kuralı da içeren son fıkrası şöyledir:

“4389 sayılı Bankalar Kanununun 14 üncü maddesinin (5) numaralı fıkrasının (c) bendi hükümleri bankanın taraf olduğu davalar yönünden (tesis edilen teminatlar iade olunur); 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrası hükümleri banka aleyhine yapılacak takipler yönünden ve **16 ncı maddenin (9) numaralı fıkrası hükümleri Bankanın alacak ve borçları yönünden** Tasfiye Halinde Emlak Bankası Anonim Şirketi hakkında da uygulanır.”

2- 18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 16. maddesinin itiraz konusu (2) numaralı fıkrası şöyledir:

“2. İznin kaldırılmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren banka hakkındaki ihtiyati tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibatı durur.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa’nın 35. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN ve Enis TUNGA’nın katılmalarıyla 15.7.2002 günü

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

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A-İtiraz Konusu Kuralların Anlam ve Kapsamı

İktisadi devlet teşekkülü statüsünde faaliyet gösterirken, 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun kapsamına alınan Türkiye Emlak Bankası A.Ş.'nin kimi aktifleri ve şubeleri Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası A.Ş. ve Türkiye Halk Bankası A.Ş.'ye devredilmiş, Banka'nın yönetimi Tasfiye Kurulu'na geçmiştir. Bankacılık lisansı 6.7.2001 gününde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından iptal edilen ve Ana Sözleşme'sinde değişiklik yapılan Banka'nın unvanı "Tasfiye Halinde Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi" olarak değiştirilmiş, tasfiye hali Ticaret Siciline tescil edilmiştir. Banka'nın tasfiyesiyle ilgili düzenlemelere, 20.6.2001 günlü, 4684 sayılı ve 30.1.2002 günlü, 4743 sayılı Yasa'larda yer verilmiştir.

4389 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin itiraz konusu (2) numaralı fıkrasında, bir bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından kaldırılması halinde, iznin kaldırılmasına ilişkin kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren banka hakkındaki ihtiyati tedbir dahil her türlü icra ve iflas hükümlerinin durması öngörülmüştür.

İtiraz konusu kuralda belirtilen "ihtiyati tedbir" ve "icra ve iflas", Banka'dan alacaklı olanların alacaklarını tahsil edebilmeleri için Banka aleyhine yapacakları bireysel takiplerdendir. Kuralla, alacaklıların Banka aleyhine yapacakları bu tür takiplerin durdurularak alacaklılar tarafından kullanılması engellenmiştir.

4603 sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesinin sonuna 4743 sayılı Yasa ile eklenen fıkayla 4389 sayılı Yasa'ya gönderme yapılmak suretiyle, bu Yasa'nın 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının Tasfiye Halinde Emlak Bankası A.Ş. hakkında da uygulanacağı kuralı getirilmiştir. Böylece, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırıldığı halde Fona devredilmeyen Tasfiye Halinde Emlak Bankası A.Ş., banka aleyhine

yapılacak takipler yönünden 16. maddenin (2) numaralı fıkrası kapsamına alınmıştır.

İtiraz konusu kuralla, Tasfiye Halinde Emlak Bankası A.Ş. alacaklıları bakımından bu Banka aleyhine yapılacak takibatın doğrudan Tasfiye Kurulu'nca yapılması ve genel hükümlere göre yapılacak işlemler sonucu Banka'nın borçlarının ödeme yoluyla tasfiye edilerek şirket varlığına hukuken son verilmesi öngörülmüştür.

Tasfiye işlemlerinin amacı, alacakların tahsili, aktiflerin paraya çevrilmesi, borçların ödenmesi, varsa elde kalan aktiflerin ortaklara paylaştırılması ve şirket tüzel kişiliğinin sona erdirilerek ticaret unvanının ticaret sicilinden silinmesidir. Türkiye Emlak Bankası A.Ş'nin, Ziraat ve Halk Bankalarına devredilenler dışında kalan bölümünün tasfiye sürecine sokulmasında da aynı amaç gözetilmiştir. Banka aleyhine yapılacak takipler yönünden, ihtiyati tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibatının durdurulmasıyla alacakların tahsili ve borçların ödenmesi konusunda Türk Ticaret Kanunu'nun uygulanması benimsenmiştir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, borçlu Banka yönünden icra takibatının durdurularak, para alacağı olan kişilerin bu alacağını alması için başvurabileceği yasal yolların önlenmesinin, söz konusu alacak üzerinde mülkiyet hakkı bulunan alacaklının mülkiyet hakkını kullanmasını engellediği, mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilceği, oysa Türkiye Emlak Bankası A.Ş'nin tasfiye edilmesinde kamu yararının bulunmadığı, alacaklının mülkiyet hakkının korunmadığı gibi alacaklı sıfatı ile icra dairesine başvurma ve icra mahkemesinde itirazda bulunma hakkının ortadan kaldırıldığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4389 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin itiraz konusu (2) numaralı fıkrasında, bir bankanın, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasına ilişkin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihten itibaren banka hakkındaki ihtiyati tedbir dâhil her türlü icra ve iflas takibatının duracağı öngörülmüştür. 4603 sayılı Yasa'nın geçici 3. maddesinin 4743 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrasındaki itiraz konusu kural ile de 4389 sayılı Yasa'nın 16. maddesinin (2) numaralı fıkrası hükümlerinin, Tasfiye Halinde Emlak Bankası Anonim Şirketi aleyhine yapılacak takipler yönünden de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeye dayanılarak 4389 sayılı

Yasa'nın 16. maddesinin (2) numaralı fıkrası, Tasfiye Halinde Emlak Bankası A.Ş.'ye de uygulanacağından inceleme bu yönden yapılmıştır.

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.

İtiraz konusu kurallarla, alacaklıların Banka aleyhine yapacakları takipler yönünden ihtiyati tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibatının durdurulmasının öngörülmesi, alacaklıların alacakları üzerindeki mülkiyet hakkını ortadan kaldırmamaktadır.

İhtiyati tedbir dâhil icra ve iflas takibatı, alacaklılar tarafından banka aleyhine yapılacak bireysel takiplerdir. Tasfiye Halinde Emlak Bankası A.Ş.'de ise tasfiyenin amacı alacakların tahsili, aktiflerin paraya çevrilmesi ve borçların ödenerek bu Banka'nın hukuki varlığının sona erdirilmesidir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için, ihtiyati tedbir dahil icra ve iflas takibatı yolunu tek tek alacaklılar yönünden benimseyen bir yöntemin değil, bütün alacaklıların haklarını güvence altına alan bir yöntemin tercihi ve ayrıca Banka'nın alacaklılarına eşit olarak davranılması dışında tasfiye sürecinin amaca uygun olarak hızlı, kesintisiz ve sorunsuz sonuçlandırılması söz konusudur.

Öte yandan, Anayasa'nın, hak arama özgürlüğünün düzenlendiği 36. maddesinde herkesin, geçerli araç ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu öngörülmüştür.

İtiraz konusu kurallarla, hak arama yönteminde usul değişikliği yapıldığı, bu bağlamda hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI - SONUÇ

A- 15.11.2000 günlü, 4603 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun"un geçici 3. maddesinin, 30.1.2002 günlü, 4743 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrasının "4389 sayılı Bankalar Kanununun ... 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrası hükümleri banka aleyhine yapılacak takipler yönünden ..." bölümünün,

B- 18.6.1999 günlü, 4389 sayılı “Bankalar Kanunu”nun 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının, “Tasfiye Halinde Emlak Bankası Anonim Şirketi” yönünden,

Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 22.11.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2003/10

Karar Sayısı: 2006/106

Karar Günü : 23.11.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının **"...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..."** bölümünün, Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Biga Asliye (iş) Mahkemesinin rücuen tazminat kararının temyizen incelemesi sırasında itiraz konusu Kural'ın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Yargıtay 10. Hukuk Dairesi iptali için başvuruda bulunmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı avukatı Zeliha Yılmaz tarafından davalı Furkan Kesik Et ve Besicilik Üretim Pazarlama ve İthalat İhracat Limited Şirketi aleyhine açılan rucu davası hakkında Biga Asliye (İş) Mahkemesince verilen 19.09.2002 tarih ve 2001/356 Esas, 2002/491 sayılı hükmün temyizen incelenmesi taraf avukatlarınca istenilmesi üzerine dosya incelendi gereği düşünüldü ve aşağıdaki karar tespit edildi.

Davacı vekili, iş kazası geçiren sigortalının sürekli iş göremez duruma düşmesi üzerine kendisine Kurumca sürekli iş göremezlik geliri bağlanıp bağlanan gelirin peşin değerinin tahsili için daha önce davalı aleyhine rucu davası açıldığını, 2 davanın kabulüne ilişkin hükmün Yargıtay denetiminden geçmek suretiyle kesinleştiğini, ne ki daha sonra yürürlüğe giren kanun veya kararnamelerle yapılan katsayı değişiklikleri sonucu sigortalıya bağlanan gelirlerde artış meydana geldiğini öne sürmüş ve

gelirlerdeki artışın peşin değerinin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş, mahkemece istemin kabulüne karar verilmiştir.

Davalı vekili savunma dilekçesinde, davanın yasal dayanağını oluşturan 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesi hükmüne göre, bağlanan gelirlerde sonradan meydana gelen artışların istenemeyeceğini, Kurumun ancak bağlanan gelirin ilk peşin değerini isteyebileceğini, nitekim daha önce açılan ilk peşin değer tahsiline ilişkin davada hükmedilen tazminatın ödendiğini, kaldı ki Bağ-Kur'un, gerek Bağ-Kur Kanununun 63. gerekse 2926 Sayılı Kanunun 47. maddelerine göre aynı nitelikte açmış bulunduğu davalarda sadece ilk peşin değerli gelire hükümlendiğini, o nedenle eldeki davanın reddine karar verilmesi gerektiğini iddia etmiş, ret kararı verilmediği taktirde Sosyal Sigortalar Kanununun 26. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine gidilmesini talep etmiş ise de mahkemece Anayasaya aykırılık iddiası ciddi bulunmamıştır. Ne ki Dairemiz, sözü edilen 26. maddede yapılan değişiklik hükümleri ile anılan maddeye ilişkin olarak verilen 1994 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının ışığında, 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." deyiminin Anayasaya aykırı olması nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiği amacıyla Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği sonucuna varmıştır. Anayasaya aykırılık sorunu çözümlenmeden önce Sosyal Sigortalar Kurumunun 506 Sayılı Yasanın 26. maddesinden doğan rücu hakkının hukuksal temelini neye dayandığının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

İş kazası geçiren veya meslek hastalığına tutulan sigortalıya hangi sosyal sigorta yardımlarının yapılacağı anılan Kanunun 12. maddesinde hükme bağlanmıştır. Sigortalıya yapılan yardımların neler olduğu maddenin (A), (B), (C), (D), (F), (G), (H) bentlerinde sınırlı bir biçimde sayılmıştır. Konumuzu ilgilendiren ve etkileyen sadece (C) ve (H) bentlerindeki hükümlerdir. İş kazası geçiren veya meslek hastalığına tutulan sigortalı sürekli iş göremez durumuna düşmüş ise kendisine anılan maddenin (C) bendine, ölmüş ise hak sahiplerine (H) bendine göre sürekli iş göremezlik geliri bağlanması gerekmektedir.

Sigortalıya veya hak sahiplerine anılan Kanunun 12. maddesinde sayılan yardımları sağlayan Sosyal Sigortalar Kurumu şayet iptali istenen 26. maddede öngörülen koşullar oluşmuşsa yapılan yardımları anılan maddede belirtilen tazmin sorumlularından talep edebilmektedir. 26. maddenin Kuruma sağladığı hakka "rücu hakkı", açılan davaya da "rücu davası" denmektedir.

Anayasaya aykırılık iddiasında çözümlenmesi gereken hukuksal sorun Kurumun sadece bağlanan gelirin ilk peşin değerini mi yoksa kanun veya kararnamelerle ileriki yıllarda yapılan gelir artışlarının dahi rücu talep edilip edemeyeceği noktasındadır. Şayet gelirlerde meydana gelen artışların da istenebileceği sonucuna varıldığı takdirde yerine göre tazmin sorumluları bir çok dava tehdidiyle karşı karşıya kalmış olacaklardır.

Hemen belirtmek gerekirse 10 Hukuk Dairesi ve Yargıtay Sosyal Sigortalar Kanununun yürürlüğe girdiği 1965 yılından bu güne değin Kurumun, sigortalının veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tazminat miktarı ile sınırlı olmak üzere rücu hakkını kullanabileceği görüşündedir. Yargıtayımızı böyle bir uygulamaya götüren neden, 26. maddenin birinci fıkrasının yorumundan kaynaklanmaktadır. Bu maddede aynen, “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi, veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya ve hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirlerin 22 nci maddede belirtilen tarifeye göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir.” hükmünün yer aldığı görülmektedir. Yargıtay, “...ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları...” kavramının, ileride gelirlerde meydana gelecek artışları da kapsadığını düşünmektedir. Oysa Anayasa Mahkememiz, 26. maddenin Anayasaya aykırılığı iddiası ile açılan davalarda Kurumun, sadece bağlanan gelirin ilk peşin değerini isteyebileceği, gelirlerde meydana gelen artışları isteyemeyeceği sonucuna varmıştır. Mahkemeler, değişik zamanlarda 26. maddenin Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurmuşlar. Yüksek Mahkeme, 26. maddenin gelirlerde meydana gelen artışların da istenebileceği anlamını taşımadığına o nedenle anılan maddenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. (Bkz. Any. Mah. 23.05.1972 tarih, E.2. K.28, Any. Mah. 20.12.1983 T. 1982/4 E. 1983/17 K. Any. Mah. 2.5.1991 T. 1990/28 E. 1991/11 K.)

Yüksek Mahkeme, sözü edilen kararlarında, Sosyal Sigortalar Kanununun birinci fıkrasına göre, iş kazası geçiren veya meslek hastalığına tutulan sigortalıya Kurumca sürekli iş göremezlik geliri bağlanıp bu gelirin peşin değeri tahsil edildikten sonra Kanun ve Kararnamelerle gelirlerde meydana gelen artışların peşin değerinin işverenden istenemeyeceğini, aksine bir yorumun Anayasa’ya aykırı olacağını şu çarpıcı nedenlere dayandırmaktadır: “Sözü edilen fıkra hükmü, sorumluluğun kapsamını şu

biçimde çizmiştir. “Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan ve ileri yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanırsa bu gelirin 22. maddede sözü geçen tarifeye göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamı işverenden alınır.” Bu kural incelendiğinde iki husus göze çarpmaktadır. Bunlardan birincisi, iş kazası neticesinde kesin, değişmeyen fiili ve hukuki bir sonucun ortaya çıkması halidir. Fıkra hükmünün öngördüğü koşullar içinde oluşan bir iş kazasında sigortalı bir işçinin hayatını kaybetmiş olması, bu hale örnek olarak gösterilebilir. Burada değişmeyen bir durum oluşmuş, işverenin sorumluluğu ve bunun sınırları kesin bir biçimde ortaya çıkmıştır. Bu durumda yargı organının görevi, ölen işçinin hak sahiplerine Kurumca bağlanan gelirin, varsa kusur oranlarını ve Kanunun 22. maddesinde belli edilen sermaye değerini saptayarak işverenden tahsiline karar vermekten ibaret kalmaktadır. Bu işlem sonucunda işverenin olayla ilgisi kesilmekte ve sorumlu tutulduğu yüküm böylece yerine getirilmiş olmaktadır. Kanuna uymayan eylem sonucu hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun neticesi olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kuruma ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, sosyal hukuk devletinin gereği olmak üzere çıkarılacak yasa hükümleriyle, Kurumca bağlanmış eski gelirlerdeki artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutulmasını hukukla bağdaştırma olanağı yoktur. Kaldı ki, işvereni bu durumda da sorumlu tutmak, Devlete yükletilmiş kimi ödevlerin işverenlere devredilmesi gibi bir sonuç ortaya koyar ki, Anayasa’nın böyle bir neticeyi öngördüğü de öne sürülemez.

İkinci halde ise, böyle kesin bir durum söz konusu değildir. Gerçi bir iş kazası olmuş ve örneğin kazaya uğrayan işçiye sürekli iş göremezlik geliri bağlanmıştır. Kanunun 25. maddesinde belirtildiği üzere sigortalı işçi her zaman iş göremezlik derecesinde bir artma olduğunu ya da başka birinin sürekli bakımına muhtaç duruma girdiğini öne sürerek bağlanan gelirden değişiklik yapılmasını isteyebilecek ve Kurum da sigortalıyı her zaman kontrol muayenesine tabi tutabilecektir. Bu gibi hallerde bir iş kazası sonucu sigortalı işçiye bağlanan gelir bir kesinlik taşımamakta, artırılması, eksiltilmesi veya kesilmesi gereken bir nitelik göstermektedir.

Bu nedenlerle 26. maddenin birinci fıkrasındaki “ve ileride yapılması gerekli bulunan” deyiminden, neden-sonuç ilişkisi süregelen ve işverenle kesin hesaplaşması yapılmamış olan haller anlaşılmak gerekir. Sözü edilen bu kuralın, neden-sonuç bağı kesin olarak kalkmış ve tasfiyesi yapılmış durumları amaçlamadığı ise açıkça ortadadır.

Yeri gelmişken şu yön de açıklanmalıdır ki, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'ya uygunluk denetimi görevini yaparken bir Kanun hükmünün yüksek mahkemelerce uygulanmasında benimsenen görüşlerle bağlı olduğunu gösteren bir hüküm, Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki 44 sayılı Kanunda yer almış değildir. Yüksek mahkeme içtihatlarının değişmez olmadığı; zaman zaman içtihad değişikliklerinin ortaya çıktığı; yüksek mahkeme daireleri ile genel kurul kararlarının aynı kuruluş içindeki daireleri dahi bağlayıcı bulunmadığı, göz önünde tutulunca, bunların Anayasa Mahkemesi'ni bağlayacağını savunabilmek için haklı bir hukuki neden de gösterilemez. Bu yön, Anayasa Mahkemesi'nin 18.11.1969 günlü, 1969/30-65 sayılı Kararında "Anayasa Mahkemesi, gerek iptal davası gerekse itiraz yolu ile Anayasa'ya aykırılığı öne sürülen bir kanun hükmünün anlamını, kendi hukuk görüş ve anlayışı açısından incelemeli ve o hükmün bu anlam içinde Anayasa'ya uygunluğu denetlenmelidir" görüşü savunulmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararından alınan bu görüşün ortaya koyduğu hukuksal gerçek şudur: 26. maddenin birinci fıkrasında yer alan "...Kurumca sigortalıya veya hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile" kavramına ileriki yıllarda gelirlerde meydana gelen artışlar dahil edilemez. Başka bir anlatımla anılan fıkra da geçen "ile" sözcüğünden sonra gelen "gelir bağlanırsa" deyiminin ifade ettiği anlam bağımsız olup bu deyimden önce gelen "ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları" deyimini ile hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, "ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile" hükmü, geçirilen iş kazası veya meslek hastalığına bağlı olarak yapılan giderleri amaçlamaktadır. Örneğin, iş kazası geçiren sigortalı iyileşmemiş ve tedaviye devam edilmiş ise sarf edilen tedavi giderleri ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerden sayılır. Keza sigortalıda oluşan sürekli iş göremezlik derecesi artmış ve arada illiyet bağı gerçekleşmiş ise iş göremezlik derecesindeki artış nedeniyle yapılan giderler ve bu nedenle artan gelir, ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerden sayılır ve giderek bu giderler işveren den istenebilir. Sigortalıya ilk defa gelir bağlanmış ve sürekli iş göremezlik derecesinde hiçbir değişiklik olmamışsa Kurum, bağlanan gelirin ilk peşin değerini isteyebilir. Aynı olay nedeniyle işverenle Kurum hesaplaştıktan ve işveren, bağlanan gelirin ilk peşin değerini Kuruma ödedikten sonra işverenin sürekli dava tehdidi altında bırakılmış olması Anayasaya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesinin kararı bu doğrultuda olmasına karşın yüce Yargıtay, Yüksek Mahkemenin ortaya koyduğu yorumun bağlayıcı olmadığına karar vermiş bu güne değin, 26. maddenin birinci bendine göre, kanun ve kararnamelerle gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenebileceği görüşünü sürdürme gelmiştir. Böylece aynı konuda her iki Yüksek Mahkeme, yasanın yorumunda çelişkiye düşmüş bulunmaktadır. Oysa öğretilerdeki baskın görüş, Anayasa Mahkemesinin Anayasal yorumunun yargıyı ve herkesi bağlayacağı doğrultusundadır.

Yargıtayımızın, gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenebileceğine dair görüşünün diğer bir nedeni de şudur: Kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının hukuksal temeli halefiyet esasına dayanır. Kurum, sigortalının halefi olduğuna göre sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktara kadar talepte bulunabilir. Kurum, bağlanan gelirlerin ilk peşin değerini işverenden tahsil ettikten sonra geriye sigortalının işverenden isteyebileceği bir miktar kalmışsa gelirlerdeki artışları bu miktar tükeninceye kadar talep edebilir. Örnek vermek gerekirse; iş kazası geçiren sigortalıya Kurumca beş milyar peşin değerli gelir bağlanmış ancak sigortalı aynı kaza nedeniyle 15 milyar lira tutarında maddi tazminat isteyebilecek durumda ise Kurum, beş milyar peşin değerli geliri işverenden tahsil ettikten sonra ileriki yıllarda kanun veya kararnamelerle artırılan gelirleri on beş milyar lira maddi tazminat miktarı tükeninceye kadar işverenden isteyebilmektedir. Peşin değerli gelir, uygulamada tavan olarak adlandırılan “on beş milyar liradan düşükse yerine göre Kurum, işveren aleyhine birçok rücu davası açabilmektedir. Oysa Anayasa Mahkemesi, Kurumun sadece ilk bağlanan beş milyar peşin değerli geliri isteyebileceği görüşündedir.

Doktrindeki ağır basan görüş, Kurumun 26. maddeden doğan rücu hakkının Yargıtay’ın görüşü gibi halefiyet esasına değil “Kanundan doğan bağımsız rücu hakkına” dayandığı, gelirlerdeki artışların Anayasa Mahkemesinin yorumu gibi işverenden istenemeyeceği yönündedir. (Bkz. Dr.Atabet, Sigorta ve Sosyal Sigortalarda halefiyet ve rücu. İş Hukuku Dergisi 1969 Sayı 3, Tekinay, ölüm sebebiyle destekten yoksun kalma tazminatı, S. 96, İstanbul, 1963, İzveren, Sosyal Politika ve Sosyal Sigortalar, S. 218 vd. Öner, Kurumun 506 Sayılı Kanundan doğan rücu hakkı, S.45-49, Oğuzman, iş kazası ve meslek hastalığından doğan zararlardan işverenin sorumluluğu, İstanbul Hukuk Fakültesi mezmuası, 1969, Cilt 34 Sayı 1-4) Tekrar etmek gerekirse, Kurumun 26. maddeye göre, gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenemeyeceğine ilişkin Anayasa Mahkemesinin görüşü ile öğretinin baskın görüşü, birbiriyle örtüşmektedir.

26. maddenin hangi hükmünün Anayasaya aykırılık teşkil ettiği meselesine gelince, yukarıda değinildiği gibi anılan maddenin birinci fıkrasında aynen şu hükme yer verilmiştir. "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere Kurumca işverene ödettirilir..." 24.10.1983 tarih ve 2934 sayılı Kanunun 2. maddesiyle eklenen bu hüküm gelirlerdeki artışların da istenebileceği anlamına gelmektedir. Nitekim Yargıtayımız da gelir artışlarının işverenden istenebileceğine dair içtihadını 26. maddeye sonradan eklenen bu fıkraya dayandırmaktadır. Keza 01.07.1994 tarih, 1992/3 Esas, 1994/3 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararında da gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceği görüşü sözü edilen 26. maddeye eklenen, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlar sınırlı olmak üzere..." hükmüne dayandırılmıştır. Oysa, Anayasa Mahkememiz baştanberi açıklandığı gibi, gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceğine ilişkin bir yasa hükmünün Anayasaya aykırı olacağına karar vermiştir. Yargıtayımız, anılan İçtihadı Birleştirme Kararının bağlayıcılığı nedeniyle gelir artışlarının peşin değerinin de istenebileceğine karar vermektedir.

Oysa, 2934 sayılı Yasa ile eklenen hüküm iptal edildiği taktirde Yargıtay, görüşünü değiştirmek zorunda kalacaktır. Nitekim Yargıtay, eski görüşünden dönerek Bağ-Kur Kanununun 63. ve 2926 Sayılı Kanunun 47. maddelerinde yer alan Kurumun rücu hakkının bağımsız rücu hakkı esasına dayandığını ve gelir artışlarının istenemeyeceğini kabul etmektedir.

Önemle belirtilmelidir ki, Anayasa Mahkemesi 26. maddenin birinci fıkrasını yorumladıktan sonra, bu fıkranın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş ise de, 2934 Sayılı Kanunla sonradan 26. maddenin birinci fıkrasına eklenen "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere" hükmü Yüksek Mahkemenin ret kararlarında irdelenmemiştir. Oysa bu hüküm artışların istenebileceğine olanak sağlamaktadır. O nedenle Anayasa Mahkemesi işin esasına girerek Anayasaya aykırılık davasına bakabilir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle, Anayasanın 10 uncu, 60 ıncı ve 65 inci maddelerine aykırı görülen Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26 ncı maddesinin birinci bendinde yer alan, "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere..." sözcüklerinin iptali için Anayasanın 152 ve 2949 Sayılı Kanunun 28/1'nci maddeleri gereğince re'sen Anayasa Mahkemesine başvurulmasına ve iş bu davanın geri bırakılmasına 28/01/2003 gününde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasındaki itiraz konusu bölümü de içeren 26. maddesi şöyledir:

*“İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve işgüvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi veyahut suç sayılabilir bir hareketi sonucu olmuşsa, Kurumca sigortalıya veya haksahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin 22 nci maddede belirtilen tarife göre hesaplanacak sermaye değerleri toplamı **sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere** Kurumca işverene ödettirilir. (Ek cümle: 4958 - 29.7.2003 / m.28) İşçi ve işveren sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.*

İş kazası veya meslek hastalığı, 3 üncü bir kişinin kasıt veya kusuru yüzünden olmuşsa, Kurumca bütün sigorta yardımları yapılmakla beraber zarara sebep olan 3 üncü kişilere ve şayet kusuru varsa bunları çalıştıranlara Borçlar Kanunu hükümlerine göre rücu edilir.

(Ek fıkra: 2934 - 24.10.1983) Ancak, iş kazası veya meslek hastalıkları sonucu ölümlerde bu Kanun uyarınca hak sahiplerine yapılacak her türlü yardım ve ödemeler için, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesinde kasdı veya kusuru bulunup da aynı iş kazası veya meslek hastalığı sonucu ölen sigortalının hak sahiplerine Kurumca rücu edilemez.”

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddelerine dayanılmış, 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Enis TUNGA ve Mehmet ERTEN'in katılmalarıyla 19.2.2003 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın, sonradan kanun veya kanun hükmünde kararnamelerle gelirlerde meydana gelen artışların işverenden istenebilmesini olanaklı kılması nedeniyle, Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

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

İşverenin sorumluluğunun düzenlendiği ve itiraz konusu bölümün de yer aldığı 506 sayılı Yasa'nın 26. maddesinde, işverenin kastı veya işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı ya da suç sayılabilir bir hareketi sonucu iş kazası ve meslek hastalığının meydana gelmesi halinde, Kurum'ca sigortalıya veya hak sahibi kimselere gelir bağlanması durumunda, Kurum'un sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere işverene rücu hakkı öngörülmüştür.

Kuralla, Kurum'ca sigortalıya veya hak sahibi kimselere yapılan ve ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarı ile gelir bağlanması halinde bu gelirin Yasa'nın 22. maddesinde sözü edilen tarife göre hesap edilecek sermaye değerleri toplamının işverenden alınması öngörülmekte, bu gelirin istenebilmesi için zararın işverenin kastı ya da işçi sağlığı ve iş güvenliği kurallarına aykırı veya suç sayılabilir hareketi sonucunda oluşması gerekmektedir. Buna göre, iptali istenilen "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak üzere" bölümü, anılan sorumluluğun kapsamının belirlenmesinde, sigortalıya bağlanan gelirlerde, kanun, kararname ve katsayı değişikliği nedeni ile yapılacak artışların da işverenden istenebilmesini olanaklı kılmaktadır. Nitekim 1.7.1994 günlü, E.1992/3, K.1994/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararındaki yorumun da bu yönde olduğu anlaşılmaktadır.

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

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

Kanuna uymayan eylem sonucunda hukuksal yaptırıma maruz kalan ve bunun sonucu olarak da bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum'a ödeyen ve böylece ilgi ve ilişkisi kesilen işverenin, kanun, kanun hükmünde kararname ve kararlarla bağlanan gelirlerde yapılacak artışlardan ve bu artışların peşin sermaye değerlerinden sorumlu tutularak dava tehdidi altında bulundurulması, sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleriyle bağdaşmadığı gibi sosyal hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

Bu nedenlerle Kural, Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK bu görüşlere katılmamıştır.

VI - SONUÇ

17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "... sigortalı veya haksahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ..." bölümünün, Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Mehmet ERTEN, Mustafa YILDIRIM, A. Necmi ÖZLER ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 23.11.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

KARŞI OY

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür.

Sosyal Sigortalar Kanunu'nun "İşverenin sorumluluğu" başlıklı 26. maddesi, iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu Kurum'un sigortalıya, sigortalı ölmüşse hak sahibi kimselerine yapılan veya ileride yapılması gerekli bulunan her türlü giderlerin tutarları ile gelir bağlanırsa bu gelirlerinin hesaplanacak sermaye değerleri toplamı, sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere bu ödemelere neden olan kişilere rücu yoluyla ödettirme hakkını düzenlemektedir.

Rücu yoluyla ödettirme, Kurumun sigortalı veya hak sahiplerine yaptığı ödeme nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmeyi kısmen de olsa gidermekte ve zararı ödeyenlerin sigortalının sağlığını ve can güvenliğini koruma yönünde özen göstermesini de sağlayarak, iş kazası ve meslek hastalıklarının meydana gelmesini önlemektedir. Kurum'un, rücu yoluyla ödettirme hakkının en üst sınırı sigortalının veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği miktardır. Bu miktar ise sigortalı veya hak sahiplerinin iş kazası ya da meslek hastalığı sonucu uğradıkları gerçek

zarardır. İşveren, rücu yoluyla Kurum'a yaptığı ödeme ölçüsünde, sigortalı veya hak sahiplerine karşı tazmin sorumluluğundan da kurtulmaktadır. Herkes kusurlu eyleminin sonuçlarına katlanmaya mecburdur. Bu nedenle sigortalı veya hak sahiplerinin, kusurlu işverenden Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca da isteyebilecekleri bu zararın açıklanan biçimde işverene ödettirilmesine ilişkin düzenlemenin temelinde, çalışma hayatının düzenli işlemesi, ekonomik yönden güçsüz olan sigortalıların iş hayatının risklerine karşı sosyal güvencelerinin sağlanması bulunmaktadır.

İtiraz konusu ibare, işverenin rücu davasındaki sorumluluğunun üst sınırını göstererek, hem onun sorumlu olduğu tazminat miktarının kapsamını belirlemekte, hem de iş kazası ya da meslek hastalığına maruz kalan sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebileceği ve Kurum'un da buna göre rücu yoluyla ödettirebileceği miktarı göstermektedir. Böylece, işverenin ilerde yapılacak artışlardan nereye kadar sorumlu tutulacağı, kasıtlı veya kusurlu eyleminin sonucu olarak katlanmaya mecbur olduğu zarar miktarıyla sınırlandırarak, sınırlanandan daha fazlasının rücu yoluyla ödettirilmesinin işverenden talep edilemeyeceği tespit edilmiş olmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen bir yasa kuralını kendi hukuk görüşü ve anlayışı açısından inceler ve o kuralın bu anlamda Anayasa'ya uygunluğunu denetler. Yasa kurallarını yorumlayarak uygulama yapan yargı mercileri ya da yüksek mahkemeler, farklı yorumlamalar yaparak değişik uygulamalar yapabilirler. Aynı konu, benzer nitelikteki yasalarda farklı da düzenlenebilir. Bütün bunlar, aykırılığı öne sürülen hükmün anayasal denetiminde izlenmesi gereken yöntemi değiştirmez.

Anayasa'nın 60. maddesinin ikinci fıkrasında sosyal güvenlik alanında, Devlete gerekli önlemleri alma görevi yüklenmiş, 65. maddesinde ise bu yükümlülüğün sınırları belirtilerek, sosyal güvenlik konusunda, ancak Devletin ekonomik ve mali kaynakları ölçüsünde önlem alma yükümlülüğü verilmiştir. Sosyal Sigortalar Kurumu ise Devlete yüklenen sosyal güvenlik hakkını sağlamak üzere kurulmuştur.

Anayasa, sosyal güvenlik alanında Devlete gerekli önlemleri alma görevini, ekonomik ve mali kaynakları ölçüsünde yüklemiştir. Katkılı sosyal güvenlik rejimlerinde, Sosyal Güvenlik Kurumunun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi ve sosyal riskleri karşılayabilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlıdır. Yasakoyucunun, Devlete yüklenen görevin yerine getirilebilmesini sağlayacak ve Kurum'un malvarlığını koruyacak tarzda, temel hukuk kurallarına ve Anayasa'nın diğer hükümlerine aykırı olmayan

kimi düzenlemeler yapması, Anayasa’da öngörülen sosyal güvenlik anlayışının gereği ve ona tanınan takdir yetkisinin sonucudur. İtiraz konusu ibarenin ise bu amaçla ve takdir yetkisi kullanılarak getirildiğinde kuşku bulunmamaktadır. Buna göre, İşverenin sorumluluğunun sınırını belirleyen”...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere...” şeklindeki ibarenin, adil olmadığı hususu ileri sürülemeyeceği gibi hukuka aykırı olduğu da söylenemez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu ibarenin, Anayasa’nın 60. ve 65. maddelerine aykırı bir yönü olmadığı gibi Anayasa’nın öbür kurallarına da aykırılığı saptanamadığından iptal isteminin reddine karar verilmesi gerekir.

Bu nedenle, çoğunluk kararına katılmadık.

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY YAZISI

İtiraz başvurusunda geniş biçimde açıklandığı gibi Anayasa Mahkemesi, 506 sayılı Yasanın 26. maddesinin birinci fıkrasına ilişkin 1972 yılından bu yana verdiği kararlarında, kuralın anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş ve bu kararların gerekçelerinde de “ileride yapılması gerekli bulunan” ibaresinden neden-sonuç ilişkisi süregelen ve işverenle kesin hesaplaşması yapılmamış olan hallerin anlaşılması gerektiğini, Devletçe izlenen sosyal ve ekonomik politikaların sonucu olarak sigorta tahsislerinde vuku bulan artışların anılan ibarenin kapsamı dışında kaldığını ve bu tür artışların Kurumun öz kaynaklarından, bunun mümkün olmaması halinde de Devletçe karşılanması esas olduğunu belirtmiştir.

Anılan fıkranın daha önce incelendiği Anayasa Mahkemesinin 2.5.1991 günlü, E.1990/28-K.1991/11 sayılı kararında, incelemenin “işçilerin sağlığını koruma ve iş güvenliği ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı hareketi sonucu iş kazasına yol açan işverene, sigortalıya yapılan her türlü giderin Kurumca ödettirilmesi” açısından sınırlı olarak yapılması nedeniyle; başvuruda Yargıtay’ın, Anayasa Mahkemesi kararlarındaki yoruma aykırı olarak oluşturduğu 1994/3 karar sayılı içtihatları birleştirme kararında

“gelirlerde meydana gelen artışların istenebileceği” görüşünün, 26. maddeye eklenen “...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere ...” hükmüne dayandırıldığı ve bu ibarenin de Anayasa Mahkemesince incelenmediği ifade edilmekte ise de, incelenen kuralın anlam ve kapsamı belirlenirken fıkrada yer alan ve bir bütünlük arz eden diğer ibarelerin göz ardı edilmesi mümkün değildir. Nitekim, K.1991/11 sayılı kararda kuralın anayasaya aykırı olmadığına karar verilirken konuya ilişkin daha önceki kararlara da atıfta bulunulmuştur. Bu durum, 26. maddenin birinci fıkrası ile ilgili kararların da bütünlük oluşturduğunu göstermektedir. Kararlarda işverenden istenemeyeceği açıkça belirtilen giderlerin fıkrada yer alan ve sınırlama nedeniyle incelenmediği belirtilen itiraz konusu kurala dayanılarak işverene ödettirilmesinin mümkün olduğunun kabulü, anılan kararların gerekçesi ile çelişmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 18.11.1969 günlü, 1969/30-65 sayılı kararında da belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi gerek iptal gerek itiraz yolu ile anayasaya aykırılığı ileri sürülen bir kanun hükmünün anlamını, kendi hukuk görüş ve anlayışı açısından incelemeli ve o hükmün bu anlam içinde anayasaya uygunluğunu denetlemelidir. Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarındaki yorumu hiçbir duraksamaya yer vermeyecek biçimdedir. Bu yorum öğretide de benimsenmiştir. Bu yorumdan dönülmesini gerektiren bir neden de bulunmamaktadır.

İtiraz konusu kural, işverenin rücu davasındaki tazminat kapsamını sınırlayıcı ve onun sorumluluğu açısından genişletici değil daraltıcı bir etkiye sahiptir.

Bu çerçevedeki anlam ve kapsamına göre itiraz konusu kuralın anayasaya aykırı olmadığı, bu nedenle itirazın reddine karar verilmesi gerektiği görüş ve düşüncesinde olduğumuz için Yargıtay’ın Anayasa Mahkemesi’nin yorumuna aykırı olarak tesis ettiği içtihat baz alınarak anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmesine katılmıyoruz.

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
A. Necmi ÖZLER

Esas Sayısı : 2003/108

Karar Sayısı: 2006/107

Karar Günü : 23.11.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Danıştay Onbirinci Daire

İTİRAZIN KONUSU: 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin, 4618 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan "... (tabipler hariç ...)" ibaresinin, Anayasa'nın 10. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacılara döner sermayeden ek ödeme yapılmaması nedeniyle Sağlık Bakanlığına Bağlı Döner Sermayeli Kurum ve Kuruluşlarda Görevli Personele Döner Sermayeden Yapılacak Ek Ödeme Hakkında Yönerge'nin 4/a maddesinde yer alan "... (tabipler hariç ...)" ibaresinin iptali istemiyle açılan davada, yönergenin dayanağı olan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Danıştay Onbirinci Daire iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Dava, Menemen Devlet Hastanesinde pratisyen hekim olarak Acil Serviste görev yapan Ufuk Çeşmeci, Hüseyin Güven, Hasan Bodur ve Rüştü Levent Kaya tarafından 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5. maddesine, 4618 sayılı Kanunla eklenen "b" fıkrasındaki "tabipler hariç" ibaresinin T.C. Anayasasının 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek Anayasanın 152. maddesi uyarınca konunun Anayasa Mahkemesine iletilmesi ve Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermayeli Kurum ve Kuruluşlarda Görevli Personele Döner Sermayeden Yapılacak Ek Ödeme Hakkında Yönergenin 4/a maddesinde

yer alan “tabipler hariç” ibaresinin iptali ile eksik ödenen ek ödemelerin tazmini istemiyle açılmıştır.

209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanuna 4618 sayılı Yasanın 1. maddesi ile eklenen Ek 5. maddesinde, personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden o birimde görevli yardımcı hizmetler ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personele bunların bir yılda alacakları aylık (ek gösterge dahil) yan ödeme ve her türlü tazminat (makam ve temsil tazminatı hariç) tutarının % 80’ini diğer personele ise %100’ünü aşmamak üzere ek ödeme yapılabileceği, ancak uygulanacak oranların, a) Vardiyalı çalışma sistemi uygulanan hastanelerde normal günlük çalışma saatleri dışında ikinci vardiyada yürütülen hizmetler kapsamında fiilen çalışılan günler için % 30’una, b)Yoğun bakım doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personeline (tabipler hariç, anestezi uzmanı ve asistanları dahil) % 50’sine, c) Muayenehane açmayan hastane başhekimlerine % 200’üne kadar fazlasıyla tespit edilebileceği bu şekilde yapılacak ek ödemelerin oran, esas ve usullerinin Sağlık Bakanlığınca belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Bu yasa hükmüne dayanılarak, Sağlık Bakanlığına bağlı döner sermayeli kurum ve kuruluşlarda görevli personele döner sermayeden yapılacak ek ödemenin esas ve oranlarını tespit etmek amacıyla düzenlenen Sağlık Bakanlığınca bağlı Döner Sarmeyeli Kurum ve Kuruluşlarda Görevli Personele Döner Sermayeden Yapılacak Ek Ödeme Hakkında Yönergenin 4. maddesinde, personelin unvan ve sınıfları itibariyle yapılacak ek ödeme tavan yüzdeleri gösterildikten sonra, bu oranlara “yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personeline (tabipler hariç anestezi uzmanı ve asistanları dahil) % 50 eklenir şeklinde düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Menemen Devlet Hastanesinde pratisyen hekim olarak Acil Serviste görev yapan davacılar tarafından kendileri hakkında uygulanan ve iptali istenilen yönetmelik maddesinin dayanağı yukarıda belirtilen Yasa maddesinde yer alan “tabipler hariç” ibaresinin aynı koşullarda ve daha fazla sorumluluk yüklenerek çalışan tabipler aleyhine Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesi ile kurallar hiyerarşisi içinde daha üst yasal düzenleme olan ve kamu görevlileri ile ilgili temel ilkeleri belirleyen 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 3. maddesinde yer alan sınıflandırma, kariyer ve liyakat kurallarına aykırı olarak sağlık hizmetinde hasta sağaltımından esas sorumlu tabiplere, emir ve talimatlarına uygun hizmet verme durumunda olan

yardımcı sağlık personeli ve yardımcı hizmetler personelinin daha az ek ödeme yapılmasına yol açması nedeni ile 128. maddesine aykırı olduğu ileri sürüldüğünden Dairemizce bu kuralın Anayasaya aykırılığı iddiası dikkate alınarak Anayasaya uygunluğunun incelenmesi gerekli görülmüştür.

Anayasanın 10. maddesinde, hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesi düzenlenmiş ve herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz, devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadır denilmiştir.

Yasa önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için sözkonusudur. 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 aynı kurallar uygulanarak Yasa karşısında eşitliğin gözardı edilmesi yasaklanmıştır.

Öte yandan Anayasanın 128. maddesinde memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi öngörülmüştür. Bu suretle memurların aylık, ödenek ve diğer özlük haklarının, üstlenilen görev ve kullanılan yetkilere uygun olması ve buna aykırı kısıtlamaların kanunlarda yer almaması amaçlanmıştır.

Olayda ise, 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5. maddesine 4618 sayılı Kanunla eklenen (b) fıkrası hükmü uyarınca acil serviste çalışan sağlık personeli ile anestezi uzmanları ve asistanları döner sermayeden % 50 oranında fazla yararlandırılırken aynı serviste, aynı koşullarda hizmet veren ve hastaların iyileşmesinden doğrudan sorumlu olması nedeniyle daha fazla risk altına giren tabiplerin bu haktan mahrum edilmesi aynı yerde, aynı koşullarda ve daha fazla sorumluluk yüklenerek çalışan tabipler aleyhine eşitsizlik oluşturduğundan ve aylık, ödenek ve diğer özlük haklarına kısıtlama getirdiğinden 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanunun 5. maddesine 4618 sayılı Yasanın 1. maddesi ile eklenen Ek 5. maddesinin (b) fıkrasındaki “tabipler hariç” ibaresinin

Anayasa'nın 10. ve 128. maddelerine aykırılık oluşturduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle 4618 sayılı Yasanın 1. maddesinin (b) fıkrasındaki "tabipler hariç" ibaresinin Anayasanın 10. ve 128. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından anılan hükmün iptali istemiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, 18.11.2003 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

209 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin 4618 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen itiraz konusu sözcükleri de içeren üçüncü fıkrası şöyledir:

"Personelin katkısıyla elde edilen döner sermaye gelirlerinden; o birimde görevli yardımcı hizmetler ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personele bunların bir yılda alacakları aylık (ek gösterge dahil), yan ödeme ve her türlü tazminat (makam ve temsil tazminatı hariç) tutarının % 80'ini, diğer personele ise % 100'ünü aşmamak üzere ek ödeme yapılabilir.

Ancak uygulanacak oranlar,

a) Vardiyalı çalışma sistemi uygulanan hastanelerde normal günlük çalışma saatleri dışında ikinci vardiyada yürütülen hizmetler kapsamında fiilen çalışılan günler için % 30'una,

b) Yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personeline (*tabipler hariç*, anestezi uzmanı ve asistanları dahil) % 50'sine,

c) Muayenehane açmayan hastane başhekimlerine % 200'üne,

Kadar fazlasıyla tespit edilebilir. Bu şekilde yapılacak ek ödemelerin oranı, esas ve usulleri Sağlık Bakanlığınca belirlenir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia AKBULUT, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN,

Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılımlarıyla 7.1.2004 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında kuralla, yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personeli ile anestezi uzmanları ve asistanları döner sermayeden % 50 oranında fazla yararlandırılırken, aynı serviste, aynı koşullarda hizmet veren ve hastaların iyileşmesinden doğrudan sorumlu olması nedeniyle daha fazla risk altına giren tabiplerin bu haktan mahrum edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğu, bu nedenle iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu yasak, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında değişik uygulamalar yapılamaz.

11.1.2001 günlü, 4618 sayılı Yasanın 1. maddesi ile 209 sayılı Yasanın 5. maddesinin üçüncü fıkrası değiştirilmiş ve personelin katkısı ile elde edilen döner sermaye gelirlerinden, yardımcı hizmetler ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dâhil personele bir yılda alacakları aylık, yan ödeme ve her türlü tazminat tutarının yüzde seksenini, diğer personele ise yüzde yüzünü aşmamak üzere ek ödeme yapılabilceği kurala bağlanmıştır. Fıkranın (b) bendine göre, yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personeline yukarıda belirtilen oranlar yüzde elli oranında artırılarak uygulanabilecektir. Söz konusu yerlerde çalışan hekimler döner sermayenin

yüzde elli artırımlı olarak ödenmesinden yararlanamayacak, ancak anestezi uzmanı ve asistanları yararlanabilecektir.

İptal isteminde bulunan Danıştay Dairesi, yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan tabiplerin diğer sağlık personeli ile aynı koşullarda hizmet verdiklerini, tabiplerin hastaların iyileştirilmesinden doğrudan doğruya sorumlu olduklarını ve daha çok sorumluluk yüklendiklerini belirtmektedir. Gerçekten de tabipler, yardımcı sağlık personeline göre daha fazla sorumluluk yüklenmektedirler. Tabiplerin daha fazla sorumluluk yüklenmeleri ve diğer sağlık personeli ile aynı yasal durumda bulunmamaları nedeniyle, yasa koyucu 209 sayılı Kanunun 5. maddesine 4618 sayılı Yasa ile eklenen üçüncü fıkrasında, yardımcı hizmetler ve yardımcı sağlık hizmetleri sınıfına dahil personele bunların bir yılda alacakları aylık yan ödeme ve her türlü tazminat tutarının % 80'ini, içinde tabiplerin de bulunduğu diğer personele ise % 100'ünü aşmamak üzere ek ödeme yapılabileceğini hükme bağlamakta, böylece tabiplere, yardımcı hizmetler ve yardımcı sağlık personeline sağlanan ödemeden daha fazla oranda ek ödeme yapılması öngörülmektedir.

Yardımcı sağlık personeli ile hekimlerin, eğitim ve öğretim aşamasında farklı süreçlerden geçmek suretiyle göreve gelmeleri, üstlendikleri sorumluluk, yerine getirdikleri görev ve hizmetlerin farklı olması nedeniyle itiraza konu olan yasa kuralı da dâhil olmak üzere farklı kurallara tabi tutulmuşlardır. Hekimler ile yardımcı sağlık personelinin aynı durumda bulunmamaları nedeniyle eşitlik ilkesi gereğince aynı ödemelerden yararlandırılmaları gerektiği ileri sürülemez.

Öte yandan, anestezi uzman ve asistanları ile diğer uzman veya uzman olmayan tabipler arasında tabip olarak her hangi bir fark bulunmamakta ise de, anestezi uzman ve asistanlarının yaptıkları görevin niteliği gözetilerek farklı kurallara bağlı tutuldukları anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personelinin anestezi uzman ve asistanlarına, diğer tabipler hariç olmak üzere % 50 fazlasıyla döner sermayeden pay ödenmesi Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ve Mustafa YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 128. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.1.1961 günlü, 209 sayılı “Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun”un 5. maddesinin, 4618 sayılı Yasa’nın 1. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan “... (tabipler hariç, ...)” ibaresinin, Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN ile Mustafa YILDIRIM’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 23.11.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

KARŞIOY

4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun’un 5. maddesinin 4618 sayılı Yasa’nın 1. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan “...(tabipler hariç...)...” sözcüklerinin tabipler yönünden Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırılığı ileri sürülmüştür.

Yasa’nın söz konusu maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde, personelin katkısı ile elde edilen döner sermaye gelirlerinden yapılacak ek ödemenin, “yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personeline (tabipler hariç, anestezi uzmanı ve asistanlar dahil) %50’sine” kadar fazlasıyla tespit edilebileceği öngörülmüştür.

Anayasa’nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesiyle hukuksal durumları aynı olanların yasalar önünde aynı işlemlere tabi tutulmasını amaçlamaktadır.

Aynı tabiplik eğitimini görüp aynı süre uzmanlık çalışması yapmış anestezi uzmanı veya asistanının diğer uzman tabip veya asistanından yetki ve sorumlulukları bakımından hiçbir fark bulunmadığından, bunların eşit konumda olmadıkları düşünülemez.

Açıklanan nedenlerle, aynı konumda olan tabiplere farklı uygulamalar yapılmasına ve böylece hak kaybına neden olan itiraz konusu düzenleme Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Bu düşüncelerle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan
Tülay TUĞCU

KARŞIOY GEREKÇESİ

4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 11.1.2001 günlü, 4618 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde, personelin katkısı ile elde edilen döner sermaye gelirlerinden yapılacak ek ödemenin, "yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personeline (tabipler hariç, anestezi uzmanı ve asistanları dahil) %50'sine" kadar fazlasıyla tespit edilebileceği öngörülmüştür. İtiraz başvurusunda bulunan Danıştay Onbirinci Daire, bu Bent'de yer alan "tabipler hariç" sözcüklerinin aynı yerlerde çalışan tabipler yönünden eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürerek iptalini istemiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesiyle hukuksal durumları aynı olanların yasalar önünde aynı işleme bağlı tutulmalarının sağlanması, aralarında ayırım yapılmasının ve kimilerine ayrıcalık tanınmasının önlenmesi amaçlanmıştır.

İtiraz konusu sözcüklerin yer aldığı (b) Bendi'nde sayılan yerlerde çalışan anestezi uzmanı ve asistanları ile diğer hekimler aynı hukuksal konumda olup, bunlar arasında hizmetin niteliğinden kaynaklanan zorlukları ve sorumlulukları paylaşma yönünden bir fark bulunmamaktadır.

Bu durumda, aynı hukuksal konumdaki hekimler arasında ayırım yapılarak kimilerinin döner sermaye gelirlerinden yapılacak ek ödeme kapsamı dışında bırakılması sonucunu doğuran itiraz konusu sözcükler, eşitlik ilkesine aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle itirazın reddi yolundaki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 4618 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan "...(tabipler hariç...)..." sözcüklerinin, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür.

Sağlık Bakanlığına bağlı döner sermayeli kurum ve kuruluşlarda görevli personele döner sermayeden yapılacak ek ödemenin esas ve oranlarını tespit etmek amacıyla Sağlık Bakanlığına bağlı Döner Sermayeli Kurum ve Kuruluşlarda Görevli Personele Döner Sermayeden Yapılacak Ek Ödeme Hakkında Yönergenin 4. maddesinde personelin unvan ve sınıfları itibarıyla yapılacak ek ödeme tavan yüzdeleri gösterildikten sonra, bu oranlara yoğun bakım, doğumhane, yeni doğan, süt çocuğu, yanık, diyaliz, ameliyathane ve acil serviste çalışan sağlık personeline (tabipler hariç anestezi uzmanı ve asistanlar dahil) % 50 eklenir şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan "tabipler hariç" sözcükleri, belirtilen sağlık ünitelerinde çalışan anestezi uzman ve asistanlarına % 50 daha fazla döner sermaye payı ödenebilmesi olanağını sağlarken, tabipleri böyle bir olanaktan yoksun bırakmaktadır. Diğer sağlık çalışanlarıyla tabi oldukları yasa kuralları, eğitimleri, üstlendikleri görev bakımından aynı durumda olmadıkları, bu nedenle de aynı yasa hükümlerine tabi tutulmamalarının eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmadığı kabul edilebilir ise de anestezi uzman ve asistanları ile diğer uzman veya uzman olmayan tabipler (pratisyen hekimler) arasında, tabip olarak haklarında uygulanan yasa kuralları, eğitimleri, üstlendikleri görevler bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Aynı konumda olan, aynı servislerde, aynı koşullarda sağlık hizmeti veren, hastaların iyileşmesinden birlikte sorumlu tutulabilen ve döner sermaye oluşumuna diğerleri gibi katkıda bulunan tabiplerin, aynı konumdaki anestezi uzman ve asistanlarına tanınan bu haktan yoksun bırakılacak biçimde ayırımı tabi tutulmaları, Anayasa'nın öngördüğü kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle Sağlık Sosyal ve Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin 4618 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan "...(tabipler hariç...)..." sözcüklerinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi gerektiğinden redde ilişkin çoğunluk kararına katılmadık.

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Esas Sayısı : 2006/28

Karar Sayısı: 2006/108

Karar Günü : 23.11.2006

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali TOPUZ, Haluk KOÇ ile birlikte 121 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 27.12.2005 günlü, 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu'na bağlı K Cetveli'nin "III. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ" başlıklı bölümünün "B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti" kısmının (2) numaralı bendinin;

1- İkinci paragrafının "... (10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeler hariç)..." bölümünün,

2- Son paragrafının "... 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç ..." bölümünün,

Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

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

"...

III. GEREKÇE

a) 27.12.2005 Tarih ve 5437 Sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa Bağlı K Cetvelinin "III. Fazla Çalışma Ücreti" Başlıklı Bölümünün "B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti" Kısmının 2 Numaralı Bendinin İkinci Paragrafındaki "(10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeleri hariç)" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

27.12.2005 tarih ve 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa Bağlı K Cetvelinin “III. Fazla Çalışma Ücreti” başlıklı Bölümünün “B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti” Kısımının 2 numaralı bendinin ilk paragrafında, belediyeler ile bunlara bağlı müstakil bütçeli kamu tüzelkişiliğini haiz kuruluşlarda (iktisadi işletmeler hariç) görevlerinin niteliği gereği 657 sayılı Kanunda belirtilen çalışma süre ve saatlerine bağlı olmaksızın zabıta ve itfaiye hizmetlerinde fiilen çalışan personel (destek hizmeti yürüten personel hariç) ile kadrolu olarak fiilen çalışan koruma ve güvenlik personeline belediye meclisi kararı ile tespit edilen miktarın fazla çalışma ücreti olarak maktuen ödeneceği belirtilmiş; ikinci paragrafında ise ödenecek fazla çalışma ücretinin azami miktarı gösterilmiştir.

Bu düzenlemeye göre, Ankara, İstanbul ve İzmir büyükşehir sınırları içindeki tüm ilçe ve ilk kademe belediyelerindeki itfaiye personelinin, 315 Yeni Türk Lirasını geçmeyecek şekilde Belediye Meclisi kararıyla aylık maktu fazla çalışma ücreti alması mümkün iken, iptali istenen ibare ile, 10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyelerinin söz konusu personeli bu haktan mahrum bırakılmıştır.

10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca Ankara, İstanbul ve İzmir büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyelerinin, bu illerin sınırları içerisindeki diğer belediyeler ile aynı statü - hak ve yetkiye sahip oldukları, diğer bir anlatımla aynı hukuki durumda oldukları kuşkusuzdur.

Diğer taraftan, fazla çalışma ücretinin ödemesinde esas alınan temel kriter, söz konusu belediyelerin Ankara, İstanbul ve İzmir büyükşehir sınırları içerisinde olup olmadıklarıdır. Bunlar arasında illerin büyükşehir sınırları içine alınma nedeni yasaya göre bir ayırım yapılması, haklı bir nedene dayandırılmaz.

Bu nedenle iptali istenen ibare, Anayasanın 10 uncu maddesinde ifade edilen “eşitlik ilkesi”ne aykırı düşer.

Anayasa Mahkemesinin birçok kararında vurgulandığı gibi, Anayasanın 10 uncu maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ayrılığı gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe, yol açılması Anayasa katında geçerli görülemez. Bu mutlak yasak, birbirinin aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Kimi yurttaşların haklı bir nedene dayanılarak değişik

kurallara bağı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir. Özellikle, aykırılıklara dayandığı için haklı olan nedenler, ayrı düzenlemeyi aykırı değil, geçerli kılar. Aynı durumda olanlar için ayrı düzenleme aykırılık oluşturur. Anayasanın amaçladığı eşitlik, eylemli değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz. Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda Anayasanın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Anayasa Mahkemesinin yerleşik kararlarına göre, eşitliği bozduğu iddia edilen kural haklı bir nedene dayanmakta veya kamu yararı amacıyla yürürlüğe konulmuş ise bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez (Any. Mah. 27.06.1995 gün ve E. 1994/90, K. 1995/22)

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan 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, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu nedenle söz konusu ibare, Anayasaya aykırı bir nitelik taşıdığı ve adil olmadığı için hukuk devleti ilkesine ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesine de aykırı düşmektedir.

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

Açıklanan nedenlerle, 27.12.2005 tarih ve 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa Bağı K Cetvelinin "III. Fazla Çalışma Ücreti" başlıklı Bölümünün "B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti" Kısımının 2 numaralı bendinin ikinci paragrafındaki "(10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeleri hariç)" ibaresi Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

b) 27.12.2005 Tarih ve 5437 Sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa Bağlı K Cetvelinin “III. Fazla Çalışma Ücreti” Başlıklı Bölümünün “B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti” Kısımının 2 Numaralı Bendinin Son Paragrafındaki “10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

27.12.2005 tarih ve 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa Bağlı K Cetvelinin “III. Fazla Çalışma Ücreti” başlıklı Bölümünün “B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti” kısmının 2 numaralı bendinin son paragrafında, yukarıdaki hükümlerin uygulanmasında, 10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç büyükşehir sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri, içinde bulundukları büyükşehir nüfusuna tabi olduğu belirtilmiştir.

10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içindeki ilçe belediyelerinin söz konusu personeli, içinde bulundukları büyükşehir nüfusuna tabi olarak fazla çalışma ücreti alabilecek iken, iptali istenen ibare ile haklı bir nedene dayanmaksızın bu haktan mahrum edilmeleri ve ayrı tutulmaları “eşitlik ilkesi”ne aykırı bir durumdur. Zira, 5216 sayılı Kanun ile büyükşehir kapsamına alınan belediyelerin, alınma tarihinden itibaren büyükhşehre bağlı diğer ilçe belediyeleri ile aynı statü - hak ve yetkiye sahip oldukları, diğer bir anlatımla aynı hukuki durumda oldukları kuşkusuz olduğu gibi bu şekilde bir ayırım da, haklı bir nedene dayanmamaktadır.

Açıklanan nedenle, 27.12.2005 tarih ve 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa Bağlı K Cetvelinin “III. Fazla Çalışma Ücreti” başlıklı Bölümünün “B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti” Kısımının 2 numaralı bendinin son paragrafındaki “10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç” ibaresi, yukarıda (a) işaretli başlık altında etraflıca belirtilen nedenlerle Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

27.12.2005 tarih ve 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa Bağlı K Cetvelinin “III. Fazla Çalışma Ücreti” başlıklı Bölümünün “B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti” Kısımının 2 numaralı bendinin ikinci ve son paragraflarındaki iptali istenen Anayasaya açıkça aykırı olan ibarelerin uygulanması sonucu; bu ibareler kapsamında kalan belediyeler personeli için, hak mahrumiyeti doğacağından sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

Diğer taraftan, Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın 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 açacağına duraksama bulunmamaktadır.

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

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 27.12.2005 tarih ve 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanununa Bağlı K Cetvelinin “III. Fazla Çalışma Ücreti” başlıklı Bölümünün “B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti” Kısımının 2 numaralı Bendinin;

a) İkinci paragrafındaki “(10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeleri hariç)” ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b) Son paragrafındaki “10.07.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç” ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

5437 sayılı Yasa’ya bağlı K Cetveli’nin “III. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ” başlıklı bölümünün “B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti” kısmının iptali istenen kuralları da içeren (2) numaralı bendi şöyledir:

“2. Belediyeler ile bunlara bağlı müstakil bütçeli kamu tüzel kişiliğini haiz kuruluşlarda (iktisadi işletmeler hariç), görevlerinin niteliği gereği 657 sayılı Kanunda belirtilen çalışma süre ve saatlerine bağlı olmaksızın zabıta ve itfaiye zabıta ve itfaiye hizmetlerinde fiilen çalışan personel (destek hizmeti yürüten personel hariç) ile kadrolu olarak fiilen çalışan koruma ve

güvenlik personeline belediye meclisi kararı ile tespit edilen miktar, fazla çalışma ücreti olarak maktuen ödenir.

Ancak, bunlara ödenecek aylık fazla mesai ücreti en son yapılan resmi nüfus sayımına göre belediye nüfusu;

- 250.000'e kadar olanlar için 116 Yeni Türk Lirasını,
 - 250.000 ile 1.000.000 arasında olanlar için 200 Yeni Türk Lirasını,
 - 1.000.000'dan fazla olanlar için 232 Yeni Türk Lirasını,
 - Ankara, İstanbul ve İzmir Büyükşehir Belediyeleri dışındaki büyükşehirlerin itfaiye personeli için 232 Yeni Türk Lirasını,
 - Ankara, İstanbul ve İzmir büyükşehir sınırları içerisindekiler için **(10.7.2004 tarih ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeleri hariç)** 315 Yeni Türk Lirasını,
- geçemez.

Yukarıdaki hükümlerin uygulanmasında, **10.7.2004 tarihli ve 5216 Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç** büyükşehir sınırları içerisindeki ilçe belediyeleri, içinde bulundukları büyükşehir nüfusuna tabidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralların Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 27.2.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliği ile karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde, 5216 sayılı Yasa uyarınca Ankara, İstanbul ve İzmir büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyelerinin, bu illerin sınırları içerisindeki diğer belediyeler ile aynı statü, hak ve yetkiye sahip oldukları, diğer bir anlatımla aynı hukuksal durumda bulundukları, bunlar arasında yasa ile ayırım yapılmasının haklı bir nedene dayanmadığı, bu nedenle Kural'ın Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenen kurallarda, 5216 sayılı Yasa ile Büyükşehir belediyeleri sınırlarına alınan ilçe ve ilk kademe belediyeleri ile bu Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce büyükşehir belediyelerinin sınırları içinde bulunan belediyelerde ve bunlara bağlı müstakil bütçeli kamu tüzel kişiliğine sahip kuruluşlarda çalışan zabıta, itfaiye, koruma ve güvenlik personeli için farklı miktarlarda fazla mesai ücreti ödenmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmektedir. Bu yasak, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik çiğnenmiş olmaz. Başka bir anlatımla, kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında değişik uygulamalar yapılamaz.

Bütün belediyelerde çalışan zabıta, itfaiye, koruma ve güvenlik görevlisi personel başta 5393 sayılı Belediye Kanunu olmak üzere, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na ve bazı durumlarda 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu'na tabidirler. Ancak, değişik belediyelerde çalışan personelin aynı yasalara tabi olmaları mutlak bir biçimde aynı özlük haklarına sahip olmalarını gerektirmez. Özlük hakkının çeşitli kişiler için farklı biçimlerde öngörülmesi; çalışılan yerin özelliğine, çalışma koşullarının yoğunluğuna, merkeze olan uzaklığa, ekonomik gelişmişliğe, geçim koşullarına ve çalıştırılan kişilerin temin edilmesindeki zorluğa bağlı olarak değişebilir. 5216 sayılı Yasa'nın yürürlüğe girmesinden önce Ankara, İstanbul veya İzmir Büyükşehir Belediyeleri sınırları içinde bulunan ilçe belediyeleri ile bu Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra anılan Büyükşehir Belediyelerine

katılan ilk kademe ve ilçe belediyelerinde çalışan zabıta, itfaiye, koruma ve güvenlik görevlilerinin çalışma koşulları farklıdır.

Bu farklılık nedeniyle, 5216 sayılı Yasa ile Ankara, İstanbul ve İzmir Büyükşehir Belediyelerine katılan ilçe ve ilk kademe belediyelerinde çalışan zabıta, itfaiye, koruma ve güvenlik personeli ile daha önce Büyükşehir Belediye sınırları içinde bulunan belediyelerde çalışan zabıta, itfaiye, koruma ve güvenlik görevlilerinin aynı yasa kurallarına tabi tutulmamaları Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İptali istenen kuralların Anayasa'nın 2. ve 11. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

27.12.2005 günlü, 5437 sayılı "2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu"na bağlı K-CETVELİ'nin "III. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ" başlıklı bölümünün "B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti" kısmının (2) numaralı bendinin;

1 - İkinci paragrafının " ... (10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeler hariç) ..." bölümü,

2 - Son paragrafının " ... 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç ..." bölümü,

23.11.2006 günlü, E. 2006/28, K. 2006/108 sayılı kararla reddedildiğinden, bu bölümlere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 23.11.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- SONUÇ

27.12.2005 günlü, 5437 sayılı "2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu"na bağlı K-CETVELİ'nin "III. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ" başlıklı bölümünün "B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti" kısmının (2) numaralı bendinin;

1- İkinci paragrafının " ... (10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeler hariç) ..." bölümünün,

2- Son paragrafının " ... 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç ..." bölümünün,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, 23.11.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Esas Sayısı : 2002/153

Karar Sayısı: 2006/113

Karar Günü : 21.12.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Bayramiç Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.10.1983 günlü, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 47. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Üçüncü kişinin suç sayılır eylemi nedeniyle ölen Bağ-Kur sigortalısının hak sahiplerine yapılan yardımlarda katsayı değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan artışların peşin sermaye değerinin davalı üçüncü kişiden tahsiline karar verilmesi istemiyle Bağ-Kur Genel Müdürlüğünce açılan ek rücu davasında itiraz konusu yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir.

"(...) Davada çözümlenmesi gereken uyuşmazlık 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununun 47. maddesi uyarınca, Bağkur'un, üçüncü kişinin suç sayılır hareketi sonucu bu kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir durumun doğması halinde üçüncü kişiden, yapılan yardımın ilk peşin değerinin mi yoksa bu yardımlardaki artışı da isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Şu hali ile davanın yasal dayanağı sözü edilen 2926 sayılı Yasa'nın 47. maddesidir. Bağkur'un anılan maddeye dayanılarak rücu hakkını kullanabilmesi için 3 üncü kişinin suç sayılır hareketinin gerçekleşmiş olması ve sigortalıya Kanunda sayılan yardımların yapılması gerekir. Olayda davalının suç sayılır hareketi ile Bağkur'lunun öldüğü ve hak sahiplerine aylık bağlandığı, davacının bağkurluya bağlanan ilk peşin değerli aylığın tahsili için daha önce rücu davası açtığı mahkememizce ilk

peşin değerli aylığa hükmedildiği verilen kararın kesinleştiği işbu dava ile aylıklardaki artışın istendiği görülmektedir. Bilindiği gibi Bağkur yürürlükteki katsayıyı uygulamak suretiyle sigortalıya aylık bağlamakta, müteakip senelerde bütçe kanunu ile saptanan katsayıya göre daha önce bağlanan aylıkları arttırmaktadır. Bağkur'un bağlanan ilk aylığın peşin değerini isteyebileceği çekişmesizdir. Aynı doğrultudaki 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesinde açıkça kurumun bağlanan yardımların ilk peşin sermaye değerinin istenebileceği artışların istenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlık 2926 sayılı Yasa ile aylıklarda katsayıya dayalı olarak yapılan artışın istenilebilip istenilemeyeceğine ilişkindir. Hemen belirtelim ki artışların rücu yolu ile istenebilmesi için yasanın özü ve sözünün böyle bir yoruma uygun olması gerekir. Oysa 47. maddede aynen '... Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine bu Kanunda belirtilen gerekli yardımları yapar. ... üçüncü kişilere rücu eder' hükmü yer almakta olup artışların istenebileceğine dair herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Aksinin kabulü halinde tazmin sorumlusunun devamlı olarak yıllarca dava tehdidi altında bırakılmasına üstünlük tanınır ki böyle bir yorum hukukun evrensel kurallarına aykırı düşeceği gibi yasa koyucunun bu şekilde hukuka aykırı sonuç doğuracak biçimde norm koyması düşünülemez. O halde madde, konulan amacına uygun olarak yorumlandığında artışların istenemeyeceği sonucuna ulaşılabileceği kuşku olmamalıdır.

Sağlıklı ve doğru bir sonuca ulaşabilmek için Bağkur'un 2926 sayılı Yasa'nın 47. maddesinden doğan rücu hakkının hukuki temelini ne olduğu bilinmelidir. Rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı düşünülebileceği gibi, kanundan doğan bağımsız bir hak olduğu da düşünülebilir. Öğretide bu tür bağımsız rücu hakkına "basit rücu hakkı veya alelade rücu hakkı" da denmektedir. Şayet bağkurun rücu hakkının hukuksal niteliğinin bağımsız yani basit rücu hakkına dayandığı görüşü benimsendiği takdirde halefiyet ilkesinden söz edilemez. Bir hakkın halefiyet esasına dayandığı kabul edilecek olursa halef olanın hukuksal statüsü halef olunanınkine tabi olur. Halef olunanın hak ve yükümlülükleri ile sınırlı biçimde talepte bulunulabilir. Yani halef olunanın sahip olduğu haklardan daha fazlası kullanılamayacağı gibi hak sahibinin daha azı ile yetinmesi de istenemez. Yine bir hakkın halefiyet esasına dayandığının kabulü yasalarda açık bir hükmün mevcut olmasına bağlıdır. Örneğin TTK 1301. maddesinde sigortacının rücu hakkının halefiyet esasına dayandığı açıkça gösterilmiş, önceki MK nun 439. maddesinde de mirasçılardan halefiyet yoluyla murisi temsil ettikleri belirtilmiştir.

Başka bir yönden yasalarda yer alan halefiyete ilişkin hükümler istisnai nitelikte olup genişletici yoruma tabi tutulamayacağı gibi kıyasa dahi esas

olamazlar. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir. (Y.İ.B.K. 23.5.1960 tarih, 11/10 E.K.) Keza öğretinin görüşü de aynı doğrultudadır. Buna göre bağkurun rücu hakkının halefiyet esasına dayanıp dayanmadığı belirlenmelidir. 2926 sayılı Yasa'nın ne 47. maddesinde ne de diğer maddelerinde rücu hakkının halefiyete dayandığına dair bir hüküm mevcut olmadığından hakkın halefiyete dayanmadığı söylenebilir. 506 sayılı SSK nun 26 ncı maddesinden doğan rücu hakkının halefiyete dayandığı görüşü benimsenmiş ise de (Y.İ.B.B.G.K. 1.7.1994 tarih, 1992/3 E. 1994/3 K.) anılan 26 ncı maddenin düzenleme biçimi ile söz konusu 47. maddenin düzenleniş biçimi birbirinden farklıdır. Kaldı ki 26 ncı maddede yer alan hüküm kıyas yoluyla 47 nci maddeye uygulanamaz. Zira yukarıda ifade edildiği gibi halefiyete ilişkin hüküm istisnai niteliktedir. Hal böyle olunca bu davada, bağkurun 506 sayılı Yasa'nın 26 ncı maddesinde olduğu gibi tavan kadar tazmin sorumlusundan talepte bulunabileceğine ilişkin ilkenin uygulama yeri bulunmamaktadır. Bu sebeple SSK 26 ncı maddeye göre açtığı davalarda katsayı artışına göre yeni taleplerde bulunabilmektedir. Aynı imkandan bağkurun yararlanabileceğinin düşünülmesi yeni bir hüküm koymak anlamına gelir ki yargının böyle bir yetkisi tabii ki yoktur. Kısacası bağkurun hakkının kanundan doğan bağımsız bir rücu hakkı (basit rücu hakkı) olduğu açıktır. Bağkura böyle bir rücu hakkının tanınmasının amacı ikidir. Birincisi bağkur sigortalılarını suç sayılır eylemlere karşı korumak, kişilerin sigortalılara karşı daha dikkatli davranmalarını sağlamak, ikincisi de bağkura gelir sağlamaktır. Nitekim pozitif hukukumuzda bu tür rücu hakkının tanındığına ilişkin örnekler vardır. (Anayasa 129, MK 917, BK 50 m. gibi)

Hal böyle olunca bağkur ancak ilk bağladığı aylığın peşin değerini isteyebilir, ileriki yıllarda aylıklarda meydana gelen artışları talep edemez. H.G.K. da aynı görüştedir. (Y.H.G.K. 18.3.1998 tarih 183 E. 233 K.) Kurul bu kararında; "... Diğer yandan öbür bağkur sigortalılarının sosyal sigorta hakları 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanununda düzenlenmiş olup, bağlı bulundukları kuruluş da Bağkurdur. 2926 sayılı Yasa'ya tabi olan sigortalıların bağlı bulundukları kuruluş da aynıdır. 1479 sayılı Yasa'nın 63 ncü maddesinde yapılan yardımların ilk peşin sermaye değerinin istenebileceği dolayısıyla artışların istenemeyeceği hükme bağlanmıştır. Maddenin ilk metninde böyle bir hüküm yok iken 3165 sayılı Yasa ile az önce işaret edilen değişiklik getirilmiştir. 63 ncü maddede bile 506 sayılı Yasa'nın 26 ncı maddesine paralel bir hüküm bulunmamaktadır. Tersine yardımların ilk peşin sermaye değerinin istenebileceği öngörülmüş olmakla halefiyet ilkesinden uzaklaşmıştır. Asıl temel kanun olan 1479 sayılı Yasa'da artışların istenemeyeceği hükme bağlanmış iken bu yasaya göre özel nitelikteki 2926 sayılı Yasa'dan kaynaklanan uyuşmazlıkların

çözümünde artışların istenebileceğini kabul etmek çelişki teşkil eder ki yasa koyucunun böyle bir ikilemi amaçlamış olması düşünülemez. Esasen çelişkili davranış içine girmeyi mazur gösterecek makul ve hukuki bir neden yoktur. Deyim yerinde ise 2926 sayılı Yasa 1479 sayılı Yasa'nın şemsiyesi altındadır. Temel kanunda artışlar istenemediğine göre daha özel nitelikteki 2926 sayılı Yasa gereğince de artışların talep edilememesi hukuk mantık ve yorum kurallarına uygun düşer." hususları vurgulanmıştır.

Toplumsal yaşantıyı düzenleyen hukuk kuralları statükocu bir anlayışla tatbik edilemez. Hukuk yaşayan bir varlıktır ve toplumun çağın gelişim ve değişimine göre şekillenir. Nitekim 47 nci madde ile ilgili yukarıda belirtilen Yargıtay kararının mevcut halini alması süreç içinde gerçekleşmiş, zaman zaman aksi yönde daire kararları söz konusu olmuştur. Gerek H.G.K. gerek 10. Hukuk Dairesi kararları aynı yönde olmakla birlikte bu kararlar tatbikat açısından içtihadı birleştirme kararı niteliğine sahip değildir. Bir başka deyişle, 2926 sayılı Yasa'nın 47 nci maddesindeki mevcut norm var iken Yargıtayın şüphesiz hakkaniyete uygun şekildeki yorumu, uygulama şeklini belirlemesi, maddenin üçüncü kişiler açısından haksızlık arzeden düzenleme biçimini ortadan kaldırmaz. Zira madde metninde 1479 sayılı Yasa'nın 63 ncü maddesinden farklı olarak ilk peşin değer ayırımı yapılmaksızın yardımların tutarı için rücu olunabileceği belirtilmiş olup, rücu olunacak miktarın kapsamı açık bırakılmıştır. Nitekim Y. 10. H.D. uzun süre 47 nci madde açısından ilk peşin değer sınırlaması söz konusu olmayacağından zamanaşımı süresi dahilinde ve tavanla sınırlı biçimde artışların istenebileceğini kabul etmiştir. (Y.10 H.D. 1995/2660-5613 E.K. sayılı ve 20.6.1995 tarihli kararı) Netice itibarıyla 1479 sayılı Yasa'nın 63 ncü maddesi ile 2926 sayılı Yasa'nın 47 nci maddesi arasında amaca uygun olmayacak biçimde çelişki vardır. İki yasanın birbirine ters hükümler ihtiva etmesi başlı başına Anayasaya aykırılık teşkil etmemekle birlikte somut olayda ihtilafın doğası, yasaların amaç ve nitelikleri gereği bir uygunsuzluğun bulunduğu tartışmasızdır. Bu ise Anayasanın 2., 5. ve 10. maddelerinde anlamını bulan Cumhuriyetin nitelikleri, devletin temel amaç ve görevlerinde zikrolunan hukuk devleti ve adalet ilkesi ile kanun önünde eşitlik ilkesine aykırıdır. (...) Açıklamalar ışığı altında 2926 sayılı Yasa'nın 47 nci maddesinin 2 nci fıkrasının; Anayasaya aykırı olduğu sonuç ve kanaati ile iptali için dosyanın Anayasa Mahkemesine gönderilmesine ... karar verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

17.10.1983 günlü, 2926 sayılı Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun, itiraz konusu ikinci fıkrayı da içeren 47. maddesi şöyledir:

“Üçüncü şahısların sorumluluğu:

Madde 47 – Üçüncü şahısların suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir durumun doğması halinde Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine bu Kanunda belirtilen gerekli yardımları yapar.

Ancak, Kurum bu yardımların tutarı için üçüncü kişilere rücu eder.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İctüzüğü’nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Enis TUNGA ve Mehmet ERTEN’in katılmalarıyla 22.10.2002 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 Yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Kuralın Anlam ve Kapsamı

2926 sayılı Yasa’nın 47. maddesinin birinci fıkrasına göre, üçüncü şahısların suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir durumun doğması halinde Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine bu Kanunda belirtilen gerekli yardımları yapacaktır. Maddenin ikinci fıkrasına göre ise, Kurum, yaptığı bu yardımların tutarı için üçüncü kişilere rücu etme hakkına sahiptir.

2926 sayılı Yasa’nın 47. maddesinde, “yapılan yardımların tutarı” için üçüncü kişilere rücu edilebileceği belirtilmiş fakat “yapılan yardımların tutarı” ibaresinin kapsamına hak sahiplerine bağlanan gelirlerde katsayı değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan artışların da dahil edilip edilmeyeceği hususunda herhangi bir açıklamada bulunulmamıştır. Bu nedenle, uygulamada, itiraz konusu kuralın anlam ve kapsamının belirlenmesinde duraksamalar ortaya çıkmıştır. Şöyle ki, itiraz konusu kural uyarınca, Bağ-Kur’un, bağladığı ilk gelirin “peşin sermaye değeri”ni sorumlu üçüncü kişilerden rücu isteyebileceği hususu tartışmasızdır. Buna karşılık, bağlanan gelirlerde katsayı değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan artışların peşin sermaye değerinin de istenilip istenilemeyeceği

hususunda yargı kararlarında birbirinden farklı sonuçlara ulaşılmış olduğu görülmektedir. İtiraz konusu kuralın uygulanması sürecinde, Yargıtay'ın ilgili özel dairesinin önceki yıllarda aksi yönde kararlar vermiş olduğu; son yıllarda ise Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve 10. Hukuk Dairesi'nin, sadece, bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin istenebileceği, bu gelirlerde meydana gelen artışların istenemeyeceği yönünde kararlar vermiş olduğu görülmektedir.

İtiraz konusu kural, Mahkemenin itiraz başvurusundan sonra, 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa'nın 56. maddesinin (d) bendi ile, 2 Ağustos 2003 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmış ve bunun yerine 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesinin uygulanacağı hükme bağlanmıştır. 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesinde ise şu kurallara yer verilmiştir:

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

Ancak, Kurum, yapılan bu yardımların ilk peşin değeri için üçüncü kişilere, istihdam edenlere, (...)ve diğer sorumlulara rücu eder. (...)

İtiraz konusu kural yukarıda açıklandığı şekilde yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun yanında, 24.7.2003 günlü, 4956 sayılı Yasa'nın 55. maddesi ile 2926 sayılı Yasa'ya geçici 9. madde eklenmiştir. Bu maddede, *“2926 sayılı Kanunun 47 nci maddesine göre açılan ek rücu davalarına devam edilir, ancak maddenin yürürlükten kalktığı tarihten sonra ek rücu davası açılmaz”* hükmü yer almaktadır. Bu nedenle, 2926 sayılı yasanın geçici 9. maddesi uyarınca 2 Ağustos 2003 tarihinden sonra ek rücu davası açılması imkanı kalmamıştır. Böylece, itiraz konusu yasa kuralının sadece 2 Ağustos 2003 tarihinden önce açılmış olan ek rücu davaları bakımından uygulanma kabiliyetini devam ettirdiği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü üzere, 2926 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin 2 Ağustos 2003 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılması ve bu Yasaya geçici 9. maddenin eklenmiş olması nedeniyle, bu tarihten itibaren, 2926 sayılı Yasa'ya tabi sigortalılara veya hak sahiplerine Bağ-Kur tarafından yapılan yardımlar nedeniyle, sorumlu üçüncü kişilere karşı ek rücu davası açılması olanağı kalmamıştır.

İtiraz konusu yasa kuralı, yukarıda açıklandığı şekilde yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte itiraz yoluna başvuran mahkemenin bakmakta olduğu dava yönünden uygulanacak kural olmaya devam ettiğinden buna ilişkin itiraz başvurusunun esas yönünden incelenmesine devam edilmesi gerekmektedir.

B- Anayasaya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, üçüncü kişilerin suç sayılır eylemleri nedeniyle Bağ-Kur tarafından sigortalılara veya bunların hak sahiplerine gerekli yardımların yapılması durumunda, Bağ-Kur'un rücu edebileceği miktarın nasıl belirleneceği ile ilgili olarak, 2926 sayılı Yasa'nın 47. maddesinin itiraz konusu ikinci fıkrasında, "yardımların ilk peşin değeri" sınırlaması yapılmadığı, bunun yerine "yardımların tutarı" için rücu olanağı tanındığı ve böylece rücu olunacak miktarın kapsamının açık bırakıldığı; bu nedenle, Yargıtay'ın ilgili dairesinin önceki yıllarda, zamanaşımı süresi dahilinde ve sigortalı veya hak sahibinin üçüncü kişiden isteyebileceği miktarla sınırlı olmak kaydıyla katsayı değişikliklerine bağlı artışların da rücu istenebilmesinin mümkün olduğu yönünde kararlar vermiş olduğu; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ve 10. Hukuk Dairesi'nin son yıllardaki uygulamasında ise, Bağ-Kur'un sadece hak sahiplerine bağlanan ilk aylık üzerinden hesaplanan peşin değeri rücu isteyebileceği, ancak, sonradan kanunla aylıklarda yapılan artışın peşin değerinin rücu istenemeyeceği noktasına gelindiği vurgulanmış; fakat bu kararların uygulama açısından içtihadı birleştirme kararı niteliğinde olmadığı, bu nedenle de itiraz konusu kuralın tazmin sorumlusu üçüncü kişiler yönünden haksızlık oluşturmaya devam ettiği, bu durumun da Anayasa'nın 2., 5., ve 10. maddelerine aykırı olduğu savı ileri sürülmüştür.

2926 sayılı Yasa'nın "Üçüncü şahısların sorumluluğu" başlığını taşıyan 47. maddesinde, *"Üçüncü şahısların suç sayılır hareketi ile bu Kanunda sayılan yardımların yapılmasını gerektiren bir durumun doğması halinde Kurum, sigortalı veya hak sahiplerine bu Kanunda belirtilen gerekli yardımları yapar."*

Ancak, Kurum bu yardımların tutarı için üçüncü kişilere rücu eder." denilmiştir.

Madde gerekçesinde ise Kurumun, *"... Borçlar Kanunu hükümlerine muvazi olarak, ..."* üçüncü şahıslara rücu hakkına sahip bulunduğu ifade edilmiştir.

İtiraz konusu kuralda, üçüncü şahısların suç sayılır eylemleri nedeniyle sigortalı veya hak sahiplerine Bağ-Kur tarafından yapılan yardımların tutarı için sorumlu üçüncü kişilere rücu edilebilmesi olanağı düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, anayasaya uygunluğunu denetlediği bir kuralın anlamını, bu kuralın diğer organlarca nasıl anlaşılıp uygulandığından bağımsız olarak bizzat belirlemek ve buna göre de incelediği kuralın Anayasaya uygun olup olmadığına karar vermek yetkisine sahiptir.

Yasa'nın 47. maddesi uyarınca, Bağ-Kur tarafından yapılan yardımlarda katsayı değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan artışların da rücu istenebilmesi ancak bu hususun Yasa'da açıkça gösterilmesi halinde mümkün olabilir. Oysa iptali istenilen kuralda bu yönde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum gözetildiğinde ve ayrıca itiraz konusu Yasa

kuralında ve aynı konuyu düzenleyen 1479 sayılı Yasa'nın 63. maddesinde son yıllarda yapılan yasal değişiklikler de dikkate alındığında, itiraz konusu yasa kuralı uyarınca, sigortalılara veya bunların hak sahiplerine Bağ-Kur tarafından yapılan yardımların ilk peşin değeri için sorumlu üçüncü kişilere rücu edilmesinin mümkün olduğu, buna karşılık, bu yardımlarda katsayı değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan artışın peşin değerinin Bağ-Kur tarafından ek rücu davaları açılması suretiyle istenmesine olanak tanınmadığı sonucuna varılmıştır.

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

Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Şevket APALAK ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu sonuca farklı gerekçeyle katılmışlardır.

VI - SONUÇ

17.10.1983 günlü, 2926 sayılı "Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu"nın 47. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 21.12.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

FARKLI GEREKÇE

Tarımda Kendi Adına ve Hesabına Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 47. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür.

2926 sayılı Kanun'un "Üçüncü şahısların sorumluluğu" başlıklı 47. maddesi, üçüncü şahısların suç sayılır hareketi ile Kanun'da sayılan yardımların yapılması halinin doğması durumunda, Kurumun sigortalı veya hak sahiplerine Kanun'da belirtilen gerekli yardımları yapacağını ve bu yardımların tutarı için de üçüncü kişilere rücu yoluyla başvurarak, ödettirme hakkını kullanabileceğini düzenlemektedir.

İtiraz konusu fıkra ise Borçlar Kanunu hükümlerine muvazi olarak getirildiğine ilişkin yasama gerekçesi de dikkate alındığında, üçüncü şahısların rücu davasındaki sorumluluğunu yapılan yardımlar tutarıyla sınırlayarak tazminat miktarının kapsamını belirlemekte, hem de suç sayılan harekete maruz kalan sigortalı veya hak sahiplerinin üçüncü şahıstan isteyebileceği ve Kurumun da buna göre rücu yoluyla ödettirebileceği miktarı göstermektedir. Böylece, üçüncü şahsın ilerde yapılacak artışlardan nereye kadar sorumlu tutulacağı, suç sayılan hareketi sonucu olarak katlanmaya mecbur olduğu zarar miktarıyla sınırlandırarak, sınırlanandan daha fazlasının üçüncü şahıstan rücu yoluyla ödettirilmesinin talep edilemeyeceği saptanmış olmaktadır. Diğer yandan, üçüncü şahıs, rücu yoluyla Kuruma yaptığı ödeme ölçüsünde sigortalı veya hak sahiplerine karşı tazmin sorumluluğundan da kurtulmaktadır. Herkes, kasıtlı eyleminin sonuçlarına katlanmaya mecburdur. Bu nedenle sigortalı veya hak sahiplerinin, suç sayılan eylem nedeniyle Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca da isteyebilecekleri zararın, rücu yoluyla üçüncü şahısa ödettirilmesine ilişkin düzenlemenin temelinde, sigortalıları suç sayılan eylemlere karşı korumak ve Kuruma gelir temin etmek düşüncesi bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen bir yasa kuralını kendi hukuk görüşü ve anlayışı açısından inceler ve o kuralın bu anlamda Anayasaya uygunluğunu denetler. Yasa kurallarını yorumlayarak uygulama yapan yargı mercileri ya da yüksek mahkemeler, farklı yorumlamalar yaparak değişik uygulamalar yapabilirler. Aynı konu, benzer nitelikteki yasalarda farklı da düzenlenebilir. Bütün bunlar, aykırılığı öne sürülen hükmün anayasal denetiminde izlenmesi gereken yöntemi değiştirmez.

Anayasa'nın 60. maddesinin ikinci fıkrasında sosyal güvenlik alanında, Devlete gerekli önlemleri alma görevi yüklenmiş, 65. maddesinde ise bu yükümlülüğün sınırları belirtilerek, sosyal güvenlik konusunda, ancak

Devletin ekonomik ve mali kaynakları ölçüsünde önlem alma yükümlülüğü verilmiştir. Sosyal Sigortalar Kurumu ise Devlete yüklenen sosyal güvenlik hakkını sağlamak üzere kurulmuştur.

Anayasa, sosyal güvenlik alanında Devlete gerekli önlemleri alma görevini, ekonomik ve mali kaynakları ölçüsünde yüklemiştir. Katkılı sosyal güvenlik rejimlerinde, Sosyal Güvenlik Kurumunun amacına uygun olarak hizmet verebilmesi ve sosyal riskleri karşılayabilmesi sahip olduğu parasal kaynaklara bağlıdır. Yasakoyucunun, Devlete yüklenen görevin yerine getirilebilmesini sağlayacak ve Kurumun malvarlığını koruyacak tarzda, temel hukuk kurallarına ve Anayasa'nın diğer hükümlerine aykırı olmayan kimi düzenlemeler yapması, Anayasa'da öngörülen sosyal güvenlik anlayışının gereği ve ona tanınan takdir yetkisinin sonucudur. İtiraz konusu fıkranın ise bu amaçla ve takdir yetkisi kullanılarak getirildiğinde kuşku bulunmamaktadır. Buna göre, üçüncü şahısların sorumluluğunu belirleyen "Ancak, Kurum bu yardımların tutarı için üçüncü kişilere rücu eder" şeklindeki fıkranın, adil olmadığı hususu ileri sürülemeyeceği gibi hukuka aykırı olduğu da söylenemez.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu fıkranın, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırı bir yönü olmadığı gibi Anayasa'nın öbür kurallarına da aykırılığı saptanamadığından, iptal isteminin belirtilen gerekçeyle reddine karar verilmesi gerekir.

Bu nedenle çoğunluk tarafından benimsenen gerekçeye katılmadık.

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Şevket APALAK

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2003/75

Karar Sayısı: 2006/114

Karar Günü : 21.12.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Denizli İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 134. maddesi ile 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 70. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın Başlangıcı'ı ile 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemidir.

I- OLAY

Bağ-Kur tarafından, Sosyal Sigortalılar Kurumu'na bağlı olduğu dönemin bir kısmını da kapsayacak şekilde re'sen sigortalı yapılarak hakkında prim borcu tahakkuk ettirilen davacının, mükerrer döneme ilişkin prim borcunun iptaliyle, her iki kurumdaki primlerin birleştirilerek emekliliğe hak kazandığının tespiti talebiyle açmış olduğu davada, dava konusu işlemlerin idari işlem niteliğinde olması nedeniyle bunlara karşı idare mahkemelerinde dava açılması gerekirken, iş mahkemelerinde açılmasının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, kuralların iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"506 sayılı SSK Yasasının 134. maddesinde ve 1479 sayılı Bağ-Kur Yasasının 70. maddesinde birbirine benzer şekilde "Bu kanunun uygulanmasından doğan uyumsuzluklar yetkili İş Mahkemelerince veya bu davalara bakmakla görevli Mahkemelerde görülür" hükmü yeralmaktadır.

Ancak bu iki yasadaki görevi belirleyen 134. ve 70. maddeler Anayasanın Başlangıç hükümleri ile 2., 125. ve 155. maddelerine aykırıdır.

Şöyleki;

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin Demokratik bir Hukuk Devleti olduğu vurgulanmıştır.

Bundan Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine tabi olduğu da amaçlanmıştır.

Yargı denetimi Hukuk Devletinın olmazsa olmaz koşuludur.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen Hukuk Devleti ilkesinin hayata geçirilebilmesi amacıyla Anayasanın 125. maddesi ile “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” hükmü getirilmiş olup, bu hükümle idarenin etkili bir yargısal denetim altına alınması amaçlanmıştır. Bu kural Yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır.

Tarihsel gelişime paralel olarak Anayasada Adli ve İdari yargı ayırımına gidilmiş, kimi maddelerinde bu ayırma ilişkin kurallar yer almış, 140. maddede “Hakimler ve Savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yaparlar” hükmü getirilmiş, Yüksek Mahkemeler ayrı ayrı sayılmış, Adli Yargı kararlarının denetimi Yargıtay idare Mahkemelerinin kararlarının denetimi ise Danıştay’a bırakılmıştır.

Anayasa’nın “yürütme” bölümünde yer alan 125. maddesiyle idarenin her türlü eylem ve işlemleri yargı denetimine tutulduktan sonra, maddenin diğer fıkralarda İdari Yargı sisteminde geçerli olan ilkeleri belirtmektedir.

Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrasında “Yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır.

Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya taktir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez” hükmü yer almaktadır.

Anayasa’nın belirlemiş olduğu bu kurallar idari Yargılama Usulü Kanunundaki yer alan idari yargılama usul ve esaslarının ana kurallarıdır.

Anayasanın değişik maddelerinde kurumsallaşan ve 125. maddesinde belirtilen İdari-Adli Yargı ayırımına ilişkin düzenlemeler nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş taktir hakkının bulunduğu düşünülemez.

Bu hükümler ve açıklamalar karşısında 506 ve 1479 sayılı Yasalardan kaynaklanan idari işlem gerektiren ihtilaflara ilişkin olarak yapılacak yargılamaların İdari Yargıda görülmesi Anayasal zorunluluktur.

Anayasanın 8. ve 9. maddelerinde ve başlangıç, hükümlerinde kuvvetler ayrılığı ilkesi getirilmiş olup idari bir merciin, somut olayda SSK ve Bağ-Kur’un yaptığı yada yapmadığı işlemlere karşı Adli Yargı sistemi içerisinde yeralan İş Mahkemelerince yargılama yapılması ve karar verilmesi Anayasa’ya aykırıdır.

Yüksek Mahkeme'nin 506 sayılı Yasanın 140. maddesindeki "idari cezalara karşı itirazların Sulh Ceza Mahkemelerine yapılmasına" yönelik görev düzenlemesinin Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline ilişkin 8.10.2002 tarih ve 2001/225 E.2002/88 K. sayılı kararı da Anayasa'ya aykırılık itirazımızın temel dayanaklarından biridir.

Yüksek Mahkeme'nin bu iptal kararı üzerine Yüce Meclis tarafından 1475 sayılı İş Yasasının 108. maddesinde, 1479 sayılı Yasanın 80. maddesinde ve 506 sayılı Yasanın 140. maddesinde 4857, 4956 ve 4958 sayılı Yasalarla yapılan değişiklikler de "idari işleme karşı idare mahkemelerinde dava açılması gerektiğine ilişkin anayasal zorunluluğun yansımalarıdır.

Yukarıda açıklanan nedenler karşısında 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunun 134. ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanununun 70. maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın Başlangıç hükümleri ile 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline karar verilmesi Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca itiraz yoluyla arz ve talep olunur. 21.08.2003"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

17.7.1964 gün ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 134. maddesi şöyledir:

"Bu kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür."

2.9.1971 gün ve 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 70. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Bu Kanunun uygulanmasından doğan uzlaşmazlıklar, yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülür."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

İtiraz başvurusunda Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 125. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Mustafa BUMİN, Haşim KILIÇ, Samia Akbulut, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay

TUĞCU ve Mehmet ERTEN'in katılmalarıyla 11.9.2003 günü yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliği ile karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru gerekçesinde, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu'nun kamusal güçle donatılmış birer idari mercii olarak yaptıkları işlemlerin de idarî işlem olması nedeniyle, bunlara karşı idare mahkemelerinde dava açılması gerekirken iş mahkemelerini görevlendiren hükümlerin Anayasa'nın Başlangıç bölümündeki kuvvetler ayrılığı ilkesiyle 2., 125. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılmış, 125. maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık bulunduğu, 155. maddesinde ise Danıştay'ın, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme mercii olduğu ifade edilmiştir.

İtiraz konusu kurallarla, 506 ve 1479 sayılı Kanunların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların yetkili iş mahkemelerinde veya bu davalara bakmakla görevli mahkemelerde görülmesi düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 142. maddesinde, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usullerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Öte yandan, Anayasa'nın 125., ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'da yargı ayrılığının kabul edildiği görülmektedir. Buna göre mahkemelerin görevleri belirlenirken adlî ve idarî olarak nitelenen yargı ayrılığının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bununla birlikte, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasa koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.

Ülkemizde, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile, işçi ve işveren arasında iş aktinden veya İş Kanunu'na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıklarına bakmak üzere iş mahkemeleri kurulmuştur. Sosyal güvenlik kurumlarının prim ve diğer alacaklarının hesaplanması, sigortalı olma hakkının kazanılması ya da kaybedilmesi, ihbar, kıdem ve kötü niyet tazminatlarından doğan uyuşmazlıklar sonucunda hükmolunan miktarların ve bunlara uygulanacak faiz oranlarının hesaplanması gibi

konuların kendi içinde bütünlük ve ihtisas gerektirmeleri yanında, iş hukuku ile de yakından ilişkili olduğu açıktır. Nitekim 5521 sayılı Yasa'nın 1. maddesinin (B) bendi ile "işçi sigortaları kurumu ile sigortalılar veya yerine kaim olan hak sahipleri arasındaki uyuşmazlıklardan doğan itiraz ve davalara..." bu mahkemelerde bakılacağı 506 sayılı Yasa'nın itiraz konusu kuralına paralel biçimde ayrıca vurgulanmıştır. 1479 sayılı Yasa'dan kaynaklanan kimi uyuşmazlıkların da bu nitelikte oldukları görülmektedir. İhtisaslaşmayı esas alan bu düzenlemelerin kamu yararı amacıyla getirildikleri anlaşılmakla, yargı ayrılığı ilkesine aykırı olmadıkları sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. İtirazın reddi gerekir.

Şevket APALAK bu görüşe katılmamıştır.

Konunun Anayasa'nın Başlangıcı ile ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

1- 17.7.1964 günlü, 506 sayılı "Sosyal Sigortalar Kanunu"nun 134. maddesinin,

2- 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı "Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu"nun 70. maddesinin birinci fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Şevket APALAK'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 21.12.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

AZLIK OYU

Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddelerinin ışığında ve Anayasa Mahkemesi kararlarının geliştirdiği açılımlar karşısında Anayasa'nın adli ve idari yargı ayrımını öngördüğünde kuşku yoktur. Bu ayrımın doğal sonucu olarak, idari işlemlere karşı açılacak davalar idari yargı yerinde görülecektir.

Anayasa'nın 60. maddesi de sosyal güvenlik hakkını vurgulamış ve Devlet'in bu güvenliği sağlayacak teşkilat kuracağını öngörmüştür. Böylece oluşturulan sosyal güvenlik kuruluşları, görev yönünden yerinden yönetim idareleri olarak idari yapı içinde yer aldığı gibi, bu kuruluşların görev alanları ve yürütecekleri uğraşlar idari faaliyet alanı içinde kalır. Devlet'in sosyal güvenlikle ilgili bu görevlerini, hizmeti yönlendireceği kişilerin konumlarına göre nitelemek, idari uğraşı ve idari işlemleri ilgili bireylere göre ayırtırmak sonucunu doğuracaktır. Bu sonucun kamu hizmeti kuramıyla bağdaştırılması olanaksızdır.

Belirlenen bu durum karşısında sosyal güvenlikle ilgili Devlet tarafından kurulan teşkilatın işlemlerinin idari nitelikleri, bunlarla ilgili uyumsuzlukların da idari yargı yerlerinde görülmesini kaçınılmaz kılar. Yargı kolları içinde özel ve teknik Mahkemeler gereksinimi yargı yeri ayrımının gözetilmemesinin haklı nedeni olamaz. Kamu yararı ve haklı nedenler kavramları ancak idari yargı içinde vergi mahkemeleri gibi özel mahkeme olgusunun gerekçesi olabilir.

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 125., 140. ve 155. maddelerine aykırı olan kuralın iptali gerekeceği oyuyla karara karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

Esas Sayısı : 2003/97

Karar Sayısı: 2006/115

Karar Günü : 21.12.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Beytüşşebap Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 1.3.1926 günlü, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2787 sayılı Yasa ile değiştirilen 463. maddesinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Asli failin kim olduğu belirlenemeyecek şekilde yaralama suçundan, 765 sayılı Yasa'nın 456/2, 463. maddeleri uyarınca haklarında kamu davası açılan sanıkların yargılanmaları sırasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"...

TCK 463. maddesinin Anayasaya aykırılığı iki temel evrensel norma dayanmaktadır.

1- Cezaların Şahsiliği İlkesi

Suçun oluşumundan bahsetmek için hareket (maddi unsur), tipiklik (kanuni unsur), hukuka aykırılık ve kusurluluk (manevi unsur) gibi dört unsurun varlığı gerekmektedir. Bu unsurlardan herhangi birinin oluşmadığı hallerde faili cezalandırmak mümkün değildir. Suçun unsurları, modern ceza hukukunun kabul ettiği evrensel bir norm halini almıştır.

Anayasanın 38/7 madde ve fıkrası açıkça ceza sorumluluğunun şahsî olduğunu belirtmiştir.

Ceza sorumluluğunun şahsi olması; suçu işleyen failin/faillerin cezadan bizzat sorumlu olması, failin/faillerin dışındaki kişilere doğrudan doğruya

bu sorumluluğun yüklenmemesi ve cezalandırılmaması demektir. Mevcut yasal düzenlemelere göre bu ilke; kanunda suç olarak belirlenmiş hareketin kusurlu failinin yada kanunlarda istenmeyen durum olarak belirlenmiş hale neden olan kişinin, kusur ile hareketi arasında illiyet bağı olması halinde bizzat cezalandırılması şeklinde kabul edilmektedir.

Cezanın şahsiliği ilkesi, cezada kollektif sorumluluk ilkesinin yerine geçmiştir. Cezalandırmada kollektif sorumluluk ilkesi, kusurluluk ilkesi ile yakından ilgilidir. 13 yy da cezalandırmada kusurun önem kazanmasıyla birlikte şahsilik ilkesi de ön plana çıkmaya başlamıştır. Fransız ihtilali sonrasında şahsilik ilkesi hukukumuzda yansımıştır.

Evrensel bir ceza hukuku normu olan şahsilik ilkesinin korunması için kanun koyucu suçludan başkasına ceza öngören kanun yapmamak yada bu tür düzenlemeleri kanunlardan çıkartmakla görevlidir.

2- Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Bu ilke Anayasanın 38/4, İHAS 6/2 madde ve fıkrasında dolaylı olarak “suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz” düzenlemesiyle anlatılmıştır.

3- TCK 463. maddenin irdelenmesi

Maddede yer alan düzenlemeler ilk bakışta adalete uygun gibi görünmektedir. TCK 463. maddesi, adam öldürme ve müessir fiil suçlarında, suçun en az iki kişi tarafından işlenmesi ve failin kim/kimler olduğunun belirlenemediği hallerde ceza indirimi öngörmektedir. Maddede delil yetersizliği veya delil yokluğunun sanıklar aleyhine kabulü, suça katılmamış olsalar, kusurlu olmasalar bile sanıklara cezanın paylaştırılması söz konusudur (1. CD 01.10.1959 2559/2768). Yargıtay TCK 463 maddenin uygulanması için;

Bütün dikkat ve özen gösterildiği, tüm imkanlar kullanıldığı halde asli failin tesbiti mümkün olmamalıdır.

Failler birden fazla olmalıdır.

Fiilin asli unsurundan olan sonuç, irtikapçılar arasında ve fakat ortada kalmalıdır. (CGK 22.05.1989 1-134/193; 09.10.1989 1-239/276; 01.11.1993 4-267/294) şartlarını getirmiştir.

Madde metnine ve Yargıtay uygulamalarına göre, madde suçsuz olan sanıkların cezalandırılmasını öngörmemektedir. Hatta Anayasa Mahkemesi de aynı maddenin iptali için yapılan başvuruda 11.06.1968 tarih ve 48/24 sayılı kararında “...TCK 463 maddenin uygulanabilmesi için, fiilin icra

hareketlerine sanıkların hepsinin katıldığıнын gerçekleşmesi ile bitlikte sonucun, bunlardan hangisinin fiilinden doğduğunun tespit edilememiş olması gerekir. Suç teşkil eden fiilin icra hareketleri, sonucu husule getirmeye elverişli olan hareketlerdir. Örneğin, sanıklarının hepsinin bıçaklarıyla mağdura vurdukları gerçekleşip öldürülendeki bıçak yaralarından ölümü mucip olanın, sanıklardan hangisinin fiiliyle husule geldiği belli olmazsa 463 madde uygulanır. Burada sanıkların hepsi de asli maddi faillerdir.... Maddeye göre verilen ceza lehtedir.... Suç işlemeyen kimseye TCK 463 maddeye göre ceza verilemez...." gerekçesiyle iptal isteminin reddine karar vermiştir.

Burada Yargıtay uygulamalarında ve Anayasa Mahkemesi kararının gerekçesinde gözden kaçırılan iki husus vardır.

a) Suç olduğu iddia edilen hareketi/eylemi tüm delilleriyle yargının önüne taşımak görevinin - istisnaları olmakla beraber- devlete ait olduğu

463 madde, devletin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirememesi nedeniyle, delil yetersizliği veya delil yokluğunun sanıklar aleyhine kabulü, suça katılmamış olsalar, kusurlu olmasalar bile sanıklara cezanın paylaştırılması söz konusudur.

Hazırlık soruşturmasında delil toplama işi Cumhuriyet savcısının dolayısıyla devletin görevidir. C savcısı topladığı delillere göre CMUK 163 maddesi gereğince kamu davası açar. Temelde delil toplama işi hazırlık soruşturmasında tamamlanır ve duruşmada toplanan deliller tartışılır.

TCK 463 madde, devletin delil toplama, olayı aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmakta, "ben bu olayı yeterince araştıramadım, yada elimden gelen araştırmaları yaptım ancak faili bulamadım o halde hepinizi cezalandırmam gerekir." Mantığına dayanmaktadır.

b) Eylemi nedeniyle daha az ceza alma imkanı olan sanığa, devlete ait olan aydınlatma ödevinin gereği gibi yerine getirilememesi sonucu daha fazla ceza verilmesi Anayasa Mahkemesi mezkur kararında ".... iptali istenilen madde, düzenlediği konuda asli maddi failerin hepsine suçun tam cezasını vermiş olsaydı, o zaman cezaların şahsiliği ilkesinin zedelendiği söylenebilirdi. Çünkü bu taktirde sonucu, sadece bir kişi meydana getirdiği halde, ötekilerde meydana getirmişçesine sorumlu tutulmuş olacaktı. Halbuki yasa koyucu böyle yapmamış, müstakil faili belli olmadığı için suçun icrasına katılanların sorumlulukları yönünden bir eşitlik getirmekte ve birlikte bunlara hükmolunacak cezada da büyük ölçüde indirmelere yer vermiştir...."

Yargıtay uygulamaları, Anayasa Mahkemesi gerekçesi, Anayasanın 38/4-8 ve İHAS 6/2 yönünden örnekleme ile (A), (B) ve (C) nin birlikte müessir fiil suçunu işlediklerini, mağdurun çehresinde sabit eser olduğunu farz edelim. Yargıtay uygulamalarına göre çehrede sabit eser oluşturan eylemi hangi sanığın yaptığı “bütün dikkat ve ihtimam gösterildiği, ve tüm imkanlar kullanıldığı halde asli failin tespiti mümkün olamamışsa (A), (B) ve (C) ye TCK 456/2, 463 maddeleri gereğince 1 yıl hapis cezası verilmelidir. Halbuki çehrede sabit eser oluşturan sanık bir kişidir. Şimdi Anayasa Mahkemesinin gerekçesinde belirtilen “...Maddeye göre verilen ceza lehtedir.... Suç işlemeyen kimseye TCK 463 maddeye göre ceza verilemez...” görüşüne katılmak mümkün değildir. Çünkü;

Şüpheden sanık yararlanır ve ceza sorumluluğu şahsidir ilkelerine göre (A), (B) yada (C), 456/4 kapsamında yer alan eylemleri nedeniyle daha az ceza alabilecekken (2 ay), devletin aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi nedeniyle sanıklar daha fazla ceza almaktadır. Sanıklar (A), (B) yada (C), işlemedikleri bir suç nedeniyle fazla ceza almıştır. Bunun savunulacak bir yanı ve mantığı yoktur.

Cezanın lehe olması yada olmamasının da aslında önemi yoktur. Çünkü hiç kimseye işlemediği bir suç nedeniyle ceza verilmemesi esastır. Cezanın şahsiliği bunu gerektirir.

IV- SONUÇ

TCK 463 maddesi, Anayasanın 38/7 madde ve fıkrasına aykırıdır ve iptali gerekir.”

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

1.3.1926 günlü,765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 463. maddesi şöyledir:

“Madde 463 - (Değişik:21/1/1983 – 2787/19)

448, 449, 450, 456, 457 nci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse ile birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur. Ölüm cezasını gerektiren fiillerde yirmi seneden, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren fiillerde onaltı seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezası tayin olunur. Şu kadar ki, bu hüküm fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanmaz.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 38.maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince, Mustafa BUMİN, Yalçın ACARGÜN, Sacit ADALI, Ali HÜNER, Fulya KANTARCIOĞLU, Aysel PEKİNER, Ertuğrul ERSOY, Tülay TUĞCU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN ve Fazıl SAĞLAM'ın katılmalarıyla 18.11.2003 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasına geçilmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Suçun işlendiği tarihten sonra 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmiştir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 463. maddesi karşılığı bir hüküm 5237 sayılı Yasa'da bulunmamaktadır.

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinin ikinci fıkrası ile, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrasında, suçun işlendiği tarihte yürürlükte olan yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasa hükümleri birbirinden farklı ise failin lehinde olan yasa hükmünün uygulanacağı, 5252 sayılı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin üçüncü fıkrasında da lehe olan hükmün, önceki ve sonraki kanunların ilgili bütün hükümleri uygulanarak, ortaya çıkan sonuçların birbiriyle karşılaştırılması suretiyle belirleneceği öngörülmüştür.

463. madde benzeri bir hüküm Yeni Ceza Yasası'nda yer almadığından lehe olan kanun karşılaştırması, Yeni Ceza Yasası'nın kabul ettiği sistem incelenerek 463. maddenin sanıklar lehine olup olmadığının saptanması gerekmektedir.

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun 37. maddesinin birinci fıkrası hükmüne göre, suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumludur. Dolayısıyla suçun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi durumunda, bu kişiler müşterek fail olarak sorumlu tutulacak, Yeni Ceza Yasası'nda, 765 sayılı Yasa'nın 463.

maddesinde olduğu gibi bir düzenleme bulunmadığı için de bu kişiler daha az ceza gerektiren bir hükümden yararlanamayacaklardır.

Bu durumda, 765 sayılı Yasa'nın 463. maddesi, sanıkların lehinde olduğundan olayda bu kural uygulanacaktır.

Başvuru kararında, 463. maddede, devletin olayı aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirememesi nedeniyle, delil yetersizliği veya delil yokluğunun sanıklar aleyhine kabulünün, suça katılmamış olsalar, kusurlu olmasalar bile cezanın paylaşılmasının söz konusu olduğunu, Madde'nin devletin delil toplama, olayı aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırdığını, "ben faili bulamadım o halde hepinizi cezalandırmam gerekir" mantığına dayandığını, şüpheden sanık yararlanır ve ceza sorumluluğu şahsidir ilkelerine göre daha az ceza alabilecek olan sanıkların, devletin aydınlatma görevini yerine getirememesi nedeniyle daha fazla ceza aldıklarını bu nedenle, 463. maddenin, Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasına aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

765 sayılı Yasa'nın itiraz konusu 463. maddesinde, öldürme ve yaralama fiillerinin iki veya daha çok kimse tarafından birlikte işlenmiş olup da asli failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiil için tayin edilmiş olan cezanın üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunacağı; verilecek cezanın, ölüm cezasını gerektiren fiillerde yirmi, müebbet ağır hapis cezasını gerektiren hallerde onaltı seneden aşağı olamayacağı; bu hükmün fiili doğrudan doğruya beraber işlemiş olanlar hakkında uygulanamayacağı öngörülmüştür.

463. maddeye tekabül eden 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nun 378. madde hükmü "Birden çok şahısların ittifak ile, bir öldürme fiilini veya müessir fiillerden birini birlikte işlemeleri halinde asıl fail belli ise, kendi suçundan ve ortakları da ortaklıklarının derecesine göre kendi fiillerinden sorumlu olurlar. ... ittifak bulunmaksızın veyahut asıl fâil belli olmaksızın ... Suça katılmış olanların hepsinin sorumlu olmaları lüzumu açık ise de fiilin asıl failinin kim olduğu belli olmadığından her birinin asıl failmiş gibi cezalandırılmaları doğru olamaz. Binaenaleyh her birinin suç ortağı cezasına bir dereceye kadar eşit olan bir ceza ile cezalandırılmaları icap eder. Asıl failin belli olamaması her birinin sorumluluk derecesini ortaklık genel kuralı ile tayine engel olduğundan bu hususta açık hüküm konulması lüzumludur" gerekçesi ile getirilmiştir.

Suç, kaynağını davranış normlarından alan yükümlülöklere aykırı fiillerdir. Suç teşkil eden muayyen bir fiil, bir kişi tarafından ya da birden fazla kişinin katılımı ile de gerçekleştirilebilir. Aralarında ittifak olsun ya da

olmasın yaralama ve öldürme fiilleri birden fazla kişinin katılımı ile gerçekleştirilmiş ve asli failin /faillerin belirlenemediği hallerde uygulanması için yasaya konulan 463. madde hükmünün uygulanabilmesi için:

- (1) Maddede yazılı (448,449, 450, 456, 457) fiillerden birinin işlenmesi,
 - (2) Suçun iki veya daha çok kimse tarafından birlikte işlenmesi,
 - (3) Faillerin her birinin -aynı suçu işlemek kastı ile- aralarında önceden bir anlaşma olsun veya olmasın, anılan fiillerin icra hareketlerini gerçekleştirmiş olmaları,
 - (4) Meydana gelen sonucu (yaralama-ölüm) faillerden hangisinin meydana getirdiğinin tüm çabalara rağmen anlaşılamaması,
- gerekir.

Müşterek faillik durumunda koşulları varsa uygulanabilecek olan 463. madde hükmünün hukuki niteliği, 765 sayılı Yasa'nın sistemi içinde değerlendirildiğinde, 463. maddenin, suça katılan kişilerin iştirak hükümleri çerçevesinde fiillerini nitelendirme olanağının bulunmadığı hallerde uygulanmak üzere kabul edilmiş istinai bir hüküm ve hukuki ihtilafları çözmek üzere getirilmiş bir araç olduğunu kabul etmek gerekir. Suçun icra hareketlerine katılmış olan kişi/kişilerin, gerçekleştirdikleri fiil/fiiler var ancak faillerden hangisinin fiili/fiilleri ile sonucun meydana geldiği belirlenememekte; fail yönünden, işlenen fiil ile sonuç arasında illiyet bağı kurulamamaktadır. 463. madde olmasaydı, sorunun teşebbüs hükümlerine göre çözümleneceği açıktır. Kişilerin cezalandırılabilmesi için suçu oluşturan icrai veya ihmali bir eylemin bu kişi tarafından gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğu kuşkusuzdur.

Yasa koyucu, 463. maddede iki veya daha çok kişinin belli bir suçun işlenmesine katılmış olması ve fakat asli failin hangisi olduğunun belli olmaması halinde, suça katılanların hepsinin tamamlanmış suç için öngörülen ceza ile sorumlu tutulmasını ya da tümünün aklanmasını uygun bulmamış; suçun icrasına katılanların cezalandırılmalarını, ancak verilecek cezanın maddede gösterilen şekilde belirlenmesini istemiştir.

Anayasa'nın 38. maddesinin yedinci fıkrasında, ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilmiştir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır.

463. madde ile hiç kimse, başkasının fiilinden sorumlu tutulmamaktadır. Suça katılanların tümüyle suçsuz olduğu ya da hak etmediği halde cezalandırılması da söz konusu değildir. 765 sayılı Yasa'nın sistemi içinde bir nevi çözüm aracı olan 463. madde hükmü, yasa koyucunun ceza siyaseti ve takdiri ile ilgili olup madde hükmü, cezaların şahsiliği ilkesine aykırı değildir.

İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

1.3.1926 günlü, 765 sayılı "Türk Ceza Kanunu"nun 2787 sayılı Yasa ile değiştirilen 463. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 21.12.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2006/161

Karar Sayısı: 2006/116

Karar Günü : 22.12.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN: Çelikhan Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU: 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 286. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Davacılar tarafından, kayden anne görünen kişinin anne olmadığı belirtilerek gerçek annenin anne olarak tespitine karar verilmesi için açılan davada, itiraz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZ KONUSU YASA KURALI

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun itiraz konusu 286. maddesi şöyledir:

"B. Soybağının reddi

I. Dava hakkı

MADDE 286.- Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır.

Çocuk da dava hakkına sahiptir. Bu dava ana ve kocaya karşı açılır."

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi gereğince yapılan ilk inceleme toplantısında, başvuru kararı ve ekleri, ilk inceleme raporu, itiraz konusu Yasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, 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 ise, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kurallardır.

Davacılar tarafından açılan dava nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davasıdır. Açılan dava ile nüfusta anne gözüken şahsın anne olmadığı ve gerçek annenin belirtilen şahsın olduğunun tespitine karar verilmesi istenilmektedir.

Ancak, başvuran Mahkeme başvuru gerekçesinde açılan davanın soy bağının reddi ve soybağının yeniden tesisine ilişkin olduğunu, Türk Medeni Kanunu'nun (TMK.) 286. maddesindeki dava hakkının ise anneye tanınmadığını, bunun da Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmektedir.

TMK.'nun 286. maddesinde düzenlenen dava soybağının reddi davası olup, davanın konusunu babalık karinesinin çürütülmesi oluşturmaktadır. Babalık karinesinin çürütülmesine ilişkin dava hakkı anneye tanınmamıştır. Buna göre annenin, nüfusta baba görünen şahsın baba olmadığı iddiasıyla dava açma hakkı bulunmamaktadır. Somut olayda ise, babalığa yönelik bir itiraz bulunmamakta, nüfusta anne görünen şahsın anne olmadığı iddia edilmektedir. Bu davanın ise TMK'nun 286. maddesinde düzenlenen soybağının reddi davası ile herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu durumda itiraz konusu Yasa kuralı başvuran Mahkemece davada uygulanacak kural değildir.

Başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

IV- SONUÇ

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı "Türk Medeni Kanunu"nun 286. maddesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu maddeye ilişkin başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE, 22.12.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
Cafer ŞAT

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2001/226

Karar Sayısı: 2006/119

Karar Günü : 22.12.2006

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN MAHKEMELER:

1- Ankara 11. Sulh Ceza Mahkemesi (Esas: 2001/226)

2- Konya 1. İdare Mahkemesi (Esas: 2004/29)

3- Zeytinburnu 2. Sulh Ceza Mahkemesi (Esas: 2005/7)

İTİRAZLARIN KONUSU: 15.5.1930 günlü, 1608 sayılı Umuru Belediye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun'un,

1- 2575 sayılı Yasa ile değiştirilen 5. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinin,

2- 2575 sayılı Yasa ile değiştirilen 6. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinin,

3- 10. maddesinin ikinci fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 8., 9., 19., 125., 140., 141., 142. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

1608 sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre, işyerinin kapatılmasına ve para cezası verilmesine ilişkin idari yaptırımlar uygulanması şeklindeki işlemlerin kaldırılması istemiyle yapılan başvuruları inceleyen ve itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptal istemiyle başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

Başvuran Mahkemeler,

-1608 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ilgili olarak özetle;

Bakılmakta olan davaların konusunu oluşturan para cezaları ile iş yeri kapatma cezalarının birer idari işlem olduğunu, idari uğraş alanında ve kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş bir yönetsel işlemten kaynaklanan uyumsuzluğun idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği halde sulh ceza mahkemesinin görevli kılınmış olmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığını, zira hukuk devleti ilkesinin yargılamanın doğal ve asli yerinde yapılmasını gerekli kıldığını belirterek, itiraz konusu kuralın, adli ve idari yargı ayırımına yer veren ve idari işlemlerin kural olarak idari yargı yerlerinde çözümlenmesi ilkesini benimsemiş olan Anayasa'nın 2., 8., 9., 125., 140., 142. ve 155. maddelerine aykırı olduğu savını ileri sürmüşlerdir.

-1608 sayılı Yasa'nın 6. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesi ile ilgili olarak ise özetle;

Bu düzenlemenin günün şartlarında uygulanamaz duruma geldiğini, ayrıca 1608 sayılı Yasa'dan sonra çıkartılan özel yasalar sebebiyle de uygulanmasının mümkün olmadığını belirterek, yasalardaki aykırılıkların Anayasa'ya aykırılığı da beraberinde getirdiği savına yer vermişler fakat bu durumun Anayasa'nın hangi maddelerine aykırı olduğunu açıkça göstermemişlerdir.

- 1608 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrası ile ilgili olarak da özetle;

Anayasanın 19. maddesine göre herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğunu, mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi hali ile Anayasada sayılan diğer durumlar dışında kimsenin hürriyetinden yoksun bırakılamayacağını; 1608 sayılı yasanın 10. maddesinde olduğu gibi, belediye idarelerine bir kimsenin tutuklanmasını gerektiren nitelikte karar verme yetkisinin tanınmasının Anayasa'nın 19. maddesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

15.5.1930 günlü, 1608 sayılı "Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun"un, itiraz konusu bölümleri de içeren 5., 6. ve 10. maddeleri şöyledir:

"Madde 5 – (Değişik: 5/7/1934 - 2575/2 md.)

Ceza kararlarına tebliği tarihinden itibaren beş gün içinde mahsus hâkimlere ve bulunmayan yerlerde sulh hâkimliğine müracaatla şifahi veya yazılı itiraz olunabilir. İtiraz şifahi ise bir zabıt tutularak muterize imza ettirilir.

İtirazda sebep gösterilmesi şarttır. Sebep gösterilmeyen itirazlar yapılmamış sayılır. Ticaret ve sanattan men kararlarıyla para cezasını vermediğinden dolayı hapse değiştirme hükmünün infazı itirazın neticesine kadar geri bırakılır.”

“Madde 6 – (Değişik: 5/7/1934 - 2575/2 md.)

İtiraz üzerine tetkikat evrak üstünde yapılır.

İtiraz, cezanın salâhiyeti olmayanlar tarafından tâyin olunduğu ve tutulan zabıt varakasının sahteliği ve ceza tâyinine müessir olacak maddi ve fahiş hataya müstenit bulunduğu hususlarına münhasır olmak üzere dermeyan edilebilir. Bu sebeplere dayanan itirazlar varit ise hâkim ceza kararını iptal ve para cezası alınmış ise belediyenin geri vermesine hükmeder. İtiraz varit görülmezse karar tasdik olunur. *İtirazın otuz gün içinde neticelendirilmesi mecburidir.* Hâkim izahat almak üzere lüzum görürse muterizi veya vekilini celbederek dinliyebilir. Zabıt varakasının sahteliği iddiasından başka hallerde zabıt varakasını yapan memurlar celp ve davet olunmaz.

“Madde 10 – Bu kanunda yazılı para cezaları belediye idareleriyle belediye zabıta vazifesini ifa eden memurlar tarafından infaz ve tahsil olunur. Cezayı vermeyenlerin hapis hükmü müstesna olmak üzere Tahsili Emval Kanunu mucibince mallarına müracaat edilir.

Cezayı ödemekten aczi tahakkuk edenler hakkında tayin edilmiş olan para cezasının her bir lira ve küsuru için bir gün hapsedilmek üzere belediye idarelerinin verecekleri müzekkereler cumhuriyet müddeiumumiliklerince infaz olunur.

Bu suretle hapsedilenler mahpus iken cezayı öderlerse mahpus kaldıkları müddetin bir günü için bir lira tenzil edilerek mütabaki hapisten sarfı nazar olunur.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa’nın 2., 8., 9., 19., 125., 140., 141., 142. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince değişik tarihlerde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işlerin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir. 2001/226 Esas sayılı dosyada öncelikle 1608 sayılı Yasa’nın itiraz konusu 10. maddesinin ikinci fıkrası yönünden uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmayaya 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.

Dava konusu uyuşmazlıkta Mahkeme, davalı belediye encümeni'nin kararının iptali yönündeki istemin kabulü ya da reddi yönünde karar verecek ve bundan sonraki aşamada bu kararın infaz edilmesi söz konusu olacaktır. Dolayısıyla 1608 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin iptali istenilen ikinci fıkrasındaki "cezaıı ödemekten acz"e ilişkin düzenleme, davalı belediye encümeni kararının iptali istemiyle açılan davada uygulanacak kural niteliğinde olmayıp, kararın infaz edilmesi aşamasında uygulanacak kural niteliğindedir.

Bu nedenle, 1608 sayılı Yasa'nın 10. maddesinin ikinci fıkrası, itiraz başvurusunda bulunan Mahkeme'nin davada uygulayacağı kural olmadığından, buna ilişkin başvurunun, Mahkeme'nin yetkisizliğı nedeniyle REDDİNE, 10.4.2001 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Yasa kuralları, dayarılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereğı görüşölüp düşünölldü:

A- Birleştirme Kararı

15.5.1930 günlü, 1608 sayılı "Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun"un 2575 sayılı Yasa ile değıştirilen 5. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinin iptali istemiyle yapılan itiraz başvurularına ilişkin 2004/29 ve 2005/7 esas sayılı davaların, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2001/226 Esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin 2001/226 esas sayılı dosya üzerinden yürütölmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- 30.3.2005 Günlü, 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun Kimi Hükümlerini Değiştiren 6.12.2006 Günlü, 5560 Sayılı Yasa'nın 31. Maddesinin İtiraz Başvurularına Etkisinin Değerlendirilmesi

19.12.2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiş olan 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 31. maddesiyle Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

"Bu Kanunun;

a) İdarî yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b) Diğer genel hükümleri, idarî para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün filler hakkında,

uygulanır."

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5560 sayılı Yasa ile değişik 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının a) bendi uyarınca, Kabahatler Kanunu'nun *"idari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde"* uygulanacaktır.

Kabahatler Kanunu'nun *"Karar Verme Yetkisi ve Kanun Yolları"* başlıklı Dördüncü Bölümünde 27. maddede *"Başvuru Yolu"*, 28. maddede *"Başvurunun İncelenmesi"*, 29. maddede *"İtiraz Yolu"* konuları düzenlenmiştir.

Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, *"İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabil(eceği)..."* belirtilmiştir. İncelenen itiraz başvurularında anayasaya aykırılığı iddia edilmiş olan 1608 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu ilk tümcesinde ise, *"Ceza kararlarına tebliği tarihinden itibaren beş gün içinde mahsus hakimlere ve bulunmayan yerlerde sulh hakimliğine müracaatla şifahi veya yazılı itiraz olunabilir"* hükmü yer almaktadır.

Bu iki düzenleme karşılaştırıldığında, 1608 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi bağlamında *"aksine hüküm"* içeren bir düzenleme olarak nitelenip nitelenemeyeceği hususunun üzerinde durulması gerekmektedir. Sözü edilen düzenlemede yer alan, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunup bulunmamasına ilişkin ibareden, diğer kanunlarda yer alan ve idari yaptırım kararlarına yönelik itirazları inceleme görevini idari yargı yerlerine veren düzenlemelerin kastedildiği açıktır. Bu nedenle, gerek 1608 sayılı Yasa'nın itiraz konusu düzenlemesinde gerekse, Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesinde yer alan düzenlemede sulh ceza

mahkemesinin görevli kılınması karşısında 1608 sayılı Yasa'nın 5. maddesinde yer alan düzenlemenin aksine değil paralel hüküm içeren bir yasal düzenleme olduğunun kabulü gerekir. Böylece, dava konusu uyuşmazlıkların hangi yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sorusunun cevabı bağlamında 1608 sayılı Yasa'nın 5. maddesinin ilk fıkrasının itiraz yoluna başvuran mahkemelerin bakmakta oldukları davalarda uygulanacak kural olma niteliğini devam ettirdiği görülmektedir. Bu nedenle, itiraz başvurularının esası hakkında karar verilmesi gerekir.

Sacit ADALI ile Mehmet ERTEN bu düşünceye katılmamıştır.

C- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

1- Yasa'nın 5. Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Tümcesinin İncelenmesi

Başvuru kararlarında özetle, bakılmakta olan davaların konusunu oluşturan para cezaları ile iş yeri kapatma cezalarının birer idari işlem olduğu, idari uğraş alanında ve kamu gücü kullanılarak tesis edilmiş bir yönetsel işlemten kaynaklanan uyuşmazlığın idari yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği halde sulh ceza mahkemesinin görevli kılınmış olmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı, zira hukuk devleti ilkesinin yargılamanın doğal ve asıl yerinde yapılmasını gerekli kıldığı, itiraz konusu kuralın adli ve idari yargı ayırımına yer veren ve idari işlemlerin kural olarak idari yargı yerlerinde çözümlenmesi ilkesini benimsemiş olan Anayasa'nın 2., 8., 9., 125., 140., 142. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

15.5.1930 günlü, 1608 sayılı Yasa'nın 3.1.1940 günlü, 3764 sayılı Yasa ile değişik 1. maddesinde *"Belediye meclis ve encümenlerinin kendilerine kanun, nizam ve talimatnamelerin verdiği vazife ve salâhiyet dairesinde ittihaz ettikleri kararlara muhalif hareket edenlerle belediye kanun nizam ve talimatnamelerinin men veya emrettiği fiilleri işleyenlere veya yapmayanlara elli liraya kadar hafif para cezası tertibine ve üç günden onbeş güne kadar ticaret ve sanat icrasından men'e ... belediye encümenleri salâhiyettardır. (...)"*; aynı Yasa'nın 5.7.1934 günlü 2575 sayılı Yasa ile değişik 5. maddesinin iptali istenilen tümceyi de içeren ilk fıkrasında da *"Ceza kararlarına tebliği tarihinden itibaren beş gün içinde mahsus hâkimlere ve bulunmayan yerlerde sulh hâkimliğine müracaatla şifahi veya yazılı itiraz olunabilir. İtiraz şifahi ise bir zabıt tutularak muterize imza ettirilir."* denilmektedir.

Anayasa'nın, Cumhuriyetin niteliklerinin belirlendiği 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik, sosyal bir hukuk Devleti olduğu vurgulanmıştır.

Hukuk Devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan,

bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan Devlettir. Hukuk Devleti ilkesi, Devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasakoyucunun da her zaman Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hâkimler ve savcılar adlî ve idarî yargı hâkim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" kurallarına yer verilmiştir.

İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. Kişilere, idare hukuku alanındaki düzene aykırı davranışları nedeniyle verilen idarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir.

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. Anayasa'nın "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" kuralıyla benimsediği husus da etkili bir yargısal denetimdir. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında yer alan 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.

İtiraz konusu Yasa kuralında, 1608 sayılı Yasa'nın 1. maddesine göre tesis edilen idari işlemlere karşı yapılacak itirazları inceleme görevi sulh ceza mahkemelerine verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adlî ve idarî yargı ayırımına gidilmiş ve idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, kural olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacaktır. Bu durumda idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi

konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. İdarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyumsuzluğun çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması halinde yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.

Buna göre, haklı nedenlerin ve kamu yararının bulunması halinde idari işlemlere yönelik itirazları inceleme görevi yasakoyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir. Bu çerçevede, belediyelerce uygulanan kimi idari yaptırımlara karşı, belediye teşkilatının yaygınlığına paralel bir idari yargı teşkilatlanmasının söz konusu olmaması nedeniyle sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınmasının hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olduğu, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasını olanaklı kıldığı ve sayılan hususların sözü edilen itirazları inceleme görevinin adli yargıya bırakılmasının haklı nedenini oluşturduğu sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu Yasa kuralı Anayasa'ya aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu Yasa kuralının Anayasanın 8., 9. ve 141. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

2- Yasa'nın 6. Maddesinin İkinci Fıkrasında Yer Alan "... itirazın otuz gün içinde neticelendirilmesi mecburidir" Kuralının İncelenmesi.

Başvuru kararlarında, itiraz konusu yasa kuralının günün şartları içerisinde mahkemelerin iş yoğunluğu, sonradan yürürlüğe giren yasalar vb. nedenlerle fiilen uygulanamaz duruma gelmiş olduğu ve bu durumun Anayasaya aykırılık sonucunu ortaya çıkardığı iddiasına yer verilmiştir.

Anayasa'nın 141. maddesinde, davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargıya görev olarak yüklenmiştir. Diğer bazı yasal düzenlemelerde de mahkemelerin bakmakta oldukları kimi dava ve işleri çok daha kısa süreler içinde sonuçlandırmalarına yönelik hükümler bulunmaktadır. İtiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 141. maddesinde yer alan hükme paralel bir düzenleme olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu yasa kuralı Anayasa'ya aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşe katılmamışlardır.

İtiraz konusu kuralın Anayasanın 2., 8., 9., 125., 140., 142. ve 155. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

15.5.1930 günlü, 1608 sayılı “Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun”un 2575 sayılı Yasa ile değiştirilen;

1- 5. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 6. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, Mustafa YILDIRIM, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

22.12.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
Cafer ŞAT

Üye
A. Nemci ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

15.5.1930 günlü 1608 sayılı Yasa'nın değişik 1. maddesinde belediye meclis ve encümenlerinin kendilerine kanun, nizam ve talimatnamelerin verdiği vazife ve selâhiyet dairesinde ittihaz ettikleri kararlara muhalif hareket edenlerle belediye kanun ve nizam ve talimatnamelerinin men veya emrettiği fiilleri işleyenler veya yapmayanlar için idare tarafından para cezası ve ticaret ve sanat icrasının belli süre yasaklanması cezası verilmesi öngörülmüş, değişik 5. maddesinde de, ceza kararlarına tebliği tarihinden itibaren beş gün içinde mahsus hâkimlere ve bulunmayan yerlerde sulh hâkimliğine müracaatla şifahi veya yazılı itiraz olunabileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarında belirtildiği gibi, idarenin kamu hizmetlerini süratli ve etkili biçimde görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdarî para cezaları ile ticaret ve sanattan belirli süre yasaklama, idari yaptırımların en önemlilerindendir. Bu yaptırımlar da aynı amaçla etkili ve yaygın biçimde uygulanmaktadır. İdarî cezaları diğer cezalardan ayıran en belirgin özellik, onların idarî makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin demokratik, lâî ve sosyal bir hukuk devleti olduğu belirtilmektedir. Demokratik hukuk devletinin önde gelen özelliklerinden biri de kuşkusuz tüm eylem ve işlemlerinin yargı denetimine bağlı tutulmasıdır. Bu husus, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında somutlaştırılarak "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" denilmiştir. Bu kuralla yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerinin etkili biçimde yargısal denetime bağlı tutulması amaçlanmıştır.

Tarihi çok eskilere dayanan idari-adli yargı ayırımı, Anayasa'da da benimsenerek buna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"; 140. maddesinin birinci fıkrasında, "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yaparlar"; 142. maddesinde "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir"; 155. maddesinin birinci fıkrasında da, "Danıştay, idari mahkemelerce verilen kanunun başka bir idari yargı

merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunla gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar” denilerek idari-adli yargı ayrılığı tüm kurum ve kurallarıyla Devletin hukuk düzeni içindeki yerini almıştır. Buna göre, kural olarak, idarenin kamu hukuku alanına giren, kamu gücü kullanarak idari usullerle tesis ettiği işlem ve eylemlerinin idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemlerinin de adli yargı denetimine bağlı tutulması gerekmektedir.

Anayasa’nın idarî-adli yargı ayırımını kabul etmiş olması nedeniyle idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde işin niteliğinden kaynaklanan ve kamu yararının zorunlu kıldığı çok sınırlı durumlar dışında adli yargının görevlendirilmesi olanaklı değildir.

Açıklanan nedenlerle işin niteliğinden veya kamu yararının zorunlu kıldığı bir durumdan kaynaklanmayan ve idari nitelikte olduğunda duraksama bulunmayan cezalara karşı adli yargıya başvurulmasını öngören itiraz konusu kuralın Anayasa’ya aykırılığı nedeniyle iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkan
Tülay TUĞCU

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
Serruh KALELİ

KARŞI OY

1608 sayılı Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun’un 2575 sayılı Kanun ile değiştirilen 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan *“Ceza kararlarına tebliği tarihinden itibaren beş gün içinde mahsus hâkimlere ve bulunmayan yerlerde sulh hâkimliğine müracaat ile şifahi veya yazılı itiraz olunabilir”* şeklindeki tümce ile 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *“İtirazın otuz gün içinde neticelendirilmesi mecburidir”* şeklindeki tümcenin Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülmüştür.

Ceza kararında yer alan para cezası ile işyeri kapatma cezasının, kabahat eyleminin karşılığı olarak verilen birer idari yaptırım olduklarında kuşku bulunmamaktadır.

İtiraz başvurusundan sonra ve 1 Haziran 2005 günü yürürlüğe giren, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3.maddesinin (1) numaralı fıkrasında “ *Bu kanunun genel hükümleri diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanır*” denilmiş, idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yolunu düzenleyen ve bu Kanun “genel hükümleri” arasında yer alan 27.maddesinin (1) numaralı fıkrasında da “ *İdari para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesine ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabilir. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde idari yaptırım kararı kesinleşir*” hükmüne yer verilmiştir. Aynı Kanunun 28. maddesinde ise sözü edilen idari yaptırım kararlarına karşı yapılacak başvurunun incelenmesine ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Böylece, 1608 sayılı Kanun'un 2575 sayılı Kanun ile değiştirilen 5.maddesinin birinci fıkrasında yer alan “*Ceza kararlarına tebliği tarihinden itibaren beş gün içinde mahsus hâkimlere ve bulunmayan yerlerde sulh hâkimliğine müracaat ile şifahi veya yazılı itiraz olunabilir*” şeklindeki görevli mahkeme ile itiraz süresi ve biçimini düzenleyen tümce ile 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*İtirazın otuz gün içinde neticelendirilmesi mecburidir*” şeklindeki inceleme usulünü düzenleyen tümcenin, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesindeki yollama ile 27. ve 28. maddelerinde yer alan görevli mahkeme itiraz süresi ve inceleme usulüne ilişkin hükümlerle değiştirilmiş olduğundan, bakılmakta olan davada uygulanma olanağı kalmamıştır.

Ayrıca, itiraz karara bağlanmadan önce, Anayasa Mahkemesi'nin 1.3.2006 günlü, 2005/108-2006/35 sayılı kararıyla iptal edilen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 3. maddesi, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa'nın 31.maddesi ile “(1) *Bu kanun; a) İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda hüküm bulunmaması halinde,... uygulanır.*” şeklinde yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile de adli yargı içerisinde yer alan sulh ceza mahkemeleri, idari yaptırım kararlarına karşı yapılacak başvuruları diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde incelemekle görevli kılınmıştır. Yasa koyucu aksine hüküm bulunmama halini sadece kanun yolu ile sınırlamıştır. Buna göre, 1608 sayılı Kanun'un 5. maddesinde görevli mahkemenin sulh hâkimliği (sulh ceza mahkemesi) olduğu belirtildiğinden, görevli mahkeme bakımından aksine bir hüküm bulunmamakta ve bunun sonucu olarak da 5326 sayılı Kabahatler

Kanunu'nun 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen 3. maddesi uyarınca bir kez daha değiştirilmiş bulunmaktadır. Kaldı ki, bu değişiklikler sadece görevli mahkeme bakımından yapılmamış, itiraz süresi beş günden onbeş güne çıkartılmak, itirazın otuz gün içinde neticelendirilmesi zorunluluğu kaldırılmak, idari yaptırım kararlarına karşı yapılacak başvuruların incelenmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek gibi konularda da yapılmıştır.

Diğer taraftan, para cezasına ilave olarak verilen işyeri kapatma cezasının aynı ceza kararında yer almasının, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi ile yeniden düzenlenen 3. maddesindeki hükümler gözetildiğinde, görevli mahkemeyi değiştiremeyeceği açıktır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 19. maddesindeki düzenleme, görevli mahkemeyi belirlemeye, yargılama usul ve esaslarını saptamaya yönelik olmayıp, sadece diğer kanunlarda yer alan bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi İşyerinin kapatılması gibi yaptırımların gerekli değişiklik yapılınca kadar ilgili kanunlarında saklı tutulmasına ilişkindir. Yaptırımların, yapılacak değişikliğe kadar ilgili kanunlarda saklı tutulmasını sağlayan düzenlemenin başvurulacak görevli mahkemeyi değiştirmeyeceği tabiidir.

Belirtilen nedenlerle, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yeniden, düzenlenen 3.maddesi ile 27. ve 28. maddeleri bakılmakta olan davada uygulanacak kuraldır. 1608 sayılı Kanun'un 5. ve 6. maddelerinde yer alan itiraz konusu tümcelerin ise bakılmakta olan davada uygulanma olanağının kalmadığı, dolayısıyla başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmesi gerektiğinden, çoğunluğun uygulanacak kural olduğuna ilişkin kararına katılmadık.

Üye
Sacit ADALI

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

16 Nisan 1340 tarihli ve 486 sayılı Kanun'un 2575 sayılı Kanun ile değiştirilen 5. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Ceza kararlarına tebliği tarihinden itibaren beş gün içinde mahsus hakimlere ve bulunmayan yerlerde sulh hakimliğine müracaat ile şifahi veya yazılı itiraz olunabilir" şeklindeki kuralın, idari işlemten kaynaklanan uyuşmazlığın çözümünde uygulanacağı açıktır. Adli ve idari yargı ayrımını benimsemiş olan

Anayasa'nın 2., 125., 140. ve 155. maddeleri gereğince bu durumda kural olarak idari yargının görevli olması gerekirken sulh ceza mahkemelerinin görevli kılınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu, bu nedenle iptali gerektiği yolundaki itiraz gerekçelerine katılmaktayım.

Yasa'nın 6. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "... itirazın otuz gün içinde neticelendirilmesi mecburidir" kuralının, mahkemeler üzerinde gerçekçi olmayan bir zaman baskısı kurarak Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkını zedeleyeceği, kuralın uygulanmadığı durumlarda yaratacağı belirsizliklerin ve sonradan yürürlüğe giren yasalarla doğacak çelişkilerin Hukuk Devleti'nin gereği olan hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. maddesine de aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2005/89

Karar Sayısı: 2006/120

Karar Günü : 22.12.2006

İPTAL DAVASINI AÇAN: Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Kemal ANADOL, Kemal KILIÇDAROĞLU ile birlikte 112 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU: 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun;

1- Tümünün şekil yönünden,

2- Geçici 1. maddesinin ise esas yönünden,

Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 45. ve 88. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve Geçici 1. maddesinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemini içeren 26.7.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“III- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ

A- Şekil Aykırılığı Nedeniyle İptal İsteminin Gerekçesi

03.07.2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun Geçici Madde 1'inde,

‘11.10.2004 tarihinden önce tarım arazileri; gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış ve tarımsal bütünlüğü bozmuyor ise söz konusu arazinin istenilen amaçla kullanımı için, altı ay içerisinde Bakanlığa müracaat edilmesi, hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması ve tarım dışı kullanılan tarım arazilerinin her metre karesi için beş Yeni Türk Lirası ödenmesi şartıyla izin verilir.’

denilmiştir. Bu hükmün 11.10.2004 tarihinden önce izin alınmadan tarım arazilerini tarım dışı kullanıma açan kişi, kurum ve kuruluşlara, para cezası karşılığı af getirdiği çok açıktır. Şöyle ki;

441 sayılı Tarım ve Köyişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesinin (i) fıkrasında; ‘...tarım dışında kullanılmaya tahsis edilecek araziye tespit etmek, bunların kullanılmasına izin vermek...’, (t) fıkrasında; ‘Tarım alanlarının gayesine uygun bir şekilde kullanılmasını sağlamak, denetlemek ve ilgili kuruluşlarla işbirliği yapmak’ Tarım ve Köyişleri Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır.

441 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 nci maddesi, 09.05.1985 tarihli ve 3202 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile 28.1.2005 tarihli ve 5286 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Tarım Arazilerinin Korunması ve Kullanılmasına Dair Yönetmelik ile; tarım arazilerinin korunması ve yerleşim birimlerinin kurulması, geliştirilmesi, askeri, sanayi, ulaştırma, eğitim, sağlık, turizm, depo ve antrepolar, haberleşme, sportif ve tarımsal tesisler ile benzeri amaçlar için kullanılmasına ihtiyaç duyulan tarım arazilerinin, tarım dışı amaç ile kullanılmasına izin verilmesiyle ilgili hususlar düzenlenmiştir. Bu Yönetmelik’ten önce belirtilen hususlar 10.08.2001 tarih ve 24489 ve 25.03.2005 tarih ve 25766 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan yönetmeliklerle düzenlenmiştir.

Yapılan bu düzenleme ile, 11.10.2004 tarihinden önce gerekli izni almadan tarım arazilerini tarım dışı kullanıma açan kişi, kurum ve kuruluşlar; adı geçen Bakanlığın iznini almaları yolundaki yasal yükümlülüklerinden ve yükümlülüğü yerine getirmemiş olmaktan doğan yaptırımdan kurtarılmakta yani affedilmektedirler.

5403 sayılı Kanunun Geçici 1 inci maddesinde; simgesel bir mali yaptırım öngörülmesi, ‘...tarımsal bütünlüğü bozmuyor ise...’ (bu ifade ile hangi hususun kastedildiği belirsizdir), ya da ‘...hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması...’ (üzeri betonla, ya da binayla kaplı olan alan için bir toprak koruma projesi yapılmasının mümkün olamayacağı açıktır) şeklinde yer alan ifadeler, yapılan düzenlemenin altındaki gerçek amacı yani tarım arazilerini yasal yükümlülükleri yerine getirmeden amaç dışı kullananlara getirilen ‘affi’ gizleyememektedir.

Anayasanın 88 inci maddesinin ikinci fıkrasında kanun tasarısı ve tekliflerinin TBMM’nde görüşülme usul ve esaslarının İçtüzükle düzenleneceği açıklanmıştır.

Anayasa'nın 148 inci maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu, 88 inci maddesinin ikinci fıkrasında, kanun tasarısı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülme usul ve esaslarının İttüzük'le düzenleneceği belirtilmiş, TBMM İttüzüğü'nün 92 nci maddesinin ikinci fıkrasında da,

'Genel veya özel af ilanını içeren tasarısı veya tekliflerin Genel Kurulda kabulü Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile mümkündür. Gerekli çoğunluk, söz konusu tasarısı veya tekliflerin aflu ilgili maddelerinde ve tümünün oylamasında ayrı ayrı aranır. Tasarısı veya teklif hakkında verilen genel veya özel af ilanını içeren değişiklik önergesinin kabulü halinde, kabul için gerekli beşte üç çoğunluğun tespiti için bu önergenin oylanması açık oylama suretiyle tekrarlanır.'

denilmiştir. 5403 sayılı Kanunun gerek Geçici 1 inci maddesi, gerek tümü Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunda oylanırken beşte üç çoğunluk aranmamıştır. Başkan tarafından 03.07.2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Tasarısının açık oylama sonucu 'Kabul: 216' olarak açıklanmıştır(TBMM. Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 3.Yasama Yılı, 125. Birleşim 03/Temmuz/2005 Pazar).

Bu durumda, 5403 sayılı Kanun Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu yani 330 kabul oyu ile kabul edilmediğinden, TBMM İttüzüğü'nün 92 nci maddesine, dolayısı ile Anayasanın 88 inci maddesinin ikinci fıkrasına ve son oylamanın Anayasa'da öngörülen çoğunlukla yapılmamış olması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nin şekil bakımından denetim alanına giren bir durum ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir durumun Anayasanın 11 inci maddesinde ifade edilen Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkeleri ile bağdaşması da mümkün değildir.

Anayasanın 148 inci maddesine göre Anayasa Mahkemesinin denetim alanına giren ve yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasanın 2, 11 ve 88 inci maddelerine aykırı bir görünüm taşıyan söz konusu şekil bozukluğu nedeniyle 03.07.2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun tüm maddelerinin iptal edilmesi gerekmektedir.

B. Esas Aykırılığı Nedeniyle İptal İsteminin Gerekçesi

03.07.2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun Geçici Madde 1 hükmü, yasadışı işgalle tarım arazilerimizi yok

eden uygulamalara 'af' getirdiğinden, yapılan bu düzenleme, yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

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

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

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

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

Anayasa Mahkemesi'nin bu tür denetimlerinde, kanunun gerekçesinden, yasama organındaki görüşmelerden veya yapılan düzenlemenin daha çok siyasal nedenlere dayanıp dayanmadığı hususlarından yararlanarak sonuca vardığı görülmektedir. (Bkz. E. 1963/124, K. 1963/243, K.t. 11.10.1963; E. 1963/145, K. 1967/20, K.t. 27.06.1967; E. 1988/14, K. 1988/18, K.t. 14.06.1967 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararları)

Kanun koyucu, takdirine bırakılmış konularda, düzenleme yetkisini kullanırken, kuşkusuz, Anayasa kuralları ile kamu yararının ve kamu düzeninin gereklerine ve hukukun genel ilkelerine de bağlı kalmak durumundadır. (Bkz. E. 1980/1, K. 1980/25, K.t. 29.04.1980; E. 1963/124, K.

1963/243, K.t. 11.10.1963 sayılı Anayasa Mahkemesi Kararları) Bu, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin gereğidir.

Geçmişte yaşanan imar aflarının sorunu çözmediği, aksine yeni sorunların kaynağı olduğu ortadadır. Geçici madde 1 ile af edilmeye çalışılan bu tür tarım dışı işgaller bir kez yasal güvenceye kavuştuklarında, çığ gibi büyüyen af beklentileri ve zincirleme aflarla, doğal kaynak kayıplarımızı katlanarak artıracaktır.

Metrekare başına beş YTL yaptırım uygulaması, Hazine'ye para girişi olacağı gibi bir yanılığa yol açmakla birlikte (yasaya göre önemli bir beklenti), sağlanmakta olan çeşitli özendirici uygulamalar, parasal kolaylıklar ve bağışıklıklar birlikte değerlendirildiğinde, toplanacak miktarın çok üzerinde mali kaynağın, doğal kaynak yıkımına transfer edilmekte olduğu görülecektir.

Açıklanan nedenler, 5403 sayılı Kanunun Geçici madde 1 hükmü ile yapılan düzenlemenin temel hedefinin, amaç dışı kullanılan tarım arazilerine af getirmek olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

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

Anayasa'nın 44. maddesinde, 'Toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek'; 45 inci maddesinde, '...tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek'; Devlet'in görevleri arasında gösterilmiştir. Tarım arazilerini amaç dışı kullanımlara açanlara af getiren düzenleme, Devlet'e bu konuda verilen görevler ile bağdaştırılamayacağından Anayasa'nın 44 ve 45 inci maddelerine de aykırı düşmektedir.

Diğer yandan iptali istenen Geçici madde 1'de, amaç dışı kullanılan tarım arazilerine, her metrekaresi için beş YTL karşılığında izin verilmesi öngörülmüştür. O halde yalnız maddi olanakları uygun olanlar getirilen bu af'tan yararlanabilecekler, uygun olmayanlar ise, yararlanamayacaklardır. Böyle bir durumun, Anayasa'nın 10 uncu maddesinde ifade edilen 'kanun önünde eşitlik' ilkesine aykırı olduğu kuşkusuzdur.

Anayasa'nın 10 uncu maddesinde 'Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. Devlet organları ve idare makamları bütün

işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.’ denilmektedir. Bu kural, birbiri ile aynı durumda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenlemeler getirmek eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik olmayıp hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Tarım arazilerini tarım dışında kullananlar, yasal yükümlülükleri olan gerekli izni Tarım ve Köyişleri Bakanlığından almayan kişi, kurum ve kuruluşlar olduklarından aynı hukuki durumda oldukları açıktır. Bunlar arasında maddi durumlarına göre ayrıcalık yaratılmasının, hiçbir haklı nedeni olamaz. Bu nedenle yapılan bu düzenleme Anayasa’nın 10 uncu maddesine de aykırıdır.

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

Açıklanan nedenlerle, 03.07.2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunun Geçici madde 1’i Anayasa’nın 2, 10, 11, 44 ve 45 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

03.07.2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun Geçici madde 1’i, Anayasa’nın 2, 10, 11, 44 ve 45 inci maddelerine açıkça aykırı olduğu ve ülkenin en önemli doğal kaynaklarından olan tarım alanlarımızın korunması konusunda Devlet’e verilen görevlerle bağdaşmadığı, yasadışı işgalle tarım arazilerimizi yok eden uygulamalara ‘af’ getirdiği için uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğabilecektir.

Bu nedenle, iptali istenen bu hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması gerekmektedir.

V- SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 03.07.2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun;

1) 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28 ve 29 uncu maddelerinin ve Geçici Madde 1 ve Geçici Madde 2'nin, Anayasa'ya şekil aykırılığı nedeniyle aykırı oldukları için iptallerine,

2) Geçici Madde 1'in, Anayasa'nın 2, 10, 11, 44 ve 45 inci maddelerine aykırı olduğu için iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. 26.7.2005"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

19.7.2005 günlü, 25880 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun tümünün şekil yönünden iptali istenilmiştir.

5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun esas yönünden iptali istenen Geçici 1. maddesi şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 1- 11.10.2004 tarihinden önce tarım arazileri; gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış ve tarımsal bütünlüğü bozmuyor ise söz konusu arazinin istenilen amaçla kullanımı için, altı ay içerisinde Bakanlığa müracaat edilmesi, hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması ve tarım dışı kullanılan tarım arazilerinin her metre karesi için beş Yeni Türk Lirası ödenmesi şartıyla izin verilir."

B - Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 45. ve 88. maddelerine dayanılmış, 87. maddesi ile ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İctüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla 19.9.2005 günü yapılan ilk inceleme toplantısında, "3.7.2005 günlü, 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun tümünün şekil yönünden, Geçici 1. maddesinin esas yönünden iptallerine ilişkin istemin, dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine, Geçici 1. maddesinin yürürlüğünün durdurulmasına ilişkin istemin, bu konudaki raporun

hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına,” OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, iptal konusu kurallar, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Yasa'nın Şekil Yönünden İncelenmesi

Dava dilekçesinde, 5403 sayılı Yasa'nın Geçici 1. maddesi ile getirilen hüküm imar affı niteliğinde olduğundan TBMM İçtüzüğü'nün 92. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, af kanunlarının kabulü için geçerli olan beşte üç çoğunluğun bu Yasa'nın kabulünde gerçekleşmediği, bu durumun ise Anayasa'nın 2., 11. ve 88. maddelerine aykırı olduğu belirtilerek anılan Kanunun tümünün şekil yönünden iptali istenilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı hususunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmaya mecbur değildir. Anayasa Mahkemesi taleple bağlı kalmak kaydıyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir. Bu nedenle, kural Anayasa'nın 87. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların şekil bakımından denetlenmesinin, son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapıp yapılmadığı hususu ile sınırlı olduğu, 88. maddesinin ikinci fıkrasında, kanun tasarısı ve tekliflerinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde görüşülme usul ve esaslarının İçtüzük'le düzenleneceği belirtilmekte, Anayasa'nın "Toplantı ve karar yeter sayısı" başlıklı 96. maddesinin birinci fıkrasında ise "Anayasada, başkaca bir hüküm yoksa, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz" denilmektedir. Buna göre, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin toplantı yeter sayısının oluşması için en az 184 milletvekilinin hazır bulunması gerekmektedir. Karar yeter sayısını kural olarak toplantıya katılanların salt çoğunluğu oluşturmakta ise de bu sayı, hiçbir biçimde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlası olan 139'dan az olamamaktadır.

Anayasa'nın 87. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten önce Meclis'in çıkarmış olduğu af kanunları ile diğer kanunlar arasında çıkarılış yöntemi açısından herhangi bir farklılık bulunmamakta idi. Ancak, 3.10.2001 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin genel ve özel af ilanına TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğu ile karar verebileceği öngörülmektedir. Buna göre, genel veya özel af ilanına karar verme yeter sayısı en az, Meclis üye tamsayısının beşte üçü olan 330'dur.

Bu durumda Anayasa'nın 87. maddesinde düzenlenen genel ve özel affın kapsamının maddi ceza hukuku anlamındaki afla sınırlı tutulup tutulmayacağını veya her türlü affın bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğini belirlemek gerekmektedir.

Ceza hukukunun genel ilkelerine göre genel af halinde, kamu davası ve hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkar. Özel af halinde ise, hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilebilir veya infaz kurumunda çektirilecek süresi kısaltılabilir ya da adli para cezasına çevrilebilir. Genel af hem cezayı, hem de suçu kaldırmakta, oysa özel af ise hükmedilmiş olan cezayı ortadan kaldırmakta, azaltmakta veya başka bir cezaya çevirmektedir.

Anayasa'nın 87. maddesinde belirtilen genel ve özel af kavramları ceza hukukuna özgü kavramlar olup, ceza hukuku alanı dışında kullanılmamaktadır. Bu kavramların tanımları, hüküm ve sonuçları da ceza hukukunda düzenlenmiştir. Nitekim, Anayasa'da belirtilen genel ve özel af kavramları yürürlükten kalkan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 97. ve 98. maddeleri ile 1.6.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 65. maddesinde yer almıştır. Ayrıca, Anayasa'da öngörülen nitelikli çoğunluk aranmasına ilişkin değişiklik, ceza hukuku anlamında çıkarılan af yasalarının toplum vicdanında meydana getirdiği ağır sarsıntılar nedeniyle yapılmıştır.

Anayasa'nın 76. maddesinin ikinci fıkrasında “...taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.”, Anayasa'nın 169. maddesinin üçüncü fıkrasında ise “... münhasıran orman suçları için genel ve özel af çıkarılamaz. Ormanları yakmak, ormanı yok etmek veya daraltmak amacıyla işlenen

suçlar genel ve özel af kapsamına alınamaz.” denilmektedir. Bu hükümler de, Anayasa’nın 87. maddesinde düzenlenen genel ve özel af kavramlarının maddi ceza hukuku ile ilgili olduğunu göstermektedir.

Bu nedenlerle Anayasa’nın 87. maddesinde düzenlenen genel ve özel af kavramlarının kapsamını maddi ceza hukuku ile sınırlı olarak anlaşılması gerekmektedir.

İmar affı niteliğinde olması ve buna ilişkin şekil şartlarına uyulmaması nedeniyle Anayasa’ya aykırı olduğu ileri sürülen 5403 sayılı Yasa’nın Geçici 1. maddesinin maddi ceza hukuku anlamında sayılan bir suç ve cezayı içermemesi nedeniyle genel veya özel af kapsamına alınması kabul edilemez. Söz konusu Yasa’nın kabulünde aranması gereken çoğunluk Anayasa’nın 96. maddesinde belirtilen çoğunluk olup, bu ise en az 139 kabul oyunu ifade eder.

İptali istenilen 5403 sayılı Yasa’nın son oylaması, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu’nda elektronik oylama cihazıyla açık oylama şeklinde yapılmış ve sonuçta kullanılan 216 oyun kabul oyu olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, 5403 sayılı Yasa’nın kabulüne ilişkin son oylamanın, Anayasa’nın 96. maddesinde öngörülen çoğunlukla yapıldığı anlaşıldığından şekil yönünden iptal isteminin reddi gerekir.

B- Geçici 1. Maddenin Esas Yönünden İncelenmesi

Dava dilekçesinde; iptali istenen Geçici 1. maddenin, yasa dışı işgalle tarım arazilerini yok eden uygulamalara af getirdiği, yapılan bu düzenlemenin yasaların kamu yararına dayanması ilkesiyle bağdaşmadığı ve Devlete bu konuda verilen görevlere uymadığı, ayrıca, Geçici 1. maddede amaç dışı kullanılan tarım arazilerine, her metrekaresi beş Yeni Türk Lirası karşılığında izin verilmesinin öngörülmüş olması nedeniyle maddi olanakları olmayanların bu aftan yararlanamayacağı, bu nedenlerle dava konusu düzenlemenin Anayasa’nın 2., 10., 11., 44. ve 45. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Yasa’nın iptali istenen Geçici 1. maddesinde; 11.10.2004 tarihinden önce gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış olan tarım arazilerinin, tarımsal bütünlük bozulmadığı takdirde, altı ay içerisinde Bakanlığa müracaat edilmesi, hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması ve tarım dışı kullanılan tarım arazilerinin her metre karesi için beş Yeni Türk Lirası ödenmesi halinde, tarım dışı amaçlı kullanımı için izin verileceği belirtilmektedir.

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, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da uyması gereken temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Hukuk devletinin öğeleri arasında, yasaların kamu yararına dayanması ilkesi de vardır. Bu ilkenin anlamı kamu yararı düşüncesi olmaksızın herhangi bir yasa kuralının konulamayacağıdır.

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

Yasa'nın genel gerekçesinde, hukuk sistemimizde yer alan bazı kanunlarda toprakların durumunun yalnızca mülkiyet gözetilerek ele alındığı, toprakların üretim gücünün korunması, geliştirilmesi ve tarım işletmelerinde optimum parsel büyüklüğü oluşması gibi durumları düzenleyen özel bir kanun çıkarılmadığı, toprak varlığımızın yoğun ve yaygın bir şekilde kaybolmasına neden olan bu yasal boşluğu gidermek ve tarımın en önemli girdilerinden olan toprağın, tarımın diğer konularıyla birlikte ele alınmasını ve hizmetlerin bütünlük içerisinde yürütülmesini sağlamak, arazilerin ekonomik ve ekolojik kazanımlar gözetilerek planlı kullanım ilkelerini belirlemek amacıyla bu Kanun Tasarısının hazırlandığı belirtilmiştir.

Geçici 1. maddenin gerekçesinde ise söz konusu arazilerin tarımsal niteliği geri kazanılmayacak şekilde bozulduğu için böyle bir düzenlemeye gidilmesine ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir.

İptali istenen kuralda, tarım arazilerinin tarım dışı amaçla kullanılabilmesi için belirli koşulların yanında, tarımsal bütünlüğün bozulmamasının ve hazırlanacak toprak koruma projesine uyulmasının gerektiğinin belirtilmesi karşısında Yasa'nın kamu yararı amacı dışında çıkarıldığı söylenemez.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu

ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun önünde eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

İptali istenen Geçici 1. madde yasada öngörülen koşulları yerine getiren herkese aynı olarak uygulanacağından, Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesine aykırı değildir.

Anayasa'nın "Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması" başlıklı 45. maddesinde, "Devlet tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek ...için gereken tedbirleri alır" hükmüne yer verilmiş, ancak bu tedbirlerin türü ile uygulanma yöntemi yasa koyucunun takdirine bırakılmıştır.

Söz konusu yerlerin korunması ve amacına uygun kullanılmasını sağlamak için iptali istenen maddenin de yer aldığı 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanım Kanunu çıkartılmış bulunmaktadır. Kanunda bu konu ile ilgili düzenlemeler yer almış ve iptali istenen hüküm ile de tarım arazisi olan ancak, tarım dışı amaçla kullanılan arazilerin belirli şartların gerçekleştirilmesi halinde kullanılmasına izin verilmiştir. Geçici 1. maddede belirtilen iznin verilebilmesi için diğer koşulların yanında tarım arazisinin tarım dışı kullanımının tarımsal bütünlüğü bozmaması, hazırlanacak olan toprak koruma projesine uyulması şartları öngörülmüştür. Konulan bu şartlar tarım arazilerinin korunmasını sağlamaya yönelik olup, bunlar gerçekleşmedikçe tarım arazisinin tarım dışı amaçla kullanılmasına izin verilmesi söz konusu olmayacaktır

Bu nedenle kural Anayasa'nın 2., 10. ve 45. maddelerine aykırı değildir.

Kuralın Anayasa'nın 11. ve 44. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

Cafer ŞAT bu görüşe katılmamıştır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.7.2005 günü, 5403 sayılı "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu"nun Geçici 1. maddesi, 22.12.2006 günü, E. 2005/89, K. 2006/120 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddeye ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE, 22.12.2006 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

3.7.2005 günü, 5403 sayılı "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu"nun;

1 - Şekil yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2 - Geçici 1. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Cafer ŞAT'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

22.12.2006 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
Mustafa YILDIRIM

Üye
Cafer ŞAT

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY

İptal davasının konusu olan 3.7.2005 tarih ve 5403 sayılı "Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun" geçici 1. maddesinde, **11.10.2004 tarihinden önce tarım arazileri, gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış ve tarımsal bütünlüğü bozmuyor ise söz konusu arazinin istenilen amaçla kullanımı için altı ay içerisinde bakanlığa müracaat edilmesi, hazırlanacak toprak koruma projesine uyulması ve tarım dışı kullanılan tarım arazilerinin her metre karesi için beş Yeni Türk Lirası ödenmesi şartıyla izin verilir** hükmü yer almaktadır.

Bahis konusu maddede tarım arazisinden sözedilmekle birlikte gerekli izinler alınmadan tarım dışı amaçlı kullanıma açılmış tarım arazilerinin kim ya da kimlere ait olduğu, başka bir anlatımla tarım arazilerinin mülkiyetinin aidiyeti konusunda belirsizlik bulunmaktadır.

Şöyleki; Türk Toprak Hukuku Mevzuatına göre, gerçek ve tüzel kişilerin özel mülkiyetinde bulunan tarım arazileri olduğu gibi Hazinesin özel mülkiyetinde bulunan tarım arazileri de söz konusudur. Bundan ayrı, Hazinesin özel mülkiyetinde olmayıp devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve eski Medeni Yasa'nın 641, 2001 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Yeni Türk Medeni Yasası'nın 715. maddesi kapsamında kalan ve özel mülkiyete konu olamayacak nitelikteki kimi arazilerin yöre halkından bazıları tarafından gelişen teknolojiyen de yararlanılarak arazi haline dönüştürüldüğü ve bu yerler üzerinde kısmen tarımsal ya da başka amaçlı faaliyette bulunulduğu, bu işlemler yapılırken yetkili makamlardan izin alınmadığı gibi bedel (ecrimisil) de ödenmediği uygulamacılar tarafından bilinmektedir.

Her ne kadar 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 3. maddesinin d) bendinde tarım arazisinin ne olduğu ve tarım arazisinden ne anlaşılacak gerektiği, aynı maddenin ş) harfi ile gösterilen bendinde Hazinesin özel mülkiyetinde veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların tahsis şekliinden, aynı yasanın 4. maddesinde de arazi mülkiyet hakkının kullanım esasından sözedilmekte ise de; geçici 1. maddede yer alan ve iptal davasına konu edilen tarım arazilerinin neler olduğu, kapsamının nelerden ibaret bulunduğı, en önemlisi bu maddede zikredilen tarım arazilerinin mülkiyetinin kim ya da kimlere ait olduğu hususunda bir açıklık olmadığı gibi, Hazinesin özel mülkiyetinde bulunan tarım arazilerinin ya da hazinenin özel mülkiyetinde olmayıp devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların bu madde kapsamında kalıp kalmadığı keza belirsiz olduğu gibi tarım dışı amaçlı kullanılan bu yerlerdeki izinsiz yapılan yapıların temelli ya da geçici nitelikte olup olmadıkları hususlarında da açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca mülk ya da vakıf olan taşınmazlarda nasıl bir uygulama yapılacağı da belirsizdir. Zira mülk ve vakıflara ait kimi taşınmazlarda da tarımsal amaçlı faaliyetlerde bulunulması olanaklıdır.

İptale konu geçici 1. maddede sözü edilen tarım arazilerinin mülkiyetinin kime ya da kimlere ait olduğu kesin olarak belirlenmediği sürece ortaya şöyle bir ihtimalin çıkması da mümkün olabilecektir.

Eski Medeni Yasanın 650 ve 4721 sayılı Yeni Medeni Yasanın 724. maddelerinde yer alan hükümlerine göre; tarım arazisi üzerine yapılan yapının değeri açıkça arazi değerinden fazla olması halinde, iyi niyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin kendisine verilmesini isteyebilecek, yasadaki koşulların gerçekleşmesi halinde ise mahkeme buna hükmedecektir.

Anayasanın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti kısaca, tüm eylem ve işlemlerinde hukuka ve Anayasadaki kurallara uyan devlettir. Hukuk devletinde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu ilkeler ve evrensel kurallar vardır. Evrensel hukuk kurallarına göre yasama organı tarafından çıkarılacak yasaların açık, anlaşılabilir, genel, kişi ve kurumlara özgü olmaması gerekir.

Yukarıda arz ve izah olunan nedenlerle iptal davasına konu olan 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun geçici 1. maddesindeki mülkiyet aidiyetindeki belirsizlik Anayasanın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Keza gerekli izinleri almadan tarım arazilerini tarım dışı amaçla kullanıma açan kişi, kurum ve kuruluşlara belirli bir bedel karşılığında izin verilmesini sağlayan böyle bir düzenleme onlara tanınan bir ayrıcalık ve imtiyazdır.

Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine göre hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Açıklanan nedenlerle iptal davasına konu olan geçici 1. maddede yer alan hüküm Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı olup iptali gerekir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle Mahkeme çoğunluğunun redde ilişkin görüşlerine katılmıyorum.

Üye
Cafer ŞAT

Esas Sayısı : 2005/32

Karar Sayısı: 2007/3

Karar Günü : 18.1.2007

İPTAL DAVASINI AÇANLAR:

1- Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER (2005/27)

2- Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Ali TOPUZ ve Haluk KOÇ ile birlikte 116 milletvekili (2005/32)

İPTAL DAVASININ KONUSU: 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun;

1) 3. maddesinin,

2) 6. maddesinin

a- Birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskân”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “sosyal hizmet ve yardımlar”, “ile diğer” ibarelerinin,

b- Birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “çevre”, “kültür”, “turizm” ve “gençlik ve spor” ibarelerinin,

3) 7. maddesinin,

4) 10. maddesinin,

5) 11. maddesinin,

6) 13. maddesinin,

7) 15. maddesinin,

8) 18. maddesinin,

9) 25. maddesinin,

10) 34. maddesinin,

11) 35. maddesinin,

12) 36. maddesinin,

a) Birinci fıkrasının ilk tümcesinin,

b) Altıncı fıkrasının son tümcesinde yer alan “... kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya ...” ibaresinin,

c) Son fıkrasının ilk tümcesinde yer alan “... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının %10’unu ve... ” ibaresinin,

13) 38. maddesinin,

a) Birinci fıkrasının ilk tümcesinin,

b) İkinci fıkrasının,

14) 45. maddesinin,

15) 47. maddesinin,

16) 48. maddesinin,

17) 51. maddesinin,

18) 52. maddesinin,

19) 54. maddesinin ikinci fıkrasının,

Anayasa’nın başlangıcı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 47., 123., 126., 127. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL VE YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMLERİNİN GEREKÇESİ

A- Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER tarafından verilen 04.03.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“III- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal isteminin gerekçelerine, iptali istenen her madde için ayrı ayrı değil, topluca aşağıda yer verilmiştir. Bunun nedeni, Yasa Koyucu’nun kimi maddeleri dava konusu yapılan 5302 sayılı Yasa ile yeni bir “il özel idaresi sistemi” yaratmayı amaçlamasıdır. Yeni sistem ve bununla yaratılan modelin Anayasa’ya aykırılığı ancak, iptali istenen maddelerin birlikte değerlendirilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Kuşkusuz bu gerekçeler, aynı zamanda, yeni sistemin oluşmasına katkıda bulunan dava konusu her madde için de geçerlidir.

1- 5302 sayılı İl zel İdaresi Yasası’nın 3, 7, 10, 11, 13, 15, 18, 25, 35, 45, 47, 51 ve 52. maddelerinde;

- İl özel yönetimlerine ilk kez idari ve mali özerklik getirilmekte; il özel yönetimleri, merkezi yönetimin onayına bağlı olmadan,

- Gerçek ve tüzel kişilere izin ve ruhsat vermek,

- Yasak koymak ve uygulamak,

Taşınır ve taşınmaz malları almak, satmak, kiralamak, kiraya vermek, takas etmek, bunlar üzerinde sınırlı ayni hak tesis etmek,

- İç ve dış borç almak,

- Özelleştirme yapmak,

- Yurt içi ve dışındaki yerel yönetimler ve birlikleri ile işbirliği yapmak,

- Sermaye şirketleri kurmak,

-Bütçeyi kabul etmek,

gibi görev ve yetkilerle donatılmakta,

- Valiliğin organlar içindeki yeri son sıraya düşürülüp, valilerin il genel meclisi başkanlığı görevine son verilmekte; il genel meclisi tek karar organı olarak düzenlenip, başkanını kendi üyeleri arasından seçmesi, meclis gündemini başkanın belirlemesi, yılda iki kez yerine her ay toplanması öngörülmekte; meclis kararlarının kesinleşmesi için vali "onay"ı zorunluluğu kaldırılmakta; valinin hazırladığı yıllık etkinlik raporunun yetersiz görülmesi durumunda yetersizlik kararının "gereği yapılmak üzere" İçişleri Bakanlığı'na gönderileceği belirtilerek, özerklikten öte bağımsız niteliğe kolayca dönüşebilecek yerel bir meclis oluşturulmakta,

- İl özel yönetimi örgütlenmesinde genel sekreterlik oluşturulup, il özel yönetimi hizmetlerinin genel sekreterce yürütüleceği, genel sekreterin valiye karşı sorumlu olacağı, il encümenine valinin bulunmaması durumunda genel sekreterin başkanlık yapacağı vurgulanarak, merkezi yönetimin diğer temsilcisi olan vali yardımcılarının yerel organlardaki yetkisi kaldırılmakta,

- Bütçenin ve kesinhesabın kabulünde ve kesinleşmesinde il genel meclisi kararı yeterli görülmekte,

- İl özel yönetimleri "genel yetkili" organlara dönüştürülmektedir.

İl özel yönetimlerinin yapılanması ve işleyişine yönelik köklü değişiklikler getiren bu düzenlemelerin anayasal kurallara uygun düşüp düşmediğinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bunun için, Türkiye Cumhuriyeti Devleti Yönetimi'nin yapılanmasında esas olan anayasal ilkeleri ortaya koymak; ulus devletin düşünsel temellerine ve tekil devlet modelinde örgütlenmeye egemen olan "merkeziyetçilik" ve "yerinden yönetim" ilkeleriyle bunları tamamlayan "idarenin bütünlüğü" ve "idari vesayet" kavramları üzerinde durmak gerekli görülmüştür.

2- Anayasa'nın başlangıç bölümünde, Anayasa'nın Yüce Türk Devleti'nin bölünmez bütünlüğünü belirlediği, hiçbir etkinliğin Türk ulusal çıkarları, Türk varlığı, Devlet'i ve ülkesiyle bölünmezliği esası karşısında koruma göremeyeceği belirtilmiş; 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış; 5. maddesinde de, Türk Ulusu'nun bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini korumak Devlet'in temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır.

Bu kurallar, Anayasa'da "tekil devlet" modelinin kabul edildiğini göstermektedir. Tekil devlet modeli, merkeziyetçi yapıyı ve ancak onun denetim ve gözetiminde merkez dışı örgütlenmeyi olanaklı kılmaktadır.

Anayasa'da, hem yasama, yürütme ve yargı erki merkeze bağlanarak siyasal, hem de yönetim düzeneğinde merkez esas alınarak yönetsel yönden merkeziyetçilik benimsenmiştir.

Anayasa'nın 123. maddesinde, yönetimin,

- Kuruluş ve görevleriyle bir "bütün" olduğu,
 - Merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı,
- kuralına yer verilmiştir.

Merkezi yönetim Anayasa'nın 126., yerel yönetimler ise 127. maddelerinde düzenlenmiştir.

126. maddeye göre,

- Türkiye, merkezi yönetim kuruluşu yönünden coğrafya durumuna, ekonomik koşullara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılmakta,

- İllerin yönetimi "yetki genişliği" esasına dayanmaktadır.

127. maddeye göre de,

- Yerel yönetimler, il, belediye ya da köy halkının yerel ortak gereksinimlerini karşılamak üzere, kuruluş ilkeleri yasayla belirlenen, yasada

gösterilen karar organları seçmenlerce seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.

- Yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri “yerinden yönetim” ilkesine uygun olarak yasayla düzenlenecektir.

- Merkezi yönetim, yerel yönetimler üzerinde

- Yerel hizmetlerin yönetimin bütünlüğü ilkesine uygun biçimde yürütülmesi,

- Kamu görevlerinde birliğin sağlanması,

- Toplum yararının korunması,

- Yerel gereksinimlerin gereği gibi karşılanması,

amacıyla, yasada belirtilen esas ve usuller çerçevesinde “idari vesayet” yetkisine sahiptir.

Görüldüğü gibi, Anayasa’da, tekil devlet modelinin yönetsel örgütlenmedeki temel ilkeleri, “merkezden yönetim”, “yerinden yönetim” ve bunları tamamlayan “idarenin bütünlüğü” olarak belirlenmiştir.

Ayrıca, yönetsel örgütlenme,

- Merkez-taşra ilişkisi yönünden “yetki genişliği”,

- Merkezi yönetim-yerel yönetim ilişkisi yönünden “idari vesayet”,

ilkelerine dayanmaktadır.

Merkezi yönetim ve yerel yönetimler, Devlet iktidarının örgütlenmesinde hizmeti ve coğrafyayı esas alarak iki temel parçayı oluşturmaktadır. Bu iki parçalı yapının yönetsel örgütlenmede farklı sonuçlara yol açmaması için, Anayasa’da, yerinden yönetim, “devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmezliği” ve “idarenin bütünlüğü” ilkeleriyle sınırlandırılmıştır.

“İdarenin bütünlüğü” ilkesi, tekil devlet modelinde yönetim alanında öngörülen temel ilkedir. Bu ilke, yönetsel işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların “bir bütün” oluşturduğunu anlatmaktadır.

Tekil devlet modelinde, tek bir egemenlik vardır ve devlet tek yetkilidir. Devletin örgütsel yapısı parçalı bir görünüm sergilese ve devlet yetkisini kullanan birçok kamu tüzelkişisi olsa da, bunların arasındaki birlikteliği “idarenin bütünlüğü” ilkesi sağlamaktadır.

Parçalı yapıda olan yönetimde, “bütünlüğü” sağlamaya yönelik iki hukuksal araç, “yetki genişliği” ve “idari vesayet”tir. Hiyerarşiyi de içeren “yetki genişliği” ilkesi, tek tüzelkişilik içinde yer alan merkezi örgüt ve birimler, “idari vesayet” ise, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki “bütünleşmeyi” sağlamakta, ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir.

“İdarenin bütünlüğü” ilkesi, merkezin denetimi ve gözetimi ile yaşama geçirilmektedir. Genel yönetimin taşra örgütlenmesi üzerindeki denetimi “hiyerarşik denetim”; yerinden yönetimler üzerindeki denetimi ise “vesayet denetimi”dir.

Yerinden yönetimin en önemli sakıncası, Devlet’in birliğini ve kamu hizmetlerinin tutarlılığını bozabilmesidir. Bu sakıncayı önlemek için Devlet’e ve onu temsil eden merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarının eylem ve işlemlerini denetlemek ve gerektiğinde bozabilmek yetkisi tanınmıştır. Bu yetki, “idari vesayet” kavramı ile Anayasa’da yerini almıştır.

“İdari vesayet”i, kamu düzenini ve ülke bütünlüğünü sağlamak için, kamu yaran amacıyla, yasaların verdiği yetkiye dayanarak, merkezi yönetim örgütünün, yerel yönetim ile kamu hizmeti yönetimi tüzelkişilerinin organları, işlemleri ve parasal kaynakları üzerindeki denetimi olarak tanımlamak olanaklıdır. Bu yönüyle idari vesayet yetkisi, yerinden yönetim kuruluşlarına tanınan özerkliğin ayrıklığını oluşturmaktadır.

Anayasa’nın 127. maddesine göre idari vesayet, hukuksallık denetimi yanında yerindelik denetimini de içermektedir.

İdari vesayet yetkisi, il özel yönetimlerinin tüm eylem, işlem ve etkinliklerinin merkezi yönetimin denetiminde olmasını; bu bağlamda, yasada belirtilen il genel meclisi kararlarının valinin onayına bağlı tutulmasını gerektirmektedir.

5302 sayılı Yasa’yla il özel yönetimindeki yetkileri zayıflatılan vali, Devlet’in ve Hükümet’in ildeki temsilcisi olmasına karşın gücünü ve etkisini yitirmektedir.

Ayrıca, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce bir kez daha görüşülmesi için geri gönderilen Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Yasa’da, merkezi yönetimin il örgütlerinin çoğunun kaldırılması, kimilerinin de yerel yönetimlere devredilmesi öngörülerek valinin il genel yönetimindeki egemenliği ve yetkileri azaltılmaktadır.

Bu düzenlemeler, Anayasa'da öngörülmeleyen bir yönetim sistemine geçilmesine neden olabilecek niteliktedir. Çünkü, 5302 sayılı Yasa'nın iptali istenen maddeleriyle;

- Tekil devlet modeli yerine, "idari vesayet" zayıflatılarak "yerel" ağırlıklı devlet modeline geçilmesine olanak sağlanmakta,

- Yetki genişliğine dayanan güçlü merkezi yönetim yerine, görev ayrılığına dayalı güçlü yerel yönetimlere yer verilmekte,

- İl özel yönetimleri, mali ve idari özerkliğe kavuşturularak merkezi yönetimin denetim ve gözetimi kaldırılmaktadır.

Bu içerikleriyle anılan maddeler, Anayasa'da öngörülen "tekil devlet yapısı"na, "idarenin bütünlüğü", "yetki genişliği" ve "idari vesayet" ilkelerine aykırı düşmektedir.

3- Her ne kadar, Demokratik Kitle Partisi'nin kapatılmasına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin 26.02.1999 günlü, E.1997/2 (SPK), K.1999/1 sayılı kararında, davalı Parti programındaki yerel yönetimleri daha etkili duruma getirmeye dönük anlatımların Siyasi Partiler Yasası'nın 80. maddesinde öngörülen "Devlet'in tekliği" ilkesine aykırılık oluşturmadığı kabul edilmekte ise de; bu kararın, bir siyasal partinin Anayasa değişikliğini de öngören programına dayanılarak verildiği gözetildiğinde, uygulamayı doğrudan etkileyecek olan bir yasanın Anayasa'ya uygunluk denetiminde örnek oluşturamayacağı açıktır.

IV- SONUÇ

1- Yukarıda yer verilen gerekçelerle, 22.02.2005 günlü, 5302 sayılı "İl Özel İdaresi Kanunu"nun 3., 7., 10., 11., 13., 15., 18., 25., 35., 45., 47., 51. ve 52. maddelerinin, Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olmaları nedeniyle iptallerine,

2- Uygulanmaları durumunda doğacak giderilmesi güç ya da olanaksız hukuksal sonuçlar göz önünde bulundurularak, söz konusu maddelerin yürürlüklerinin durdurulmasına,

karar verilmesini arz ederim."

B- Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Ali TOPUZ Ve Haluk KOÇ ile birlikte 116 milletvekili tarafından verilen 01.04.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“III- GEREKÇE

A- GENEL GEREKÇE

22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 3, 7, 10, 11, 13, 15, 18, 25, 35, 45, 47, 51 ve 52 nci maddelerindeki iptalini ve iptal kararı verilinceye kadar yürürlüğünün durdurulmasını talep ettiğimiz hükümlerinde:

- İl özel yönetimlerine ilk kez idari ve mali özerklik getirilmekte; il özel yönetimleri, merkezi yönetimin onayına bağlı olmadan,

- Gerçek ve tüzel kişilere izin ve ruhsat vermek,

- Yasak koymak ve uygulamak,

- Taşınır ve taşınmaz malları almak, satmak, kiralamak, kiraya vermek, takas etmek, bunlar üzerinde sınırlı ayni hak tesis etmek,

- İç ve dış borç almak,

- Özelleştirme yapmak,

- Yurt içi ve dışındaki yerel yönetimler ve birlikleri ile işbirliği yapmak,

- Sermaye şirketleri kurmak,

- Bütçeyi kabul etmek,

gibi görev ve yetkilerle donatılmakta,

- Valiliğin organlar içindeki yeri son sıraya düşürülüp, valilerin il genel meclisi başkanlığı görevine son verilmekte; il genel meclisinin başkanını kendi üyeleri arasından seçmesi, meclis gündemini başkanın belirlemesi öngörülmekte; meclis kararlarının kesinleşmesi için vali “onay” ı zorunluluğu kaldırılmakta; valinin hazırladığı yıllık etkinlik raporunun yetersiz görülmesi durumunda yetersizlik kararının “gereği yapılmak üzere” İçişleri Bakanlığı’na gönderileceği belirtilerek, özerklikten öte bağımsız niteliğe kolayca dönüşebilecek yerel bir meclis oluşturulmakta,

- İl özel yönetimi örgütlenmesinde genel sekreterlik oluşturulup, il özel yönetimi hizmetlerinin genel sekreterce yürütüleceği, genel sekreterin valiye karşı sorumlu olacağı, il encümenine valinin bulunmaması durumunda genel sekreterin başkanlık yapacağı vurgulanarak, merkezi yönetimin diğer temsilcisi olan vali yardımcılarının yerel organlardaki yetkisi kaldırılmakta,

- Bütçenin ve kesinhesabın kabulünde ve kesinleşmesinde il genel meclisi kararı yeterli görülmekte,

- İl özel yönetimleri “genel yetkili” organlara dönüştürülmektedir.

Bu düzenlemeler Anayasamızın 3 üncü maddesinde belirtilen ve Anayasamızın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde şekillendirilmiş olan tekil devlet modeline aykırı düşmektedir.

Anayasamız, yönetsel bakımdan merkeziyetçi bir yapıya sahip olan bir tekil devlet modelini benimsemiş; merkez dışı yönetsel örgütlenmeyi ise merkezi idarenin denetim ve gözetimi altına almıştır.

Anayasanın 123 üncü maddesinde idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu, merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı açıklanmış; 126 ncı maddede merkezi yönetime, 127 nci maddede de yerel yönetime ilişkin ilkelere yer verilmiştir. Anayasanın 126 ncı maddesine göre:

- Türkiye, merkezi yönetim kuruluşu yönünden coğrafya durumuna, ekonomik koşullara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılmakta,

- İllerin yönetimi “yetki genişliği” esasına dayanmaktadır.

Anayasanın 127 nci maddesine göre de:

- Yerel yönetimler, il, belediye ya da köy halkının yerel ortak gereksinimlerini karşılamak üzere, kuruluş ilkeleri yasayla belirlenen, yasada gösterilen karar organları seçmenlerce seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir.

- Yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri “yerinden yönetim” ilkesine uygun olarak yasayla düzenlenecektir.

- Merkezi yönetim, yerel yönetimler üzerinde,

- Yerel hizmetlerin yönetimin bütünlüğü ilkesine uygun biçimde yürütülmesi,

- Kamu görevlerinde birliğin sağlanması,

- Toplum yararının korunması,

- Yerel gereksinimlerin gereği gibi karşılanması,

amacıyla, yasada belirtilen esas ve usuller çerçevesinde “idari vesayet” yetkisine sahiptir.

Görüldüğü gibi, Anayasada, tekil devlet modelinin yönetsel örgütlenmedeki temel ilkeleri, “merkezden yönetim”, “yerinden yönetim” ve bunları tamamlayan “idarenin bütünlüğü” olarak belirlenmiştir.

Ayrıca yönetsel örgütlenme,

- Merkez - taşra ilişkisi yönünden “yetki genişliği”,
 - Merkezi yönetim - yerel yönetim ilişkisi yönünden “idari vesayet”,
- ilkelerine dayanmaktadır.

Merkezi yönetim ve yerel yönetimler, Devlet iktidarının örgütlenmesinde hizmeti ve coğrafyayı esas alarak iki temel parçayı oluşturmaktadır. Bu iki parçalı yapının yönetsel örgütlenmede farklı sonuçlara yol açmaması için, Anayasada yerinden yönetim, “devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmezliği” ve “idarenin bütünlüğü” ilkeleriyle sınırlandırılmıştır.

“İdarenin bütünlüğü” ilkesi, tekil devlet modelinde yönetim alanında öngörülen temel ilkedir. Bu ilke, yönetsel işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların “bir bütün” oluşturduğunu anlatmaktadır.

Tekil devlet modelinde, tek bir egemenlik vardır ve devlet tek yetkilidir. Devletin örgütsel yapısı parçalı bir görünüm sergilese ve devlet yetkisini kullanan birçok kamu tüzelkişisi olsa da, bunların arasındaki birlikteliği “idarenin bütünlüğü” ilkesi sağlamaktadır.

Parçalı yapıda olan yönetimde, “bütünlüğü” sağlamaya yönelik iki hukuksal araç, “yetki genişliği” ve “idari vesayet” tir. Hiyerarşiyi de içeren “yetki genişliği” ilkesi, tek tüzelkişilik içinde yer alan merkezi örgüt ve birimler, “idari vesayet” ise, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki “bütünleşmeyi” sağlamakta; ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir.

“İdarenin bütünlüğü” ilkesi, merkezin denetimi ve gözetimi ile yaşama geçirilmektedir. Genel yönetimin taşra örgütlenmesi üzerindeki denetimi “hiyerarşik denetim”; yerinden yönetimler üzerindeki denetimi ise “vesayet denetimi” dir.

Yerinden yönetimin en önemli sakıncası, Devlet’in birliğini ve kamu hizmetlerinin tutarlılığını bozabilmesidir. Bu sakıncayı önlemek için Devlet’e ve onu temsil eden merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarının eylem ve işlemlerini denetlemek ve gereğinde bozabilmek yetkisi tanınmıştır. Bu yetki, “idari vesayet” kavramı ile Anayasada yerini almıştır.

“İdari vesayet” i, kamu düzenini ve ülke bütünlüğünü sağlamak için, kamu yararı amacıyla, yasaların verdiği yetkiye dayanarak, merkezi yönetim örgütünün, yerel yönetim ile kamu hizmeti yönetimi tüzelkişilerinin organları, işlemleri ve parasal kaynakları üzerindeki

denetimi olarak tanımlamak olanaklıdır. Bu yönüyle idari vesayet yetkisi, yerinden yönetim kuruluşlarına tanınan özerkliğin ayrıklığını oluşturmaktadır.

Anayasanın 127 nci maddesine göre idari vesayet, hukuksallık denetimi yanında yerindelik denetimini de içermektedir.

İdari vesayet yetkisi, il özel yönetimlerinin tüm eylem, işlem ve etkinliklerinin merkezi yönetimin denetiminde olmasını; bu bağlamda, yasada belirtilen il genel meclisi kararlarının valinin onayına bağlı tutulmasını gerektirmektedir.

5302 sayılı Kanunun 3, 7, 10, 11, 13, 15, 18, 25, 35, 45, 47, 51 ve 52 nci maddelerindeki iptali istenen hükümler ile ise:

- “İdari vesayet” zayıflatılarak, merkeziyetçi yapıdan, “yerel” ağırlıklı bir yönetsel yapıya geçilmesine imkan verilmekte,

- Yetki genişliğine dayanan güçlü merkezi yönetim yerine, görev ayrılığına dayalı güçlü yerel yönetimlere geçilmekte,

- İl özel yönetimleri, tam mali ve idari özerkliğe kavuşturularak, merkezi yönetimin denetim ve gözetimi kaldırılmakta,

- Böylece Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde belirtilen “idarenin bütünlüğü”, “idari vesayet”, “yetki genişliği” ilkelerine aykırı bir yapı ortaya konulmaktadır. Bu nedenle söz konusu hükümlerin iptal edilmesi gerekmektedir.

B- MADDE GEREKÇELERİ

1) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 3 üncü Maddesinin (a) Bendinde Yer Alan “idari ve mali özerkliğe sahip” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (a) bendinde il özel idaresinin idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzelkişiliği olduğu belirtilmiş; merkezi idarenin bu tüzelkişi üzerindeki vesayet yetkisinden söz edilmeyerek, bu tüzelkişi vesayet denetimi dışında bırakılmıştır.

Bu durum, Anayasamızın 126 ve 127 nci maddelerine aykırıdır.

Anayasamızın 126 ve 127 nci maddelerine göre merkezi yönetim ve yerel yönetimler, Devlet iktidarının örgütlenmesinde hizmeti ve coğrafyayı esas alarak iki temel parçayı oluşturmaktadır. Bu iki parçalı yapının yönetsel örgütlenmede farklı sonuçlara yol açmaması için, Anayasada “idarenin

bütünlüğü” ilkesine yer verilmiş ve yerinden yönetim, devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmezliği ve yönetimin tümlüğü ilkeleriyle sınırlandırılmıştır.

“İdarenin bütünlüğü” ilkesi, tekil devlet modelinde yönetim alanında öngörülen temel ilkedir. Bu ilke, yönetsel işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların “bir bütün” oluşturduğunu anlatmaktadır.

Tekil devlet modelinde, tek bir egemenlik vardır. Devletin örgütsel yapısı parçalı bir görünüm sergilese ve devlet yetkisini kullanan birçok kamu tüzelkişisi olsa da, bunların arasındaki birlikteliği “idarenin bütünlüğü” ilkesi sağlamaktadır. Bu ilkeyi yaşama geçirmeye yönelik hukuksal araçlar ise “hiyerarşi” ve idari vesayet” tir.

Hiyerarşi, bir başka deyişle “yetki genişliği” ilkesi, tek bir tüzelkişilik içinde yer alan çeşitli örgüt ve birimler, “idari vesayet” ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamaktadır.

“İdarenin bütünlüğü” ilkesi, merkezin denetimi ve gözetimi ile yaşama geçirilmektedir. Genel yönetimin taşra örgütlenmesi üzerindeki denetimi “hiyerarşik denetim”; yerinden yönetimler üzerindeki denetimi ise “vesayet denetimi” dir.

Yerinden yönetimin en önemli sakıncası, Devlet’in birliğini ve kamu hizmetlerinin tutarlığını, ayrılığını ve eşitliğini bozabilmesidir. Bu sakıncayı önlemek için Devlet’e ve onu temsil eden merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarının eylem ve işlemlerini denetlemek ve gerektiğinde bozabilmek yetkisi tanınmıştır. Bu yetki, “idari vesayet” kavramı ile Anayasada yerini almıştır.

“İdari vesayet” i, kamu düzenini ve ülke bütünlüğünü sağlamak için, kamu yararı amacıyla, yasaların verdiği yetkiye dayanarak, merkezi yönetim örgütünün, yerel yönetim ile kamu hizmeti yönetimi tüzelkişilerinin organları, işlemleri ve parasal kaynakları üzerindeki denetimi olarak tanımlamak olanaklıdır. Bu yönüyle idari vesayet yetkisi, yerinden yönetim kuruluşlarına tanınan özerkliğin ayrıklığı oluşturur.

Anayasanın 127 nci maddesine göre idari vesayet, hukuksallık denetimi yanında yerindelik denetimini de içermektedir ve Anayasamızın 127 nci maddesi, il özel yönetimlerinin tüm eylem, işlem ve etkinliklerinin merkezi yönetimin vesayet denetiminde olmasını gerektirmektedir.

3 üncü maddenin (a) bendinde il özel idarelerine idari vesayet denetimi söz konusu olmaksızın idari ve mali özerklik tanınması ise, bu gereğe uygun düşmemektedir.

Böylesi bir düzenleme ile il özel idareleri üzerindeki vesayet denetiminin kaldırılması ve dolayısı ile valinin yerel yönetimler üzerindeki yetkilerinin azaltılması, yasanın tümündeki valinin yetkilerini azaltan, ortadan kaldıran veya yerel yönetimlere devreden düzenlemeler ile birlikte değerlendirildiğinde, tekil devlet ilkesi çerçevesinde Anayasada ortaya konulan yönetsel merkezîyetçi modelden uzaklaşma anlamına gelmektedir. Bunun ise Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddeleri ile bağdaşmayacak bir durum olduğu ortadadır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de çelişir.

Bu nedenlerle, 5302 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (a) bendindeki, Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan “idari ve mali özerkliğe sahip” ibaresinin iptali gerekmektedir.

2) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının (a) Bendinde Yer Alan “sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskan”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “sosyal hizmet ve yardımlar” “ile diğer” İbareleri ile (b) Bendindeki “çevre”, “kültür”, “turizm” ve “gençlik ve spor” İbarelerinin Anayasaya Aykırılığı

İl özel idaresinin görevleri, 5302 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde belirlenmiştir. Kanunda, görevlerin bir bölümü belirgin ve sınırlı biçimde tek tek sayılarak değil, sadece hizmet alanlarının belirtilmesi suretiyle belirlenmiştir

5302 sayılı Kanunun 6 ncı maddesindeki düzenlemeyle il özel idaresi,

a) Sağlık, tarım, sanayi ve ticaret; ilin çevre düzeni planı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, sosyal hizmet ve yardımlar, yoksullara mikro kredi verilmesi, çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları, ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binaların yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları içinde,

b) İmar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma, kültür, turizm, gençlik ve spor; orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri belediye sınırları dışında,

yapmakla görevli ve yetkili kılınmıştır.

İl özel idaresinin yapı ve işleyişine yönelik köklü değişiklikler getiren 5302 sayılı Kanun, örneğin, sağlık; tarım; sanayi ve ticaret; bayındırlık ve iskan; toprağın korunması; erozyonun önlenmesi; çevre; kültür; turizm; gençlik ve spor, sosyal hizmet ve yardımlar olarak sıralayabileceğimiz bazı hizmet alanlarında il özel idarelerini genel yetkili organa dönüştürmektedir. 5302 sayılı Kanuna göre, il özel idaresi, sağlık; tarım; sanayi ve ticaret; bayındırlık ve iskân, sosyal hizmet ve yardımlar ile ilgili görevler bakımından il sınırları içinde, imar; çevre; kültür ve turizm; gençlik ve spor ile ilgili görevler bakımından belediye sınırları dışında genel yetkili kılınmıştır.

İl özel idarelerini, yukarıda sayılan görevler bakımından genel yetkili kılan bu düzenlemeye karşılık, aynı il özel idareleri, bazı görevler bakımından özel yetkili kılınmıştır. İl özel idarelerine verilen görevlerden, çevre düzeni planı; yoksullara mikro kredi verilmesi; çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları, ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binaların yapım, bakım ve onarımı ilişkin hizmetler; yol; su; kanalizasyon; katı atık; acil yardım ve kurtarma; orman köylerinin desteklenmesi; ağaçlandırma; park ve bahçe tesisine ilişkin görevler, il özel idarelerine özel yetkili idare olarak verilmiştir. Çünkü, il özel idarelerini Anayasaya uygun biçimde özel yetkili kılan bu düzenlemede görevler genel ve soyut olarak değil, tek tek sayılarak, açık, sınırları belli ve somut bir şekilde, belirlenmiştir.

Öte yandan, il özel idarelerine ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binaların yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları içinde yapma görevi verilmiştir. İl özel idarelerine verilen “ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binaların yapım, bakım ve onarımı” görevleri Anayasaya uygun biçimde bu idareleri özel yetkili kılan bir görevlendirme olmakla birlikte “diğer ihtiyaçları” ibaresi, il özel idarelerini ilk ve orta öğretim kurumlarının bütün ihtiyaçlarını karşılayabilecek şekilde genel yetkili kılan bir ibaredir.

Sayın Cumhurbaşkanı’nın 5197 sayılı “İl Özel İdaresi Kanunu’nu” geri gönderme yazısında dile getirdiği gibi, “Anayasanın başlangıç bölümünde, bu Anayasanın Yüce Türk Devleti’nin bölünmez bütünlüğünü belirlediği, hiçbir etkinliğin Türk ulusal çıkarları, Türk varlığı, Devlet’i ve ülkesiyle bölünmezliği esası karşısında koruma göremeyeceği belirtilmiş; 2 nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış; 5 inci maddesinde de, Türk Ulusu’nun bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini korumak Devlet’in temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Bu kurallar, Anayasada “tekil devlet” modelinin kabul edildiğini göstermektedir. Tekil devlet modeli, merkeziyetçi yapıyı ve ancak onun denetim ve gözetiminde

merkez dışı örgütlenmeyi olanaklı kılmaktadır. Anayasada, hem yasama, yürütme ve yargı erki merkeze bağlanarak siyasal, hem de yönetim düzeneğinde merkez esas alınarak yönetsel yönden merkeziyetçilik benimsenmiştir. Anayasanın 123 üncü maddesinde, yönetimin, kuruluş ve görevleriyle bir “bütün” olduğu, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı, kuralına yer verilmiştir. Merkezi yönetim Anayasanın 126 ncı, yerel yönetimler ise 127 nci maddelerinde düzenlenmiştir. 126 ncı maddeye göre, Türkiye, merkezi yönetim kuruluşu yönünden coğrafya durumuna, ekonomik koşullara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre illere, iller de diğer kademeli bölümlere ayrılmakta, illerin yönetimi “yetki genişliği” esasına dayanmaktadır. 127 nci maddeye göre de, yerel yönetimler; il, belediye ya da köy halkının yerel ortak gereksinimlerini karşılamak üzere, kuruluş ilkeleri yasayla belirlenen, yasada gösterilen karar organları seçmenlerce seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri “yerinden yönetim” ilkesine uygun olarak yasayla düzenlenecektir. Merkezi yönetim, yerel yönetimler üzerinde, yerel hizmetlerin yönetimin bütünlüğü ilkesine uygun biçimde yürütülmesi, kamu birliğin sağlanması, toplum yararının korunması, yerel gereksinimlerin gereği gibi karşılanması, amacıyla, yasada belirtilen esas ve usuller çerçevesinde “idari vesayet” yetkisine sahiptir. Görüldüğü gibi, Anayasada, tekil devlet modelinin yönetsel örgütlenmedeki temel ilkeleri, “merkezden yönetim”, “yerinden yönetim” ve bunları tamamlayan “idarenin bütünlüğü” olarak belirlenmiştir. Ayrıca, yönetsel örgütlenme, merkez - taşra ilişkisi yönünden “yetki genişliği”, merkezi yönetim - yerel yönetim ilişkisi yönünden “idari vesayet”, ilkelerine dayanmaktadır. Merkezi yönetim ve yerel yönetimler, Devlet iktidarının örgütlenmesinde hizmeti ve coğrafyayı esas alarak iki temel parçayı oluşturmaktadır. Bu iki parçalı yapının yönetsel örgütlenmede farklı sonuçlara yol açmaması için, Anayasada “idarenin bütünlüğü” ilkesine yer verilmiş ve yerinden yönetim, devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmezliği ve yönetimin tümlüğü ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. “İdarenin bütünlüğü” ilkesi, tekil devlet modelinde yönetim alanında öngörülen temel ilkedir. Bu ilke, yönetsel işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların “bir bütün” oluşturduğunu anlatmaktadır. Tekil devlet modelinde, tek bir egemenlik vardır ve devlet tek yetkilidir. Devletin örgütsel yapısı parçalı bir görünüm sergilese ve devlet yetkisini kullanan birçok kamu tüzelkişisi olsa da, bunların arasındaki birlikteliği “idarenin bütünlüğü” ilkesi sağlamaktadır. Parçalı yapıda olan yönetimde, “bütünlüğü” sağlamaya yönelik iki hukuksal araç, “hiyerarşi” ve “idari vesayet” tir. Hiyerarşi, başka bir deyişle “yetki genişliği” ilkesi, tek bir tüzelkişilik içinde yer alan çeşitli örgüt ve birimler,

idari vesayet ise, merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki “bütünleşmeyi” sağlamaktadır. “İdarenin bütünlüğü” ilkesi, merkezin denetimi ve gözetimi ile yaşama geçirilmektedir. Genel yönetimin taşra örgütlenmesi üzerindeki denetimi “hiyerarşik denetim”; yerinden yönetimler üzerindeki denetimi ise “vesayet denetimi” dir.

Anayasamız idari örgütlenmede, merkezi yönetimi konu yönünden genel, yerel yönetimleri ise özel görevli kılmıştır.

Anayasanın 126 ve 127 nci maddelerine göre, illerde, merkezi yönetimin uzantısı olan ve “yetki genişliği” esasına göre oluşturulan il genel yönetimi ile, bir yerel yönetim örgütlenmesi olan ve “idari vesayet” ilkesine göre oluşturulan il özel yönetimi bulunmaktadır. İl halkının ortak yerel gereksinmelerinin karşılanması il özel idaresinin, il halkının ortak yerel gereksinimleri dışında kalanlar ile “il” in tüm hizmetlerinin karşılanması da il genel yönetiminin görev alanına girmektedir. Anayasanın yerel yönetimleri düzenleyen 127 nci maddesinde, yerel yönetimlerin, “il ... halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere...” kurulacakları açık biçimde belirtilmiştir. Anayasanın 126 ncı maddesinde, merkezi yönetimin örgütlenmesine ilişkin ölçütler “coğrafya durumu, ekonomik koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleri” olarak sayılmıştır. Maddede, merkezi yönetimin görevlerini belirginleştiren ya da sınırlayan bir düzenleme yapılmamıştır. Buna karşın, Anayasanın 127 nci maddesinde, yerel yönetimlerin örgütlenmesi hem “coğrafya” hem de “konu” yönünden sınırlandırılmıştır. Maddeye göre, yerel yönetimler, ancak yöresel olarak örgütlenebilmekte ve yalnızca yerel ortak gereksinimlerin karşılanması yönünden görevlendirilebilmektedir. Anayasaya göre merkezi yönetim, Devlet iktidarını ve tüm kamu hizmetlerini ülke genelinde örgütlerken, yerel yönetimler, sınırlı bir coğrafyada ortak yerel gereksinimlerin karşılanması gibi sınırlı bir konuda örgütlenebilmektedir. Buna göre, yönetsel örgütlenmede, merkezi yönetim konu yönünden genel, yerel yönetimler ise özel görevlidir. Başka bir anlatımla, yasalarda merkezi yönetimin görevleri soyut ve genel, yerel yönetimlerin görevleri somut ve belirgin biçimde düzenlenmelidir. İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde sayılan hizmetlerin il sınırları içinde; (b) bendinde sayılan hizmetlerin ise belediye sınırları dışında il özel yönetimince yürütüleceği kurala bağlanarak, kimi görevler yönünden yetkinin sınırları, konu yönünden değil, yalnızca yer yönünden çizilmektedir. Yapılan düzenlemede, her ne kadar il özel idaresine verilen görevlerin “mahalli müşterek nitelikte olması şartı” aranarak, konu yönünden sınır getirilmiş izlenimi yaratılmaya çalışılmış ise de; bu

düzenleme yine soyut olup, il özel yönetimlerini “genel görevli” konumdan çıkarmaya yetmemektedir.

Düzenlemenin soyutluktan çıkarılıp somut bir görünüme sokulabilmesi ve il özel idarelerinin genel görevli konumundan çıkarılıp özel görevli konumuna geçirilebilmesi için, görevlerinin her birinin, içeriğini ve kapsamını açıkça ortaya koyacak biçimde ifade edilmesi gerekmektedir.

Sayın Cumhurbaşkanı, 5197 sayılı “İl Özel İdaresi Kanunu’nu” geri gönderme yazısında, il özel idarelerinin genel yetkili kılındığını açıklığa kavuşturmak amacıyla “Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanun” daki kurallara da kısaca değinmiştir. Sayın Cumhurbaşkanı, Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanunun 7 nci maddesinde, merkezi yönetimce yürütülecek görevlerin sayılarak sınırlandırıldığını; 8 inci maddesinde ise, yerel ortak gereksinimlere ilişkin tüm görev, yetki ve sorumlulukların yerel yönetimlerce yerine getirileceğinin belirtildiğini hatırlatarak Madde gerekçelerinde de, merkezi yönetimler ile yerel yönetimlerin görev, yetki ve sorumluluklarının, getirilen yeni kamu yönetimi anlayışına uygun olarak ele alındığını; merkezi yönetimin görev ve yetkilerinin sayılarak sınırlandırıldığı, bunlar dışında kalanların yerel yönetimlerce yürütülmesinin öngörüldüğünü belirtmiştir.

Kamu Yönetiminin Temel İlkeleri ve Yeniden Yapılandırılması Hakkında Kanunun 7 ve 8 inci maddeleri ile İl Özel İdaresi Kanunu’nun 6 ncı maddesi birlikte değerlendirildiğinde ise, yerel yönetimlerin, bu bağlamda il özel idarelerinin, kamu hizmetlerinin görülmesinde genel görevli örgüt durumuna getirildiği görülmektedir.

Öte yandan, “İl özel idarelerinin görevli olduğu mahalli ve müşterek ihtiyaçların kapsamı ve sınırı Bakanlar Kurulu’nca tespit olunur.” kuralının iptaline ilişkin Anayasa Mahkemesinin E.1987118, K.1988123 sayılı kararında da belirtildiği gibi, yerel yönetimlerin kuruluş esasları, karar organlarının oluşumu, görev ve yetkilerinin belirlenmesi, merkezî yönetimle bağ ve ilgileri, bunlar üzerinde uygulanacak idarî vesayet yetkisi, yasal bir düzenlemeyi gerektirmekte, “yasallık” vazgeçilmez bir koşul olarak aranmaktadır. Anayasanın 123 üncü ve 127 nci maddeleri bu koşulu açık, seçik vurgulamaktadır. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararında, “yasa koyucu, genel kuralları koyarak yönetime, takdir yetkisine göre düzenleyebileceği bir alan bırakırken, Anayasanın öngördüğü yönetimin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlamalıdır” denilerek, yasallık ilkesi gereği, il özel yönetimlerinin

görevlerinin yasada sayılması gerektiği kabul edilmiştir. Yasama organının, yerel düzeydeki hizmetleri yasada sayması gerekmektedir. Tersi durumda, yurttışlara standart bir kamu hizmeti sunmak olanaksızlaşacak, hizmetler yönünden bölgesel ve yerel dengesizlikler artacaktır.

İl Özel İdaresi Kanunu'nun 6 ncı maddesinde, il özel idarelerinin iptali istenen ibarelerde belirtilen görevlerinin sınırlı ve belirgin değil, genel ve soyut kavramlar kullanılarak düzenlendiği görülmektedir. Bu genel ve soyut kavramların içeriğinin belirginleştirilmesinde il özel idarelerinin yetkili organlarının etkili olması kaçınılmazdır. Bu durumda, Anayasa Mahkemesinin yukarıda açıklanan kararıyla Bakanlar Kurulu yönünden Anayasaya uygun görülmeyen bir yetkinin il özel idarelerine tanındığı sonucuna varılmaktadır ki, bunun olanaksızlığı açıktır.

Yasanın 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bendinde yer alan genel ve soyut kavramlarla, "sağlık", "tarım", "sanayi ve ticaret", "bayındırlık ve iskan", "toprağın korunması", "erozyonun önlenmesi", "sosyal hizmet ve yardımlar", "çevre", "kültür", "turizm", "gençlik ve spor" ibareleri ve "ile diğer" ibaresi yüzünden sağlık, tarım, sanayi ve ticaret, bayındırlık ve iskan, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, sosyal hizmet ve yardımlar, çevre, kültür, turizm, gençlik ve spora ilişkin tüm hizmetlerin ve eğitime ilişkin bir takım hizmetlerin il özel yönetimlerinin görevi içine alındığı ve il özel yönetimlerinin bu görevler bakımından genel yetkili idare olarak belirlendiği görülmektedir.

Anayasanın çeşitli maddelerinde yer alan düzenlemelerde, bazı görevler açıkça Devlet tüzel kişiliğine verilmiştir. Örneğin:

Anayasanın 42 nci maddesine göre, eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Anayasanın 41 inci maddesine göre, Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.

Anayasanın 45 inci maddesine göre, Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak amacıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır.

Anayasanın 56 ncı maddesine göre, çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.

Anayasanın 57 nci maddesine göre, Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözetken bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler.

Anayasanın 58 inci maddesine göre, Devlet, istiklâl ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müspet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılâpları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Anayasanın 59 uncu maddesine göre Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur.

Anayasanın 63 üncü maddesine göre, Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır.

Anayasanın 167 nci maddesine göre, Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

Anayasanın 168 inci maddesine göre, tabii servetler ve kaynaklar Devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Bunların aranması ve işletilmesi hakkı Devlete aittir. Devlet bu hakkını belli bit 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.

Anayasanın 169 uncu maddesine göre, Devlet, ormanların korunması ve sahalarının genişletilmesi için gerekli kanunları koyar ve tedbirleri alır. Yanan ormanların yerinde yeni orman yetiştirilir, bu yerlerde başka çeşit tarım ve hayvancılık yapılamaz. Bütün ormanların gözetimi Devlete aittir.

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.

Bütün bu anayasal kurallar, devlet tüzel kişiliğini temsil eden merkezi yönetime Anayasa ile verilen görevleri göstermektedir.

Görevler, il özel idarelerine 5302 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde olduğu gibi soyut ve genel ifadelerle verilince, nelerin mahalli müşterek ihtiyaç olduğuna il özel idaresi karar verecektir. Bu genel ve soyut kavramların içeriğinin belirlenmesinde il özel yönetimlerinin yetkili organlarının etkili olması kaçınılmazdır. Böyle bir durum görevlerini belirleme yetkisinin il özel idarelerine bırakılması anlamına gelmektedir. Bunun ise bir asli düzenleme yetkisi olduğu kuşkusuzdur. Halbuki yukarıda da değinildiği gibi, Anayasanın 8 inci ve 123 üncü maddelerine göre yürütmenin ve idarenin Anayasada gösterilen ayrık halter dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki Anayasanın 7 nci maddesine göre yasamanındır ve devredilemez. Devredildiği takdirde bu yetki, kökenini Anayasadan almadığı için, Anayasanın 7 ve 8 inci maddelerinin yanı sıra, 6 ncı maddesine de aykırı düşer.

Diğer yandan Anayasanın 41, 42, 45, 56, 57, 58, 63, 167, 168 ve 169 uncu maddelerinde merkezi idareye verilen ve en azından merkezden planlamayı, merkezden belirlenecek önlem ve girişimleri gerektiren görevlerin kapsamına giren alanlarda il özel idaresine genet ve soyut biçimde görev verilmesi, bu görevlerin Anayasanın öngördüğü biçimde gerçekleşmesini de engelleyecektir. Çünkü örneğin toprağın korunması konusunda, il özel idarelerinin benimseyeceği birbirinden farklı bakış açıları, ölçüt ve önlemler, toprağın illerde birbirinden farklı ölçülerde korunmasına yol açacaktır. Halbuki Anayasanın öngördüğü, tüm yurttan ve aynı ölçüde bir korumadır. Zaten Anayasada merkezi idarenin genel yetkili, yerel yönetimlerin ise özel yetkili kılınmasının arkasındaki amaçlardan birisi de tüm yurdu ilgilendiren konularda hizmette aynılığı ve eşitliği sağlamaktır.

Bütün bu açıklamalar, 5302 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerindeki iptali istenen ibarelerde yapılan düzenlemelerin Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 126 ncı ve 127 nci maddelerindeki kurallara açıkça aykırı olduğunu göstermektedir.

Anayasanın 6 ncı, maddesine göre, egemenlik, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organlar eliyle kullanılır. Anayasanın 7 nci, maddesine göre, egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz. Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir

Devlet yetkisi kullanamaz. Anayasanın 126 ve 127 nci maddelerine göre, illerde, merkezi yönetimin uzantısı olan ve yetki genişliği esasına göre oluşturulan il genel yönetimi ile, bir yerel yönetim örgütlenmesi olan ve vesayet ilkesine göre oluşturulan il özel yönetimleri bulunmaktadır. İl halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarının karşılanması il özel idaresinin, il halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarının dışında kalanlar ile ilin tüm hizmetlerinin karşılanması, il genel yönetiminin görev alanına girmektedir. Ayrıca, Anayasanın 127 nci, maddesine göre ise mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenmelidir.

Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, 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. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Anayasanın çeşitli maddelerine aykırı olan bir düzenlemenin Anayasayı 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ilkesine de aykırı olacağı açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun “İl özel idaresinin görev ve sorumlulukları” başlığını taşıyan 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskan”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “sosyal hizmet ve yardımlar” ile (b) bendinde yer alan “çevre”, “kültür”, “turizm” ve “gençlik ve spor” ibareleri, sayılan hizmetler bakımından merkezi yönetimi genel yetkili olmaktan çıkarıp il özel idaresini genel yetkili hale getirdiği için ve (a) bendinde yer alan “ile diğer” ibaresi, milli eğitimle ilgili görevler bakımından il özel idaresini genel yetkili idare kıldığı için, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine; 6 ncı, 7 nci maddelerindeki kurallara; 8 ve 23 üncü maddesindeki yürütmenin ve idarenin kanuniliği ilkesine; 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ilkesine; 126 ve 127 nci maddelerindeki merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkelerine aykırı olup, iptali gerekir.

3) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 7 nci Maddesinin Kenar Başlığındaki “imtiyazları” İbaresine ile Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasında (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) bentlerinde, il özel idaresinin yetkileri gösterilirken, bu yetkilerin kullanımında idari vesayetin gerçekleşmesi ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamış; il özel idaresinin tamamen özerk biçimde bu yetkileri kullanabilmesine imkan tanınmıştır.

Halbuki Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddeleri, idarenin bütünlüğü ilkesini gerçekleştirebilmek için merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu, merkeziyetçi bir tekil devlet modeli şekillendirilmiştir.

Söz konusu 7 nci maddenin birinci fıkrasında bu modele ve dayandığı ilkelere uyulmadan il özel idaresinin yetkilerinin sıralanması Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırıdır. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde belirtilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

5302 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasaya aykırı olan birinci fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

Diğer yandan Anayasanın 10 uncu maddesinde, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı ifade edilirken, 5302 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin kenar başlığında il özel idaresinin imtiyazlarından söz edilmesi, Anayasaya açıkça aykırı düşen bir başka hususu oluşturmaktadır.

Anayasaya aykırı bir hükmün Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı da ortadadır.

Bu nedenle 5302 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin kenar başlığında yer alan ve Anayasanın 2, 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olan “imtiyazları” ibaresinin iptal edilmesi gerekmektedir.

4) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İİ Özel İdaresi Kanununun 10 uncu Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 10 uncu maddesinde, (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (h), (i), (j), (k), (l), (m), (n) ve (o) bentlerinde il genel meclisinin görev ve yetkileri düzenlenirken, bu yetkilerin kullanımında idari vesayetin nasıl gerçekleşeceği belirtilmemiş; dolayısı ile bu yetkilerin idari vesayet denetimi olmaksızın kullanılmasına imkan tanınmıştır.

Halbuki yerel yönetimler üzerinde merkezi yönetimin vesayet denetimi, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinin gereğidir.

5302 sayılı Kanunun 10 uncu maddesindeki bu gereğe uymayan düzenleme, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırıdır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde yer alan hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Ayrıca 10 uncu maddenin (n) bendinde yer alan hüküm, sıraladığımız bu genel nedenlerle Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı düşerken, aynı zamanda Anayasanın 127 nci maddesinin son fıkrası ile de çelişmektedir. Çünkü Anayasanın 127 nci maddesinin son fıkrasında mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Bakanlar Kurulu'nun izni ile birlik kurmaları mümkün görülmüş ve bu hususla ilgili düzenlemenin kanunla yapılacağı bildirilmiştir.

Söz konusu (n) bendinde, Bakanlar Kurulu izninden hiç söz edilmeden il özel idarelerine diğer mahalli idarelerle birlik kurulmasına, kurulmuş birliklere katılmaya veya ayrılmaya karar verme yetkilerinin tanınması ise, bu yetkilerin Bakanlar Kurulu izni olmaksızın, doğrudan doğruya il özel idareleri tarafından kullanılacağını göstermektedir.

Böyle bir düzenlemenin Anayasanın 127 nci maddesi ile bağdaşmayacağı açıktır. Söz konusu (n) bendinin bu gerekçe ile de iptal edilmesi gerekmektedir.

5) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı II Özel İdaresi Kanununun 11 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Üçüncü Cümlesinde Yer Alan "meclis başkanını" İbaresinin; Üçüncü Fıkrasında Yer Alan "meclis başkanlığı" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "meclis başkanını" ibaresi ve üçüncü fıkrasında yer alan "meclis başkanlığı" ibaresi ile il genel meclisinin başkanının il genel meclisi tarafından ve üyeleri arasından seçilmesi esası getirilmekte ve valilerin il genel meclisi başkanlığı görevine son verilmektedir.

Halbuki valinin il genel meclisi başkanlığı, idarenin bütünlüğünü sağlamak, vesayet denetimini gerçekleştirmek ve Anayasanın öngördüğü merkezi idarenin güçlü olduğu tekil devlet modelini gerçekleştirmek amacına yönelik olup; Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinin gereklerini karşılamaktadır.

Valinin yetkilerinde bu tür bir düzenleme ile daraltmaya gidilmesi, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde oluşturulan merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet denetimi yetkisine sahip olduğu merkeziyetçi tekil devlet modeline aykırı düşmektedir. 5302 sayılı Kanunun diğer maddelerinde valinin yetkilerine getirilen kısıntılar birlikte düşünüldüğünde bu aykırılık daha belirgin bir görünüme girmektedir.

Anayasanın herhangi bir maddesine aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti, 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşması da düşünülemez.

5302 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki “meclis başkanını” ibaresi ile üçüncü fıkrasındaki “meclis başkanlığı” ibaresinin iptal edilmesi gerekmektedir.

6) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 13 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunun 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında daha önce valiye ait olan il genel meclisi gündemini belirleme yetkisi, seçimle göreve gelen meclis başkanına verilmiştir. Merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerindeki yetkilerinin azaltılması anlamına gelen böyle bir düzenleme, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde şekillendirilmiş olan idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkelerine dayalı merkeziyetçi tekil devlet modeline aykırıdır. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde belirtilen hukuk devleti, üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz. Bu nedenle, 5302 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan birinci fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

7) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 15 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesi ile İkinci ve Üçüncü Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 3 üncü maddesinin (a) bendindeki “idari ve mali özerkliğe sahip” ibaresinin Anayasaya aykırılık gerekçesinde belirtildiği gibi, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisinin bulunduğu, idarenin bütünlüğü esasına dayalı, merkeziyetçi bir tekil devlet modeli ortaya konulmuştur. Söz konusu 15 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile üçüncü ve

dördüncü fıkralarında ise, il genel meclisi kararları üzerinde valinin vesayet yetkisini etkisizleştiren bir düzenleme yapılmış ve idari vesayet yetkisinin etkili bir biçimde kullanılması imkansız hale getirilmiştir. İdari vesayet hem hukukilik hem de yerindelik açısından kullanılabilir bir denetim yetkisidir. Ancak 15 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde valiye sadece hukuki uygunluk açısından vesayet denetimi yapmak imkanı tanınmış; yerindelik açısından ise böyle bir denetim yetkisi tanınmayarak idari vesayet yetkisi, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı bir biçimde daraltılmış ve etkisizleştirilmiştir.

Böyle bir düzenleme, il genel meclisindeki siyasal çoğunluğun kamu yararını ikinci plana atarak yönetimi siyasallaştırmaya ve siyasal çıkarları ön plana almaya yönelmesi halinde, bunu engelleyecek kamu yararını koruyacak bir mekanizmanın ortadan kaldırılması anlamını taşımaktadır. Bunun ise kamu yararının gerçekleşmesini engelleyici bir durum olduğu ortadadır. Yasama erki ise bir hukuk devletinde kamu yararını engelleyici ve ortadan kaldırıci bir düzenleme yapmak için kullanılamaz.

Söz konusu ikinci cümle bu görünümüyle hukuk devleti ilkesine de aykırıdır. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerindeki hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de çelişir.

5302 sayılı Kanunun 15 inci maddesinin birinci fıkrasının Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan ikinci cümlesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

15 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında yapılan düzenleme de vesayet yetkisinin hem yerindelik denetimi bağlamında, hem de alınan kararın iptali doğrultusunda kullanımına imkan tanımamakta; valiye sadece meclisin ısrarı ile kararın kesinleşmesi halinde, alınan karar aleyhine idari yargıya başvurma yetkisi vermektedir.

Vesayet yetkisinde böylesi bir daraltma ve etkisizleştirmenin yukarıda açıklandığı gibi hem Anayasanın 123, 126 ve 127 ncimaddelerine aykırı olacağı; hem de kamu yararının gerçekleşmesini engellediği için hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayacağı açıktır.

Anayasanın herhangi bir maddesine aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti, 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle uyum halinde olacağı da söylenemez.

Yukarıdaki nedenlerle Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan 15 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile, ikinci ve üçüncü fıkralarının iptal edilmesi gerekmektedir.

8) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı II Özel İdaresi Kanununun 18 inci Maddesinin Dördüncü ve Beşinci Fıkralarının Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı kanunun 18 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılan düzenlemelerle, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddeleriyle şekillendirilmiş bulunan merkeziyetçi tekil devlet modelinden uzaklaşmış; valinin düşürülmesine yönelik yetkileri bulunan ve böylece özerklikten öte bağımsız bir yapıya dönüşebilecek bir yerel meclis oluşturulmuştur. Merkeziyetçi yönetimden, yerel idare ağırlıklı yönetim biçimine dönüşümü somutlaştıran söz konusu düzenlemeler, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırıdır.

Çünkü Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisi bulunan, idarenin bütünlüğü ilkesine dayalı ve merkeziyetçi bir tekil devlet modeli oluşturulmuştur.

Valinin faaliyetlerinin il genel meclisince denetlenip, yetersiz bulunması halinde gereği için İçişleri Bakanlığına bildirilmesine imkan tanıyan bir düzenleme, yerel yönetimin merkezi idare üzerinde ağırlık kazanmasına imkan vermekte; Anayasanın oluşturduğu merkeziyetçi tekil devlet modelinden uzaklaşılmasına ve bu modelin, , anlamına ve amacına aykırı bir yapının ortaya çıkmasına yol açmaktadır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerindeki hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Bu nedenle 5302 sayılı Kanunun Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan 18 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarının iptal edilmesi gerekmektedir.

9) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı II Özel İdaresi Kanununun 25 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 25 inci maddesinin ikinci fıkrasında valinin katılmadığı encümen toplantısına genel sekreterin başkanlık edeceği hükmü yer almaktadır. Bu hükmün vali yardımcılarının yerel organlardaki kimi yetkilerini ortadan kaldırdığı ve mesleki - mali statü yönünden kaymakamların arkasında bir yere oturttuğu açıktır.

Bu durumun merkezi devletin il özel idaresindeki konumunu ve yetkilerini azalttığı; böyle bir yetki daraltmasının Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde şekillendirilmiş bulunan idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkelerine dayalı, merkeziyetçi tekil devlet modeline aykırı düşeceği açıktır. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde ifade edilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

25 inci maddenin bu nedenlerle Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan ikinci fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

10) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İİ Özel İdaresi Kanununun 34 üncü Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 34 üncü maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında; görevleriyle ilgili bir suç nedeniyle haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan il özel idaresi organlarının veya bu organların üyelerinin, geçici bir önlem olarak kesin hükme kadar görevden uzaklaştırılabileceği hükme bağlanmış; görevden uzaklaştırma eyleminin gözden geçirilmesi ve kaldırılmasına ilişkin hususlar düzenlenmiştir.

Ancak birinci fıkroda görevden uzaklaştırma; ikinci fıkroda görevden uzaklaştırma önlemini gözden geçirme, devamında kamu yararı görülmeyen önlemi kaldırma; üçüncü fıkroda ise belirtilen hallerde önlemi kaldırma yetkisinin hangi makama ait olduğu gösterilmemiştir.

5302 sayılı Kanunun TBMM'deki görüşülmelerinde, İİ özel idaresi organlarının veya bu organların üyelerinin görevden uzaklaştırılmalarının ilgili mevzuatına göre yerine getirileceğinden bahisle görevden uzaklaştırma işlemini tesis edecek olan İçişleri Bakanı'nın madde metinden çıkarıldığı anlaşılmaktadır (Bütçe ve Plan Komisyonu Raporu, 11.06.2004, E.No. 11767, K.No. 86). Ancak, Anayasanın 127 nci maddesinin dördüncü fıkrasında söz konusu yetkinin İçişleri Bakanı'na ait olduğu açık bir şekilde belirtilmiştir. Anayasanın bu hükmünün "idari vesayet" anlayışının bir başka belirtisi olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle İçişleri Bakanı'nın madde metninde belirtilmesi Anayasal bir zorunluluktur.

Bu, Anayasanın 8 inci maddesinde belirtilen yürütmenin - idarenin kanuniliği ilkesinin de bir gereğidir. Çünkü yürütme yetkisi ve görevi Anayasanın 8 inci maddesine göre Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Kaldı ki, Anayasanın 123 üncü maddesi idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğunu ve kanunla düzenleneceğini; 127 nci maddesi de mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin

yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceğini ifade etmektedir. Görevden uzaklaştırma yetkisinin kimin tarafından kullanılacağını, Anayasanın 127 nci maddesinin dördüncü fıkrası ile uyumlu bir biçimde kanunda gösterilmemesi Anayasanın 8, 123 ve 127 nci maddelerine aykırı bir durumdur.

Diğer taraftan, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devletinin unsurlarından biri de, vatandaşlarına hukuk güvenliği sağlamasıdır. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Hukuk devletinde yargı denetiminin sağlanabilmesi için yönetimin görev ve yetkilerinin sınırının yasalarda açıkça gösterilmesi bir zorunluluktur.

Bu durumda, iptali istenen madde belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşımaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle söz konusu madde Anayasanın 2 nci maddesine de aykırıdır.

Diğer taraftan, bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ve Anayasanın 11 inci maddesinde ifade edilen anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987128, K.1988116 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 34 üncü maddesi Anayasanın 2 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 127 nci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

11) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 35 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesindeki “genel sekreterlik” İbaresinin, İkinci Fıkrasının ve Üçüncü Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 35 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde il özel idaresi teşkilatının hangi birim ve görevlilerden oluşacağı gösterilirken, bunlar arasında genel sekretere yer verilmiş ve 35 inci maddenin ikinci fıkrasında genel sekreterin görev ve yetkileri sıralanmış ve üçüncü fıkrasında ise sorumluluğu düzenlenmiştir.

Bütün bu düzenlemeler daha önce vali yardımcılarına verilmiş olan birtakım yetki ve görevlerin, genel sekreterlik ihdas edilerek, genel sekreterliğe verildiğini gösterilmektedir. Böylece vali yardımcılarının yerel organlarındaki yetkileri kaldırılmaktadır. Böyle bir durum, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde şekillendirilmiş bulunan idari vesayet ve

idarenin bütünlüğü ilkelerine dayalı, merkeziyetçi tekil devlet modeline aykırıdır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde belirtilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz.

5302 sayılı Kanunun 35 inci maddesinin, yukarıdaki nedenlerle Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan birinci fıkrasının birinci cümlesindeki “genel sekreterlik” ibaresinin, ikinci ve üçüncü fıkralarının iptal edilmesi gerekmektedir.

12) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı Maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, “Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir” hükmü vardır.

5302 sayılı Kanunun 36 ncı maddesinde norm kadronun ilke ve standartları konusunda hiçbir temel düzenleme yapılmadan İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığına yetki devrinde bulunulmuştur.

Anayasanın 8 inci maddesine göre, yürütme yetkisi ve görevi Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir. Anayasanın 123 üncü maddesi de idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceğini bildirmektedir. Bu hükümler yürütmenin - idarenin Anayasada gösterilen ayrık halter dışında asli düzenleme yetkisi olmadığını göstermektedir. Asli düzenleme yetkisi Anayasanın 7 nci maddesine göre yasamanındır ve devredilemez. Devredildiği takdirde bu yetki, kökenini Anayasadan almayacağı için, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerinin yanı sıra Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırı olur.

Anayasanın 7 nci maddesine göre, asli düzenleme yetkisinin sahibi olan yasama organı, herhangi bir alanı anayasal sınırlar içinde düzenleyebilir. Yasama organı temel kuralları saptadıktan sonra, uzmanlık gerektiren teknik ayrıntıların düzenlenmesi için yürütme organını görevlendirebilir. Bu gibi durumlar yasama yetkisinin devri anlamına gelmez ve yürütme organının bu şekilde görevlendirilmesi de yasama yetkisinin kullanılmasıdır.

Ancak Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili kararlarında, yasa koyucunun genel kuralları koyarak yönetime, takdir yetkisine göre düzenleyebileceği bir alan bırakırken, Anayasanın öngördüğü yönetimin yargısal denetiminin

etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlaması gerektiğini vurgulamaktadır.

İptali istenen birinci fıkrada ise konuyla ilgili genel kurallar düzenlenmeden, asli düzenleme yetkisinin İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığına bırakıldığı yani asli düzenleme yetkisinin Anayasanın 6, 7 ve 8 inci maddelerine aykırı olarak yürütmeye devredildiği görülmektedir.

Diğer yandan Anayasanın 128 inci maddesinde devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği; memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ile diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği bildirilirken, il özel idarelerinde görev alan kamu görevlilerinin kadrolarına ilişkin hususların belirlenmesi yetkisinin kanunla, Anayasanın 128 inci maddesi göz ardı edilerek, İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığına verilmiş olması, kuşkusuz kanunla düzenleme gereğinin karşılanması anlamına gelmemektedir. Bir hususun kanunla düzenlenmiş sayılabilmesi için, düzenlenen konunun en azından temel ilkelerinin kanunda gösterilmiş olması gerekmektedir. Böyle bir düzenleme kanunla yapılmadan yürütmeye verilecek bir düzenleme yetkisi, asli düzenleme yetkisi niteliğini taşıyacak ve yukarıda açıklandığı gibi, Anayasanın 6, 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir yetki devri görünümü taşıyacaktır.

Anayasanın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, 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. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasaya il, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakta yükümlüdür.

Anayasanın çeşitli maddelerine aykırı olan bir düzenlemenin hukuk devleti ilkesine ve Anayasanın 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ilkesine de aykırı olacağı açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, “norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir” hükmü Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 6 ncı maddesindeki, hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz kuralına, 7 nci maddesindeki yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesine, 8 ve 123 üncü maddelerindeki yürütmenin ve idarenin kanuniliği ilkelerine, 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine ve 128 inci maddesindeki kurallara aykırı olup, iptali gerekmektedir.

13) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı Maddesinin Altıncı Fıkrasının Son Cümlesindeki “kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı maddesinde yapılan düzenlemeye göre, kamu kurum ve kuruluşlarında -istihdam edilen memurlar, il özel idarelerinin birim müdürü ve üstü yönetici kadrolarında görevlendirilebileceklerdir. İl özel idarelerinde bu şekilde istihdam edilenler, kurumlarından izinli sayılacak, bu personelin görevlendirildikleri kadroya ait her türlü mali hakları ile kurumları tarafından karşılanması gereken sosyal güvenlik ve benzeri hakları il özel idaresi tarafından ödenecektir. İzinli oldukları müddet, terfi ve emekliliklerinde hesaba katılacak ve terfi haklarını kazananlar başkaca bir işleme lüzum kalmaksızın terfi ettirilecektir. Bu şekilde görevlendirilenler, görevlendirme süresinin sona ermesinden itibaren on beş gün içerisinde yazılı olarak kurumlarına başvurmaları halinde en geç bir ay içinde kadrolarına, kadroları kaldırılmış veya zorunlu sebeplerle kadrolarına atama yapılmış ise, durumlarına uygun kadroya atanacaktır.

Anayasanın 128 inci maddesinde, kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesi, memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylık, ödenek ve diğer özlük işlerinin yasayla düzenlenmesi kurala bağlanmıştır.

Genel idare esaslarına göre yürütülen kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerde kadro esastır. 657 sayılı yasaya göre memur; mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilendir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri için bir kadroya atama işlemine gerek vardır. Atama, hukuki açıdan şart işlemidir. İl Özel İdaresi Kanunundaki düzenlemede, il özel idaresinde görevlendirilecek personelin izinli olduğu belirtilmiştir. Kadrosunda izinli olan memurun, kadrosuna bir başkasının da atanabilmesi, bu durumda da, kadroda izinli olmaya devam etmesi, aynı kadroda iki kişinin istihdam edilebileceğini göstermektedir ki bu, Anayasanın 128 inci maddesinin öngördüğü biçimde memur istihdamına, memurların güvenceli statüde çalıştırılması ilkesine aykırıdır.

Diğer yandan, kadrosunda izinli sayılan memurun kadrosuna o izinde iken bir başkasının atanabilmesine imkan tanınması veya kadrosunun kaldırılması, izinli memurun kadrosuna ilişkin kazanılmış haklarının ihlali anlamına gelecektir. Böyle bir durum ise, hukuk devleti adı verilen yönetim biçimi ile bağdaşmaz.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

İptali istenen ibare Anayasanın 128 inci maddesinin yanı sıra, kazanılmış hakların ihlaline yol açacağı için hukuk devleti ilkesine ve bu ilkeyi ifade eden Anayasanın 2 nci maddesine de aykırıdır.

Anayasanın çeşitli hükümlerine aykırı olan bir hükmün, Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun “Norm kadro ve personel istihdamı” başlıklı 36 ncı maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesindeki “kadroları kaldırılmış veya zorunlu sebeplerle kadrolarına atama yapılmış ise, durumlarına uygun bir kadroya” ibaresi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine ve 128 inci maddesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

14) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı Maddesinin Son Fıkrasının İlk Cümlesindeki “başarı durumlarına göre toplam memur sayısının % 10’unu ve” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı maddesinin son fıkrasında, il özel idaresi memurlarına başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının % 10’unu geçmemek üzere, encümen kararı ile yılda en fazla iki ikramiye verilmesi öngörülmüştür.

Başarılı memur sayısı, toplam memur sayısının % 10’undan fazla sayıda olabilir. 5302 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenleme yüzünden, aynı derecede başarılı olan memurların bir kısmı yılda iki kez ikramiye alabilecek, bir kısmı ise, salt % 10 barajına takıldıkları için aynı derecede başarılı olmalarına rağmen ikramiye alamayacaklardır.

Durumları aynı olanlar arasında farklı uygulamalar yapılması sonucunu doğuracak olan söz konusu düzenleme, Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

Anayasanın 10 uncu maddesine 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, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

Eşitliğe aykırı sonuçlar yaratabilecek böyle bir düzenleme, kuşkusuz Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Çünkü hukuk devletinin temel unsurlarından birisi eşitliktir. Diğer taraftan söz konusu düzenleme “başarının” ölçütlerini koymadığı için başarılı memuru belirlemeyi taktire bırakmakta ve böylece keyfiliğe imkan hazırlamaktadır. Keyfilik ise hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak olan bir başka durumdur.

Anayasanın herhangi bir maddesine aykırı olan bir hüküm, Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşmaz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun “Norm kadro ve personel istihdamı” başlıklı 36 ncı maddesinin son fıkrasındaki “başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının yüzde onunu ve” ibaresi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

15) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesinde, denetimin kapsamı ve türleri belirlenmiştir.

Bu maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, “İl özel idarelerinde iç ve dış denetim yapılır” denilmektedir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde; il özel idarelerinde yapılacak denetim, iç ve dış denetim olarak belirtilmiş, denetimin üçüncü unsuru olan “teftiş ve soruşturma” dan hiç söz edilmemiştir.

Kanunun 38 inci maddesinin tümüne bakıldığında, “teftiş ve soruşturma” nın, iç ve dış denetime ek olarak denetimin üçüncü unsuru olarak ele alınmadığı ve dışlandığı görülmektedir.

Ayrıca, Kanunun 38 inci maddesinin ikinci fıkrasının atıfta bulunduğu 5018 sayılı Kanunda da, iç denetim kapsamında teftiş ve soruşturma fonksiyonlarına yer verilmemiştir.

Kamu hizmetlerinin daha iyi, daha etkin ve daha verimli kılınması için alınacak önlemlerin araştırılmasına yönelik olarak yürütülen teftiş hizmeti, iç kontrollerin denetimi amacıyla yürütülen iç denetimden farklıdır. Farklılık, özellikle kamu hizmetlerinin sunumundaki usulsüzlüklerin ve yolsuzlukların ortaya çıkarılması, soruşturulması, bunların önlenmesi işlevi ile belirginlik kazanır.

5018 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinde iç denetçilerin, denetim sırasında veya denetim sonuçlarına göre soruşturma açılmasını gerektirecek bir duruma rastladıklarında ilgili idarenin en üst amirine bildirecekleri yazılıdır. İç denetçilere verilen bu görevin, herhangi bir yolsuzluk ve usulsüzlüğü doğrudan incelemek ve soruşturmak yetkisi ile ilgili olmadığı açıktır.

Görüldüğü gibi 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesindeki, “iç denetim”, “teftiş ve soruşturma”yı içermemekte; 5018 sayılı Yasa’da tanımı yapılan iç denetim de, teftiş ve soruşturma yetkisini kapsamamaktadır.

Gerek 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununda, gerekse 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununda il özel idarelerindeki teftiş kurulları ile ilgili hiçbir düzenleme yoktur. Teftiş kurulları ortadan kaldırılmış ama iç denetimi yapacak olan iç denetçilere teftiş ve soruşturma yapma yetkisi verilmemiştir.

Oysa, merkezi yönetim gibi yerel yönetimler de denetim elemanları aracılığı ile yolsuzlukları ve usulsüzlükleri saptamak ve önlemlerini almakla yükümlüdür.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesinde belirtilen dış denetim, 5018 sayılı Kanunda Sayıştay tarafından yapılacak harcama sonrası denetim olarak tanımlanmıştır. Sayıştay tarafından yapılacak dış denetiminin, teftiş kurullarının ortadan kaldırılmasından doğan boşluğu doldurması mümkün değildir. Çünkü, Sayıştay’a verilen hukuka uygunluk, mali ve performans denetimi yetkisinin teftiş ve soruşturma yetkisi ile uzaktan yakından ilgisi yoktur.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre İçişleri Bakanlığı’nın, vali veya görevlendireceği memurların yapacağı denetim de teftiş kurullarınca kullanılan teftiş ve soruşturma yetkisinden farklıdır. Dikkat edilirse bu şekilde yapılan denetim, mali işlemler dışındaki işlerin, idarenin bütünlüğüne ve kalkınma planı ve stratejilerine uygunluğu açısından yapılan bir denetimdir.

5018 sayılı Kanunun 77 nci maddesinde İçişleri Bakanlığı’na verilen; mahalli idarelerin mali yönetim ve kontrol sistemlerini, mali karar ve işlemlerini mevzuata uygunluk açısından teftiş ettirme yetkisi, mali yönetim ve kontrol sistemlerinin tümüyle zaafa uğradığı, belirgin yolsuzluk veya kamu zararına yönelik emarelerin ortaya çıktığı durumda kullanılacak bir yetkidir. Oysa, yolsuzluk ve kamu zararı, mali yönetim ve kontrol sisteminin güçlü olduğu veya hiçbir belirgin emarenin ortaya çıkmadığı durumlarda da söz konusu olabilir.

Kaldı ki, 5018 sayılı Kanunun 77 nci maddesindeki yetki, merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerinde idarenin bütünlüğü açısından zorunlu olan vesayet yetkisi çerçevesinde gerçekleştirilen bir yetkidir. Bu yetki teftiş ve soruşturma yetkisini tam olarak içermiş olsa idi bile, merkezi yönetimin vesayet yetkisi çerçevesinde yerel yönetimler üzerinde gerçekleştirdiği bir denetim olduğu için, yönetimin kendi kendini denetleme işlevi yerine geçen bir denetim değildir.

Denetimle ilgili böyle bir düzenlemenin nihai amacının kamu yararı olmayacağı ortadadır. Bu düzenleme başka bir amaca, denetimi etkisizleştirmek amacına yöneliktir. Bir hukuk devletinde, tüm yasama ve yürütme işlemlerinin nihai amacı, kamu yararıdır.

Anayasa Mahkemesi E.1985/1, K.1986/4 sayılı Kararında “Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek ... biçimde kullanılamaz” denilmektedir.

İptali istenen hükme göre iç denetim, teftiş ve soruşturmayı içermediği gibi 5018 sayılı Yasa’da iç denetçiler, gerekli olan mesleki güvenceyle de donatılmamışlardır. İç denetçilerin güvenceye sahip olmamaları, görevin bağımsız bir şekilde her türlü etkiden uzak yapılmasını dolayısı ile kamu yararının gerçekleşmesini de engellemektedir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “İl özel idarelerinde iç ve dış denetim yapılıır” hükmü, il özel idarelerinde yapılması gereken teftiş ve soruşturmayı dışladığından, bu düzenleme, hizmetin gereklerine uygun değildir ve bu nedenle de kamu yararını ortadan kaldırmakta ve engellemektedir.

Kamu yararı amacına yönelik olmayan, kamu yararını ortadan kaldıran ve engelleyen bir yasama işlemi, hukuk devleti ilkesine aykırı düşer.

Çünkü, Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan ve tüm işlemlerinde kamu yararı amacına yönelik bulunan devlettir.

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

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun “Denetimin kapsamı ve türleri” başlıklı 38 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

16) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesinin ikinci fıkrasında, “İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali

Yönetim ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır” hükmüne yer verilmiştir.

Bilindiği gibi, 5018 sayılı Kanun 10.12.2003 tarihinde kabul edilerek 24.12.2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bu Kanunun yürürlük maddesindeki hükümler, Kanunun geçici maddeleri ile 30, 66, 67 ve 80 inci maddeleri hariç diğer maddelerinin 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girmesini öngörmüştür.

2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun “kısmen ve tamamen uygulanmayacak hükümler” başlıklı 37 nci maddesinin (j) bendindeki hükümler, 5018 sayılı Kanunun “bütçe uygulamasına ilişkin hükümleri” nin yürürlüğünü 01.01.2006 tarihine ertelemiştir.

Bütçe Kanunundaki bu erteleme hükmü ile yetinilmeyerek, 2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun 37 nci maddesinin (j) bendinin (4) nolu alt bendindeki düzenleme ile; 5018 sayılı Kanunun Geçici 9 uncu maddesindeki “diğer kanunlarla 1050 sayılı Kanuna yapılan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılır” şeklindeki düzenlemenin, “diğer kanunlarla 1050 sayılı Kanunun bütçe hazırlığına ilişkin hükümlerine yapılan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılır” şeklinde uygulanması hükmüne bağlanmıştır.

Bütün bunlar şu anlama gelmektedir: 2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun “kısmen ve tamamen uygulanmayacak hükümler” başlıklı 37 nci maddesinin (j) bendindeki hükümlerle, 5018 sayılı Kanunun “bütçe uygulamasına ilişkin hükümleri” nin yürürlüğü 01.01.2006 tarihine ertelenirken, 5018 sayılı Kanunun “bütçe hazırlığına ilişkin hükümlerinin” 01.01.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe sokulması amaçlanmıştır.

Ancak, yapılan düzenleme ile söz konusu amaca ulaşılamamış ve tam bir kargaşa yaratılmıştır. Çünkü, Bütçe Kanununun 37 nci maddesinin (j) bendinin (4) nolu alt bendindeki düzenleme o kadar karışık ve hiçbir anlamı olmayan bir düzenlemedir ki, bu hükmün 5018 sayılı Kanunun bütçenin hazırlığı ile ilgili hükümlerini yürürlüğe soktuğunu söylemek de mümkün değildir.

Ayrıca, 5018 sayılı Kanunun hangi hükümlerinin bütçenin hazırlığı ile ilgili, hangi hükümlerinin bütçenin uygulanması ile ilgili olduğu açık ve net olarak belli değildir. Örneğin, iç denetimin bazı hükümleri bütçenin hazırlığı ile, bazı hükümleri bütçenin uygulanması ile ilgilidir. Bazı hükümleri ise, harcama sonrası döneme ilişkindir. Sayıştay denetimi ise, ne bütçenin hazırlığı ile ne de, bütçenin uygulanması ile ilgilidir.

Öte yandan, bütçe görüşmeleri sırasında dile getirilen görüşler ve halihazırdaki uygulamalar, 5018 sayılı Kanunun büyük bir bölümünün yürürlüğünün bütçe kanunu ile ertelendiğini açıkça göstermektedir.

Özet olarak ifade etmek gerekirse, 5272 sayılı Kanunun ikinci fıkrasında yer alan, “iç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır” hükmü, yürürlüğe girmeyen bir kanuna atıfta bulunan bir hükümdür.

Yürürlüğe girmemiş bir düzenlemeye dayanılarak, il özel idarelerinde iç ve dış denetim yapacaklara yetki ve görev vermek, bir başka deyişle denetim yapacakların yetki ve görevlerini söz konusu hükümler yürürlüğe girene kadar yasal dayanaktan yoksun bırakmak yasama tekniğine uygun düşmemektedir. Bu durum hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Çünkü atıfta bulunulan hükümler yürürlüğe girene kadar, yetki ve görevlerin yasal dayanağı olmayacağı için iç ve dış denetim imkanı kalmamaktadır. Denetim olanağını kaldıran bir düzenleme ile ise, denetimin kanuna uygun bir şekilde yürütülmesinden, dolayısı ile hukuk devleti adı verilen yönetim biçiminin gerçekleştirildiğinden söz edilemez. Çünkü Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Diğer yandan, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olan bir hükmün, Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun “Denetimin kapsamı ve türleri” başlıklı 38 inci maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

17) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 45 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 45 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde il genel meclisinin bütçe tasarısını kabulü ile ilgili düzenleme yapılmış; ancak bütçenin kabulü kararı üzerinde vesayet denetimi ile ilgili bir hükme yer verilmeyerek, il genel meclisinin bütçe ile ilgili kararının üzerinde vesayet denetimi söz konusu olmadan doğrudan geçerliği sağlanmıştır.

Yerel yönetimler üzerinde merkezi idarenin vesayet denetimi, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde şekillendirilen idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkelerine dayalı, merkeziyetçi tekil devlet modelinin bir gereğidir. Aksi takdirde idarenin bütünlüğü ilkesi yaşama geçirilemez.

Söz konusu düzenleme ile bütçenin kabulü kararı ile ilgili bir vesayet denetimi uygulamasının ortadan kaldırılmış olması, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde şekillendirilmiş olan idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkelerine dayalı, merkeziyetçi tekil devlet modeline aykırıdır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde ifade edilmiş bulunan hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz. Yukarıda belirtilen nedenlerle Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan 5302 sayılı Kanunun 45 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin iptal edilmesi gerekmektedir.

18) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 47 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının İkinci Cümlesi ile İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde kesin hesabın il genel meclisi tarafından karara bağlanacağı; ikinci fıkrasında ise, kesin hesabın görüşülmesinde, bütçeye ilişkin hükümlerin uygulanacağı bildirilmiştir. Bu düzenlemeler il genel meclisinin vesayet denetimi söz konusu olmadan kesin hesabı görüşüp, kesin bir biçimde karara bağlayacağını göstermektedir.

Yerel yönetimler üzerinde idari vesayet, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinin gereğidir. İdari vesayeti ortadan kaldıran, uygulamaya sokmayan bir düzenleme, Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde şekillendirilmiş bulunan merkeziyetçi tekil devlet modeline, bu modelin temel unsurlarından olan idarenin bütünlüğü ve idari vesayet ilkelerine aykırıdır.

Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde belirtilmiş olan hukuk devleti, Anayasanın ve hukukun üstünlüğü ilkeleriyle de bağdaşmaz.

Bu nedenlerle 5302 sayılı Kanunun 47 nci maddesinin Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olan birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir.

19) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun “Bütçe” Başlığını Taşıyan 48 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

İl özel idaresi bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme maddede yer almamaktadır. Bu nedenle, bu konudaki usul ve esasları belirleyen bir yönetmelik, asli düzenleme yapmış olacaktır. Halbuki Anayasaya göre, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında, yürütmenin asli düzenleme yetkisi yoktur; yürütme Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacak ve yerine getirilecek bir yetki ve görevdir. Anayasanın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan bu ilke, yürütmenin ancak kanun ile asli olarak düzenlenmiş bir alanda düzenleme yetkisi kullanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Anayasanın 7 nci maddesine göre ise, asli düzenleme yetkisi, TBMM’nindir ve devredilemez. Devredildiği takdirde, kökenini Anayasadan almayan bir yetki olur ve Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı düşer.

Kanunda bir hususun yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi, o hususun kanunla düzenlenmiş olduğu anlamına gelmez. Kanunla yapılmış bir düzenlemeden söz edilebilmesi için, o hususun en azından temel ilkelerinin kanunda gösterilmesi gerekir.

İptali istenen 48 inci madde, yukarıda belirtildiği üzere, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapmak imkanı tanıdığı için Anayasanın 8 inci maddesine; yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için Anayasanın 7 nci maddesine; böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için Anayasanın 6 ncı maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

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

Açıklanan nedenlerle 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 48 inci maddesi Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

20) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı Kanunun 51 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5302 sayılı Kanunun 51 inci maddesinin birinci fıkrasında, (a), (b), (c), (d), (e) ve (f) bentleri çerçevesinde yapılan düzenlemelerle İl Özel İdaresinin borçlanma ve tahvil ihracı yetkisine ilişkin esaslar gösterilmiş; ancak borçlanma ve tahvil ihracı kararlarının üzerinde valinin onayı gibi bir uygulamadan yani vesayet denetiminin gerçekleştirilmesinden söz edilmemiştir. Bu düzenleme biçimi, İl Özel İdaresinin borçlanma ve tahvil çıkarmaya valinin onayı olmaksızın karar verebileceğini göstermektedir. Böyle bir düzenlemenin merkezi idarenin vesayet yetkilerini daraltacağı ve Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde şekillendirilmiş olan idarenin bütünlüğü ve idari vesayet ilkelerine dayalı, merkeziyetçi tekil devlet modelinden uzaklaşılmasına yol açacağı ortadadır.

Böyle bir durum ise Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırıdır. Anayasanın herhangi bir maddesine aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde belirtilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleriyle de bağdaşmaz. Bu nedenlerle 5302 sayılı Kanunun 51 nci maddesinin, Anayasaya aykırı biçimde il özel idaresine borçlanma ve tahvil çıkartma yetkisini tanıyan ve yetkinin kullanım esaslarını belirleyen (a), (s), (c), (d), (e), (f) bentlerinden oluşan birinci fıkrasının iptal edilmesi gerekmektedir:

21) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun “Şirket kurulması” Başlığını Taşıyan 52 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 52 nci maddesinde, il özel idaresinin kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilecekleri düzenlenmiştir.

Bu düzenlemenin doğal sonucu, il özel idaresinin bütün hizmetlerinin şirketler kurularak verilebilir hale getirilmesidir. Bu düzenlemenin bir başka doğal sonucu, herhangi bir sınırlama ve hizmetler arasında herhangi bir ayırım yapılmadan yerel tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi şirketler aracılığı ile yapılabilir hale gelmesidir. İl özel idaresinin “kamu gücü”, “kamu otoritesi” kullanarak yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetlerine ilişkin görevlerin bütünüyle, hiçbir sınırlama olmadan şirketler eliyle yürütülmesi veya bu kamu hizmetlerinin idari bir işlemle özel hukuk kişisine devredilmesi, Anayasanın 127 nci maddesinde belirtilen yerel yönetimlerin amacına ve varlık nedenine aykırıdır.

Ortak ve yerel gereksinimleri karşılayacak kamu hizmetlerini görmek üzere oluşturulmuş yerel yönetimlerin, üstlendikleri kamu hizmetlerini, özel hukuk hükümlerine tabi şirketler kurmak suretiyle bu şirketlere yaptırmaya imkan tanıyan bir düzenlemenin kamu yararı amacına yönelik olduğu da savunulamaz. Çünkü böyle bir düzenleme kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine ve ticari amaçlı bir hale gelmesine yol açarak, vatandaşın parasız sunulması asıl olan bu hizmetlerin kar amaçlı sunulmasına neden olacaktır. Bunun sonucunda da tüm vatandaşların yararlanmasına açık olması gereken hizmetler, ancak bedelini ödeyenler tarafından ulaşılabilecek hizmetlere dönüşecektir. Böyle bir durumun kamu yararına değil, ticari amaçlara yönelik olduğu ve kamu yararını ortadan kaldırıcı veya engelleyici bir nitelik taşıdığı ortadadır.

Yasama erkinin nihai amacı kamu yararı olmayan, kamu yararını ortadan kaldırıcı ve engelleyici düzenlemeler yapmak için kullanılması, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilmiş olan hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Çünkü bir hukuk devletinde tüm devlet erklerinin yönelmesi gereken nihai amaç, kamu yararıdır.

Kamu hizmetlerinin bu şekilde Belediyelerin oluşturacağı şirketlerce görülmesine imkan tanıyan bir düzenleme, yukarıda da ifade edildiği gibi Anayasanın 127 nci maddede sözü edilen yerel yönetim ilkesi ile de çelişir.

Diğer yandan Anayasanın 47 nci maddesinde devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özelleştirilebilmesine imkan tanınırken, bunun ancak kanunla ve kanunda da hangi hizmetlerin özelleştirilebileceğinin açıkça gösterilmesi yoluyla yapılabileceği bildirilmiştir.

İptali istenen hükümde olduğu gibi, hangi hizmetleri görmek üzere şirket kurulabileceği belirtilmeden, genel bir yetkilendirme doğrultusunda Belediyelere hangi hizmetleri kuracağı şirketler aracılığı ile yürüteceğini belirleme imkanını tanıyan bir düzenleme ise kuşkusuz, Anayasanın 47 nci maddesindeki özelleştirme ilkeleriyle uyum halinde olamaz.

Anayasanın çeşitli hükümlerine aykırı olan bir düzenlemenin, Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı II Özel İdaresi Kanununun 52 nci maddesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine, Anayasanın 47 nci maddesindeki özelleştirme ilkesine,

Anayasanın 127 nci maddesindeki yerel yönetim tanımı ve yerel yönetim ilkesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

22) 22.02.2005 Tarih ve 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 54 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 54 üncü maddenin ikinci fıkrasında bu madde gereğince takas ve mahsup işlemlerine ilişkin esas ve usullerin, İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü alınarak, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği öngörülmüştür.

İl özel idaresinin; 4749 sayılı Kanun kapsamındaki Hazine alacakları hariç olmak üzere, genel bütçeli kuruluşlardan, sosyal güvenlik kuruluşlarından, mahalli idarelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarından olan özel hukuk ve kamu hukukuna tâbi alacak ve borçlarının takas ve mahsup işlemlerine ilişkin esas ve usulleri belirleyen ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme, maddede yer almamaktadır. Bu nedenle, bu konudaki usul ve esasları belirleyen bir yönetmelik, asli düzenleme yapmış olacaktır. Halbuki Anayasaya göre, Anayasanın gösterdiği ayırık haller dışında, yürütmenin asli düzenleme yetkisi yoktur; yürütme Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacak ve yerine getirilecek bir yetki ve görevdir. Anayasanın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan bu ilke, yürütmenin ancak kanun ile asli olarak düzenlenmiş bir alanda düzenleme yetkisi kullanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Anayasanın 7 nci maddesine göre ise, asli düzenleme yetkisi, TBMM'nindir ve devredilemez. Devredildiği takdirde, kökenini Anayasadan almayan bir yetki olur ve Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı düşer.

Kanunda bir hususun yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi, o hususun kanunla düzenlenmiş olduğu anlamına gelmez. Kanunla yapılmış bir düzenlemeden söz edilebilmesi için, o hususun en azından temel ilkelerinin kanunda gösterilmesi gerekir.

İptali istenen 54 üncü maddenin ikinci fıkrası, yukarıda belirtildiği üzere, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak, yürütmeye asli düzenleme yapmak imkanı tanıdığı için Anayasanın 8 inci maddesine; yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için Anayasanın 7 nci maddesine; böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için Anayasanın 6 ncı maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

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

Açıklanan nedenlerle 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 54 üncü maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 3 üncü maddesinin (a) fıkrasındaki iptali istenen ibare; 7 nci maddenin kenar başlığındaki iptali istenen ibare ile bu maddenin birinci fıkrası; 10 uncu maddesi; 11 inci maddenin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi ile bu maddenin üçüncü fıkrasında yer alan ve iptali istenen ibareler; 13 üncü maddesinin birinci fıkrası; 15 inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları; 18 inci maddenin dördüncü ve beşinci fıkraları; 25 inci maddesinin ikinci fıkrası; 35 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki iptali istenen ibare ile bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları; 47 nci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile bu maddenin ikinci fıkrası; 51 inci maddenin birinci fıkrası; Anayasanın 123, 126 ve 127 nci maddelerinde oluşturulan ve merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisinin bulunduğu idarenin bütünlüğü ilkesine dayalı, merkeziyetçi tek yapılı devlet modeline aykırı düşmektedir.

Bu Anayasaya aykırı hüküm ve ibarelerin uygulanması halinde giderilmesi olanaksız hukuki durum ve zararlar doğacaktır.

2) 5302 sayılı İl özel İdaresi Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci fıkrasının (a) ve (b) bendinde yer alan genel ve soyut kavramlarla, “sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “bayındırlık ve iskan” “sosyal hizmet ve yardımlar”, “çevre”, “kültür”, “turizm”, “gençlik ve spor” ibareleri ve “ile diğer” ibaresi yüzünden sağlık, tarım, sanayi ve ticaret, bayındırlık ve iskan, sosyal hizmet ve yardımlar, çevre, kültür, turizm, gençlik ve spora ve eğitime ilişkin tüm hizmetlerin il özel yönetimlerinin görevi içine alındığı ve il özel yönetimlerinin bu görevler bakımından genel yetkili idare olarak belirlendiği görülmektedir.

Görevler, il özel idarelerine soyut ve genel ifadelerle verilince, nelerin mahalli müşterek ihtiyaç olduğuna il özel idaresi karar verecektir. Bu genel ve soyut kavramların içeriğinin belirlenmesinde il özel yönetimlerinin yetkili organlarının etkili olması kaçınılmazdır. Bu durum, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerindeki kurallara açıkça aykırıdır ve söz konusu maddenin uygulanması, sonradan giderilmesi olanaksız zarar ve durumlara neden olacaktır.

3) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 10 uncu maddesinin (n) bendi ile yapılan düzenleme, belediye birlikleri kurma konusunda Bakanlar Kurulu izni gereğine atıfta bulunmadan doğrudan doğruya Belediye Meclisine yetki verdiği için açıkça Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 127 nci maddelerine aykırıdır ve uygulanması halinde ileride giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğurabilecektir.

4) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 34 üncü maddesi hükmü ile, görevleriyle ilgili bir suç nedeniyle haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan il özel idaresi organlarının veya bu organların üyelerinin, geçici bir önlem olarak kesin kadar görevden uzaklaştırılabileceği hükme bağlanmış; görevden uzaklaştırma kararının gözden geçirilmesi ve kaldırılması ile ilgili hususlar belirtilmiş; ancak görevden uzaklaştırma, görevden uzaklaştırmanın gözden geçirilmesi ve kaldırılması yetkilerinin hangi makama ait olduğu gösterilmemiştir. Böyle bir düzenleme Anayasanın 8, 11 ve 127 nci maddesine açıkça aykırı olduğu gibi belirlilik, genellik, soyutluk ve öngörülebilirlik özellikleri taşınamaması nedeniyle hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığından uygulanması halinde ileride giderilmesi güç yada olanaksız zararlar doğabileceği kuşkusuzdur.

5) 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesindeki, “Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir” hükmü ile, norm kadronun ilke ve standartları konusunda hiçbir temel düzenleme yapılmadan İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığına yetki devrinde bulunulmuştur. Kadro ile ilgili konular, diğer özlük işleri kapsamına girdiği için Anayasanın 128 inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince kanunla düzenlenmesi gereken bir konudur. Anayasada kanunla düzenleneceği öngörülen konular, yasama organundan başka bir organ tarafından düzenlenemez. Anayasanın 2, 6, 7, 8, 11, 123 ve 128 inci maddelerine açıkça aykırı olan bu hükmün uygulanması, sonradan giderilmesi olanaksız zarar ve durumlara neden olacaktır.

6) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun “Norm Kadro ve Personel İstihdamı” başlıklı 36 ncı maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesindeki “kadroları kaldırılmış veya zorunlu sebeplerle kadrolarına atama yapılmış ise, durumlarına uygun bir kadroya” ibaresi, kadrosunda izinli olan memurun, kadrosunun kaldırılmasını veya kadrosuna bir başkasının da atanabilmesini, yani aynı kadroda iki kişinin istihdam edilebilmesini olanaklı kılmaktadır. Anayasanın 2, 11 ve 128 inci maddelerine açıkça aykırı olan, kazanılmış hakları korumayan; Anayasanın öngördüğü biçimde memur istihdamı ve memurların güvenceli statüde çalıştırılması ilkesiyle

bağdaşmayan bu hükmün uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumların doğacağı kuşkusuzdur.

7) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 36 ncı maddesinin son fıkrasında, il özel idaresi memurlarına başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının % 10'unu geçmemek üzere, encümen kararı ile yılda en fazla iki ikramiye verilmesi öngörülmüştür. Aynı derecede başarılı olan memurların bir kısmı yılda iki kez ikramiye alabilecek, bir kısmı ise, salt % 10 barajına takıldıkları için aynı derecede başarılı olmalarına rağmen ikramiye alamayacaklardır. Durumları aynı olanlar arasında farklı uygulamalar yapılması sonucunu doğuracak ve başarılı sayılmanın ölçütlerini göstermeyen ve Anayasanın 2, 10 ve 11 inci maddelerine açıkça aykırı bu düzenlemenin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumların doğacağı açıktır.

8) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde, "il özel idarelerinde iç ve dış denetim yapılır" denilmektedir. Teftiş ve soruşturma yetkisini içermeyen yolsuzluk ve usulsüzlüklerle mücadele etmekte yetersiz kalan, hizmetin gereklerine, kamu yararına ve Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine uygun olmayan bu hükmün uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumlar doğacaktır.

9) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 38 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, "iç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır" hükmüyle, yürürlüğe girmemiş bir düzenlemeye dayanılarak, il özel idarelerinde iç ve dış denetim yapacaklara yetki ve görev verildiğinden, Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerindeki hukuk devleti, Anayasanın ve hukukun üstünlüğü ilkelerine açıkça aykırı bu hükmün uygulanması halinde, belli bir süre için denetim imkansızlaşacağı için, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumların doğacağı açıktır.

10) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 48 inci maddesinde, İl özel idaresi bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme yapılmamıştır. Yönetmelikle yürütmeye tanınan düzenleme yetkisi, yasa gereği asli düzenlemeler yapılmadığı için doğrudan bir asli düzenleme yetkisi görünümünde olup, yasama yetkisinin Anayasaya aykırı biçimde yürütmeye devri anlamını taşıdığından, Anayasanın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine açıkça aykırı olan bu hükmün uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumların doğacağı şüphesizdir.

11) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 52 nci maddesinde, il özel idaresinin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurulabilecekleri düzenlenmiştir. Anayasanın 2, 11, 47 ve 127 nci maddelerine açıkça aykırı olan bu düzenlemenin doğal sonucu, herhangi bir sınırlama ve hizmetler arasında herhangi bir ayırım yapılmadan yerel tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi şirketler aracılığı ile yapılabilir hale gelmesidir. Yasa ile il özel idarelerine verilen kamu hizmeti görevinin idari bir işlemle ve Anayasaya açıkça aykırı olarak özel hukuk kişisine devredilmesi halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumların doğacağı şüphesizdir.

12) 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasında il özel idaresinin; 4749 sayılı Kanun kapsamındaki Hazine alacakları hariç olmak üzere, genel bütçeli kuruluşlardan, sosyal güvenlik kuruluşlarından, mahalli idarelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarından olan özel hukuk ve kamu hukukuna tâbi alacak ve borçlarının takas ve mahsup işlemlerine ilişkin esas ve usulleri belirleyen ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme, maddede yer almamaktadır. Yönetmelikle yürütmeye tanınan düzenleme yetkisi, yasada gerekli asli düzenlemeler yapılmadığı için doğrudan bir asli düzenleme yetkisi görünümünde olup, yasama yetkisinin yürütmeye devri anlamını taşıdığından, Anayasanın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine açıkça aykırı olan bu hükmün uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumların doğabilecektir.

A açıkça Anayasaya aykırı oldukları gerekçemizde etraflıca gösterilip yukarıda kısaca yinelenen söz konusu hükümlerin uygulanması halinde ortaya çıkacak ve giderilmesi olanaksız durum ve zararların önlenmesi, kazanılmış hakların, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi için ve Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereği olduğundan; yukarıda belirtilen hükümlerin iptali için yürürlüklerinin iptal davası sonuçlanıncaya kadar durdurulması da istenerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 22.02.2005 tarih ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun;

1) 3 üncü maddesinin (a) bendindeki “idari ve mali özerkliğe sahip” ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskan”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi” “sosyal hizmet ve yardımlar” ile (b) bendinde yer alan “çevre”, “kültür”, “turizm” ve “gençlik ve spor” ibarelerinin, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 nci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 7 nci maddenin birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine ve bu maddenin kenar başlığında yer alan “imtiyazları” ibaresinin de, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 10 uncu maddesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 11 inci maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesindeki “meclis başkanını” ibaresinin ve üçüncü fıkrasındaki “meclis başkanlığı” ibaresinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

7) 15 inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

8) 18 inci maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

9) 25 inci maddenin olan ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

10) 34 üncü maddesinin, Anayasanın 2 nci, 8 inci, 11 inci ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

11) 35 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki “genel sekreterlik” ibaresi ile bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

12) 36 ncı maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci, 11 inci, 123 üncü ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

13) 36 ncı maddesinin altıncı fıkrasının son cümlesindeki “kadroları kaldırılmış veya zorunlu sebeplerle kadrolarına atama yapılmış ise,

durumlarına uygun bir kadroya" ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 128 inci maddelerine aykırı olduğundan,

14) 36 ncı maddesinin son fıkrasındaki "başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının % 10'unu ve" ibaresinin, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

15) 38 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinin, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

16) 38 inci maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

17) 45 inci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

18) 47 nci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin ve ikinci fıkrasının Anayasanın 2, 11, 123, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

19) 48 inci maddesinin, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

20) 51 inci maddesinin birinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 123 üncü, 126 ncı ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

21) 52 nci maddesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci, 47 nci ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

22) 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasanın 2 nci, 6 ncı, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun iptali istenilen fıkra, bent, bölüm ve ibareleri de içeren maddeleri şöyledir:

1- "MADDE 3- Bu Kanunun uygulanmasında;

a) İl özel idaresi: İl halkının mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisini,

b) İl özel idaresinin organları: İl genel meclisini, il encümenini ve valiyi,

İfade eder.”

2- “MADDE 6- İl özel idaresi mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla;

a) Sağlık, tarım, sanayi ve ticaret; ilin çevre düzeni plânı, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, sosyal hizmet ve yardımlar, yoksullara mikro kredi verilmesi, çocuk yuvaları ve yetiştirme yurtları; ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı ile diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il sınırları içinde,

b) İmar, yol, su, kanalizasyon, katı atık, çevre, acil yardım ve kurtarma, kültür, turizm, gençlik ve spor; orman köylerinin desteklenmesi, ağaçlandırma, park ve bahçe tesisine ilişkin hizmetleri belediye sınırları dışında,

Yapmakla görevli ve yetkilidir.

İl çevre düzeni plânı; valinin koordinasyonunda, büyükşehirlerde büyükşehir belediyeleri, diğer illerde il belediyesi ve il özel idaresi ile birlikte yapılır. İl çevre düzeni plânı belediye meclisi ile il genel meclisi tarafından onaylanır.

Hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, il özel idaresinin malî durumu, hizmetin ivediliği ve verildiği yerin gelişmişlik düzeyi dikkate alınarak belirlenir.

İl özel idaresi hizmetleri, vatandaşlara en yakın yerlerde ve en uygun yöntemlerle sunulur. Hizmet sunumunda özürlü, yaşlı, düşkün ve dar gelirli durumuna uygun yöntemler uygulanır.

Hizmetlerin diğer mahallî idareler ve kamu kuruluşları arasında bütünlük ve uyum içinde yürütülmesine yönelik koordinasyon o ilin valisi tarafından sağlanır.

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu ile Sanayi ve Ticaret Bakanlığına ve organize sanayi bölgelerine tanınan yetki ve sorumluluklar bu Kanun kapsamı dışındadır.”

3- “MADDE 7- İl özel idaresinin yetkileri ve imtiyazları şunlardır:

a) Kanunlarla verilen görev ve hizmetleri yerine getirebilmek için her türlü faaliyette bulunmak, gerçek ve tüzel kişilerin faaliyetleri için kanunlarda belirtilen izin ve ruhsatları vermek ve denetlemek.

b) Kanunların il özel idaresine verdiği yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarmak, emir vermek, yasak koymak ve uygulamak, kanunlarda belirtilen cezaları vermek.

c) Hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, taşınır ve taşınmaz malları almak, satmak, kiralamak veya kiraya vermek, takas etmek, bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesis etmek.

d) Borç almak ve bağış kabul etmek.

e) Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı yirmibeşmilyar Türk Lirasına kadar olan dava konusu uyuşmazlıkların anlaşmayla tasfiyesine karar vermek.

f) Özel kanunları gereğince il özel idaresine ait vergi, resim ve harçların tarh, tahakkuk ve tahsilini yapmak.

g) Belediye sınırları dışındaki gayri sıhhi müesseseler ile umuma açık istirahat ve eğlence yerlerine ruhsat vermek ve denetlemek.

İl özel idaresi, hizmetleri ile ilgili olarak, halkın görüş ve düşüncelerini belirlemek amacıyla kamuoyu yoklaması ve araştırması yapabilir.

İl özel idaresinin mallarına karşı suç işleyenler Devlet malına karşı suç işlemiş sayılır.

İl özel idaresinin proje karşılığı borçlanma yoluyla elde edilen gelirleri, vergi, resim ve harçları, şartlı bağışlar ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan malları haczedilemez.

4- "MADDE 10- İl genel meclisinin görev ve yetkileri şunlardır:

a) Stratejik plân ile yatırım ve çalışma programlarını, il özel idaresi faaliyetlerini ve personelinin performans ölçütlerini görüşmek ve karara bağlamak.

b) Bütçe ve kesinhesabı kabul etmek, bütçede kurumsal kodlama yapılan birimler ile fonksiyonel sınıflandırmanın birinci düzeyleri arasında aktarma yapmak.

c) İl çevre düzeni plânı ile belediye sınırları dışındaki alanların imar plânlarını görüşmek ve karara bağlamak.

d) Borçlanmaya karar vermek.

e) Bütçe içi işletmeler ile Türk Ticaret Kanununa tâbi ortaklıklar kurulmasına veya bu ortaklıklardan ayrılmaya, sermaye artışına ve gayrimenkul yatırım ortaklığı kurulmasına karar vermek.

f) Taşınmaz mal alımına, satımına, trampa edilmesine, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın akar haline getirilmesine izin; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi yirmibeş yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynî hak tesisine karar vermek.

g) Şartlı bağışları kabul etmek.

h) Vergi, resim ve harç dışında kalan miktarı beşmilyardan yirmibeşmilyar Türk Lirasına kadar ihtilaf konusu olan özel idare alacaklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek.

i) İl özel idaresi adına imtiyaz verilmesine ve il özel idaresi yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına, il özel idaresine ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek.

j) Encümen üyeleri ile ihtisas komisyonları üyelerini seçmek.

k) İl özel idaresi tarafından çıkarılacak yönetmelikleri kabul etmek.

l) Norm kadro çerçevesinde il özel idaresinin ve bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar vermek.

m) Yurt içindeki ve yurt dışındaki mahallî idareler ve mahallî idare birlikleriyle karşılıklı işbirliği yapılmasına karar vermek.

n) Diğer mahallî idarelerle birlik kurulmasına, kurulmuş birliklere katılmaya veya ayrılmaya karar vermek.

o) İl özel idaresine kanunlarla verilen görev ve hizmetler dışında kalan ve ilgililerin isteğine bağlı hizmetler için uygulanacak ücret tarifesini belirlemek.

5- "MADDE 11- İl genel meclisi, seçim sonuçlarının ilânını izleyen beşinci gün kendiliğinden toplanır. Bu toplantıda meclise en yaşlı üye başkanlık eder. Meclis, bu toplantıda, üyeleri arasından ve gizli oyla meclis başkanını, meclis birinci ve ikinci başkan vekillerini, ikisi yedek olmak üzere dört katip üyeyi ilk iki yıl için görev yapmak üzere seçer. İlk iki yıldan sonra seçilecek başkanlık divanı, yapılacak ilk mahallî idareler seçimlerine kadar görev yapar.

Meclis başkanlık divanı seçimi üç gün içinde tamamlanır.

Meclis başkanlığı ve başkanlık divanında boşalma olması durumunda, kalan süreyi tamamlamak üzere, yenisi seçilir.

İl genel meclisine meclis başkanı, bulunmaması durumunda meclis birinci başkan vekili, onun da bulunmaması durumunda ikinci başkan vekili başkanlık eder.

Meclis başkanı, meclis çalışmalarında düzeni sağlamakla yükümlüdür.

İl genel meclisinin çalışmalarına ilişkin esas ve usuller İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

6- “MADDE 13- Gündem, meclis başkanı tarafından belirlenir ve üyelere en az üç gün önceden bildirilir. Valinin önerdiği hususlar gündeme alınır. Gündem, çeşitli yollarla da halka duyurulur.

İl genel meclisi üyeleri de il özel idaresine ait işlerle ilgili konuların gündeme alınmasını önerebilir. Öneri, toplantıya katılanların salt çoğunluğuyla kabul edildiği takdirde gündeme alınır.”

7- “MADDE 15- İl genel meclisi tarafından alınan kararların tam metni, en geç beş gün içinde valiye gönderilir. Vali, hukuka aykırı gördüğü kararları, yedi gün içinde gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere il genel meclisine iade edebilir. Valiye gönderilmeyen meclis kararları yürürlüğe girmez.

Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşir.

Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idarî yargıya başvurabilir.

Kesinleşen il genel meclisi karar özetleri toplantıyı izleyen en geç yedi gün içinde çeşitli yollarla halka duyurulur.”

8- “MADDE 18- İl genel meclisi soru, genel görüşme ve faaliyet raporunu değerlendirme yollarıyla bilgi edinme ve denetim yetkisini kullanır.

Meclis üyeleri, meclis başkanlığına önerge vererek il özel idaresi işleriyle ilgili konularda sözlü veya yazılı soru sorabilir. Soru, vali veya görevlendireceği kişi tarafından sözlü veya yazılı olarak cevaplandırılır.

İl genel meclisi üyelerinin en az üçte biri, meclis başkanlığına istekte bulunarak il özel idaresinin işleriyle ilgili bir konuda mecliste genel

görüşme açılmasını isteyebilir. Bu istek, meclis tarafından kabul edildiği takdirde gündeme alınır.

Vali, mart ayı toplantısında bir önceki yıla ait faaliyet raporunu meclise sunar.

Faaliyet raporundaki açıklamalar, meclis üye tam sayısının dörtte üç çoğunluğuyla yeterli görülmezse, yetersizlik kararıyla görüşmeleri kapsayan tutanak, meclis başkanı tarafından gereği yapılmak üzere İçişleri Bakanlığına gönderilir.”

9- “MADDE 25- İl encümeni valinin başkanlığında, il genel meclisinin her yıl kendi üyeleri arasından bir yıl için gizli oyla seçeceği beş üye ile biri malî hizmetler birim amiri olmak üzere valinin her yıl birim amirleri arasından seçeceği beş üyeden oluşur.

Valinin katılmadığı encümen toplantısına genel sekreter başkanlık eder.

Encümen toplantılarına gündemdeki konularla ilgili olarak, ilgili birim amirleri vali tarafından oy hakkı olmaksızın görüşleri alınmak üzere çağrılabilir.”

10- “MADDE 34- Görevleriyle ilgili bir suç nedeniyle haklarında soruşturma veya kovuşturma açılan il özel idaresi organları veya bu organların üyeleri, geçici bir önlem olarak kesin hükme kadar görevden uzaklaştırılabilir.

Görevden uzaklaştırma önlemi iki ayda bir gözden geçirilir. Devamında kamu yararı bakımından yarar görülmeyen görevden uzaklaştırma önlemi kaldırılır.

Soruşturma veya kovuşturma sebebiyle görevden uzaklaştırılan il özel idaresi organları veya bu organların üyeleri hakkında; 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanuna göre soruşturma izni verilmemesi, takipsizlik, kamu davasının düşmesi veya beraat kararı verilmesi, davanın genel af ile ortadan kaldırılması veya görevden düşürülmeyi gerektirmeyen bir suçla mahkûm olunması durumunda görevden uzaklaştırma önlemi kaldırılır.”

11 - “MADDE 35- İl özel idaresi teşkilatı; genel sekreterlik, malî işler, sağlık, tarım, imar, insan kaynakları, hukuk işleri birimlerinden oluşur. İlin nüfusu, fiziki ve coğrafi yapısı, ekonomik, sosyal, kültürel özellikleri ile gelişme potansiyeli dikkate alınarak norm kadro sistemine ve ihtiyaca göre oluşturulacak diğer birimlerin kurulması, kaldırılması veya

birleştirilmesi il genel meclisinin kararıyla olur. Bu birimler büyükşehir belediyesi olan illerde daire başkanlığı ve müdürlük, diğer illerde müdürlük şeklinde kurulur.

Genel sekreter, il özel idaresi hizmetlerini vali adına ve onun emirleri yönünde, mevzuat hükümlerine, il genel meclisi ve il encümeni kararlarına, il özel idaresinin amaç ve politikalarına, stratejik plan ve yıllık çalışma programına göre düzenler ve yürütür. Bu amaçla il özel idaresi kuruluşlarına gereken emirleri verir ve bunların uygulanmasını gözetir ve sağlar.

Genel sekreter yukarıda belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden valiye karşı sorumludur.

Toplam nüfusu 3.000.000'a kadar olan illerde, ihtiyaca göre en fazla iki, nüfusu bunun üzerinde olan illerde en fazla dört genel sekreter yardımcılığı kadrosu ihdas edilebilir.

İlçelerde, özel idare işlerini yürütmek amacıyla kaymakama bağlı ilçe özel idare teşkilâtı oluşturulabilir."

12 - "MADDE 36- Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir. Bu ilke ve standartlar çerçevesinde norm kadro çalışmasını il özel idaresi yapar veya yaptırır.

İl özel idaresi personeli, vali tarafından atanır ve ilk toplantıda il genel meclisinin bilgisine sunulur.

İl özel idareleri, norm kadro unvan ve sayıları dahilinde olmak kaydıyla, çevre, sağlık, veterinerlik, teknik, hukuk, sosyal ve ekonomi, kültür ve sanat, bilişim ve iletişim, plânlama, araştırma ve geliştirme, eğitim ve danışmanlık alanlarında; tabip, uzman tabip, veteriner, avukat, mühendis, çözümleyici ve programcı, mimar, ebe, hemşire, teknisyen ve tekniker gibi ihtiyaç duydukları uzman ve teknik personeli, sözleşme ile çalıştırabilir. Bu şekilde sözleşmeli olarak çalıştırılacakların, yürütecekleri hizmete ilişkin nitelikleri taşımaları şarttır. Sözleşmeli personel eliyle yürütülen hizmetlere ilişkin boş kadrolara ayrıca atama yapılamaz.

Üçüncü fıkra hükmü uyarınca istihdam edileceklerin ücret miktarları, yılları Bütçe Kanununda belirlenecek ücret tavanını aşmamak üzere Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen sınırlar içerisinde il genel meclisi tarafından belirlenir. Bu şekilde çalıştırılacaklara her ne ad altında olursa olsun sözleşme ücreti dışında herhangi bir ödeme yapılamaz ve ücret mahiyetinde aynî ya da nakdî menfaat temin edilemez. Söz konusu personel

hakkında bu Kanunda hüküm bulunmayan hususlarda vize hariç 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilenler hakkındaki hükümler uygulanır.

Genel Sekreterlik kadrosuna atananlar, büyükşehir belediyesi bulunan illerde genel idare hizmetleri sınıfına dahil bakanlık genel müdürü, diğer illerde ise genel idare hizmetleri sınıfına dahil müstakil daire başkanı için ilgili mevzuatında öngörülen tüm haklardan aynen yararlanırlar; bunlar valinin teklifi ve İçişleri Bakanlığının onayı ile atanır.

Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilmekte olan memurlar, valinin talebi, kendilerinin isteği ve kurumlarının muvafakatiyle il özel idarelerinin birim müdürü ve üstü yönetici kadrolarında görevlendirilebilirler. Bu şekilde görevlendirmelerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 68 inci maddesinin (B) bendinde öngörülen şartlar dikkate alınır. İl özel idarelerinde bu şekilde istihdam edilen kamu kurum ve kuruluşları personeli kurumlarından izinli sayılırlar. Bu personelin görevlendirildikleri süre zarfındaki, görevlendirildikleri kadroya ait her türlü malî hakları ile kurumları tarafından karşılanması gereken sosyal güvenlik ve benzeri diğer hakları il özel idaresi tarafından ödenir. İzinli oldukları müddet, terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır ve terfi haklarını kazananlar başkaca bir işleme lüzum kalmaksızın terfi ettirilirler. Bu şekilde görevlendirilenler, görevlendirme süresinin sona ermesinden itibaren onbeş gün içerisinde yazılı olarak eski kurumlarına başvurmaları halinde en geç bir ay içerisinde kadrolarına, **kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya** atanırlar.

Genel sekreter olarak atanan mülki idare amirlerinin bu görevde geçen süreleri meslekî kıdemlerinde geçmiş sayılır. Bu şekilde atananlar genel sekreterlik görevinin sona ermesinden itibaren bir ay içerisinde İçişleri Bakanlığı tarafından meslekî kıdemlerine uygun görevlere atanırlar.

Sözleşmeli ve işçi statüsünde çalışanlar hariç olmak üzere il özel idaresi memurlarına, **başarı durumlarına göre toplam memur sayısının %10'unu ve** Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayısının 20000 gösterge rakamı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere, çalıştıkları sürelerle (hastalık ve yıllık izinleri dahil) orantılı olarak, encümen kararı ile yılda en fazla iki kez ikramiye ödenebilir. Büyükşehir belediyelerinin olduğu yerlerde bu rakam 30000 olarak uygulanır."

13- "MADDE 38- İl özel idarelerinde iç ve dış denetim yapılır. Denetim, iş ve işlemlerin hukuka uygunluk, malî ve performans denetimini kapsar.

İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Ayrıca, il özel idaresinin malî işlemler dışında kalan diğer idarî işlemleri, idarenin bütünlüğüne ve kalkınma plânı ve stratejilerine uygunluğu açısından İçişleri Bakanlığı, vali veya görevlendireceği elemanlar tarafından da denetlenir.

İl özel idarelerine bağlı kuruluş ve işletmeleri yukarıdaki esaslara göre denetlenir.

Denetime ilişkin sonuçlar kamuoyuna açıklanır ve meclisin bilgisine sunulur.”

14- “MADDE 45- Vali tarafından hazırlanan bütçe tasarısı eylül ayı başında il encümenine sunulur. Encümen, bütçeyi inceleyerek görüşüyle birlikte kasım ayının birinci gününden önce il genel meclisine sunar.

İl genel meclisi bütçe tasarısını yıl başından önce aynen veya değiştirerek kabul eder. Ancak, meclis bütçe denkliliğini bozacak biçimde gider artırıcı ve gelir azaltıcı değişiklikler yapamaz.”

15- “MADDE 47- Her yıl bütçesinin kesin hesabı, vali tarafından hesap döneminin bitiminden sonra gelen mart ayı içinde encümene sunulur. Kesin hesap il genel meclisinin mayıs ayı toplantısında görüşülerek karara bağlanır.

Kesin hesabın görüşülmesi ve kesinleşmesinde, bütçeye ilişkin hükümler uygulanır.”

16- “MADDE 48- İl özel idaresi bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

17- “MADDE 51- İl özel idaresi, görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacıyla aşağıda belirtilen usul ve esaslara göre borçlanma yapabilir ve tahvil ihraç edebilir:

a) Dış borçlanma, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde ve sadece il özel idaresinin yatırım programında yer alan projelerin finansmanı amacıyla yapılabilir.

b) İller Bankasından yatırım kredisi ve nakit kredi kullanan il özel idaresi, ödeme plânını bu bankaya sunmak zorundadır. İller Bankası

hazırlanan geri ödeme plânını yeterli görmediği il özel idaresinin kredi isteklerini reddeder.

c) Tahvil ihracı, yatırım programında yer alan projelerin finansmanı için ve ilgili mevzuat hükümleri uyarınca yapılır.

d) İl özel idaresi ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin faiz dahil iç ve dış borç stok tutarı, en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının 213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirlenen yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarını aşamaz. Bu miktar büyükşehir belediyesi bulunan illerin özel idareleri için bir buçuk kat olarak uygulanır.

e) İl özel idaresi ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin, en son kesinleşen bütçe gelirlerinin, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirlenen yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarının yılı içinde toplam %10'unu geçmeyen iç borçlanmayı il genel meclisinin kararı; %10'u geçen miktarlar için meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yapabilir.

f) İl özel idarelerinin ileri teknoloji ve büyük tutarda maddi kaynak gerektiren alt yapı yatırımlarında Devlet Plânlama Teşkilatı Müsteşarlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kabul edilen projeleri için yapılacak borçlanmalar (d) bendindeki miktarın hesaplanmasında dikkate alınmaz. Dış kaynak gerektiren projelerde Hazine Müsteşarlığının görüşü alınır.

Yukarıda belirtilen usul ve esaslara aykırı olarak borçlanan il özel idaresi sorumluları hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmeyen durumlarda Türk Ceza Kanununun 240 ıncı maddesi hükümleri uygulanır.

İl özel idaresi, varlık ve yükümlülüklerinin ayrıntılı bir şekilde yer aldığı malî tablolarını üçer aylık dönemler halinde İçişleri ve Maliye bakanlıkları ile Devlet Plânlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarına gönderir.”

18- “MADDE 52- İl özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir.”

19- “MADDE 54- 4749 sayılı Kanun kapsamındaki Hazine alacakları hariç olmak üzere, il özel idaresinin, genel bütçeli kuruluşlardan, sosyal güvenlik kuruluşlarından, mahalli idarelerden ve diğer kamu kurum ve

kuruluşlarından olan özel hukuk ve kamu hukukuna tâbi alacak ve borçları takas ve mahsup edilir. Bu kurum ve kuruluşların bütçelerine yeterli ve gerekli ödenek konulur.

Bu madde gereğince takas ve mahsup işlemlerine ilişkin esas ve usuller, İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü alınarak, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçelerinde, Anayasa’nın başlangıç hükümleri ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 47., 123., 126., 127. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 8. maddesi uyarınca, 17.3.2005 ve 7.4.2005 tarihlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin bu konudaki raporun hazırlanmasından sonra karara bağlanmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- BİRLEŞTİRME KARARI

16.01.2007 günlü esas inceleme toplantısında, 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun; 3., 7., 10., 11., 13., 15., 18., 25., 35., 45., 47., 51. ve 52. maddelerinin iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle açılan 2005/27 Esas sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle, 2005/32 Esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/32 Esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- GENEL AÇIKLAMA

22.02.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun bazı kurallarının iptali istemiyle açılan davada ileri sürülen savlar, Anayasa’nın öngördüğü üniter devlet yapısına, idarenin yasallığı ve bütünlüğü ile yerinden yönetim ilkelerine ve idari vesayet yetkisine dayandırılmaktadır.

Anayasa'nın "BAŞLANGIÇ" kısmında, "... Hiçbir faaliyetin Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği ve lâiklik ilkesinin gereği olarak kutsal din duygularının, Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılamayacağı..."; 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."; 3. maddesinde, "Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. ..."; 4. maddesinde, " Anayasanın ... 3 üncü maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez." hükmü yer almış; 5. maddesinde de, Türk Milleti'nin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini korumanın, Devlet'in temel amaç ve görevlerinden olduğu belirtilmiştir.

Anayasa'nın 3. maddesinde devletin, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütün olduğu belirtilerek onun üniter bir yapıda olduğu vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği öngörüldükten sonra, idarenin kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı hükme bağlanmış, kamu tüzelkişiliğinin, ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak kurulacağı belirtilmiş ve 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 gerçekleştirilmekte ve burada geçen "İdare" 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.

İdarenin bütünlüğü, tekil devlet modelinin yönetim alanındaki temel ilkesidir. Bu ilke, idari işlev gören ayrı hukuksal statülere bağlı değişik kuruluşların bir bütün oluşturduğunu anlatmaktadır. İdarenin bütünlüğü, merkezin denetimi ve gözetimi ile hayata geçirilmekte ve yönetimde bütünlüğü sağlamak için başlıca üç hukuksal araç, hiyerarşi, yetki genişliği ve idari vesayet kullanılmaktadır.

Bunlardan hiyerarşi, merkezî yönetim içinde yer alan örgütler ve bunlara bağlı birimler arasındaki, idari vesayet ise merkezi yönetim ile yerinden yönetim kuruluşları arasındaki bütünleşmeyi sağlamakta, ayrışmayı, farklılaşmayı ve kopmayı önlemektedir. Hiyerarşi ve idari

vesayete ek olarak, idarenin bütünlüğünün gerçekleşmesini sağlayan üçüncü hukuksal araç da, merkezi idarenin taşra teşkilatının başındaki amirlerin, merkezden emir ve talimat beklemeksizin, kendi başlarına merkez adına karar alabilme yetkilerini ifade eden ve illerin yönetimini düzenleyen yetki genişliği ilkesidir.

Anayasa'nın "Merkezi idare" başlıklı 126. maddesinde, 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.

Buna göre, merkezi idarenin ülke genelinde temsili, il yönetimleriyle sağlanmaktadır. İllerin yönetimi de, 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nda öngörülen esaslara göre yürütülmektedir. Bu Kanun, temel olarak illerin ve ilçelerin yönetimindeki temel işleyiş kurallarını ve bu alandaki idari işlevlerin yerine getiriliş biçimini düzenlemiştir.

Anayasa'nın "Mahalli idareler" başlıklı 127. maddesinde ise, 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 oldukları, kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği, seçimlerinin, Anayasa'nın 67. maddesindeki esaslara göre beş yılda bir yapılacağı, kanunun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebileceği, seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümünün ve kaybetmeleri konusundaki denetimin yargı yolu ile olacağı, ancak, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahallî idare organları veya bu organların üyelerini, İçişleri Bakanının, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabileceği, merkezî idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiş, mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile kendi aralarında Bakanlar Kurulunun izni ile birlik kurmalarının, görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezî idare ile karşılıklı bağ ve ilgilerinin kanunla

düzenleneceği, bu idarelere, görevleri ile orantılı gelir kaynakları sağlanacağı öngörülmüştür.

127. maddenin birinci fıkrasında karar organlarının seçim yoluyla işbaşına gelmeleri öngörülerek, kamu tüzel kişileri olan bu kuruluşların idari özerklik kazanmaları sağlanmaktadır. Aynı maddenin beşinci fıkrasında ise, merkezi idareye, yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisi tanınarak özerkliğin mutlak ve sınırsız olmadığı öngörülmektedir.

Yerel yönetimlere idari ve mali özerklik tanınmış olmasına karşın, 1924 yılından itibaren Anayasalarımızda, merkezi yönetime, yerinden yönetim kuruluşlarını denetleme yetkisi verilmiş ve bu yetki Anayasa'da idari vesayet olarak somutlaştırılmıştır.

Anayasa'nın 127. maddesinin 5. fıkrasında yer alan hükme göre idari vesayet; merkezi idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde sahip olduğu yetkidir.

Anılan fıkra, merkezi yönetim yerel yönetimler üzerinde idari vesayet "*... yetkisine sahiptir.*" denilerek, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisini kullanıp kullanmayacağı yasakoyucunun takdirine bırakılmamış, bu zorunlu kılınmıştır. Ayrıca anılan fıkra, idari vesayet yetkisinin, hukuka uygunluk denetiminin yanında yerindelik denetimini içerir şekilde düzenlenebileceği de öngörülmüştür.

Vesayet makamınca, işlemler üzerinde iptal, onama, erteleme, izin, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme gibi çeşitli denetim usulleri uygulanmaktadır.

Anayasa'nın 127. maddesinde, yerel yönetimlerin çalışacakları alan belli bir coğrafya ile, görecekları hizmetler de mahallî müşterek ihtiyaçlarla sınırlandırılırken, mahallî müşterek ihtiyacın ne anlama geldiğine ve bu ihtiyaçları belirlemede kullanılabilecek nesnel bir ölçüte yer verilmemiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.1988 günlü ve E:1987/ 18; K:1988/23 sayılı kararında, mahallî müşterek ihtiyaç "*... Bu kavram, 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 güncelleştirdiği, özünde yerel ve kamusal hizmet karakterinin ağır bastığı ortak beklentileri ifade etmektedir.*" şeklinde tanımlanmış; 16.7.1990 günlü, E:1990/1; K:1990/21 sayılı kararında ise, "*Anayasa, il, belediye ya da köy halkının*

yerel ortak ihtiyaçlarının, neler olduğunu belirlememiş, bunun saptanmasını yasaya bırakmıştır. Bu durumda yasa kamu yararını gözeterek Anayasa sınırları içinde merkezi yönetimle yerel yönetim arasındaki görev sınırlarını belirleyebilir.” denilerek, mahalli müşterek ihtiyaçların neler olduğunun yasama organınca belirleneceği ifade edilmiştir.

B- ANAYASA’YA AYKIRILIK SORUNU

1- 3. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, maddede yapılan tanımda merkezi idarenin il özel idareleri üzerindeki vesayet yetkisinden söz edilmeyerek, bu tüzelkişiliğin merkezi idarenin vesayet yetkisi dışında bırakıldığı, oysa kamu düzenini ve ülke bütünlüğünü sağlamak için, kamu yararı amacıyla, merkezi yönetim örgütünün, yerel yönetim ile kamu hizmeti yönetimi tüzelkişilerinin organları, işlemleri ve parasal kaynakları üzerinde vesayet denetiminin mutlaka gerekli olduğu, il özel idarelerine, idari vesayet yetkisi söz konusu olmaksızın idari ve mali özerklik tanınmasının, devletin tekliğine ve idarenin bütünlüğüne uygun düşmediği, dolayısıyla 3. maddenin Anayasanın başlangıcı ile 2., 5., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a- Maddenin (a) Bendi

3. maddenin (a) bendinde, il özel idareleri, il halkının mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olarak tanımlanmıştır.

Anayasa’nın 127. maddesinde de, il özel idarelerinin il halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri oldukları belirtilmiştir.

Anayasa’da merkezi idare – yerel yönetim ayrımının yapılması, yerel yönetimlerin organlarının seçimle göreve gelmesinin öngörülmesi, seçimlerinin süreli olması, kararlarını kendi organları eliyle alması ve uygulaması, kendilerine özgü bütçelerinin olması gibi yetki ve ayrıcalıklar tanınmış olması, bu idarelerin özerkliklerinin somutlaşmış halidir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi’nin çeşitli kararlarında da, Anayasa’nın 127. maddesi uyarınca yerel yönetimlerin idari ve mali özerkliklerinin bulunduğu vurgulanmıştır.

Tanımlar başlıklı 3. maddede vesayet yetkisinden söz edilmemekle birlikte, Yasa'nın ilgili diğer maddelerinde buna ilişkin kuralların bulunması nedeniyle, söz konusu denetimin yapılmayacağı gibi bir anlam çıkarılamaz. Nitekim maddeye ilişkin gerekçede, il özel idaresinin tanımında geçen idari ve mali özerklik kavramının sınırsız bir özerkliği kapsamadığı, bu özerkliğin, Anayasanın 123. maddesinde düzenlenen idarenin bütünlüğü ilkesini ortadan kaldıracak veya zayıflatacak şekilde yorumlanamayacağı, anılan kavramın il özel idarelerinin, mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak amacıyla yetkili organlarının kararı ile kanunlara uygun olarak serbestçe karar alma, teşkilatlanma, personel istihdamı, borçlanma ve benzeri alanlardaki yetkilerini ifade ettiği belirtilmiştir.

Açıklanan nedenlerle 3. maddenin (a) bendi, Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşlere katılmamıştır.

b- Maddenin (b) Bendi

Bentte il özel idarelerinin organlarının, il genel meclisi, il encümeni ve vali olduğu belirtilmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinde, mahalli idareler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, yine kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olarak tanımlanmış, bunların kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği öngörülmüş, hangi organlara sahip olacakları konusunda bir saptama ve sınırlama yapılmamış, bu konular Yasakoyucu'nun takdirine bırakılmıştır.

Bu nedenle il özel idaresinin organlarının il genel meclisi, il encümeni ve vali olarak öngörülmüş olmasında Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Tülay TUĞCU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüşlere katılmamışlardır.

2- 6. Maddenin İptali İstenilen İbareleri

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "Sağlık", "tarım", "sanayi ve ticaret", "bayındırlık ve iskân", "toprağın korunması", "erozyonun önlenmesi", "sosyal hizmet ve yardımlar", "ile diğer"

sözcüklerinin ve (b) bendinde yer alan “çevre”, “kültür”, “turizm”, “gençlik ve spor” sözcüklerinin iptali istenilmiştir.

İptal davasının açılmasından sonra, 13.7.2005 günlü 25874 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 85. maddesinin (e) bendi ile 6. maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “kültür, turizm, gençlik ve spor” sözcükleri bent metninden çıkarılmıştır.

Bu durumda, maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde iptali istenilen **“kültür, turizm, gençlik ve spor;”** sözcüklerinin iptali istemi hakkında **KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA** karar verilmesi gerekmektedir.

Davacılar, anayasaya aykırılık savını, maddede sayılan hizmetler bakımından merkezi yönetimin genel yetkili olmaktan çıkarılıp il özel idaresinin genel yetkili hale getirildiğine, yerel yönetimlerin görevlerinin somut ve belirgin biçimde düzenlenmesi gerektiğine, oysa yapılan düzenlemede il özel idaresine verilen görevlerin “mahalli müşterek nitelikte olması şartı” aranarak, konu yönünden sınır getirildiği izlenimi yaratılmaya çalışılmış ise de, bu düzenlemenin il özel yönetimlerini “genel görevli” konumundan çıkarmaya yetmediğine, zira bu düzenlemelerin de soyut nitelikte olduğuna ve (a) bendinde yer alan “ile diğer” ibaresiyle de, milli eğitimle ilgili görevler bakımından il özel idaresinin genel yetkili idare kılındığına dayandırmış, bunun da Anayasanın 2., 6., 7., 8., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Maddede, il özel idarelerinin bazı görevleri somut olarak sayılırken, bazı görevlerin ilişkin oldukları hizmet alanları belirtilerek, sayılan alanlardaki mahalli müşterek nitelikli her türlü görev ve hizmetin özel idarelerce yürütüleceği öngörülmüştür. Bununla birlikte il özel idaresinin hangi hizmet alanlarında bütün il genelinde, hangi hizmet alanlarında ise belediye hudutları dışında yetkili olacağı maddede ayrıca belirtilmiş bulunmaktadır.

Anayasa’nın 123. maddesinde, idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu, kanunla düzenleneceği, kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı; 127. maddesinin ikinci fıkrasında, mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Buna göre Yasakoyucu, Anayasal ilkeler çerçevesinde kendi takdiri ile mahalli müşterek ihtiyaç olarak nitelediği bir hizmetin görülmesini yerel yönetimlere verebilir. Yasakoyucu’nun koyduğu yasada, yerel yönetime yüklediği görevin mahalli müşterek niteliğini vurgulamış olması yeterlidir. Genel bir kamu hizmetinin mahalli müşterek ihtiyaç niteliği taşıyan bölümü,

Anayasa’da yerel yönetimlerin görev alanı olarak belirlenen coğrafyayla sınırlıdır. Bu nedenle iptali istenilen maddede sayılan her bir kamu hizmeti bakımından mahalli müşterek nitelikte olanların tek tek sayılmasında Anayasal bir zorunluluk bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 6. maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskân”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “sosyal hizmet ve yardımlar” sözcükleri ile (b) bendinde yer alan “çevre” sözcüğünde, Anayasa’nın 2., 6., 7., 8., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptali isteminin reddi gerekir.

İl Özel idarelerinin, ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı **ile diğer** ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin görevlerini belirleyen tümcenin “**ile diğer**” sözcüğüne ilişkin iptal istemine gelince:

Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde, il özel idarelerinin, ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının yapım, bakım ve onarımı **ile diğer** ihtiyaçlarının karşılanmasına ilişkin hizmetleri il içinde yapmakla görevli oldukları da belirtilmiştir.

Millî Eğitim Temel Kanunu’nun 56. maddesinde, eğitim ve öğretim hizmetinin, bu kanun hükümlerine göre Devlet adına yürütülmesinden, gözetim ve denetiminden Millî Eğitim Bakanlığının sorumlu olduğu, 58. maddesinde, Türkiye’de, ilkokul, ortaokul, lise veya dengi okulların, Millî Eğitim Bakanlığının izni olmaksızın açılmayacağı, 55. maddesinde, ilköğretim ve ortaöğretim kurumlarında okutulacak ders kitaplarının Millî Eğitim Bakanlığınca belirleneceği, 51. maddesinde, her derece ve türdeki eğitim kurumlarına ait bina ve tesislerin, çevrenin ihtiyaçlarına ve uygulanacak programların özelliklerine göre Millî Eğitim Bakanlığınca planlanıp yaptırılacağı, 45. maddesinde, öğretmenlerin, öğretmen yetiştiren yükseköğretim kurumlarından ve bunlara denkliği kabul edilen yurtdışı yükseköğretim kurumlarından mezun olanlar arasından, Millî Eğitim Bakanlığınca seçileceği belirtilmiştir.

Buna göre, ilk ve orta öğretim kurumlarının tüm ihtiyaçlarının giderilmesinde ve bunların eğitim öğretim plan ve programlarının hazırlanıp yürütülmesinde genel görevli kurum Millî Eğitim Bakanlığıdır. İptali istenilen “**ile diğer**” sözcüğünün, anılan konularda il özel idarelerini genel görevli kıldığından söz etmek olanaksızdır. Bu sözcükle il özel idarelerine yüklenilen görev, Millî Eğitim Bakanlığının gözetim ve denetiminde ilk ve orta öğretim kurumlarının arsa temini, binalarının

yapım, bakım ve onarımı dışında, bahçe düzenlemesi, bahçeye ihata duvarı eklenmesi, spor alanları yapılması gibi diğer ihtiyaçlarının giderilmesi görevidir.

Kuralda Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptali isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, "Sağlık", "tarım", "sanayi ve ticaret", "bayındırlık ve iskân", "sosyal hizmet ve yardımlar" ve "çevre" sözcükleri yönünden Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK; "toprağın korunması", "erozyonun önlenmesi" ve "ile diğer" sözcükleri yönünden de Fulya KANTARCIOĞLU katılmamıştır.

3- 7. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, maddenin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g) bentlerinde, il özel idaresinin yetkileri gösterilirken, bu yetkilerin kullanımında idari vesayetin gerçekleşmesi ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmayıp, il özel idaresinin bu yetkileri tamamen özerk biçimde kullanabilmesine olanak sağlandığı ve il özel idarelerine bir takım imtiyazlar tanındığı, bunun da Anayasada öngörülen merkeziyetçi tekil devlet sistemine ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağına ilişkin Anayasal ilkeye, bu nedenlerle de Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 10., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

a- Maddenin Kenar Başlığındaki "İmtiyazları" Sözcüğü

Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında, mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenlenir denilmektedir. Buna göre, yerel yönetimler ancak Anayasa ve kanunların kendilerine bıraktığı alanlarda faaliyet gösterebileceklerdir.

Anayasa'nın 10. maddesinde de, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz denilmektedir. Maddede hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa tanınamayacağı ifade edilen imtiyaz; insanlar arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapılmasına neden olabilecek imtiyazdır.

Oysa, maddenin kenar başlığında yer alan ve iptali istenilmiş olan kelimenin ifade ettiği imtiyaz, kamu tüzel kişiliğine sahip yerel yönetim kuruluşu olan il özel idarelerine, kamu gücü kullanmayı da içeren, yasayla

verilmiş bir yetkidir. Bu nedenle Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen imtiyazla bir ilgisi bulunmamaktadır.

Öte yandan, il özel idarelerine verilen yetkilerin kullanılması aşamasında, vesayet yetkisinin nasıl yerine getirileceği yasanın ilgili maddelerinde belirtildiğinden, bunlar üzerinde denetimsizlikten de söz etmek olanaklı değildir.

Bu nedenle maddenin kenar başlığındaki "imtiyazları" sözcüğünde, Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 10., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

b- Maddenin Fıkra ve Bentleri

5302 sayılı Yasa'nın 7. maddesinin birinci fıkrasının (a), (b), (c), (d), (e), (f) ve (g) bentleri ile il özel idarelerine verilen görev ve yetkilerin sınırı ile bunların hangi organlarca yerine getirileceği ve kullanılacağı, 5302 sayılı Yasa'da ve diğer yasalarda belirlenmiş olduğundan, herhangi bir belirsizlikten söz edilemez. Ayrıca, merkezi idarenin vesayet yetkisine ilişkin kurallara da aynı yasalarda yer verilmiş olduğundan, söz konusu görev ve yetkilerin denetimsiz kaldığı sonucuna da varılamaz. Bu nedenle, birinci fıkranın belirtilen bentlerinin Anayasa'ya aykırı olduğu söylenemez.

Öte yandan il özel idarelerine, yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetlerle ilgili olarak, halkın görüş ve düşüncelerini belirlemeleri için verilen kamuoyu yoklaması ve araştırması yapma yetkisi, mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçların daha iyi görülmesi amacıyla verildiğinden, maddenin ikinci fıkrasında da Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Ayrıca, geniş anlamdaki devlet kavramı içerisinde yer almaları nedeniyle, bu idarelerin mallarına karşı suç işleyenlerin, Devlet malına karşı suç işlemiş sayılacağına öngörülmesi suretiyle mallarına bir koruma sağlanmasında ve yerine getirmekle görevli oldukları kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için gerekli olan kaynaklarının korunması amacına yönelik olarak, proje karşılığı borçlanma yoluyla elde ettikleri gelirleri ile vergi, resim ve harç gelirlerinin, şartlı bağış gelirlerinin ve kamu hizmetlerinde fiilen kullanılan mallarının haczedilemeyeceğinin öngörülmesinde de Anayasa'ya aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, 5302 sayılı Yasa'nın 7. maddesinde Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Birinci fıkranın (b) bendi ile (d) bendinde yer alan “Borç almak ...” ibaresi yönünden belirtilen düşüncelere Osman Alifeyyaz PAKSÜT katılmamıştır.

4- 10. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, il genel meclisinin görev ve yetkileri düzenlenirken, bu yetkilerin kullanımında idari vesayetin gerçekleşmesi ile ilgili herhangi bir düzenleme yapılmayıp, il özel idaresinin bu yetkileri tamamen özerk biçimde kullanabilmesine olanak sağlandığı, bunun da Anayasada öngörülen merkeziyetçi tekil devlet sistemine ilişkin Anayasal ilkeye açık aykırılık oluşturduğu; ayrıca maddenin (n) bendinde yer alan düzenlemede il özel idarelerine, Bakanlar Kurulu izni aranılmaksızın, diğer yerel yönetimlerle birlik kurma, kurulmuş birliklere katılma veya ayrılmaya karar verme yetkilerinin tanınmasının Anayasa’nın 127. maddesi hükmü ile bağdaşmadığı, dolayısıyla 10. maddenin Anayasa’nın başlangıcı ile 2., 5., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5302 sayılı Yasa’nın 10. maddesinde, aynı Yasa’nın 9. maddesinde il özel idarelerinin karar organı olduğu belirtilen il genel meclislerine yüklenen görevler ve bu görevlerin ifası için ihtiyaç duyduğu yetkiler onbeş bent halinde sayılmaktadır.

a- Maddenin (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (i), (j), (k), (l), (o) Bentleri

5302 sayılı Yasa bir bütün halinde incelendiğinde, il özel idarelerinin seçilmiş karar organı olan il genel meclislerine verilen görev ve yetkilerin sınırının, merkezi idarenin vesayet yetkisini içerir şekilde çizildiği, verilen görevlerin yerine getirilmesi ve yetkilerin kullanılması aşamasında, vesayet yetkisinin nasıl kullanılacağına ilgili maddelerde belirtildiği anlaşılmış bulunduğundan, bunlar üzerinde denetimsizlikten söz etmek olanaklı değildir.

Bu nedenle, maddenin (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (i), (j), (k), (l), (o) bentlerinde, Anayasa’nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu düşüncelere, (d) bendi yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT katılmamıştır.

b- Maddenin (h) Bendi

5302 sayılı Yasa’nın, il özel idarelerinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 7. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde, il özel idarelerinin, vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı yirmibeşmilyar

Türk Lirasına kadar olan dava konusu uyuşmazlıkların anlaşmayla tasfiyesine karar vermekle görevli ve yetkili oldukları hükme bağlanırken, 10. maddenin iptali istenilen (h) bendinde, il özel idareleri adına karar verecek olan il genel meclislerine, dava konusu olma sınırlaması yapılmaksızın, aynı miktarda olmak koşuluyla, ihtilafli durumdaki tüm özel idare alacaklarının anlaşma ile tasfiyesine karar verebilme yetkisi verilmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve yasayla düzenleneceği belirtilmiştir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde yasayla düzenlenmesini gerekli kılar. İdarenin tüzel kişiliğine verilmemiş bir görev veya yetkinin, bu kuruluşun organlarınca kullanılması idarenin yasallığı ilkesiyle bağdaşmaz.

İhtilaf, yargı yerine taşınmış ya da taşınmamış bir konuda, konunun tarafları arasında anlaşmazlık, görüş ayrılığı bulunması halini ifade ederken, dava konusu uyuşmazlık, söz konusu anlaşmazlıklardan, çözüme kavuşturulması için ilgili yargı yerine taşınmış olanlarını anlatmaktadır. İhtilaf, dava konusu uyuşmazlık kavramına göre, onları da kapsayacak şekilde daha geniş bir anlama gelmektedir.

Buna göre, il genel meclislerinin görev ve yetkilerinin düzenlendiği 10. maddenin iptali istenilen (h) bendinde, il özel idarelerinin karar organı olan il genel meclislerine il özel idaresi kamu tüzel kişiliğine verilmemiş bir yetki verilmiş olmakta, böylece il genel meclislerinin hangi tür uyuşmazlıkların anlaşmayla tasfiyesine karar verebilecekleri konusunda belirsizliğe neden olunmaktadır. Bu durum, hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 10. maddenin (h) bendi Anayasa'nın 2. ve 123. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir. Sacit ADALI ve A. Necmi ÖZLER bu görüşe katılmamıştır.

c- Maddenin (m) ve (n) Bentleri

Maddenin (m) bendi hükmü ile il genel meclislerine, il özel idarelerinin, yurt içinde ve dışındaki mahalli idareler ve mahalli idare birlikleriyle karşılıklı işbirliği yapmasına karar verme yetkisi verilmektedir.

Bentte, yetkinin konusunu oluşturan işbirliğinin kapsamı belirlenmemiş ise de, her türlü onay ve izinden bağımsız tutulmuş bir yetki olarak kabul edilmesi ve nitelendirilmesi mümkün olmayıp, 5302 sayılı Yasa'nın 62. maddesinde belirtilen teşekkül ve organizasyonlarla yapılacak olan karşılıklı

işbirliği için öngörülen esas ve usullere göre kullanılacak bir yetkidir. Bentte söz edilen faaliyetlerin, dış politikaya ve uluslararası anlaşmalara uygun olarak yürütülmesi ve bu konuda önceden İçişleri Bakanlığı'nın izninin alınması zorunludur.

Maddenin (n) bendinde, il özel idarelerinin diğer mahalli idarelerle birlik kurulmasına, kurulmuş birliklere katılmasına veya bu birliklerden ayrılmasına ilişkin kararlarının, il genel meclislerince alınacağı belirtilmekte, bu konularda il genel meclislerine yetki verilmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinin son fıkrasında, mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile kendi aralarında birlik kurabilmelerinin, Bakanlar Kurulu'nun izni ile mümkün olabileceği ve konunun kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Buna göre, diğer mahalli idarelerle birlik kurulması konusunda il genel meclislerine verilen yetkinin işlerlik kazanabilmesi için, Bakanlar Kurulu'nun izninin zorunlu olması nedeniyle, salt bu yetkinin verilmesinde Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir. Nitekim, bu konuyu düzenleyen 5355 sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu da, 11.06.2005 günlü, 25842 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, maddenin (m) ve (n) bentlerinde, Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

5- 11. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, 11. maddede yer alan kurallarla, valilerin il genel meclisi başkanlığı görevlerinin sona erdirildiği ve il genel meclisi başkanının, meclis üyeleri arasından meclis tarafından seçilmesinin öngörüldüğü, böylece Anayasa'da öngörülen tekil devlet ilkesine aykırılığın yanında, valinin vesayet yetkisini kullanmasının da engellendiği, bunun da Anayasanın başlangıcı ile 2., 5., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin 1. fıkrasında, il genel meclisinin, seçim sonuçlarının ilanını izleyen beşinci gün kendiliğinden toplanacağı, bu toplantıda meclise en yaşlı üyenin başkanlık edeceği, meclisin, bu toplantıda, üyeleri arasından ve gizli oyla meclis başkanını, meclis birinci ve ikinci başkan vekillerini, ikisi yedek olmak üzere dört katip üyeyi ilk iki yıl için görev yapmak üzere seçeceği, ilk iki yıldan sonra seçilecek başkanlık divanının, yapılacak ilk mahalli idareler seçimlerine kadar görev yapacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrasında yerel yönetimler; il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olarak tanımlanmıştır.

Buna göre, yerel yönetimlerin karar organlarının seçmenler tarafından seçilerek oluşturulması gerektiğinden ve 5302 sayılı Yasa'nın 9. maddesinde de, il genel meclisinin, il özel idaresinin karar organı olduğu hükme bağlandığından, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan il genel meclisinin başkanının kendi üyeleri arasından seçilmesinde, Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Öte yandan, 5302 sayılı Yasa'nın ilgili maddelerinde, merkezi yönetimin il özel idareleri üzerindeki vesayet yetkisine ilişkin düzenlemelerin bulunması nedeniyle, il genel meclisine valinin başkanlık etmesinin engellenmesi suretiyle vesayet yetkisinin ortadan kaldırıldığı biçimindeki iddiada da isabet görülmemiştir.

Maddenin kalan bölümlerinde de, il genel meclisi başkanlık divanının seçim usulleri ile il genel meclisi ve meclis başkanlık divanının çalışma esas ve usulleri, çerçevesi çizilerek belirtildiğinden ve il genel meclisinin çalışma usulüne ilişkin ayrıntıların İçişleri Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörüldüğünden Anayasa'ya aykırılık görülmemiştir.

Belirtilen nedenlerle, 11. maddede Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, birinci fıkranın üçüncü tümcesinde yer alan " ... meclis başkanını, ..." sözcükleri ile üçüncü fıkrada yer alan " Meclis başkanlığı ..." sözcükleri yönünden Serdar ÖZGÜLDÜR katılmamıştır.

6- 13. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, daha önce valiye ait olan il genel meclisinin gündemini belirleme yetkisinin, seçimle göreve gelen meclis başkanına verilmesinin, merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerindeki vesayet yetkisinin azaltılması anlamına geldiği, bunun da Anayasanın başlangıcı ile 2., 5., 11., 123, 126, 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddede, il genel meclisi gündeminin meclis başkanı tarafından hazırlanacağı, ancak valinin önerdiği hususların da gündeme alınacağı ve gündemin, en az üç gün önceden meclis üyelerine bildirileceği, çeşitli

yollarla da halka duyurulacağı belirtilmektedir. Ayrıca, il genel meclisi üyelerinin de gündemin belirlenmesi konusunda öneride bulunarak söz sahibi olmaları sağlanmaktadır.

11. madde için belirtilen gerekçeler bu madde için de aynen geçerlidir.

Bu nedenle, maddede Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

7- 15. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile üçüncü ve dördüncü fıkralarında il genel meclisi kararları üzerinde valinin vesayet yetkisini etkisizleştirmek suretiyle, idari vesayet yetkisinin etkili bir biçimde kullanılmasının imkansız hale getirildiği, Anayasa'ya göre idari vesayet yetkisinin, hem hukukilik hem de yerindelik açısından kullanılması gereken bir yetki olduğu, oysa iptali istenilen kuralda valiye, sadece hukuka uygunluk açısından vesayet yetkisi kullanma imkanı tanındığı, yerindelik açısından ise böyle bir denetim yetkisi tanınmadığı; bu düzenlemenin, il genel meclisindeki siyasal çoğunluğun kamu yararını ikinci plana atarak yönetimi siyasallaştırmasına ve siyasal çıkarlarını ön plana almaya yönelmesine neden olabileceği, bunun da Anayasa'nın, idarenin bütünlüğüne, idari vesayet yetkisine, hukuk devletine ilişkin ilkelerine ve dolayısıyla başlangıcı ile 2., 5., 11, 123, 126 ve 127. maddelerine açık aykırılık oluşturacağı ileri sürülmüştür.

Maddede, il genel meclisi kararlarının kesinleşme ve yürürlüğe girme yöntemi gösterilmekte olup, meclis kararlarının kesinleşmesi için 3360 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nda öngörülen onay sistemine son verilmektedir.

a- Maddenin Birinci Fıkrası

Maddenin birinci fıkrasında, il genel meclisi tarafından alınan kararların tam metninin, en geç beş gün içinde valiye gönderileceği, valinin, hukuka aykırı gördüğü kararları, yedi gün içinde gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere il genel meclisine iade edebileceği, valiye gönderilmeyen meclis kararlarının yürürlüğe girmeyeceği belirtilmektedir.

Yapılan düzenleme, idari vesayet kurumuna ilişkin Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasındaki kurallarla uyum halindedir. Zira merkezi yönetim adına vali tarafından, il özel idaresinin karar organı olan il genel meclisinin kararları üzerinde bir vesayet yetkisi kullanılmasını öngörmektedir ve yasa koyucunun takdir alanına girmektedir.

Fıkra hükmünde Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

b- Maddenin İkinci ve Üçüncü Fıkraları

Fıkralarda, yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararların kesinleşeceği, valinin, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idari yargıya başvurabileceği öngörülmektedir.

aa- İkinci Fıkranın “Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ... kesinleşir.” İbares

Valiye gönderilip de vali tarafından yeniden görüşülmesi istenilmeyen il genel meclisi kararlarının kesinleşmesini öngören “Yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ... kesinleşir.” biçimindeki ibare, idari vesayet kurumuna ilişkin Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasındaki kurallarla uyum halindedir.

Bu nedenle, ikinci fıkranın anılan ibaresinde Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

ab- Üçüncü Fıkroda Yer Alan “on gün içinde” İbares

İptal davalarının açılmasından sonra, 3. fıkroda yer alan “on gün içinde” ibaresi, 13.7.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, 3.7.2005 tarih ve 5393 sayılı Kanunun 85. maddesinin (e) bendi hükmü ile madde metninden çıkarılmış bulunmaktadır.

Bu nedenle 3. fıkraya ilişkin iptal isteminin “on gün içinde” ibaresine yönelik kısmı hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA karar verilmesi gerekmektedir.

ac- İkinci ve Üçüncü Fıkraların Diğer Kuralları

İki ve üçüncü fıkraların kalan bölümlerinde, vali tarafından hukuka aykırı görülerek yeniden görüşülmek üzere il genel meclisine iade edilen kararların, söz konusu hukuka aykırılıklar giderilmemiş bile olsa, il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilmesi halinde kesinleşeceği, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine vali tarafından idari yargıya başvurulabileceği belirtilmektedir.

Anayasa'nın 123. maddesinde, idarenin, kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu, kuruluş ve görevlerinin, merkezden yönetim ve yerinden

yönetim esaslarına dayandığı; 127. maddesinin 5. fıkrasında da, merkezi idarenin, mahallî idareler üzerinde, mahallî hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahallî ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idarî vesayet yetkisine sahip olduğu hükmü yer almıştır.

Maddenin ikinci fıkrasında yer alan, “ ... yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar kesinleşir.” biçimindeki kuralla, merkezi idarece Anayasa’nın 127. maddesinde çizilen çerçeve içinde kullanılması gereken vesayet yetkisinin zayıflatıldığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 15. maddenin ikinci fıkrasının “...ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar ...” ibaresi ile üçüncü fıkrasının “Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabilir.” ibaresi, Anayasa’nın 123. ve 127. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER ile Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlar; Serdar ÖZGÜLDÜR ile Şevket APALAK ise ek gerekçe ile katılmışlardır.

c- Maddenin Dördüncü Fıkrası

Fıkroda, kesinleşen il genel meclisi karar özetlerinin, toplantıyı izleyen en geç yedi gün içinde çeşitli yollarla halka duyurulacağı belirtilmektedir. Kuralda kamu yararı bulunmakta olup, Anayasa’nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

8- 18. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, valinin faaliyetlerinin il genel meclisince denetlenmesine ve bu denetim sonunda yetersiz bulunması halinde gereği için İçişleri Bakanlığına bildirilmesine olanak tanıyan söz konusu düzenlemenin, il özel idarelerinin merkezi idare üzerinde ağırlık kazanmasına, dolayısıyla da Anayasa’nın oluşturduğu merkeziyetçi tekil devlet modelinden uzaklaşılmasına ve bu modelin anlam ve amacına aykırı bir yapının ortaya çıkmasına yol açacağı, bunun da Anayasa’nın başlangıcı ile 2., 5., 11, 123, 126 ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında, il genel meclisinin, soru, genel görüşme ve faaliyet raporunu değerlendirme yollarıyla bilgi edinme ve denetim yetkisini kullanacağı, ikinci fıkrasında, meclis üyelerinin, meclis başkanlığına önerge vererek il özel idaresi işleriyle ilgili konularda sözlü veya yazılı soru sorabilecekleri, sorunun, vali veya görevlendireceği kişi

tarafından sözlü veya yazılı olarak cevaplandırılacağı, üçüncü fıkrasında, il genel meclisi üyelerinin en az üçte birinin, meclis başkanlığına istekte bulunarak il özel idaresinin işleriyle ilgili bir konuda mecliste genel görüşme açılmasını isteyebileceği, bu isteğin, meclis tarafından kabul edilmesi halinde gündeme alınacağı, dördüncü fıkrasında, valinin, mart ayı toplantısında bir önceki yıla ait faaliyet raporunu meclise sunacağı, beşinci fıkrasında faaliyet raporundaki açıklamaların, meclis üye tam sayısının dörtte üç çoğunluğuyla yeterli görülmemesi halinde, yetersizlik kararıyla görüşmeleri kapsayan tutanağın, meclis başkanı tarafından gereği yapılmak üzere İçişleri Bakanlığına gönderileceği belirtilmiştir.

Buna göre, maddenin ilk üç fıkrasında, il özel idaresinin işleri ile ilgili konularda bilgi edinme usul ve yolları belirtilerek, meclis üyelerinin özel idarenin çalışmaları hakkında bilgi edinmelerine olanak sağlanmaktadır. Dört ve beşinci fıkralarında ise, il özel idaresinin faaliyetlerine ilişkin olarak vali tarafından sunulan raporun, meclis üyelerinin nitelikli çoğunluğunca yetersiz olduğu sonucuna varılması halinde, herhangi bir işlem yapılmaksızın İçişleri Bakanlığı'na bildirilmesi öngörülmektedir.

Hiçbir işlem yapılmaksızın, valinin faaliyet raporuyla ilgili olarak İçişleri Bakanlığı'na yapılan bu duyurunun ve meclis üyelerinin özel idarenin çalışmaları hakkında bilgi edinmelerine olanak sağlanmasının, merkeziyetçi tekil devlet modeline bir müdahale olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Açıklanan nedenle, 18. maddede Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe, ikinci fıkranın ikinci tümcesi yönünden Tülay TUĞCU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT; beşinci fıkra yönünden de Serdar ÖZGÜLDÜR ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT katılmamışlardır.

9- 25. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, valinin katılmadığı encümen toplantısına genel sekreterin başkanlık edeceğinin öngörülmesinin, vali yardımcılarının yerel organlardaki kimi yetkilerini ortadan kaldırdığı ve mesleki - mali statü yönünden kaymakamların arkasında bir yere oturduğu, bu durumun merkezi devletin il özel idaresindeki konumunu ve yetkilerini azalttığı, bunun da Anayasanın 123., 126. ve 127. maddelerinde düzenlenmiş olan idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkelerine dayalı, merkeziyetçi tekil devlet modeline ve hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında il encümeninin, valinin başkanlığında, il genel meclisinin her yıl kendi üyeleri arasından, bir yıl için gizli oyla seçeceği beş üye ile biri mali hizmetler birim amiri olmak üzere valinin her yıl birim amirleri arasından seçeceği beş üyeden oluşacağı, ikinci fıkrasında valinin katılmadığı encümen toplantısına Yasa'nın 35. maddesi hükmü ile kurulan Genel Sekreterlik makamındaki genel sekreterin başkanlık edeceği, üçüncü fıkrasında da il özel idaresinin ilgili birim amirlerinin, gündemdeki konularla ilgili olarak, oy hakları olmaksızın görüşleri alınmak üzere vali tarafından encümen toplantılarına çağrılacakları belirtilmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinde il özel idareleri, il halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları yine kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileri olarak tanımlanmış, 5302 sayılı Yasa'nın genel gerekçesinde, il encümeninin karar organı değil, yürütme organı olmasının öngörüldüğü belirtilmiş; 25. maddenin gerekçesinde de, bu düzenleme ile il encümeninin, idari bir organ olarak düzenlendiği belirtilmiştir.

Buna göre, il encümeninin karar organı değil, il genel meclisince alınan kararların uygulayıcısı olduğu gözetildiğinde, il encümeninin oluşum ve çalışma esaslarının belirlenmesine ilişkin olarak, maddenin birinci ve üçüncü fıkralarında yer alan düzenlemelerin, Anayasa'ya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, 5302 sayılı Yasa'nın 35. maddesinde, il özel idaresi hizmetlerini vali adına ve onun emirleri yönünde, mevzuat hükümlerine, il genel meclisi ve il encümeni kararlarına, il özel idaresinin amaç ve politikalarına, stratejik plan ve yıllık çalışma programına göre düzenleyip yürüteceği, bu amaçla il özel idaresi kuruluşlarına gereken emirleri vereceği ve bunların uygulanmasını gözetip sağlayacağı öngörülen ve 36. maddesinde valinin teklifi, İçişleri Bakanı'nın onayı ile atanacağı hükme bağlanan genel sekreterin, kendisine yüklenilen hizmetleri vali adına yürütmesinin ve bunlardan valiye karşı sorumlu tutulmasının, tekil devlet ile idarenin bütünlüğü ilkelerine aykırı olduğu da ileri sürülemez.

Açıklanan nedenlerle, 25. maddede Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, birinci ve üçüncü fıkralar yönünden Tülay TUĞCU; ikinci fıkra yönünden ise Tülay TUĞCU, A. Necmi ÖZLER ve Şevket APALAK katılmamıştır.

10- 34. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, görevden uzaklaştırma, görevden uzaklaştırma önlemini gözden geçirme ve devamında kamu yararı görülme- yen önlemi kaldırma yetkisinin hangi makama ait olduğunun maddede gösterilmediği, oysa hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkesi ile Anayasa'nın 127. maddesinin 4. fıkrasının bir gereği olarak, bu yetkinin İçişleri Bakanına ait olduğunun Yasa'da açıkça gösterilmesi gerektiği, bu nedenle maddenin Anayasanın 2., 8., 11., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 127. maddesinde, mahalli idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri, konusundaki denetimin yargı yolu ile olacağı, ancak, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahalli idare organları veya bu organların üyelerinin, İçişleri Bakanınca, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar görevlerinden uzaklaştırılabilecekleri öngörülmüştür.

İl özel idare organlarının ve bu organların üyelerinin hangi hallerde ve ne şekilde görevlerinden uzaklaştırılabileceklerine ilişkin hususlar düzenlenirken, bu yetkiyi kimin kullanacağı iptali istenilen kuralda belirtilmemiş ise de, Anayasa'da açıkça İçişleri Bakanı tarafından kullanılacağı öngörülen bu yetkinin, herhangi bir şekilde başka bir organ tarafından kullanılması olanaklı değildir.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 2., 8., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

11- 35. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, il özel idaresi teşkilatının hangi birim ve görevlilerden oluşacağı gösterilirken, daha önce vali yardımcılara verilmiş olan birtakım yetki ve görevlerin, yeni ihdas edilen genel sekreterliğe verildiği, böylece vali yardımcılarının yerel organlarındaki yetkilerinin kaldırıldığı, ayrıca 5302 sayılı Yasa'nın hiçbir yerinde, illerde merkezi idarenin temsilcisi konumunda bulunan vali yardımcılara yer verilmediği bu durumun, Anayasanın 2. ve 11. maddelerinde belirtilen hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine ve 123, 126 ve 127. maddelerinde açıklanmış bulunan idarenin bütünlüğüne ve merkezi idarenin idari vesayet yetkisine ilişkin ilkelere aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında, il özel idaresi teşkilatının; genel sekreterlik, malî işler, sağlık, tarım, imar, insan kaynakları, hukuk işleri birimlerinden

oluşacağı, ilin nüfusu, fiziki ve coğrafi yapısı, ekonomik, sosyal, kültürel özellikleri ile gelişme potansiyelinin dikkate alınması suretiyle norm kadro sistemine ve ihtiyaca göre oluşturulacak diğer birimlerin kurulmasının, kaldırılmasının veya birleştirilmesinin il genel meclisinin kararıyla olacağı, bu birimlerin, büyükşehir belediyesi olan illerde daire başkanlığı ve müdürlük, diğer illerde müdürlük şeklinde kurulacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu ve kanunla düzenleneceği, maddenin gerekçesinde de, idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği ilkesinin bir sonucu olarak, kamu tüzel kişilerinin de ancak kanunla veya kanunun açıkça yetki vermesi halinde idari işlemle kurulabileceği belirtilmektedir.

İl özel idareleri, idarenin bütünlüğü içerisinde yer alan birer kamu idaresi olduklarından, idarenin kanunla düzenleneceğine ilişkin Anayasal kural uyarınca hangi hizmet birimlerinden oluşacağının ve bu birimlerin hangi unvanla kurulacaklarının yasa ile belirlenmesinde ve il özel idaresi teşkilatında "Genel Sekreterlik" biriminin öngörülmesinde herhangi bir Anayasal sorun bulunmamaktadır.

Öte yandan fıkranın, ilin nüfusu, fiziki ve coğrafi yapısı, ekonomik, sosyal, kültürel özellikleri ile gelişme potansiyelinin dikkate alınması suretiyle norm kadro sistemine ve ihtiyaca göre oluşturulacak diğer birimlerin kurulmasının, kaldırılmasının veya birleştirilmesinin il genel meclisinin kararıyla olacağına ilişkin hükmü uyarınca, her il özel idaresi öncelikle hem yasada belirtilen hizmet birimlerini kuracak, hem de norm kadro çalışmasını yapacak, daha sonra fıkra da söz edilen koşulların varlığına bağlı olarak, İçişleri Bakanlığı ile Devlet Personel Başkanlığı'na saptanan norm kadro ilke ve standartları çerçevesinde ihtiyaç duyduğu birimleri, anılan ilke ve standartların ekinde gösterilen cetvellerde belirtilen birim isimlerini kullanarak il genel meclisi kararı ile kurabilecektir.

Burada, il özel idarelerinin özerklikleri kapsamında, kamu yararı ve kamu hizmetinin gereği olarak, il özel idarelerinin standart hale getirilmiş kadrolarına bağlı kalınmak koşuluyla, yasaya göre kurulması zorunlu olanların dışında, ihtiyaç duyulan diğer birimlerin il genel meclisinin kararı ile kurulmasına, bu şekilde kurulmuş birimlerin kaldırılmasına veya başka bir birim ile birleştirilmesine ilişkin olarak il genel meclislerine verilen yetkide, bir belirsizlikten ve sınırsızlıktan söz edilemez.

Maddenin ikinci fıkrasında, genel sekreterin, il özel idaresi hizmetlerini vali adına ve onun emirleri yönünde, mevzuat hükümlerine, il genel meclisi

ve il encümeni kararlarına, il özel idaresinin amaç ve politikalarına, stratejik plan ve yıllık çalışma programına göre düzenleyip yürüteceği, bu amaçla il özel idaresi kuruluşlarına gereken emirleri vereceği ve bunların uygulanmasını gözetip sağlayacağı; üçüncü fıkrasında da belirtilen hizmetlerin yürütülmesinden valiye karşı sorumlu olacağı belirtilmiştir.

Valinin teklifi, İçişleri Bakanı'nın onayı ile atanacağı hükme bağlanan genel sekreterin, kendisine yüklenilen hizmetleri vali adına yürütmesinin ve bunlardan valiye karşı sorumlu tutulmasının, tekil devlet ile idarenin bütünlüğü ilkelerine aykırı olduğu ileri sürülemez.

Öte yandan, toplam nüfusu 3.000.000'a kadar olan illerde, ihtiyaca göre en fazla iki, nüfusu bunun üzerinde olan illerde en fazla dört genel sekreter yardımcılığı kadrosu ihdas edilebilmesine ve ilçelerde, özel idare işlerini yürütmek amacıyla kaymakama bağlı ilçe özel idare teşkilatı oluşturulabilmesine izin verilmesi kamu hizmetinin gereği olup kanunla düzenleme yapıldığından, maddenin dört ve beşinci fıkralarında da anayasaya aykırılıktan söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle 35. maddede, Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, birinci fıkrada yer alan "... genel sekreterlik, ..." sözcükleri ile ikinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralar yönünden Tülay TUĞCU katılmamıştır.

12- 36. Maddenin İncelenmesi

36. maddenin, birinci fıkrasının (Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir.) şeklindeki ilk tümcesi ile altıncı fıkrasının son tümcesinde yer alan "...kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya ..." ibaresinin ve son fıkrasının ilk tümcesinde yer alan "... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının % 10' unu ve ..." ibaresinin iptali istenilmiştir.

a- Maddenin Birinci Fıkrasının İlk Tümcesi

Dava dilekçesinde, maddenin birinci fıkrasının "Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir." biçimindeki birinci tümcesi ile norm kadronun ilke ve standartları konusunda hiçbir temel düzenleme yapılmadan, İçişleri Bakanlığı ile Devlet Personel Başkanlığına yetki devrinde bulunduğu, Anayasa'nın 8. ve 123.

maddeleri uyarınca, hem Anayasa'da gösterilen ayrıksı haller dışında idarenin asli düzenleme yetkisinin bulunmadığı, hem de norm kadro ilke ve standartları il özel idare memurlarının özlük haklarına ilişkin bir konu olduğundan, mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği, bu nedenle kuralın Anayasa'nın 2., 7., 8., 11., 123. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür.

Buna göre, yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için, temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer.

İptali istenilen kuralda, *“Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir”* denilmektedir. Buna göre, il özel idarelerince yapılacak veya yaptırılacak olan norm kadro çalışmasında esas alınacak olan ilke ve standartlar, İçişleri Bakanlığı ile Devlet Personel Başkanlığı'nca müştereken hazırlanacaktır.

Burada merkezi idare kurumlarına verilen görev ve yetki, il özel idarelerinin görevlerini yerine getirebilmeleri için ihtiyaç duydukları kadroların ihdas edilmesine ilişkin olmayıp, bu kadroların, il özel idarelerince nitelik ve nicelik olarak tespitinde hangi ölçütlerin esas alınacağını belirlenmesine ilişkindir. Norm kadro ilke ve standartlarının belirlenmesi de, ülke düzeyinde uygulama birliğinin ve uyumunun sağlanmasına yöneliktir.

Bu durum, yasada düzenlenmesi mümkün olmayan teknik bir zorunluluktan kaynaklandığından, merkezi idareye yetki verilmesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

b- Maddenin Altıncı Fıkrasının Son Tümcesinde Yer Alan “...kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya ...” İbaresini

Dava dilekçesinde, maddenin altıncı fıkrasının son tümcesinde, il özel idaresinde görevlendirilecek personelin kadrosunda izinli sayılacağı ve izinli sayılan memurun kadrosuna, o izinde iken bir başkasının atanabileceğinin veya kadrosunun kaldırılabilirliğinin öngörüldüğü, bu durumun izinli memurun kadrosuna ilişkin kazanılmış haklarının ihlali anlamına geleceği, bu nedenle altıncı fıkranın son tümcesinde yer alan “...kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya ...” biçimindeki ibarenin, hem hukuk devleti ilkesine, hem de Anayasa’nın 11. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa’nın 128. maddesinin ikinci fıkrasında, memurların ve diğer kamu görevlilerinin niteliklerinin, atanmalarının, görev ve yetkilerinin, haklarının ve yükümlülüklerinin, aylık ve ödeneklerinin ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği öngörülmüştür.

Buna göre, bir kamu kurum veya kuruluşundaki kadronun kaldırılıp kaldırılmayacağına, yani kadronun varlığını sürdürmesinde kamu yararının bulunup bulunmadığına, bu konuda kamu hizmetinin gereğinin ne olduğunun tespitine karar verme yetkisi, kamu görevlileri açısından özlük haklarının gözetilmesi koşuluyla, kadronun ait olduğu kamu kurum veya kuruluşunun hukuksal niteliğine bağlı olarak, ya bu kuruluşların yetkili organlarına ya da Yasakoyucuya aittir.

Diğer kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurların, kendilerinin isteği ve kurumlarının muvafakatiyle, buradaki kadrolarında izinli sayılarak il özel idarelerinde görevlendirilmeleri bazen çok uzun bir süreyi kapsayacağından, bu süre içinde söz konusu kadrolara, kamu hizmetinin gerekleri ile kamu yararının zorunlu kıldığı durumlarda atama yapılmış olması Anayasa’ya aykırılık oluşturmaz.

Öte yandan, iptali istenilen kuraldaki “durumlarına uygun” ifadesi ile kadroları kaldırılan devlet memurlarının eski sınıflarındaki derecelerine uygun, diğer bir deyimle buna eşit veya daha üst derecedeki yeni bir kadroya atanmalarının zorunlu kılındığı anlaşıldığından bir hak kaybı söz konusu değildir.

Belirtilen nedenlerle, iptali istenilen kurallarda Anayasa’nın 2. ve 128. maddelerine aykırılık görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

c- Maddenin Son Fıkrasının İlk Tümcesinde Yer Alan “... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının % 10’ unu ve ...” İbaresini

Dava dilekçesinde, maddenin son fıkrası hükmü ile il özel idaresi memurlarına, başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının % 10'unu geçmemek üzere, yılda en fazla iki ikramiye verilmesinin öngörüldüğü, oysa başarılı memur sayısının, toplam memur sayısının % 10'undan fazla sayıda olabileceği, böyle bir durumda aynı derecede başarılı olan memurların bir kısmı yılda iki kez ikramiye alabilirken, bir kısmının salt % 10 barajı nedeniyle, aynı derecede başarılı olmalarına rağmen ikramiye alamayacakları, bunun da, durumları aynı olanlar arasında farklı uygulamalar yapılması sonucunu doğurarak, Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılık oluşturacağı, bu nedenle maddenin son fıkrasının ilk tümcesinde yer alan ve “... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının % 10’ unu ve ...” biçimindeki ibarenin iptali gerektiği ileri sürülmüştür.

Anayasanın 10. maddesinde yer alan 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.

İptali istenilen ibarenin de içinde yer aldığı fıkrafta, sözleşmeli ve işçi statüsünde çalışanlar hariç olmak üzere, il özel idaresi memurlarına, başarı durumlarına göre toplam memur sayısının %10'unu ve Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayısının 20000 gösterge rakamı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere, çalıştıkları sürelerle (hastalık ve yıllık izinleri dahil) orantılı olarak, encümen kararı ile yılda en fazla iki kez ikramiye ödenebileceği, Büyükşehir belediyelerinin olduğu yerlerde gösterge rakamının 30000 olarak uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

Kuralla, il özel idarelerinde çalışan personelin niteliklerini ve buna bağlı olarak iş başarılarını artırmalarının teşvik edilmek istendiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, görevlerinde olağanüstü gayret ve çalışmalarıyla başarılı olan memurların tespiti, il özel idare memurlarını da kapsamına alan 657 sayılı Yasa'da gösterilmiş olan usule göre yapılacağından, bu tespitte keyfilikten söz edilemez. Ayrıca, ikramiye verilecek olanların toplam memur sayısının %10'u ile sınırlandırılması da Yasa koyucunun takdir alanı içindedir.

Öte yandan, bu tespitle yapılan sıralama sonucunda %10 grubuna giren memurlarla, %10'a giremeyen memurların başarı durumları gözetildiğinde,

kuralda Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırılık yoktur.

Belirtilen nedenlerle, iptali istenilen ibarede Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

13- 38. Maddenin İncelenmesi

Maddenin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının iptali istenilmiştir. Dava dilekçesinde, birinci fıkranın ilk tümcesinde öngörülen denetimde "teftiş ve soruşturma"nın dışlandığı, ayrıca burada göndermede bulunulan 5018 sayılı Kanunda da iç denetim kapsamında teftiş ve soruşturma fonksiyonlarına yer verilmediği, teftiş hizmetinin iç denetimden farklı olduğu, farklılığın, özellikle kamu hizmetlerinin sunumundaki usulsüzlüklerin ve yolsuzlukların ortaya çıkarılması, soruşturulması, bunların önlenmesi işlevi ile belirginlik kazandığı, gerek 5302 sayılı Yasa'nın 38. maddesinde ve gerekse 5018 sayılı Kanunda teftiş ve soruşturmadan hiç söz edilmediği, ne iç denetimin ne de dış denetimin teftiş ve soruşturma yetki ve görevini kapsamadığı, denetimle ilgili böyle bir düzenlemenin nihai amacının kamu yararı olmayacağına ortada olduğu, bu düzenlemenin denetimi etkisizleştirmek amacına yönelik olduğu, bunun da hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği; ikinci fıkra ile de kimi hükümleri henüz yürürlüğe girmemiş olan bir kanuna atıfta bulunulduğu, yürürlüğe girmemiş bir düzenlemeye dayanılarak, il özel idarelerinde iç ve dış denetim yapacaklara yetki ve görev vermenin yasama tekniğine uygun düşmediği, bu durumun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Bazı hükümlerinin iptali istenilen 38. maddede, il özel idarelerinin iş ve işlemleri üzerinde hukuka uygunluk ile mali ve performans yönünden, iç ve dış denetim olarak adlandırılan iki tür denetim yapılması ve bu denetimlerin, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yerine getirilmesi öngörülmektedir.

Kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolünü düzenleyen 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun, 63 ila 69. maddelerinde düzenlenen iç ve dış denetim, soruşturma ve tam anlamıyla teftiş fonksiyonlarını içermemekte ise de; 64. maddede, denetim sırasında veya

denetim sonuçlarına göre soruşturma açılmasını gerektirecek bir duruma rastlandığında, bunu ilgili idarenin en üst amirine bildirmek iç denetçinin görevleri arasında sayıldığından ve aynı Yasa'nın 77. maddesinde, malî yönetim ve kontrol sisteminin tümüyle zaafa uğradığı, belirgin yolsuzluk veya kamu zararına yönelik emarelerin ortaya çıktığı durumlarda; il özel idareleri için ilgili valinin talep etmesi veya doğrudan Başbakanın onayı üzerine İçişleri Bakanının, yetkili denetim elemanlarına, ilgili mahallî idarelerin tüm malî yönetim ve kontrol sistemlerini, malî karar ve işlemlerini mevzuata uygunluk yönünden teftiş ettireceği, bu teftişler sonucunda düzenlenecek raporların bir örneğinin İç Denetim Koordinasyon Kuruluna, bir örneğinin de gerekli işlemlerin yapılması için ilgili valiye gönderileceği öngörüldüğünden, il özel idarelerinin mali iş ve işlemleri üzerinde teftiş ve soruşturma yapılamayacağı gibi bir sonucun çıkarılması mümkün değildir.

Öte yandan 5302 sayılı Yasa'nın 38. maddesinde ayrıca, il özel idarelerinin mali işlemleri dışında kalan diğer idari işlemlerinin, idarenin bütünlüğüne ve kalkınma plânı ve stratejilerine uygunluğu açısından İçişleri Bakanlığı, vali veya görevlendireceği elemanlar tarafından da denetleneceği, 41. maddesinde de, denetimin yapılması ve faaliyet raporunun hazırlanması hususunda bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile diğer kanunların ilgili hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmış, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinde de, mahalli idarelerin seçilmiş veya tayin edilmiş organları ve bunların üyeleriyle diğer kamu görevlileri hakkında inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 81. maddesinde, diğer Kanunların bu Kanuna aykırı hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiş ise de, 5018 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırdığı hükümler, kapsamına aldığı kuruluşların malî yönetiminin yapısına ve işleyişine, bütçelerinin hazırlanmasına ve uygulanmasına, tüm malî işlemlerinin muhasebeleştirilmesine, raporlanmasına ve malî kontrolünün düzenlenmesine ilişkin konulardaki bu Kanuna aykırı hükümler olduğundan, İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın il özel idarelerinin mali işlemleri dışında kalan diğer idari işlemleri ile seçilmiş veya tayin edilmiş organları ve bunların üyeleriyle diğer kamu görevlileri hakkında inceleme, araştırma ve soruşturma yapma görev ve yetkileri varlığını sürdürmektedir.

Buna göre, iptali istenilen kurallarla, il özel idarelerinin mali işlemleri dışındaki idari işlemleri ile organ ve personeli üzerindeki teftiş ve

soruşturma fonksiyonlarının ortadan kaldırıldığı sonucunun çıkarılması da mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, 38. maddenin 1. fıkrasının “İl özel idarelerinde iç ve dış denetim yapılır.” tümcesi ile “İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır.” tümcesinden oluşan 2. fıkrasında Anayasa’nın 2. ve 11. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır.

İptal isteminin reddi gerekir.

14- 45. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, maddede, bütçenin kabulüne ilişkin il genel meclisi kararı üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisi ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmeyerek, doğrudan geçerliğinin sağlandığı, bunun da idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkeleriyle uyuşmadığı, dolayısıyla Anayasanın başlangıcı ile 2., 5., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrasında, bütçe tasarısının vali tarafından hazırlanıp, eylül ayı başında il encümenine sunulacağı, encümenin, bütçeyi inceleyerek görüşüyle birlikte kasım ayının birinci gününden önce il genel meclisine sunacağı, ikinci fıkrasında da il genel meclisinin, bütçe tasarısını yıl başından önce aynen veya değiştirerek kabul edeceği, ancak bütçe denkliğini bozacak biçimde gider artırıcı ve gelir azaltıcı değişiklikleri yapamayacağı belirtilmektedir.

İl özel idaresi bütçesi, mali yıl içindeki gelir ve gider tahminlerini gösteren, gelirlerin toplanmasına ve harcamaların yapılmasına izin veren bir il genel meclisi karardır. Nitekim 5302 sayılı Yasa’nın “İl özel idaresi bütçesi” başlıklı 44. maddesine ilişkin gerekçede, bütçe; stratejik planlar ile orta ve uzun vadeli hedeflere uygun olarak hazırlanan ve özel idare hizmetleri için gerekli ödeneklerin tahsis edildiği yerleri gösteren önemli bir belge olarak; 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 3. maddesinin (f) bendinde de, belirli bir dönemdeki gelir ve gider tahminleri ile bunların uygulanmasına ilişkin hususları gösteren ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan belge olarak tanımlanmıştır.

İptali istenilen maddede, bütçenin hazırlanması ve kabul edilmesi konuları düzenlenmiş, bütçenin kesinleşmesine ve yürürlüğe girmesine ilişkin olarak bir düzenleme yer almamıştır. Bunun nedeni, bütçenin bir il genel meclisi kararı olması nedeniyle il genel meclisinin diğer kararlarının kesinleşip yürürlüğe girmesi için öngörülen kuralların, bütçe için de geçerli olmasıdır.

Nitekim, 5018 Sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun 49., 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 48., 5393 Sayılı Belediye Kanununun

65. ve 5355 Sayılı Mahalli İdare Birlikleri Kanunu'nun 18 ve 22. maddelerine dayanılarak hazırlanan Mahalli İdareler Bütçe ve Muhasebe Yönetmeliği'nin 32. maddesinde de, bütçenin kesinleşmesi ve yürürlüğe girmesi konuları düzenlenmiş ve bütçenin, il genel meclisinin diğer kararları gibi kesinleşip yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. İl genel meclisi kararlarının kesinleşmesine ilişkin kurallar da, Yasa'nın 15. maddesinde düzenlenmiştir.

15. maddede merkezi idarenin vesayet yetkisinin kullanılmasına ilişkin olarak öngörülen usulün, 45. madde için de geçerli olacağı kuşkusuzdur. Bu nedenle bütçe konusunda vesayet yetkisinin kullanılmayacağından söz edilemez.

Belirtilen nedenle, 45. maddede Anayasanın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık görülmemiştir. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe, birinci fıkra yönünden Tülay TUĞCU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT; ikinci fıkra yönünde ise Tülay TUĞCU, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT katılmamıştır.

15- 47. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, maddede, kesin hesabın kabulüne ilişkin il genel meclisi kararı üzerinde merkezi idarenin vesayet yetkisi ile ilgili herhangi bir hükme yer verilmeyerek doğrudan geçerliliğinin sağlandığı, bunun da idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkeleriyle uyuşmadığı, dolayısıyla Anayasanın başlangıcı ile 2., 5., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

45. madde için belirtilen gerekçe bu madde için de aynen geçerlidir.

Bu nedenle, maddede Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşe, birinci fıkra yönünden Tülay TUĞCU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT; ikinci fıkra yönünden ise Tülay TUĞCU, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT katılmamıştır.

16- 48. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, il özel idaresi bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine ilişkin ilkeler konusunda genel kurallar düzenlenmeden, asli düzenleme yetkisinin yönetmeliğe bırakıldığı, oysa Anayasa'nın 8. ve 123. maddeleri uyarınca, Anayasa'da gösterilen ayrıksı haller dışında idarenin asli düzenleme yetkisinin bulunmadığı, bu durumun Anayasa'nın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddede, il özel idaresi bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usullerin, Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir.

İl özel idare bütçelerinin hazırlanması, uygulanması ve kontrolünde uyulması gereken ilkeler, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 13. maddesi ile 5302 sayılı Yasa'nın ilgili maddelerinde belirtilerek, bu konuya ilişkin gerekli çerçeve ve sınırlar çizilmiş bulunmaktadır.

İptali istenilen maddede İçişleri Bakanlığı'nca çıkarılacak yönetmelikle düzenlenmesi öngörülen konular, bütçenin hazırlanmasından kabulüne kadar geçen evredeki, biçim ve süre koşulları gibi yöneme ve bütçe tekniğine ilişkindir. Dolayısıyla, maddede İçişleri Bakanlığı'na verilen yetkinin, tamamen teknik nitelikteki muhasebe sistemine ilişkin olarak öngörülen konuları içereceği açıktır.

Bu nedenle, kuralda Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

17- 51. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, maddede, il özel idarelerinin borçlanma ve tahvil ihracı kararları üzerinde valinin onayı gibi bir uygulamadan, yani vesayet yetkisinin kullanımından söz edilmediği, bunun da idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkeleriyle uyuşmadığı, dolayısıyla Anayasanın başlangıcı ile 2., 5., 11., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin birinci fıkrası hükmüyle, il özel idaresi ile bağlı kuruluşlarına, görev ve hizmetlerinin gerektirdiği giderleri karşılamak amacıyla, ilgili diğer mevzuatta öngörülen koşullarla iç ve dış borçlanma yapabilme, bu kapsamda tahvil ihraç edebilme yetkisi verilmektedir. Verilen yetki, sınırsız bir borçlanma yetkisi olmayıp, bazı koşullara bağlanmış, çeşitli aşamalarında, çeşitli şekillerde merkezi yönetimin denetimine tabi tutulmuş, sınırlı bir borçlanma yetkisidir.

Fıkarda, il özel idarelerinin dış borçlanması ve tahvil ihraçları sadece yatırım programında yer alan projelerle sınırlandırılmış, dış borçlanmanın 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde, tahvil ihracının da iç ve dış piyasa ayırımı yapılmadan, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca yapılacağı öngörülmüş; iç borçlanmaya karar verme yetkisi bütçe gelirine bağlanarak, bütçe gelirinin % 10'una kadar olan iç borçlanmaların meclis kararı, % 10'un üzerindeki borçlanmaların ise meclisin üçte iki çoğunlukla vereceği kararın İçişleri

Bakanlığınca onayı ile yapılması mümkün kılınmış; il özel idaresi ve bağlı kuruluşlarının iç ve dış borç stokunun ana para ve faiz tutarının, en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının Vergi Usul Kanununda belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırım sonucu bulunacak miktarın iki katına ulaşması durumunda yeni borçlanmaya izin verilmemiştir.

Fıkranın (a) bendine göre, il özel idareleri, dış borca, sadece yatırım programında yer alan projelerin finansmanı amacıyla ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde başvurabilecektir. Dış borçlanma özü itibarıyla bir kamu finansmanı konusudur. Bu konuda il özel idarelerinin uymaları gereken ilkeler, 5302 sayılı Yasa ile 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer almıştır.

İl özel idarelerinin, tahvil ihraçları da dahil olmak üzere, hangi türden olursa olsun, yapacakları tüm dış borçlanmalar, söz konusu yasa ve yönetmeliklerde öngörülen usule tabi olacaktır.

Fıkranın (b) bendinde, İller Bankasından yatırım kredisi ve nakit kredi kullanan il özel idaresinin, ödeme plânını bu bankaya sunmak zorunda olduğu, İller Bankasının, hazırlanan geri ödeme plânını yeterli görmemesi halinde il özel idaresinin kredi isteklerini reddedeceği belirtilmektedir. İl özel idarelerinin İller Bankasından kullanacakları krediler, bir iç borçlanma olduğundan, bu borçlanma türüne ilişkin koşullara tabi olacaktır.

Fıkranın (c) bendinde, yukarıda da değinildiği üzere, tahvil ihracının, iç ve dış piyasa ayırımı yapılmadan, ilgili mevzuat hükümleri uyarınca ve sadece yatırım programında yer alan projelerin finansmanı için yapılacağı öngörülmüştür. 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile konuya ilişkin diğer kanunlardaki hükümlerin burada da uygulanacağı açıktır.

Fıkranın (d) bendinde, il özel idarelerinin iç ve dış toplam borç stoklarının en fazla ne kadar olabileceği belirtilmektedir. Buna göre, İl özel idaresi ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin faiz dahil iç ve dış borç stok tutarı, en son kesinleşmiş bütçe gelirleri toplamının 213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirlenen yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarını aşamayacaktır. Bu miktar büyükşehir belediyesi bulunan illerin özel idareleri için bir buçuk kat olarak uygulanacaktır.

Fıkranın (e) bendinde, İl özel idaresi ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin, en son

kesinleşen bütçe gelirlerinin, 213 sayılı Vergi Usul Kanununda belirlenen yeniden değerlendirme oranıyla artırılan miktarının yılı içinde toplam %10'unu geçmeyen iç borçlanmayı il genel meclisinin kararı; %10'u geçen miktarlar için meclis üye tam sayısının salt çoğunluğunun kararı ve İçişleri Bakanlığının onayı ile yapabileceği öngörülmüştür.

Fıkranın (f) bendinde, il özel idarelerinin ileri teknoloji ve büyük tutarda maddi kaynak gerektiren alt yapı yatırımlarında Devlet Plânlama Teşkilatı Müsteşarlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca kabul edilen projeleri için yapılacak borçlanmaların, borç stoku miktarının hesaplanmasında dikkate alınmayacağı; ayrıca dış kaynak gerektiren projelerde Hazine Müsteşarlığının görüşünün alınacağı öngörülmüştür.

Buna göre, il özel idaresi ve bağlı kuruluşları ile bunların sermayesinin %50'sinden fazlasına sahip oldukları şirketlerin borçlanmasına ilişkin incelenen fıkrada, 5302 sayılı Yasa'nın öngördüğü vesayet yetkisinin kullanılmasının yanı sıra, merkezi yönetimin de denetim veya katılımının öngörülmesi nedeniyle, vesayet yetkisinin kullanılmasının öngörülmediğinden söz edilemez.

Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada belirtilen usul ve esaslara aykırı olarak borçlanan il özel idaresi yetkilileri hakkında, fiilleri daha ağır bir cezayı gerektirmeyen durumlarda Türk Ceza Kanunu'nun 240. maddesi hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 29. maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, yasaların, kanun hükmünde kararnamelerin ve TBMM İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırılığı konusunda ilgililer tarafından ileri sürülen gerekçelere dayanmak zorunda değildir. İstemle bağlı kalmak koşuluyla başka gerekçe ile de Anayasa'ya aykırılık kararı verebilir.

Dava dilekçesinde, itiraz konusu kuralın, Anayasanın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılığı ileri sürülmüş ise de, kuralın ilgisi nedeniyle Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de incelenmesi uygun görülmüştür.

Anayasa'nın 38. maddesinde, kimsenin işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı, kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir cezanın verilemeyeceği ve ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı belirtilmektedir.

Yasakoyucu, belirtilen ilkeler ile ceza hukukunun genel ilkelerini ve kamu yararını gözetererek hangi eylemlerin suç sayılacağını, bu suçlara ne miktar ve ne çeşit ceza verileceğini, hangi cezaların nasıl uygulanacağını saptayabilir.

Buna göre, il özel idare yetkililerinin de kamu görevlisi olmaları nedeniyle, borçlanma ilkelerine aykırı hareketleri için, haklarında Türk Ceza Kanunu'nun 240. maddesinin uygulanacağını öngörülmesinin Anayasa'ya aykırılığından söz edilemez.

Maddenin son fıkrasında, il özel idarelerinin varlık ve yükümlülüklerinin ayrıntılı bir şekilde yer aldığı malî tablolarının, üçer aylık dönemler halinde İçişleri ve Maliye bakanlıkları ile Devlet Plânlama Teşkilatı ve Hazine müsteşarlıklarına gönderilmesinin öngörülmesi, vesayet yetkisinin kullanılmasına olanak sağladığından, kuralın tekil devlet ve idarenin bütünlüğü ilkelerine aykırı olduğu söylenemez.

Belirtilen nedenlerle, 5302 sayılı Yasa'nın 51. maddesinde Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 38., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Bu görüşlere, maddenin birinci fıkrası yönünden Osman Alifeyyaz PAKSÜT katılmamıştır.

18- 52. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçelerinde, 52. maddede yer alan düzenleme ile il özel idarelerine yüklenilen tüm hizmetlerin şirketler kurularak, görülmesine olanak sağlandığı, bunun anlamının herhangi bir sınırlama ve hizmetler arasında herhangi bir ayırım yapılmadan, yerel nitelikteki tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi şirketler aracılığı ile yapılabilir hale gelmesi olduğu, il özel idaresinin "kamu gücü" ve "kamu otoritesi" kullanarak yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetlerine ilişkin görevlerin bütünüyle, hiçbir sınırlama olmadan şirketler eliyle yürütülmesinin veya bu kamu hizmetlerinin idari bir işlemle özel hukuk kişisine devredilmesinin, yerel yönetimlerin amacına ve varlık nedenine aykırı olduğu, ayrıca hangi hizmetleri görmek üzere şirket kurulabileceğinin belirtilmemesinin özelleştirme ilkeleriyle de çelişeceği, bu nedenle maddenin, Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 11., 47., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddede, il özel idarelerine, kendilerine yüklenilmiş olan görev ve hizmet alanlarında ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurabilme olanağı verilmektedir.

Anayasa'nın devletleştirme ve özelleştirmeye ilişkin 47. maddesinin son fıkrası, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilceğinin veya devredilebileceğinin kanunla belirleneceğini öngörmektedir.

İptali istenilen kural, il özel idarelerinin kendilerince yürütülen veya yürütülmesi öngörülen hizmetlerden hangilerini özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceklerini veya devredebileceklerini değil, kendi görev ve hizmet alanlarında, il genel meclislerince alınan kararlarla ve bazı idari koşulları yerine getirerek, "özel hukuk tüzel kişisi" biçiminde, etkinlikleri tamamen özel hukuk kurallarına göre gerçekleştirilen, özel hukuk kişileri gibi yönetilen sermaye şirketi kurabileceklerini öngörmektedir.

Bu nedenle kuralın Anayasa'nın 47. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

Öte yandan, Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrası hükmü, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini zorunlu kılmaktadır.

Buna göre, iptali istenilen kuralda il özel idarelerince kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının, il özel idarelerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki (piyasa şartlarının gözetileceği) görev ve hizmetler olacağına kuşku bulunmamaktadır.

Bu nedenle, il özel idarelerinin Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen mahalli müşterek ihtiyaçlardan Anayasa'nın 128. maddesi kapsamı dışında kalanlarını sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülebileceği sonucuna varıldığından, 52. madde hükmü Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 123., 126. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

19- 54. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralla yürütmeye asli düzenleme yapma yetkisi tanındığı, söz konusu yetki devrinin Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

54. maddenin iptali istenilmemiş olan birinci fıkrasında, 4749 sayılı Kanun kapsamındaki Hazine alacakları hariç olmak üzere, il özel idaresinin, genel bütçeli kuruluşlardan, sosyal güvenlik kuruluşlarından, mahalli idarelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarından olan özel hukuk ve kamu hukukuna tabi alacak ve borçlarının takas ve mahsup edileceği, iptali istenilen ikinci fıkrasında da bu madde gereğince yapılacak takas ve mahsup işlemlerine ilişkin esas ve usullerin, İçişleri Bakanlığının olumlu görüşü alınarak, Maliye Bakanlığı tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisince kullanılacağı ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmektedir.

Buna göre, yürütme organına, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütme organına, ancak, temel kurallar konulup, çerçeve çizildikten sonra, uygulamaya dönük ayrıntılar ile uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesi bırakılabilir.

54. maddenin iptali istenilmeyen birinci fıkrasında, takas ve mahsup işlemlerinin, hangi kamu kurum ve kuruluşları arasında, hangi alacak ve borçlar için yapılacağı belirtilmiş bulunduğundan, iptali istenilen ikinci fıkrada, söz konusu takas ve mahsup işlemlerinin uygulanmasına dönük ayrıntıların yönetmeliğe bırakılmasında Anayasa'nın 2., 6., 7. ve 8. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

22.2.2005 günlü, 5302 sayılı "İl Özel İdaresi Kanunu"nun:

A) 1- 10. maddesinin (h) bendine,

2- 15. maddesinin;

a- İkinci fıkrasının " ... ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar ..." bölümüne,

b- Üçüncü fıkrasının " ... on gün içinde ..." sözcükleri dışında kalan bölümüne,

ilişkin iptal hükümlerinin yürürlüğe girmesinin ertelenmesi nedeniyle bu bend ve bölümlerin yürürlüğünün durdurulması isteminin REDDİNE,

B- 1- 3. maddesine,

2- 6. maddesinin birinci fıkrasının;

a- (a) bendinde yer alan “Sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskân”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “sosyal hizmet ve yardımlar”, “ile diğer” sözcüklerine,

b- (b) bendinde yer alan “çevre” sözcüğüne,

3- 7. maddesine ve bu maddenin başlığındaki “imtiyazları” sözcüğüne,

4- 10. maddesinin (h) bendi dışında kalan bölümüne,

5- 11. maddesine,

6- 13. maddesine,

7- 15. maddesinin;

a- Birinci fıkrasına,

b- İkinci fıkrasının “ ... ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar ...” bölümü dışında kalan bölümüne,

c- Dördüncü fıkrasına,

8- 18. maddesine,

9- 25. maddesine,

10- 34. maddesine,

11- 35. maddesine,

12- 36. maddesinin,

a- Birinci fıkrasının ilk tümcesine,

b- Altıncı fıkrasının son tümcesinin “...kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya ...” bölümüne,

c- Son fıkrasının ilk tümcesinin “... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının % 10’ unu ve ...” bölümüne,

13- 38. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasına,

14- 45. maddesine,

15- 47. maddesine,

16- 48. maddesine,

17- 51. maddesine,

18- 52. maddesine,

19- 54. maddesinin ikinci fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 18.1.2007 günlü, E. 2005/32, K. 2007/3 sayılı kararla reddedildiğinden, bu madde, fıkra, bend, bölüm ve sözcüklere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN REDDİNE,

C- 1- 6. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “kültür”, “turizm”, “gençlik ve spor” sözcükleri,

2- 15. maddesinin üçüncü fıkrasının “... on gün içinde ...” sözcükleri, hakkında 18.1.2007 günlü, E. 2005/32, K. 2007/3 sayılı kararla karar verilmesine yer olmadığına karar verildiğinden, bu sözcüklere ilişkin YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ HAKKINDA KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA,

18.1.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VII- İPTAL HÜKMÜNÜN YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa’nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*” denilmektedir. 2949 sayılı Yasa’nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmakta, maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi’nin, iptal sonucunda meydana gelecek hukuksal boşluğu, kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici mahiyette görmesi halinde, dördüncü fıkradaki hükmü uygulayacağı belirtilmektedir.

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun, 10. maddesinin (h) bendi ile 15. maddesinin ikinci fıkrasının, “... ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar ...” ibaresinin ve üçüncü fıkrasının “*Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabilir.*” hükmünün iptali nedeniyle doğan hukuksal boşluk, kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, iptal kararının, kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

22.2.2005 günlü, 5302 sayılı “İl Özel İdaresi Kanunu”nun:

A- 3. maddesinin;

1- (a) bendinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (b) bendinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 6. maddesinin birinci fıkrasının;

1- (a) bendinde yer alan;

a- “Sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskân”, “sosyal hizmet ve yardımlar”, sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER ile Şevket APALAK’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “ile diğer” sözcüklerinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Fulya KANTARCIOĞLU’nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (b) bendinde yer alan;

a- “kültür”, “turizm”, “gençlik ve spor” sözcükleri, 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 85. maddesinin (e) bendi ile bent metninden çıkarıldığından, bu sözcükler hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- “çevre” sözcüğünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER ile Şevket APALAK’ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

C- 7. maddesinin;

1- Başlığındaki “imtiyazları” sözcüğünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- Birinci fıkrasının;

a- (b) bendinin ve (d) bendinde yer alan “Borç almak ...” ibaresinin, Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 10. maddesinin;

1- (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (h) bendinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Sacit ADALI, A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Diğer bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 11. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının;

a- Üçüncü tümcesinde yer alan "... meclis başkanını, ..." sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

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

3- Üçüncü fıkrasının;

a- " Meclis başkanlığı ..." sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR'ün karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- Dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 13. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

G- 15. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci fıkrasının;

a- “ ... ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar ...” bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER ile Serruh KALELİ’nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

3- Üçüncü fıkrasının;

a- “... on gün içinde ...” sözcükleri, 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 85. maddesinin (e) bendi ile fıkra metninden çıkarıldığından, bu sözcükler hakkında KARAR VERİLMESİNE YER OLMADIĞINA, OYBİRLİĞİYLE,

b- Kalan bölümünün Anayasa’ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, A. Necmi ÖZLER ile Serruh KALELİ’nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

4- Dördüncü fıkrasının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 18. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci fıkrasının;

a- Birinci tümcesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

b- İkinci tümcesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Üçüncü ve dördüncü fıkralarının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

4- Beşinci fıkrasının Anayasa’ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT’ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

I- 25. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, A. Necmi ÖZLER ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- Üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

J- 34. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

K- 35. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının;

a- " ... genel sekreterlik, ..." sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- Kalan bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- İkinci, üçüncü, dördüncü ve beşinci fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU'nun karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

L- 36. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının ilk tümcesinin,

2- Altıncı fıkrasının son tümcesinin "...kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya ..." bölümünün,

3- Son fıkrasının ilk tümcesinin "... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının % 10' unu ve ..." bölümünün,

Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

M- 38. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

N- 45. maddesinin,

1- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

O- 47. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- İkinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

Ö- 48. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

P- 51. maddesinin;

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

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

R- 52. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

S- 54. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

Ş- İptal edilen fıkra, bent ve bölümün doğuracağı hukuksal boşluk kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince İPTAL HÜKÜMLERİNİN, KARARIN RESMİ GAZETEDE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

18.1.2007 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY YAZISI

22.2.2005 günlü, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'nun bazı maddelerinin iptali istemiyle Cumhurbaşkan ve 116 milletvekili tarafından açılan davalar birleştirilerek incelenmiştir.

1913 tarihli İdare-i Umumiyei Vilayet Kanunu ile bu Kanun'da bazı değişiklikler öngören 1987 tarihli 3369 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu'ndan sonra, 1982 Anayasası'nın 127. maddesinde öngörülen ilkeler çerçevesinde ve kamu yönetimi reformu anlayışı ile düzenlendiği anlaşılan 5302 sayılı Yasa'nın, genel sistematığıyla birlikte dava konusu maddeleri incelendiğinde önceki yasalardaki düzenlemelere büyük ölçüde bağlı kalınarak merkezi yönetimle yerel yönetim ilkelerinin karışık ve karmaşık bir biçimde uygulandığı, bu nedenle Anayasa'nın öngördüğü merkezi yönetim ve yerinden yönetim ilkeleri ile idari vesayet denetiminin çerçevelerinin belirlenemediği anlaşılmaktadır. Şöyle ki;

Anayasa'nın 123. maddesinde idarenin kuruluş ve görevleriyle bir bütün olduğu belirtilirken bu kuruluş ve görevlerin merkezden yönetim ve yerinden yönetim esaslarına dayanacağı öngörülmüştür. Bu esaslara dayalı olarak Anayasa'nın 126. maddesinde merkezden yönetim, 127. maddesinde yerinde yönetim ilkeleri belirlenmiştir.

Anayasa'nın Mahalli İdareler başlıklı 127. maddesinde tanımlanan mahalli idareler, il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere, kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir. Bu bağlamda yerel yönetimlere idari ve mali özerlik verilmesine karşın, idarenin bütünlüğü ilkesinin gereği olarak 127. maddenin beşinci fıkrası ile merkezi idareye kamu yararının korunması, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, yerel ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisi tanınmıştır.

İl İdaresi Kanunu'nun 9. maddesine göre ilde merkezi idarenin temsilcisi valilerdir ve bu nitelikleri itibariyle merkezi idare adına il özel idarelerinin vesayet yoluyla denetlenmesi görevi de onlara aittir.

Buna karşın 5302 sayılı Yasa'nın 3. maddesinin (b) bendinde il özel idaresinin organları sayılırken merkezi idarenin temsilcisi olan il valisi özel idarenin icra organı olarak gösterilmiş,

18. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinde, meclis üyelerinin il özel idaresi işleriyle ilgili konularda sözlü ve yazılı soru sormasına ve sorunun vali veya görevlendireceği kişi tarafından cevaplandırılacağına ilişkin düzenleme yapılmış,

25. maddesinde, il valisine, encümen başkanlığı görevi verilerek il genel meclisi emirlerini uygulayan bir icra organı durumuna getirilmiş ve bu nedenle ilgili birim amirlerinden görüş almasına olanak sağlanmış,

35. maddesinde, il özel idaresi teşkilatında genel sekreterliğin bulunacağına ve vali adına, onun emirleri yönünde hizmetler yürüteceğine, ilin nüfus durumuna göre genel sekreter yardımcılığı kadrosu ihdas edileceğine ilişkin ve ilçelerde yine merkezi idare temsilcisi olan kaymakama bağlı ilçe özel idare teşkilatı oluşturabileceğine olanak sağlayan, düzenlemeler getirilmiş,

45. maddesinde, vali tarafından hazırlanacak bütçenin il genel meclisi tarafından aynen veya değiştirilerek kabul edileceği öngörülmüş,

47. maddesinde, kesinhesabın vali tarafından encümene sunulacağı hükme bağlanmıştır.

Bütün bu düzenlemeler ile il valisinin yasal statüsü, konumu ve görevleri birbirine karıştırılmış valinin, bir taraftan merkezi idarenin temsilcisi olarak Anayasa'nın 127. maddesinin gereği idarenin bütünlüğü ilkesine uygun, kamu görevlerinde birliğin sağlanması amacına yönelik biçimde vesayet denetimi yetkisini kullanması istenirken, diğer taraftan aynı

vali il özel idaresinin icra organı olarak kabul edilerek denetlemek durumunda olduğu il genel meclisinin aldığı kararları uygulamak zorunda bırakılmıştır. Nitekim, gerektiğinde meclisin sorularına cevap vermek, bütçeyi yapmak gibi icra görevleri verilmek suretiyle vesayet denetimi yapması beklenen valinin, özel idarenin memuru haline getirilmiş olması bu anlayışın sonucudur.

Belirtilen düzenlemeler, Anayasa’da öngörülmeyen bir idari yapı oluşturduğundan, bu düzenlemelerin Anayasa’nın 123. maddesindeki “idare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür” ilkesini valilerin etkin bir vesayet denetimi ile gerçekleştirmesi mümkün görülmediğinden Anayasa’ya uygun olduğu düşünülemez.

5302 sayılı Özel İdare Kanunu’nun 3. maddesinin (b) bendinin, 18. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesinin, 25. maddesinin tamamının, 35. maddesinin tamamının, 45. maddesinin birinci fıkrasının, 47. maddesinin birinci fıkrasının yukarıda belirttiğim gerekçelerle Anayasa’nın 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu, iptali gerektiği düşüncesi ile kararın bu maddelere ilişkin kısmına katılmıyorum.

Başkan
Tülay TUĞCU

KARŞIOY

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 15. maddesi ile ilgili A. Necmi ÖZLER’in karşıoyundaki 3 nolu bölüme aynen katılıyorum.

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

KARŞIOY

E.2005/32, K.2007/3 sayılı dosyayla ilgili iptal dâvâsında 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 10. maddesinin (h) bendinde öngörülen il genel meclislerine vergi, resim ve harç dışında kalan ve miktarı beş milyardan yirmibeş milyar liraya kadar ihtilâf konusu olan özel idare alacaklarının anlaşma ile tasfiyesine karar verme yetkisi, aynı Kanunu’nun 7. maddesindeki il özel idaresine tanınandan daha geniş olduğu ve yasallık ilkesini zedelediği gerekçesiyle iptal edilmiş bulunmaktadır.

Kanunun 7. maddesiyle il özel idaresine genel hatları çizilmiş yetki ve imtiyazlar verilmiştir. (e) bendinde yer alan “dava konusu uyuşmazlıklar” tabirinin 10. maddenin (h) bendinde “ihtilâf” konusuna dönüşmüş olmasında, Kanunun genel maksadı açısından bakıldığında bir tezat görülmemektedir. Gaye, anlaşmazlıkları sulhen çözmek ve tasfiye etmektir. Mevzûatta yer alan bu dostâne çözüm tarzı elbette ki uzun süreli yargı işlemlerinden daha az maliyetlidir. Bir işden maksat ne ise hükmün de ona göre olacağı genel hukuk kurallarındandır.

(e) ve (h) bentleri aynı amaca yöneliktir, 7. maddede verilen yetki 10. madde ile genişletilmiş değildir; ihtilâfı, meseleyi, anlaşmazlığı, derdi, dâvâyı, sorunu bir an önce pratik olarak çözmeye yöneliktir, hantal bürokrasinin, belirlenen miktarlar arasında inisiyatif kullanarak, esnek, kıvrak, dinâmik hâle getirilmesidir. Meselâ 7. maddenin (d) bendinde il özel idaresine verilen “borç almak ve bağış kabul etmek” yetkisi il genel meclisine 10. maddenin (d) bendinde “borçlanmaya karar vermek” ile (g) bendinde “şartlı bağışları kabul etmek” şeklinde iki ayrı yerde, farklı tarzda ve farklı tabirlerle belirlenmiştir. Aynen burada olduğu gibi, öyle anlaşılmaktadır ki, bu fark 7. maddedeki il özel idaresine tanınan yetki ve imtiyazlarla 10. maddede il genel meclisine verilen görev ve yetkilerin kelimesi kelimesine aynı şekilde olmasından kaçınma gibi bir yazım üslûbundan kaynaklanmaktadır. İl genel meclisi kendisine kanunla verilen bir yetkiyi kullandığından kuralın iptal edilmemesi gerekir.

Öte yandan, 15. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki kuralların iptal edilmemesine ilişkin dört üyenin belirttiği karşıoy gerekçelerine de uyuyor ve çoğunluğun iptal kararına katılmıyorum.

Üye
Sacit ADALI

KARŞIOY GEREKÇESİ

I- 5302 Sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun 6. maddesinin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerinde il özel idaresinin mahalli müşterek nitelikte olmak koşuluyla il sınırları içinde ve dışında yapmakla görevli ve yetkili kılındığı hizmet alanlarının bir bölümü somut olarak gösterilmesine karşın, bir bölümü soyut biçimde sadece hizmetin konusundan söz edilerek belirlenmiştir.

Anayasa’nın 127. maddesine göre, mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkileri yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla

düzenlenir. Bu kural uyarınca, bir yerel yönetim kuruluşu olan il özel idaresinin görev ve yetkilerinin de yasayla düzenleneceği açıktır. Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında belirtildiği gibi, Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda, yasa'da temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın yönetimin düzenlenmesine bırakılmaması gerekir. Yürütme organına, kimi zaman yasama organının iradesinin aşılabilmesine olanak verecek kadar geniş bir alan bırakılması, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetki olduğundan Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda yasa ile yürütmeye genel nitelikte yetki verilemez. Bu durum, yürütmenin yasallığı ilkesinin de gereğidir.

Yasa'nın 6. maddesinde il özel idaresinin görev ve yetkileri sayılırken il sınırları içinde sağlık, tarım, sanayi ve ticaret, bayındırlık ve iskân, toprağın korunması, erozyonun önlenmesi, sosyal hizmet ve yardım konuları ile ilk ve orta öğretim kurumlarının ihtiyaçları yönünden "ile diğer" sözcüklerinin il sınırları dışında ise "çevre" konusundan söz edilerek bu alanlardaki hizmetlerin, mahalli müşterek ihtiyaç olması koşuluyla yerel yönetimlerce yerine getirileceğinin öngörülmesi, o hizmetin mahalli müşterek ihtiyaç olarak belirlendiği anlamına gelmez. Aynı hizmet alanlarında, merkezi idareye de verilen görevler bulunduğundan mahalli müşterek ihtiyaç sınırının somut olarak belirlenmesi gerekir. Bunun yapılmaması halinde yasayla düzenleme ilkesinin gereği yerine getirilmiş olmayacağı gibi yerel yönetimlerle merkezi idare arasında yetki aşımına da yol açılabilecektir.

Bu nedenlerle Yasa'nın 6. maddesinde yer alan dava konusu bölümler Anayasa'nın 7. ve 127. maddelerine aykırıdır.

II- 5302 Sayılı Yasa'nın 15. maddesinin ilk fıkrasında, il genel meclisi tarafından alınan kararların tam metninin en geç beş gün içinde valiye gönderileceği; valinin, hukuka aykırı gördüğü kararları yedi gün içinde gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere il genel meclisine iade edebileceği; valiye gönderilmeyen meclis kararlarının yürürlüğe girmeyeceği; ikinci fıkrasında, yeniden görüşülmesi istenilmeyen kararlar ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararların kesinleşeceği; üçüncü fıkrasında, valinin, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği belirtilmektedir. Böylece valiye il genel meclisi kararları

üzerinde idari vesayet yetkisi; bununla birlikte davada menfaat ilişkisi gibi bir ön koşul da aranmaksızın genel hükümlere göre yargıya başvurma olanağı tanınmaktadır.

Yerel yönetimlerin kendileri dışında başka idari makamlar tarafından kanunların öngördüğü yetki ve kapsam içinde denetlenmeleri yetkisini içeren idari vesayet, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Bu yetkinin anayasada belirtilen amaç ve çerçeve içinde kalmak koşuluyla kapsam ve sınırının belirlenmesi yasakoyucunun takdiri içinde bulunduğundan yerel yönetimlerin tüm işlemlerinin idari vesayete bağlı tutulmasının anayasal bir gereklilik olduğu ileri sürülemez. Yerel yönetimlerin özerkliği asıl olup Anayasa ile güvence altına alındığından bu özerkliği ortadan kaldıracak veya etkisiz kılacak düzenlemeler Anayasa'ya aykırılık oluşturur.

Dava konusu 15. madde ile il genel meclisi kararlarının beş gün içinde valiye gönderilmesi zorunluluğu getirilmesi, valiye hukuka aykırı gördüğü kararları yedi gün içinde geri çevirme yetkisi tanınması, valiye gönderilmeyen kararların yürürlüğe giremeyeceğinin öngörülmesi ayrıca vali tarafından geri çevrilen kararların olağan karar yeter sayısından farklı olarak ancak üye tam sayısının salt çoğunluğu ile kesinleşeceğinin kabul edilmesi, valinin il genel meclisi üzerinde bu idarelerin özerkliklerini etkisizleştirmeyecek ölçüde vesayet yetkisine sahip olduğunu göstermektedir. Valinin, genel hükümlere göre yargıya başvurusu olanaklı iken, Madde'de, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği özellikle vurgulanarak dava ehliyetinin araştırılmasına da gerek bırakmayacak biçimde yargısal denetim yolunun gösterilmesi de dikkate alındığında, valinin il genel meclis kararları üzerinde, koşulları oluştuğunda yargısal denetimle de sonuçlanabilecek etkili bir vesayet yetkisi bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Bu nedenlerle 15. madde ile yeterli bir idari denetim sağlanmadığı yolundaki görüşlere katılmak olanaklı değildir.

III- 5302 Sayılı Yasa'nın dava konusu 52. maddesinde "il özel idaresi kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilir" denilmektedir.

Anayasa'nın 6. maddesine göre hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağından il özel idarelerinin de sermaye şirketi kurabilmelerine izin verilebilmesi için, bunun anayasal dayanağının bulunması gerektği açıktır.

Anayasa'nın 127. maddesinde, Mahalli İdarelerin; 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, 128. maddesinde de "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmektedir.

İl özel idarelerinin özel hukuk hükümlerine göre sermaye şirketi kurarak ticaretle uğraşmalarının, mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamında bulunmadığı, bunların genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiği açıktır. Bu durumda, il özel idarelerinin Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında üstlendikleri kamu hizmetlerinin, özel hukuk tüzel kişileri olan sermaye şirketleri tarafından yürütülmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesine veya devredilebilmesine, bunların hangileri olduğunun kanunla belirlenmesi koşuluyla olanak tanınmakta ise de söz konusu kamu tüzelkişilerinin, kuracakları sermaye şirketleri ile bu hizmetleri doğrudan yürütmelerine izin verilmemektedir. Buna göre, il özel idarelerinin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında sermaye şirketi kurmalarının anayasal dayanağı bulunmadığı gibi bu konuda anayasal boşluktan söz etme olanağı da yoktur. Anayasa, bir alanı düzenlemiş, usul ve esaslarını belirlemişse bu konuda ayrıca bir yasak konulmasına gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu 52. maddede, il özel idarelerinin kendilerine verilen görev ve hizmetlerden genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri özel hukuk hükümlerine göre kuracakları şirketler aracılığıyla yürütmelerine engel bulunmamasına karşın, çoğunluk gerekçesinde bir ayırım getirilerek il özel idarelerinin ancak söz konusu görev ve hizmetler dışındaki alanlarda şirket kurabileceklerinin kabulü bu konuda hiçbir sınır

getirmeyen madde içeriği ile bağdaşmamaktadır. Yorum ancak var olan bir kural için yapılabileceğinden Madde'ye, yorum yolu ile içeriğinde olmayan bir anlamın yüklenmesi olanaklı değildir. Bu yola başvurulması da, Kural'ın Anayasa'ya aykırı olduğunu göstermektedir.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 47., 127. ve 128. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılan Yasa'nın 52. maddesinin iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞIOY YAZISI

1. Yasanın 6. maddesinde, il özel idaresi “mahalli müşterek nitelikte” olmak şartıyla “sağlık, tarım, sanayi ve ticaret...bayındırlık ve iskan...sosyal hizmet ve yardımlar...” konusundaki hizmetleri il sınırları içinde, “çevre” konusundaki hizmetleri ise belediye sınırları dışında yapmakla görevli ve yetkili kılınmıştır.

Anayasanın 127. maddesinde 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 tüzel kişileri olarak tanımlanmıştır. Bu duruma göre, mahalli idarelerin görev ve yetki alanının sınırını “mahalli müşterek ihtiyaç” ölçütü oluşturmaktadır. Ancak, Anayasada bu kavram tanımlanmamış, il, belediye ve köy halkının yerel ortak ihtiyaçlarının neler olduğunun belirlenmesi yasakoyucuya bırakılmıştır. Yasakoyucunun da yerel yönetimlerin bu görevlerini somut olarak belirlemesi gerekir. Yasada yalnız “mahalli müşterek ihtiyaç olmak şartıyla” denilmesi, maddede belirtilen görevlerin mahalli müşterek ihtiyaç olarak belirlenmiş olduğu anlamına gelmez. Toprağın korunması ve erozyonun önlenmesi, yerel yönetimlerin görev alanı olarak belirlenen coğrafya esas alınarak somutlaştırılabilir ise de, yukarıda sayılan konulardaki görevlerin niteliği bu hizmetlerin merkezi yönetim ile yerel yönetimlerin görev alanları ayrıştırılarak yasada belirtilmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, yukarıda sayılan hizmetlerle ilgili düzenleme Anayasanın 127. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2. 5302 sayılı Yasanın il özel idaresinin genel olarak yetkilerinin düzenlendiği 7. maddesinin (e) bendinde bu idareye “Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı yirmibeşmilyar Türk Lirasına kadar olan dava konusu uyuşmazlıkların anlaşmayla tasfiyesine karar vermek” yetkisi

tanındığı halde, il özel idaresi organlarının yetkilerinin düzenlendiği 10. ve 26. maddelerinde “ihtilaf konusu alacak” ibaresi kullanılmıştır. İhtilaf kavramı, dava kavramına göre daha geniş anlama geldiğinden bu hükümlerin 7. madde ile çelişkili olduğu açıktır. Ancak 26. madde dava konusu edilmemiştir.

İl genel meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 10. maddenin (h) bendi, Kanunla (7. madde ile) il özel idarelerine verilmeyen bir yetki olması nedeniyle iptal edilmiş ise de; mevzuatımıza göre, davaya veya icraya intikal etmiş olsun veya olmasın ihtilafların sulh yoluyla hallinde menfaat bulunduğu takdirde, yasa ile yetkili kılınan makamların yine yasada belirlenen ölçütler çerçevesinde bu yöntemi uygulamalarında Anayasal bir sorun bulunmamaktadır. Bu nedenle, İl genel meclisine yasa ile, beşmilyardan yirmibeş milyar Türk Lirasına kadar ihtilaf konusu olan özel idare alacaklarının tasfiyesine karar vermek yetkisi tanınmasında da anayasaya aykırılık yoktur. Zira, il genel meclisi kendisine yasa ile tanınan bir yetkiyi kullanacaktır. Bu hükmün yasanın diğer bir maddesi ile çelişmesi, il özel idaresine yasa ile verilmeyen bir yetki olarak kabul edilemez. Bu çelişki, yasakoyucunun gerçek iradesi ne ise o doğrultuda yapacağı yasal değişiklikle giderilebilecek bir sorundur. Ayrıca, bentteki düzenleme çok açık olduğundan bir belirsizlikten de söz edilemez.

3. İl genel meclisi kararlarının kesinleşmesini düzenleyen 15. maddede, bu kararların tamamının tam metin halinde beş gün içinde valiye gönderileceği, valiye gönderilmeyen kararların yürürlüğe girmeyeceği, valinin hukuka aykırı gördüğü kararları, yedi gün içinde gerekçesini de belirterek yeniden görüşülmek üzere il genel meclisine iade edebileceği, bu kararlarda il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilmesi halinde kararın kesinleşeceği, valinin meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine idari yargıya başvurabileceği öngörülmüştür.

Anayasanın 127. maddesinin beşinci fıkrasında, merkezi idarenin mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dahilinde idari vesayet yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. Bu durumda merkezi idarenin, anılan maddede sayılan amaçları gerçekleştirmeyi sağlayacak biçimde yerel yönetimlerin hangi iş ve işlemleri ile organları üzerinde ne kadar vesayet denetimi yapacağını belirlemenin yasakoyucunun takdirine bırakıldığı anlaşılmaktadır.

İl genel meclisi kararlarının valiye gönderilmeden yürürlüğe girmemesi, valinin hukuka aykırı gördüğü kararların tekrar görüşülmesini istemesi

durumunda meclisin üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar kararı verebilmesi şeklinde oluşturulan idari vesayetin ve bu karara karşı da Valiye menfaat koşulu aranmaksızın yargı yoluna başvurma yetkisinin tanınmasının yeterli olmadığına kabulü yerindelik denetimi anlamına gelecektir. Bu nedenle, düzenleme Anayasaya aykırı değildir.

4. Yasanın 25. maddesinde il encümeninin başkanının vali olduğu, valinin katılmadığı encümen toplantısına genel sekreterin başkanlık edeceği hükme bağlanmıştır.

5302 sayılı yasanın oluşturduğu il özel idaresi sisteminde vali yardımcılara hiçbir görev verilmemiş iken, zaman içerisinde bunun isabetli olmadığı anlaşılmış ve 5391 sayılı yasa ile anılan yasanın 32. ve 63. maddelerinde yapılan değişiklikle vali yardımcılar da sisteme dahil edilmiştir. Bu suretle valinin, özel idareye ilişkin görevleriyle ilgili olarak vali yardımcılara yetki devri yapmasına olanak sağlanmıştır.

5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 9. maddesine göre Vali, ilde Devletin ve Hükümetin temsilcisi ve ayrı ayrı her bakanın mümessili ve bunların idari ve siyasi yürütme vasıtasıdır. Bu sıfatı nedeniyle, ildeki bütün yerel yönetimler üzerinde merkezi idare adına idari vesayet yetkisini kullanmaktadır. Anılan Kanunun 5. maddesinde de "İllerde valilerin tayin ve tespit ettiği işlerde yardımcılığını ve valinin bulunmadığı zamanlarda vekilliğini yapmak üzere vali muavinleri bulunur." denilmiş ve vali muavinlerinin atanmalarında özel nitelik aranmıştır.

5302 sayılı yasada, valilere il özel idaresinin karar organı olan il genel meclisinde yer verilmemiş ise de, Anayasanın 123. maddesindeki idarenin bütünlüğü ilkesi gözetilerek il özel idaresinin organları arasında valilerin de sayıldığı, il özel idaresinin başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisi olduğunun belirtildiği ve il encümenine başkanlık etmekle görevlendirildiği anlaşılmaktadır.

Genel sekreter ise, il özel idaresinin kadrolu personeli olup merkezi idare ile olan ilişkilerinde atanmışlığı gözetildiğinde bir vali gibi aynı sorumluluk ve aynı hukuki statüde değerlendirilmesi mümkün olamayacağından, vali yerine il encümenine başkanlık etmesi halinde merkezi idarenin otoritesini temsil edemez. Dolayısıyla onun valinin bulunmadığı zamanlarda il encümenine başkanlık etmesi idarenin bütünlüğü ilkesini zedeler. Bu nedenle, 25. maddenin ikinci fıkrası Anayasanın 123. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekir.

Üye
A. Necmi ÖZLER

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- Anayasa'nın "Başlangıç" bölümünde, hiçbir faaliyetin Türk varlığının, Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esası karşısında korunma göremeyeceği belirtilmiş; 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin Başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan bir Devlet olduğu vurgulanmış; 5. maddesinde de, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini korumanın Devlet'in temel amaç ve görevleri arasında olduğu ifade edilmiştir. İşaret edilen bu kurallar, Anayasa'nın "tekil devlet" modelini kabul ettiğini, bu modelin merkeziyetçi yapıyı ve ancak onun denetim ve gözetiminde merkez dışı örgütlenmeyi olanaklı kıldığını ortaya koymaktadır. Yine, Anayasa'nın 123., 126. ve 127. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinden, idarenin kuruluş ve görevleriyle bir "bütün" olduğu, merkezi idare ve mahalli idareler olmak üzere hizmeti ve coğrafyayı esas alan iki parçalı yapının idari örgütlenmede farklı sonuçlara yol açmaması için, yerinden yönetimin "devletin ülkesi ve ulusuyla bölünmezliği" ve "idarenin bütünlüğü" ilkeleriyle sınırlandırıldığı, bu bütünlüğün sağlanmasının hukuksal araçlarının ise "yetki genişliği" ve "idari vesayet" olduğu, yerel yönetimlerin "özerkliği" ile "idari vesayet" arasındaki hassas dengenin, işaret edilen Anayasal kurallarının öngördüğü devlet yapısını koruyucu bir işleve sahip bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin 13.1.1985 tarih ve E.1984/129, K.1985/6 sayılı kararında da belirtildiği üzere "...Yerinden yönetim idare ve kurumları üzerinde yapılan denetim -yani idari vesayet- idarenin bütünlüğünün gerçekleştirilmesine hizmet eden vazgeçilmez bir araçtır..." (AMKD., Sayı:21, S.99-153) Merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki vesayet yetkisinin genel çerçevesi Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasında çizilmiştir. Bu fıkraı yorumlayan bir Anayasa Mahkemesi kararında da "...Anayasanın 127. maddesinin beşinci fıkrasının öngördüğü idari vesayet, merkezden yönetimin yerel yönetimler üzerinde yapabileceği ve yasa ile düzenlenmesi gereken bir denetim yetkisidir. Ancak bu yetki, sınırsız ve taktire bağlı olmayıp '...mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması...' amaçlarına yöneliktir. Ayrıca, idari vesayet yetkisi, merkezden yönetimin elinde sadece salt ve biçimsel bir denetim ve otorite aracı olarak düşünülemez. Bu yetki, aynı zamanda demokratikleşme sürecinde yerel plânda katılımcı yönetimi sosyal hukuk devleti anlayışı doğrultusunda geliştirici, toplumsal dayanışmayı güçlendirici, Anayasa'nın öngördüğü temel hak ve özgürlüklere saygı bilincini yüceltici, çağdaş ve uygar bir

eğitim yöntemi olarak da değerlendirilmelidir...” denilmektedir. (Any. Mah.nin 22.6.1988 tarih ve E. 1987/18, K. 1988/23 sayılı kararı; AMKD., Sayı:24, S.334-335.) Aynı maddeyi yorumlayan bir başka Anayasa Mahkemesi kararında da “...Burada yerel yönetimlerin özerkliği ile yönetimin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde **idari vesayet yoluyla bir denge kurulduğu** gözlenmektedir... beşinci fıkra hükmü, merkezi yönetimin yetkilerini ayrıntıya varan bir titizlikle düzenlerken, **merkezi - yerel yönetim ilişkisinde dengenin iki yönetimden herhangi birinin lehine bozulmasını önlemek istemiştir**. Böylece yerel yönetim-merkezi yönetim ilişkisinde **bir dengeyi zorunlu gören Anayasa koyucu**, yerel yönetimlere özerklik tanırken merkezi yönetime de onlar üzerinde bir denetim yetkisi vermiştir...” şeklinde bir değerlendirme yapılmaktadır. (Any. Mah.nin 26.9.1991 tarih ve E.1990/38, K.1991/32 sayılı kararı; AMKD., Sayı:27, Cilt:2, S. 550.)

Anayasa Mahkemesi’nin bir başka kararında da “... içerik yönünden yapılan yargısal denetimde, yasanın aykırı olduğu ileri sürülen Anayasa maddelerinin ve bu maddelerle ilişkisi bulunan Anayasa ilkelerinin de geniş bir yorumlama süzgecinden geçirilmesi zorunludur. **Özellikle yasanın, Anayasanın ruhuna aykırı olduğu ileri sürülüyorsa**, bu kez sayıları sınırlı birkaç Anayasa madde ve ilkesinin değil, **Anayasanın tümünün yorumlanması gerekir...**” denilmektedir. (Any. Mah.nin 17.7.1990 tarih ve E.1990/1, K. 1990/21 sayılı kararı; AMKD., Sayı: 26, S.324.)

Belirtilen Anayasa hükümleri ve Anayasa Mahkemesi kararları dikkate alındığında; 5302 sayılı Kanunla öngörülen yeni İl Özel İdaresi sisteminde, tekil devlet modeli yerine, kamu düzenini ve ülke bütünlüğünü sağlamak amacıyla Anayasa’da öngörülen “idari vesayet”in zayıflatılarak, yerel ağırlıklı devlet modelinin benimsendiği ve yetki genişliğine dayanan güçlü merkezi idare yerine, görev ayrılığına dayalı, güçlü bir il özel idaresinin esas alındığı, bu meyanda anılan Kanunun 11. maddesinin birinci fıkrasının 3. cümlesinde yer alan “meclis başkanını” ibaresi ve üçüncü fıkrasında yer alan “meclis başkanlığı” ibaresi ile İl Genel Meclisinin başkanının İl Genel Meclisi tarafından ve kendi üyeleri arasından seçilmesi esasının getirilerek, Valilerin İl Genel Meclisi başkanlığı görevine son verildiği görülmektedir. Oysa Valinin İl Genel Meclisi Başkanlığı, yukarıda işaret edildiği üzere, idarenin bütünlüğünü sağlamak, vesayet denetimini gerçekleştirmek ve merkezi idarenin güçlü olduğu tekil devlet modelini gerçekleştirmek amacına yönelik olup, önceki bu düzenleme esasen Anayasa’nın 123., 126. ve 127. maddelerinin doğal bir gereğidir. 5302 sayılı Kanunun 11. maddesindeki iptali istenen söz konusu ibarelerle merkezi yönetim-yerel

yönetim ilişkisinde Anayasa'ca öngörülen denge yerel yönetimler lehine bozulmuş, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasının ruhuna aykırı bir düzenlemeyle Vali, aynı Kanunun 29. ve 30. maddeleriyle başı ve tüzel kişiliğinin temsilcisi olduğu İl Özel İdaresinin en önemli organı olan İl Genel Meclisi üzerinde Anayasa'nın öngördüğü vesayet denetimini etkin ve gereği biçimde yerine getirme yetkisinden yoksun bırakılmıştır. Osmanlı İmparatorluğu döneminden itibaren yürürlükte olan ve Cumhuriyet'in de benimseyerek sürdürdüğü, uygulamada da esaslı bir şikayet ya da eleştiriye tâbi tutulmayan Anayasal dayanağa sahip bir sistemin bu şekilde değiştirilmesiyle, yetki genişliği gereği illerde Devlet'i temsil eden valilerin İl Özel İdareleri karşısındaki konumları onulmaz biçimde zarar görebilecektir.

Öte yandan, Anayasa'nın 127. maddesinin beşinci fıkrasının ruhu, işaret edilen diğer Anayasal ilkelerle birlikte yorumlandığında da, 127. maddenin birinci fıkrasındaki "...karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir." hükmünün, mahalli idareler içinde "özel" bir konuma sahip İl Özel İdaresinin organlarından olan İl Genel Meclisinin seçimle gelen üyelerden oluşması anlamında olduğu, yoksa sözkonusu düzenlemenin bu organa seçilmemiş bir kişi olan valinin başkanlık yapmasına engel teşkil etmeyeceği, esasen Anayasa'nın öngördüğü "tekil devlet", "idarenin bütünlüğü" ve "idari vesayet" ilkelerinin de, aksine bir yoruma elverişli olmadığı kuşkusuzdur.

Açıklanan nedenlerle, 5302 sayılı Kanunun 11. maddesinin birinci fıkrasının 3. tümcesinde yer alan "...meclis başkanını..." sözcükleri ile üçüncü fıkrasında yer alan "Meclis başkanlığı" sözcüklerinin Anayasa'ya aykırı olmaları nedeniyle iptali gerektiği değerlendirilerek; iptal isteminin reddi yolundaki sayın çoğunluk kararına katılmıyorum.

2- 5302 sayılı Kanunun 15. maddesinin üçüncü fıkrasının iptali yoluna gidilmişse de; iptal kararına aşağıdaki ek gerekçe ile katılmaktayım: 15. maddenin üçüncü fıkrası "Vali, meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine on gün içinde idari yargıya başvurabilir." hükmünü öngörmektedir. 5302 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılan 13 Mart 1329 tarihli İl Özel İdaresi Kanunu'nun aynı konuyu düzenleyen 135. maddesinde ise "Meclisi umumii vilayetçe ittihaz olunan mukarrerat valinin tasdiğiyle kesbi kat'iyet eder. Vali mukarreratı müttehaza aleyhinde zabıtname tarihinden itibaren yirmi gün zarfında hakkı itiraza maliktir. İtiraz vukuunda mesele Şûrayı Devlette tetkik olunur. Şûrayı Devlet evrakın tarihi tevdiinden itibaren iki ay zarfında bir karar itasına mecburdur" hükmü yer almaktaydı. Her iki yasal kuralın incelenmesinden de açıkça

görüleceği üzere, önceki (mülga) İl Özel İdaresi Kanununda Valiye İl Genel Meclisi kararlarına karşı Danıştay nezdinde itiraz (dava değil) hakkı tanınmışken; 5302 sayılı Kanunda Vali, İl Genel Meclisi'nin ısraren verdiği kararlara karşı idari yargıda iptal davası açma yetkisiyle donatılmıştır. (Aynı yetki 5302 sayılı Kanunun 27. maddesinin altıncı fıkrası ile Encümen kararları bakımından da tanınmaktadır.) 5302 sayılı Kanunun 15. maddesinin üçüncü fıkrası ile, aynı Kanunun 29. maddesi uyarınca İl Özel İdaresinin ve tüzel kişiliğinin başı olan Vali'ye temsil ettiği mahalli idarenin bir organının (İl Genel Meclisinin) kararlarına karşı idari yargıda iptal davası açma yolunun öngörülmesi, her şeyden önce Anayasa'nın 123., 126. ve 127. maddelerinde öngörülen idarenin bütünlüğü ve "idari vesayet" ilkeleriyle bağdaşmamaktadır. Bu şekilde İl Özel İdaresini oluşturan organlar, idarenin bütünlüğü ilkesi gereğince birbiriyle uyum içinde ve düzenli biçimde çalışmak yerine, çekişme ve davacı-davalı olarak idari yargı organı önünde hesaplaşma gibi Anayasa'nın asla öngörmediği bir durumla karşı karşıya kalacaklardır. Bunun ise kamunun saygınlığını zedeleyebilecek bir olgu olduğu kuşkusuzdur. Anılan düzenlemeyle Vali'nin İl Genel Meclisi üzerindeki vesayet denetimi olabildiğince asgari düzeye çekilmiş; yargısallık denetimi biçimine dönüştürülerek, Vali'nin başı ve temsilcisi olduğu İl Özel İdaresi'nin organları karşısındaki konumu zayıflatılmıştır. Ayrıca, araya idari yargı denetiminin konmasıyla, Anayasa'ya göre merkezi idarenin yetkisinde olan idari vesayet denetiminin yargı organına devredilmesi de Anayasa'nın anılan hükümlerine aykırıyla sakatlanmıştır.

Öte yandan, sözkonusu kuralla valinin İl Genel Meclisi kararlarına karşı sadece "hukuka aykırılık" iddiasıyla dava açma yetkisinin tanınmasıyla, sözkonusu kararların isabet ve yerindeliliği üzerinde evvelce var olan vesayet denetimi yetkisi de bu şekilde ortadan kaldırılmıştır.

Açıklanan neden ve ek gerekçelerle 15. maddenin üçüncü fıkrasının iptali yolundaki sayın çoğunluk kararına katılıyorum.

3- 5302 sayılı Kanunun 18. maddesinin beşinci fıkrasında, "Faaliyet raporundaki açıklamalar, meclis üye tam sayısının dörtte üçü çoğunluğuyla yeterli görülmezse, yetersizlik kararıyla görüşmeleri kapsayan tutanak, meclis başkanı tarafından gereği yapılmak üzere İçişleri Bakanlığına gönderilir." denilmektedir. Bu hükme benzer bir düzenleme 13 Mart 1329 tarihli Kanunun 128. maddesinde de yer almaktaydı.

Sözkonusu kural, 1. ve 2. başlıklar altında incelenen genel Anayasal ilke ve kurallarla uyum halinde değildir. Kural, idarenin bütünlüğü ilkesi ile bağdaşmadığı gibi, yetki genişliğine dayanan güçlü merkezi yönetim yerine,

görev ayrılığına dayalı güçlü yerel yönetim ilkesinin yaşama geçirildiği bir düzenleme olması itibariyle, Anayasa’da öngörülen merkezi yönetim - yerel yönetim dengesini bozucu ve “tersine idari vesayet” ilkesini benimseyen bir görünüm arz etmektedir. Anılan kuralla, İl Özel İdaresinin bir organı olan İl Genel Meclisi, İl Özel İdaresinin başı ve temsilcisi olan, aynı zamanda da merkezi yönetimin ildeki en yetkili ajanı bulunan Valiyi denetim ve baskı altına alabilecektir. Bu durum ise Anayasa’nın benimsediği sistematikte uyumlu olmayan bir düzenleme mahiyetindedir.

Öte yandan, İl Genel Meclisinin bu konudaki kararı üzerine İçişleri Bakanlığınca “gereğinin” ne şekilde ve nasıl yapılacağı da kuralda belirtilmemiştir. Bu nedenle kural, aynı zamanda hukuki güvenlik ve yasallık ilkelerine de aykırı bir görünümündedir.

Açıklanan nedenlerle, 18. maddenin beşinci fıkrasının iptali gerektiği kanısına vardığımdan; sayın çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyorum.

4- 5302 sayılı Kanunun 45. maddesinin ikinci fıkrası ile İl Genel Meclisi’nin bütçe tasarısını yılbaşından önce aynen veya değiştirerek kabul edeceği öngörülmektedir. Anılan fıkarda vesayet denetimine ilişkin herhangi bir kural bulunmadığından, İl Özel İdare bütçesinin İl Genel Meclisi kararıyla kesinleşeceği anlaşılmaktadır.

Merkezi İdarenin İl Özel İdareleri üzerinde öteden beri sahip olduğu ve esasen Anayasa’nın öngördüğü, kimi yönlerden yerindeliği de içeren vesayet denetimi yetkisi, İl Özel İdarelerinin mali özerkliklerinin sınırlarının belirlenmesi bakımından da gerekli ve zorunludur. Valinin ya da herhangi bir merkezi idare makamının onayını aramayan, bu yönü itibariyle de idari vesayet ve idarenin bütünlüğü ilkeleriyle de bağdaşmayan ikinci fıkra hükmü, Anayasa’nın işaret edilen ilke ve kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, 13 Mart 1329 tarihli İl Özel İdaresi Kanununun, İl Genel Meclisince görüşülüp kabul edilen Bütçenin İçişleri Bakanlığınca onaylanması hükmünü öngören 86. maddenin iptal istemini, Anayasa’nın 127. maddesinin beşinci fıkrasındaki idari vesayet ilkesine aykırı bulmayarak reddetmiştir. (Any. Mah.nin 21.6.1988 tarih ve E.1987/18, K. 1988/23 sayılı kararı)

Açıklanan nedenlerle, İl Özel İdaresinin bir organı olan İl Genel Meclisi’ne tam anlamıyla bir “mali özerklik” veren ve merkezi idarenin idari vesayet yetkisini bütçe bakımından tamamen ortadan kaldıran 45. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün Anayasa’ya aykırı düşmesi nedeniyle iptali gerektiği kanısına vardığımdan; sayın çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılamıyorum.

5- 5302 sayılı Kanunun 47. maddesinin ikinci fıkrası “Kesin hesabın görüşülmesi ve kesinleşmesinde, bütçeye ilişkin hükümler uygulanır” hükmünü taşıdığından; bir üst numara altında incelenen neden ve gerekçelerle anılan fıkra hükmünün de Anayasa’ya aykırı olduğu değerlendirilmesiyle iptali gerektiğini düşündüğümden; aksi yöndeki sayın çoğunluk kararına katılamıyorum.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

AZLIK OYU

5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu’nun,

6. maddesinin birinci fıkrasının, (a) ve (b) bentleri:

Anayasa 123. maddesiyle idarenin görevlerini merkezden yönetim ve yerinden yönetim olarak ayrıştırmakta, 8. maddesinde Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından yerine getirileceğini vurguladığı yürütme görevinde idareye özel vurgu yaparak merkezi idarenin genel görevli oluşunu, yerel yönetimlerin o yöreyle ilgili ortak gereksinimlerle sınırlı görevli kılınmış olduğunu açığa çıkarmaktadır. Bakanlar Kurulundan başliyerek merkezi idare taşra örgütlerin sıralı bir denetim ve yerel yönetimler üzerinde merkezi yönetimin vesayet denetimi idarenin bütünlüğü ilkesinin gerçekleştirilmesi olarak bu çıkarımı desteklemektedir.

Buna göre, yürütmenin yetki ve görev olarak ana bir üstlenme olarak aldığı görevlerin benzerleri yerel yönetimlere yansıtılırken, merkezi idarenin etkinliğini kırmamak için somut ve belirgin bir aktarımı gerektirir. Yerellik ve ortak gereksinim ilkesi ve merkezi idarenin vesayet denetimine alacağı hizmetlerin özelliği bunun kaçınılmaz gerekleridir. Başka bir aktarımla, merkezi idareden alınıp yerel yönetimlere dağıtılan görevlerin hangileri olduğu açıkça ve tek tek sayılmalıdır. Böylece duraksamaların ve yetki çelişkilerinin de önüne geçilecektir.

Açıklanan nedenlerle, Anayasal öngörülerle çelişen ve merkezi idarenin görevlerini yerel yönetimlere bırakan bentlerin “sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskân”, “sosyal hizmet ve yardımlar” ve “çevre” sözcüklerinin iptali gerekeceği oyuyla kararın bu bölümüne karşıyım.

25. maddesinin ikinci fıkrası

Yerinden yönetim ilkesine göre kurulan ve yönetilen İl Özel İdaresinin organları arasında Vali ve İl Encümeni de bulunmaktadır. İl Encümenin başkanı Validir. Organ olma niteliği nedeniyle, Yerinden yönetim, özerklik ve demokratik yapı ilkeleri ışığında Vali'nin bulunmadığı zamanlarda, onun gibi merkezi idarenin görevlisi olan ve statü olarak yakın konumdaki birinin yerini alması, öngörülen yerel yönetim yapısının kaçınılmaz ve anayasal vesayet yetkisinin doğal yansımasıdır.

Bu nedenle Anayasa'nın 127. maddesinin yerinden yönetim ve vesayet yetkisi ile ilgili öngörülerine aykırı olan fıkranın iptali gerekeceği oyuyla kararın bu bölümüne karşıyım.

45. ve 47. maddelerinin ikinci fıkraları

Anayasa 127. maddesinde İdari vesayet yetkisini yerel yönetimler için vazgeçilemez bir kural olarak öngörmüştür. İl Özel İdari işlemlerine karşı gelişecek vesayet yetkisi bütçeyle ilgili kararlar yönünden farklı kurallara gereksinim duyar. Yasa'nın 15. maddesindeki vesayet yetkisiyle ilgili süreç ve yargılama evresinin, bütçeyle ilgili kararlar yönünden de geçerli olması sakıncalar doğurur ve güçlükler içerir. Çünkü bütçe kararları yılbaşından önce yürürlüğe girmelidir. Böylece izleyen yıl gelir toplanabilir, gider yapılabilir. Bütçe kararlarının sözü edilen nitelikleri ve kesinleşme evreleri ayrı ve etkin bir vesayet yetkisinin gerekçeleridir. Bütçelerin kurallarına bağlı tutulan kesin hesaplara ilgili fıkralar içinde aynı gerekçeler geçerlidir.

Bu nedenle fıkralarda vesayete ilişkin bir ilke bulunmaması kuralları Anayasa aykırı duruma getirir ve iptalini zorunlu kılar.

Bu nedenle tersine yönelik karara karşıyım.

52. maddesi

Anayasa'nın;

123. maddesinde, idarenin bir bütün olduğu, kuruluş ve görevlerinin merkezden ve yerinden yönetim esasların dayandığı;

127. maddesinde, Kamu tüzelkişisi olan yerel yönetimlerin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla düzenleneceği, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisine sahip olduğu;

128. maddesinde Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin Kamu hizmetlerini genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerini memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle göreceklerini kurala bağlamıştır.

Bu kurallar ve Anayasa'nın genel dizgesi içinde Devlet yapımızın önde gelen özelliği Devlet ve kamu kurumlarınca yürütülen veya yürütülmesi zorunlu olan kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlilerince yerine getirilmesidir. Ayrıca Devlet ve kamu tüzelkişiliği olgusunun anayasal ilkeleri, bu oluşlar içinde kamusal nitelik içermiyen tüzelkişiliklere olanak vermemektedir.

Kamu tüzelkişisinin şirket kurmasıyla, yerel gereksinimler kamu tüzelkişileri dışında gördürülmekte ve böylece idarenin yapılanma biçimi ve yerinden yönetim ilkesiyle çelişilmekte, etkin vesayet denetimi ve dolayısıyla yargısal denetim nitelik değiştirmekte, asli ve sürekli görevlerin memur ve kamu görevlileri dışındaki kişilere yaptırılması söz konusu olmaktadır.

Bu nedenlerle Anayasa'nın içerikleri yukarıda aktarılan maddelerine aykırı kuralların iptali gerekmektedir.

Açıklanan görüşlerle kararın bu kısımlarına karşıyım.

Öte yandan, anılan Yasa'nın 15. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarıyla ilgili bölümüne gelince;

Vali'nin idari yargıya başvurabileceği biçimindeki anlatım; encümen kararlarına itirazla ilgili 27. maddedeki idari yargı mercilerini ve Danıştay'ı vurgulayan ifade de dikkate alındığında, idari yargı yerinin açıklıkla belirtilmediği, idare mahkemelerini ve idari daireleriyle Danıştay'ı da içerecek bir yorumlamaya elverişli olduğundan ortaya çıkan belirsizlik Anayasa'nın 2. maddesine yönelik aykırılığa da neden olacaktır.

Kararın bu bölümüne ek gerekçeyle katılıyorum.

Üye

Şevket APALAK

KARŞI OY

5302 sayılı Yasa'nın 15. maddesinin iptali istenen ikinci ve üçüncü fıkraları ile ilgili olarak tamamı olmasa bile kimi il genel meclisi kararları üzerinde hem yerindelik hem de hukukilik denetimi yapmasına olanak sağlayacak düzenlemenin bulunması gerektiği, bu nedenle iptali istenen kuralda vali tarafından geri gönderilen kararlarda, kararın kesinleşmesi için yalnızca il genel meclisi üye tam sayısı salt çoğunluğu aranması ve vali yada merkezi idare yada yargı mercii onayının aranılmamış olmasını ve de ancak

karara karşı idari yargıya vali tarafından başvuru hakkının varlığını ise vesayet denetimi kapsamında görmeme şeklindeki iptale yönelik çoğunluk gerekçesine katılmak mümkün olmamıştır.

Düzenlenen Kural'ın tarihsel oluşum ve toplumsal ihtiyaca yönelik seyrine anayasal yorum için bakmak gerekmiştir. Yerel yönetimlerin şekillenmesine öncülük eden 1921 Anayasası Devlet gereksinimlerine cevap veremediği için toplumu yönlendirecek 1924 Anayasası idari yapılanmada yerel yönetimleri, merkezi yönetimin yönetim ve denetimine almış, İl Özel idarelerinin varlıklarının sürdürülme nedeni olan 1913 tarihli Muvakkat Vilayet Kanunu 1923'de Vilayet İdaresi Kanunu ile kaldırılmış, sonrasında il özel idaresi yönelimleri için uzun süre yeni bir yasa çıkarılamamıştır.

Ancak, İkinci Dünya Savaşı sonrası ekonomik, siyasal, toplumsal alandaki çok boyutlu değişim etkileri, merkezi yönetimde olduğu gibi yerel yönetimlerde de hizmetlerin içeriklerine yeni boyutlar kazandırmıştır. Akılcı, uyumlu, dengeli, çağdaş ve üretken birer yerel yönetim yapısı oluşturma gereksinimleri yerel ve merkeziyetçi anlayış çekinmeleri ile özgürlükçü anlayış ile yola çıkan 1961 Anayasası birçok kurumu Devlet yapısı içine katarken, idarenin kuruluş ve görevlerini de merkezden ve yerinden yönetim esasların dayandırmış, yerel yönetim çeşitlerini belirlemiş ancak il özel yönetimlerini yeniden yapılandıracak yasal düzenlemeler yapılamamıştır.

Hak ve özgürlükleri genişleten 1961 Anayasası merkezi yönetimin yerel üzerindeki denetimini nispi olarak azaltmış, merkezi mali denetim getirmiş ve gelir kaynağı sağlamayı devlete ödev olarak vermiştir. Dönemin ekonomik sıkıntıları ile ödevin yerine gelememesi ile kurumlar işlevsiz kalmış fakat idarenin kuruluş ve görevleri ile bir bütün olduğu ilkesi gereği Merkez ile yerel arası ilişkideki bağın kanuni olacağını söyleyerek kurduğu bağ ile oluşan vesayet yolu ile merkez yerel yönetimi denetleyebilmiştir.

1982 Anayasası ile bir yenilik olarak yerinden yönetim ilkesi getirilmiş, idari vesayet yetkisinin öğelerini sayıp, sınırını çizmiştir. Yerelde yoğunlaşan beklentileri karşılamak için 3360 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu çıkmış ve yerel yönetimlere ilişkin yapılandırma çalışmaları gereğince de iptali istenen düzenlemenin yer aldığı, 5302 sayılı İl Özel İdaresi Yasası çıkarılmıştır.

İl özel idareleri; il halkının mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçlarını karşılamak üzere kurulan ve karar organı seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi olmuştur. Bu tanımla, merkezi idareden bağımsız niteliği hükme bağlanmış, karar

organının tek olduğu, öncesi yerel düzenlemeye göre teke indirildiği, Devletten katılan olmadığı vurgulanmıştır. Öncesinde tadadi usul ile sayılan il özel idareleri görevleri yeni yasa ile mahalli ve müşterek ihtiyaç için nispeten genel görevli hale gelmiş ve hatta görev yönünden daralma ile eğitim görevi hizmetleri arasından çıkmış ve yerel ortak nitelikteki ihtiyaçlar konusunda yetkisi çerçevesinde, yönetmelik çıkarmak, emir vermek, yasak koymak, uygulamak yerel özel idarenin yetki ve imtiyazlarından sayılmıştır.

İl Genel Meclisi'nin, Özel İdarenin karar organı ve seçmence seçilmiş üyelerden oluşması kabul edilerek valinin il genel meclisi başkanı olma sıfatı sona ermiştir. İl genel meclisi kararında valinin onayından geçme zorunluluğu kaldırılarak Özel İdarenin özerkliği yönünde amaca uygun önemli bir değişiklik yapılmıştır.

İptali istenen kuralda davacıların itirazı da, burada kaldırıldığı ileri sürülen vesayet uygulamasına son verilmiş olması nedeniyledir.

Kurumsal kimliğini, kamu tüzel kişisi niteliği itibarı ile Anayasa'dan alan İl Özel İdaresi, idari ve mali özerk bir kuruluştur. Özerklik seviyesi Avrupa yerel yönetimleri özerklik şartında belirtildiği gibi karar serbestisi, kararlarının uygulanma kabiliyeti ve başka kurum ve kuruluşlar ile ilişki kurabilme özgürlüğü yönünden değerlendirilmektedir. Kurumun kendi görev alanı ile ilgili konuda kendi organları ile karar alabilmesi, bunun üst makam onayına gerek duymadan yürütülebilir nitelikte karar alabilme kabiliyeti özerkliğin önemli bir bölümüdür.

Bu noktada öncesi uygulamaya göre il özel idaresi üzerinde, iptali istenen 15. madde yönünden idari vesayetin nitelik değiştirdiği veya kaldırıldığı söylenebilir.

Merkezi idareden ayrı kimi mahalli hizmetleri yerine getiren, yerel yönetimlerin kuruluşların görevlerini yerine getirirken kamu yararını tehlikeye düşürmekten sakınmak ve kaçınmalarını temin ve kamu hizmetlerinde uyum ve birliğin devamlılığı yönünde merkezce denetimi kaçınılmazdır. Merkezi idarenin yerel yönetimler üzeri idari denetimi tüm hukuk sistemlerinde mevcuttur. Yerel yönetimin yapacağı eylem ve işleme karşı toplumun bireyi koruması vesayetin amacıdır.

Ancak, özerkliğin kural olduğu yerde idari vesayet istisnadır. Vesayet çeşitleri arasında, uygulama öncesi izin, görevi yerine geçerek yerine getirme, iptal, onama, erteleme, tekrar görüşülmesini isteme, düzeltme şekillerinde olup, yerel yönetim özerkliği açısından en uygunu, yorum şekline göre yerel yönetim işlem ve kararlarının yargı tarafından kanun ve

nizamlara uygunluğunun tespit edilmesidir. Tabii ki teftiş ile de fiili durumun hukuki duruma uygunluğu tespiti de denetim sayılacaktır.

“Anayasa, 127/5. maddesi ile Merkezi yönetim, Yerel yönetimler üzerinde idari vesayet yetkisine sahiptir. Buna göre merkezi idarenin yerel yönetimleri üzeri vesayet yetkisi mutlak ve kaçınılmazdır. Vesayet tüm karar ve işlemler üzerinde hem yerindelik hem de hukukilik içerecek şekilde düzenlenecektir. Aksi hal Anayasanın dengesini bozar” anlayışına uygun şekilde kurala bakan Anayasa Mahkemesi’nin “yerindelik olmadan sadece hukukilik denetimi” vesayet sayılmaz, çoğunluk görüşü karşısında aranan vesayetin, Anayasa ve yasa koyucu tarafından zaten yerel yönetime verilen görevin sınırını çizen toplum yararı, yerel ihtiyaçların karşılanması ifadelerinde YERİNDELİK olarak kendisini bulduğunu, sistematik ve amaçsal yorum metodolojisi nedeniyle söylemek zor olmayacaktır.

Ayrıca, Merkezi idarenin yerel yönetimlerin tüm işlemleri üzerinde mutlaka bir denetim yetkisi kullanması gerektiği de söylenemeyecektir. Nitekim çoğunluk kararında “tamamı olmasa da önem derecesine göre kimi kararlarda” diyerek vesayet yumuşatılıp, sınırlandırılmış, neye, kime göre önemli olduğu sınıflanamayacak özerk yönetim kararlarında, özerklikde kuramsal olarak dışlanmadığı için hiç olmaz ise bazı kararların denetimine razı olmuş olmayı gerekçe yapıldığı görülmektedir. Halbuki Anayasa idarenin bütünlüğünden ilke olarak vesayetin mutlak olması gerektiği anlaşılıyorsa kimi kararda vesayet olması, kiminde olmaması kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi’ne göre idari vesayet, merkezden yönetimin yerel yönetimler üzerinde yapabileceği ve yasa ile düzenlenmesi gereken bir denetim yetkisidir. Ancak bu yetki sınırsız ve taktire bağlı olmayıp mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanmasına yöneliktir. Bu halde merkezi idarenin yerel yönetimin hangi işlem ve kararı üzerinde ne ölçüde vesayet yetkisi kullanacağı kanunda belirtilecek esas ve usuller dairesinde olacaktır.

Merkezi idareye tanınacak bu vesayet kapsamı idarenin bütünlüğünün sağlanması ile sınırlı taktir yetkisi olup Anayasa idari vesayetin asgaride tutulmasını engellememektedir. Geniş kapsamlı vesayet yetkileri tanımak Anayasal zorunluluk değildir, yoğunluğunun ölçüsü yasa koyucunun taktirindedir.

İdarenin bütünlüğünün getirdiği asgari sınır yerel yönetim olan il özel idaresine ait il genel meclisinin aldığı kararda, kararın kendisine gönderilmesi

zorunlu olan merkezi idare otoritesi vali tarafından tespit edilecek hukuka aykırılıklar yönünden yeniden görüşülmek üzere geri göndermekle icrasının önüne geçmek yönüyle yerine getirilmektedir. İçeriğinde yerindelik ve hukukilik denetimi kapsayan bu vesayet sonrasında kurumsal kimliğe uygun özerk yapının çoğunluk ile alacağı yeni kararda vesayet denetiminin devamı ve kararın kesinleşmesinin önlenmesi için idari yargı mercii önüne götürülmeye açıktır ve yetki idari otorite olan valinindir. Kaldı ki, Özerk yerel yönetimlerde hukuka uygunluk denetimi yapmak yerindelik denetimi yaparak seçmen iradesi yerine geçmekten çok daha demokratik ve hukukidir.

Çoğunluk görüşünce beklenen denetim aracı olan mutlak vesayet, merkezi idarenin yerel yönetim üzerinde egemenlik aracı olarak kullanılırsa yerel yönetim özerkliğine katlanamama, İl özel idarelerinin işlevini ortadan kaldırma, düzenleyici işlemler yapmasını engelleme içerik ve düşüncesi taşır ki bunun da demokratik yapılaşma, onu benimseme anlayışı ile ters düşeceği açıktır.

Açıklanan bu nedenler ile iptali istenen 15. maddenin ikinci fıkrasının "...ile yeniden görüşülmesi istenip de il genel meclisi üye tam sayısının salt çoğunluğuyla ısrar edilen kararlar..." bölümü ile, üçüncü fıkrasının "...vali meclisin ısrarı ile kesinleşen kararlar aleyhine ... idari yargıya başvurulabilir..." bölümlerinde Anayasa'ya aykırılık tespit edilemediğinden çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Üye

Serruh KALELİ

KARŞIOY YAZISI

1- İl Özel İdaresi Kanunu'nun 3.maddesinin (a) bendi:

İl özel idaresinin tanımı yapılan bu bendin, Anayasanın 127. maddesinde belirtilen mahalli idare ilkelerine paralel biçimde düzenlenmesi ve idari ve mali özerkliğin yanısıra merkezi idarenin vesayet yetkisine de yer verecek şekilde yazılması gerekirdi. Kuralda ise böyle yapılmayarak, sadece özerklikten bahsedilmiş olması, Anayasada öngörülen mahalli idare modelinden farklı bir mahalli idare modeli yaratıldığı izlenimini vermektedir. Her ne kadar kuraldaki yazımın amacının bu olmadığı, yasama gerekçesine ve Yasanın diğer maddelerine bakılarak ileri sürülebilirse de, bir hukuk devletinde tüm yasa kurallarının açık, çelişkisiz, uygulayıcılarda tereddüt yaratmayacak şekilde düzenlenmesi ve başlı başına Anayasanın

sözüne uygun olması zorunludur. Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti gereklerine aykırı biçimde yapılmış bulunan il özel idaresi tanımının Anayasaya uygun biçimde yeniden düzenlenmesi gerektiği düşüncesiyle, red yönünde verilen karara katılmıyorum.

2- Kanunun 3. maddesinin (b) bendi; 18. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci tümcesi ve beşinci fıkrası; 45. maddesinin birinci fıkrası ve 47. maddesinin birinci fıkrası:

Kurallarda, merkezi idare teşkilatının ildeki en üst hiyerarşik amiri olan valiye, aynı zamanda il özel idaresinde çeşitli biçimlerde görev ve sorumluluklar verilmiş, seçilmiş organların yetki ve sorumluluğuna bırakılması gereken konularda vali, karar ve işlemlere ortak edilmiştir. Bu durum, idari ve mali özerliğe sahip il özel idaresinin organlarından biri olan ve kendisine, il özel idare teşkilatının en üst amiri olarak hareket etme görev ve yetkisi verilen valinin, merkezi idarenin vesayet yetkilerinin kullanılmasına ilişkin sorumlulukları ile çelişmekte, sonuç olarak idari vesayet ilkesi zayıflatılmaktadır. Bu nedenle kuralların, Anayasanın 123., 126. ve 127. maddelerine aykırılık içerdiği kanısındayım.

3- Kanunun 7. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi:

Madde, il özel idaresinin yetki ve imtiyazlarını belirtmektedir. Kuralda, *“Kanunların ... verdiği yetki çerçevesinde ... cezaları vermek”* ibaresi kullanılmış olup, buna göre, ceza vermenin adeta bir imtiyaz olduğu izlenimi yaratılmaktadır. Amaç bu olmasa bile, Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı biçimde, yasa diline uymayan farklı anlamları çağrıştıran kuralın iptal edilerek, yasa koyucu tarafından yeniden düzenlenmesi gerekir.

4- Kanunun 7. maddesinin (d) bendi; 10. maddesinin (d) bendi ve 51. maddesinin birinci fıkrası:

İl özel idaresinin borç almasına ilişkin düzenlemeleri içeren kurallarda, kamu maliyesi esaslarına aykırı biçimde, borçlanmanın kararlaştırılması, takibi ve denetimi çok sayıda farklı kurum ve makama bırakılarak vesayet yetkilerinin kullanılması güçleştirilmiş, vesayetin yerinde ve zamanında kullanılması halinde muhtemel bir kamu zararı önlenebileceksen, buna olanak vermeyen, aksi yönde düzenlemeler yapılmıştır. 51. maddede belirtilen usul ve esasların da yeterli vesayet denetimi sağlamadığı açıktır. Bu durum, maddenin ikinci fıkrasında, *“Yukarıda belirtilen usul ve esaslara aykırı olarak borçlanan il özel idaresi sorumluları hakkında ... Türk Ceza Kanununun 240 ıncı maddesi hükümleri uygulanır”* denilerek, ceza yaptırımı

E: 2005/32, K: 2007/3

getirmek suretiyle borçlanmanın denetim altına alınmaya çalışılmasından da anlaşılmaktadır. Anayasanın 126. ve 127. maddeleri, iptali istenen kurallarda yer alan türde bir mali özerkliğe olanak vermemektedir. Kuralların bu nedenle iptali gerektiği görüşümdedir.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2005/95

Karar Sayısı: 2007/2 (Yürürlüğü Durdurma)

Karar Günü : 24.1.2007

**YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE
BULUNANLAR:**

1 - Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER

2 - Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Kemal ANADOL, Kemal KILIÇDAROĞLU ile birlikte 112 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU:

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun;

8. maddesinin ikinci fıkrasının,

11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk tümcesinin,

14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Okul öncesi eğitim kurumları açabilir..." bölümü ile ikinci fıkrasının,

18. maddesinin (o) bendinin,

19. maddesinin son fıkrasının,

34. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "...almak ve ..." ibaresinin, (f) bendinin ve (g) bendinin "...süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek" bölümünün,

49. maddesinin son fıkrasında yer alan "...başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve ..." bölümünün,

50. maddesinin son fıkrasında yer alan "...avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ..." bölümünün,

55. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının,

65. maddesinin,

70. maddesinin,

85. maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin,

Geçici 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin,

Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 24., 42., 47., 90., 123., 126., 127. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ile bu madde, fıkra, bend,

bölüm, ibare ve tümcelerinin uygulanması sonucu doğabilecek sakıncaların önlenmesi için yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istenilmiştir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı “Belediye Kanunu”nun;

A- 14. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının (b) bendinin “Okul öncesi eğitim kurumları açabilir;...” bölümü,

2- “Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır.” biçimindeki ikinci fıkrası,

B- 50. maddesinin son fıkrasının “... avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ...” bölümü,

24.1.2007 günlü, E. 2005/95, K. 2007/5 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkra ve bölümlerin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete’de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, 24.1.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sait ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2005/95

Karar Sayısı: 2007/5

Karar Günü : 24.1.2007

İPTAL DAVASINI AÇANLAR:

1- Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet SEZER (E. 2005/80)

2-Samsun Milletvekili Haluk KOÇ, Ankara Milletvekili Oya ARASLI ve
112 Milletvekili (E. 2005/95)

İPTAL DAVASININ KONUSU:

03.07.2005 günlü, 5393 sayılı ‘Belediye Kanunu’nun;

1- 8. maddesinin ikinci fıkrasının,

2- 11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk tümcesinin,

3- 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “Okul öncesi eğitim kurumları açabilir...” bölümünün ile ikinci fıkrasının,

4- 18. maddesinin (o) bendinin,

5- 19. maddesinin son fıkrasının,

6- 34. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “...almak ve ...” ibaresinin, (f) bendinin ve (g) bendinin “...süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek.” bölümünün,

7- 49. maddesinin son fıkrasında yer alan “...başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve ...” bölümünün,

8- 50. maddesinin son fıkrasında yer alan “...avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ...” bölümünün,

9- 55. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının,

10- 65. maddesinin,

11- 70. maddesinin,

12- 85. maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin,

13- Geçici 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin,

Anayasanın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 24., 42., 47., 90., 123., 126., 127. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemidir.

I- İPTAL İSTEMİNİN GEREKÇESİ

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren ve Cumhurbaşkanınca verilen 13.7.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“1- 07.12.2004 günlü, 5272 sayılı Belediye Yasası’nın 14. maddesinin ikinci fıkrasındaki, ‘Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır.’ biçimindeki kuralın, belediyeleri kamu hizmetinin görülmesi yönünden ‘genel görevli’ kılan içeriği nedeniyle Anayasa’ya aykırı düştüğü savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle dava açılmıştır.

Ayrıca, aynı Yasa’nın biçim yönünden Anayasa’ya aykırılığı savıyla, 141 milletvekilince de iptal davası açılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 13.04.2005 günlü, 25785 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 18.01.2005 günlü, E.2004/118, K.2005/8 sayılı kararıyla 5272 sayılı Yasa’yı biçim yönünden Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiş; iptal nedeniyle doğan hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit ve kamu yararını ihlal edici nitelikte görerek, kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesini uygun bulmuştur.

5393 sayılı Yasa, Anayasa Mahkemesi’nin sözkonusu kararıyla doğan hukuksal boşluğun giderilmesi amacıyla yürürlüğe konulmuştur.

Yasa’nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında, daha önce 5272 sayılı Yasa’nın Anayasa’ya aykırılığı savıyla iptal davası açılan,

‘Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır.’ biçimindeki kuralına aynen yer verilmiştir.

2- Anayasa’nın 126. maddesinde, merkezi yönetimin örgütlenmesine ilişkin ölçütler ‘coğrafya durumu, ekonomik koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleri’ olarak sayılmıştır. Maddede, merkezi yönetimin görevlerini belirginleştiren ya da sınırlayan bir düzenleme yapılmamıştır.

Buna karşın, Anayasa’nın 127. maddesinde, yerel yönetimlerin örgütlenmesi hem ‘coğrafya’ hem de ‘konu’ yönünden sınırlandırılmıştır.

Maddeye göre, yerel yönetimler, ancak yöresel olarak örgütlenebilmekte ve yalnızca yerel ortak gereksinimlerin karşılanması yönünden görevlendirilebilmektedir.

Anayasa'da, merkezi yönetimin, Devlet iktidarını yansıtacak biçimde tüm kamu hizmetlerinin yürütülmesini sağlamak üzere ülke genelinde; yerel yönetimlerin ise, sınırlı bir coğrafyada ortak yerel gereksinimlerin karşılanması gibi sınırlı bir konuda örgütlenmesi öngörülmüştür.

Buna göre, yönetsel örgütlenmede, merkezi yönetim konu yönünden genel, yerel yönetimler ise özel görevlidir. Bunun sonucu olarak, yasalarda, merkezi yönetimin görevleri soyut ve genel, yerel yönetimlerin görevleri somut ve belirgin biçimde düzenlenmelidir.

Oysa, 5393 sayılı Belediye Yasası'nın 14. maddesinin birinci fıkrasında yerel ortak nitelikteki kimi görevler sayıldıktan sonra, ikinci fıkrasında,

'Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır.' denilerek, belediyenin görev ve yetkileri genel ve soyut olarak belirtilmiştir.

Fıkra ile belediyelere, yasalarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen yerel ortak nitelikteki hizmetleri yapmak ya da yaptırmak görevi verilmiş; böylece belediyeler, kamu hizmetlerinin görülmesi yönünden 'genel görevli' kılınmıştır.

Fıkarda, her ne kadar 'yasalarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen', 'mahalli müşterek nitelikteki' görevlerden söz edilerek konu yönünden sınır getirilmiş izlenimi yaratılmaya çalışılmış ise de, bu ölçütler soyut olup, belediyeleri 'genel görevli' konumdan çıkarmaya yetmemektedir.

Çünkü, merkezi yönetim örgütlenmesinde yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının görevi kapsamında sayılmayan ya da genel görevli bir kamu kurum ya da kuruluşunun görev alanında yer almakta iken, yapılacak bir yasal düzenleme ile o kurum ya da kuruluşun görev kapsamından çıkarılan her türlü kamusal hizmet, bu fıkra kuralı nedeniyle, başkaca bir yasal düzenlemeye gerek kalmaksızın belediyelerin görev alanına girecektir.

Ayrıca, maddenin diğer fıkralarında, hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, yurttaşlara sunuş yöntemi, görev, yetki ve sorumlulukların yer yönünden sınırı düzenlenmiş olup, bu düzenlemeler de, belediyelerin "genel görevli" konumunu etkilememektedir.

Öte yandan, İl Özel İdaresi Yasası'nın 78. maddesine 16.05.1987 günlü, 3360 sayılı Yasa'yla eklenen 13. bendin ikinci tümcesindeki 'İl özel idarelerinin görevli olduğu mahalli ve müşterek ihtiyaçların kapsamı ve sınırı Bakanlar Kurulu'nca tespit olunur.' kuralının iptaline ilişkin, Anayasa Mahkemesi'nin 22.06.1988 günlü, E. 1987/18, K. 1988/23 sayılı kararında,

'Yerel yönetimlere ilişkin temel kavramlar üzerinde yapılan bu açıklamalar da göstermektedir ki, yerel yönetimlerin kuruluş esasları, karar organlarının oluşumu, görev ve yetkilerinin belirlenmesi, merkezî yönetimle bağ ve ilgileri, bunlar üzerinde uygulanacak idarî vesayet yetkisi, yasal bir düzenlemeyi gerektirmekte, 'yasallık' vazgeçilmez bir koşul olmaktadır. Anayasa'nın 123. ve 127. maddeleri bu koşulu açık-seçik vurgulamaktadır. O halde:

1- İl Özel İdaresi Kanunu (İUVKM.)'nın 78. maddesine, 3360 sayılı Yasanın 2. maddesiyle eklenen 13. bendin ikinci tümcesiyle 'İl Özel İdarelerinin görevli olduğu mahallî ve müşterek ihtiyaçların kapsamı ve sınırı...'nın saptanması yetkisinin Bakanlar Kurulu'na verilmesi, yasallık ilkesi ile çatışmaktadır. Burada Bakanlar Kurulu kararı, yasa yerini almaktadır.

Bakanlar Kurulu'na bu yetkinin yasayla verilmiş olması da, Anayasa açısından yasal düzenleme koşulunun yerine getirildiği biçiminde yorumlanamaz.' denilerek, yasallık ilkesi uyarınca, yerel yönetimlerin görevlerinin yasada sayılarak belirtilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

Yasama organının, herşeyden önce bir hizmetin yerel mi, yoksa ülke düzeyinde mi olduğunu belirlemesi; yerel düzeyde görülen hizmetlerin yasada tek tek sayılması gerekmektedir.

Tersi durumda, yurttaşlara standart bir kamu hizmeti sunma olanaksızlaşacak, hizmetler yönünden bölgesel ve yerel dengesizlikler artacaktır.

Yasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrasında, belediyelerin görevleri sınırlı ve belirgin değil, genel ve soyut kavramlar kullanılarak düzenlendiğinden, bu kavramların içeriğinin belirginleştirilmesinde belediyelerin yetkili organlarının etkili olması kaçınılmazdır.

Bu durumda, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararıyla Bakanlar Kurulu'na bırakılması Anayasa'ya uygun görülmeyen bir yetkinin, dolaylı yoldan belediyelerin organlarına tanındığı sonucuna varılmaktadır ki, bunun olanaksızlığı açıktır.

Bu nedenlerle, incelenen Yasa'nın 14. maddesinin ikinci fıkrası Anayasa'nın 126. ve 127. maddelerindeki ilkelerle bağdaşmamaktadır.

IV- SONUÇ

1- Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 03.07.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin,

'Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır.' kuralını içeren ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 126. ve 127. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptaline,

2- Uygulanması durumunda doğacak giderilmesi güç ya da olanaksız hukuksal sonuçlar gözönünde bulundurularak, söz konusu fıkranın yürürlüğünün durdurulmasına,

karar verilmesini arz ederim.”;

İptal ve yürürlüğün durdurulması istemlerini içeren, Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Kemal ANADOL, Kemal KILIÇDAROĞLU ile birlikte 112 Milletvekili tarafından verilen 28.7.2005 günlü dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

“I. OLAY

Anayasa Mahkemesinin 18.01.2005 tarih ve E.2004/118, K.2005/8 sayılı Kararı ile; 07.12.2004 günlü, 5272 sayılı “Belediye Kanunu”nun şekil yönünden Anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline, iptal kararının, kararın resmi gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin şekil yönünden Anayasaya aykırı bulup iptaline karar verdiği 07.12.2004 tarih ve 5272 sayılı Belediye Kanunu yerine hazırlanan ve TBMM’de görüşülerek 03.07.2005 tarihinde kabul edilen 5393 sayılı Belediye Kanunu, 13.07.2005 tarih ve 25874 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun bazı hükümleri, Anayasaya aykırıdır.

Aşağıda önce 03.07.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun Anayasaya aykırı oldukları için iptali istenen hükümlerine yer verildikten sonra, Anayasaya aykırılık gerekçeleri açıklanmıştır.

II. İPTALİ İSTENEN HÜKÜMLER

1) 03.07.2005 Tarih ve 5393 Sayılı Belediye Kanununun “Birleşme ve Katılmalar” Başlığını Taşıyan 8 inci Maddesinin İkinci Fıkrası

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Birleşme ve Katılmalar” başlığını taşıyan 8 inci maddesinin ikinci fıkrası aynen şöyledir:

“Bir belde veya köyün veya bunların bazı kısımlarının meskûn sahasının, komşu bir beldenin meskûn sahası ile birleşmesi veya bu sahalar arasındaki mesafenin 5.000 metrenin altına düşmesi ve buralarda oturan seçmenlerin yarısından bir fazlasının komşu beldeye katılmak için başvurması hâlinde, katılınacak belde sakinlerinin oylarına başvurulmaksızın, katılmak isteyen köy veya belde veya bunların kısımlarında başvuruya ilişkin oylama yapılır. Oylama sonucunun olumlu olması hâlinde başvuruya ait evrak, valilik tarafından katılınacak belediyeye gönderilir. Belediye meclisi evrakın gelişinden itibaren otuz gün içinde başvuru hakkındaki kararını verir. Belediye meclisinin uygun görmesi hâlinde katılım gerçekleşir. Büyükşehirlerde birleşme ve katılma işlemleri, katılınacak ilçe veya ilk kademe belediye meclisinin görüşü üzerine, büyükşehir belediye meclisinde karara bağlanır. Katılma sonrası oluşacak yeni sınır hakkında, 6 ncı maddeye göre işlem yapılır ve sonuç İçişleri Bakanlığına bildirilir

2) 03.07.2005 Tarih ve 5393 Sayılı Belediye Kanununun 11 inci Maddesinin Birinci Fıkrası ile İkinci Fıkrasının İlk Cümlesi

03.07.2005 tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk cümlesi aynen şöyledir:

“Meskûn sahası, bağlı olduğu il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000 ve üzerinde olan bir belediyenin sınırına, 5.000 metreden daha yakın duruma gelen belediye ve köylerin tüzel kişiliği; genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda, Danıştayın görüşü alınarak, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine müşterek kararname ile kaldırılarak bu belediyeye katılır. Tüzel kişiliği kaldırılan belediyenin mahalleleri, katıldıkları belediyenin mahalleleri hâline gelir. Tüzel kişiliği kaldırılan belediye ile köylerin taşınır ve taşınmaz mal, hak, alacak ve borçları katıldıkları belediyeye intikal eder.

Nüfusu 2.000’in altına düşen belediyeler, Danıştayın görüşü alınarak, İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine müşterek kararname ile köye dönüştürülür.”

3) 03.07.2005 Tarih ve 5393 Sayılı Belediye Kanununun 14 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) bendinde yer alan “Okul öncesi eğitim kurumları açabilir” ibaresi

03.07.2005 Tarih ve 5393 Sayılı Belediye Kanununun 14 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) bendi aynen şöyledir:

“b) Okul öncesi eğitim kurumları açabilir; Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; kültür ve tabiat varlıkları ile tarihî dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir. Gerektiğinde, öğrencilere, amatör spor kulüplerine malzeme verir ve gerekli desteği sağlar, her türlü amatör spor karşılaşmaları düzenler, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan sporculara belediye meclisi kararıyla ödül verebilir. Gıda bankacılığı yapabilir.”

İptali istenen hüküm, 14 üncü maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan: “Okul öncesi eğitim kurumları açabilir,” ibaresidir.

4) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü Maddesinin İkinci Fıkrası

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrası aynen şöyledir:

“Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır.”

5) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 18 inci Maddesinin (o) Bendi

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 18 inci maddesinin (o) bendi aynen şöyledir:

“o) Diğer mahallî idarelerle birlik kurulmasına, kurulmuş birliklere katılmaya veya ayrılmaya karar vermek.”

6) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 19 uncu Maddesinin Son Fıkrası

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 19 uncu maddesinin son fıkrası aynen şöyledir:

“Meclisin çalışması ve katılıma ilişkin esas ve usûller İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

7) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 34 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendindeki” almak ve” İbares, (f) Bendi ve (g) Bendindeki “süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek” İbares,ı,

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 34 üncü maddesinin (b), (f) ve (g) bentleri aynen şöyledir:

“b) Yıllık çalışma programına alınan işlerle ilgili kamulaştırma kararlarını almak ve uygulamak.

f) Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyumsuzluklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek.

g) Taşınmaz mal satımına, trampasına ve tahsisine ilişkin meclis kararlarını uygulamak; süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek.”

İptali istenen hükümler: (b) bendindeki” almak ve” ibaresi, (f) bendi ve (g) bendindeki “süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek” ibaresidir

8) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Norm Kadro ve Personel İstihdamı” Başlıklı 49 uncu Maddesinin Son Fıkrasındaki “başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının yüzde onunu ve” İbaresı

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Norm Kadro ve Personel İstihdamı” başlıklı 49 uncu maddesinin son fıkrası aynen şöyledir:

“Sözleşmeli ve işçi statüsünde çalışanlar hariç belediye memurlarına, başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayının 20.000 gösterge rakamı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere, hastalık ve yıllık izinleri dahil olmak üzere, çalıştıkları sürelerle orantılı olarak encümen kararıyla yılda en fazla iki kez ikramiye ödenebilir.”

İptali istenen; 49 uncu maddenin son fıkrasındaki “başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının yüzde onunu ve” ibaresidir.

9) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 50 nci Maddesinin Son Fıkrasındaki “avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere” ibaresi

5393 sayılı Belediye Kanununun 50 nci maddesinin son fıkrası aynen şöyledir:

“Tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilen sözleşmeli personelin pozisyonları, avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, başka bir işleme gerek kalmaksızın devredildikleri belediye veya il özel idaresi adına vize edilmiş sayılır. “

İptali istenen ibare, 50 nci maddenin son fıkrasındaki “avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere” ibaresidir.

10) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesi

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Denetimin Kapsamı ve Türleri” başlıklı 55 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi aynen şöyledir:

“Belediyelerde iç ve dış denetim yapılır.”

11) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci Maddesinin İkinci Fıkrası

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Denetimin Kapsamı ve Türleri” başlıklı 55 inci maddesinin ikinci fıkrası aynen şöyledir:

“İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır.”

12) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Bütçe sistemi” Başlığını Taşıyan 65 inci Maddesi

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 65 inci maddesi aynen şöyledir:

“MADDE 65. – Belediye bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

13) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 70 inci Maddesi

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Şirket Kurulması” başlıklı 70 inci maddesi aynen şöyledir:

“Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir.”

14) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 85 inci Maddesinin (a) Bendinin (2) Numaralı Alt Bendi

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Kaldırılan Hükümler” başlıklı 85 inci maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendi aynen şöyledir:

“2. Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun ek 68 inci maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Sandıkça emekli aylığı bağlanan büyükşehir belediye başkanlarına 7000, il belediye başkanlarına 6000, ilçe ve ilk kademe belediye başkanlarına 3000, diğer belediye başkanlarına 1500 gösterge rakamı üzerinden, bu maddede belirtilen usûl ve esaslar dâhilinde makam tazminatı, buna bağlı olarak temsil veya görev tazminatı ödenir. Bu tazminatlar ilgililere ödendikçe iki ay içinde faturası karşılığında Hazineden tahsil olunur. Birinci fıkrada öngörülen iki yıllık sürenin hesabında iştirakçi olup olmadıklarına bakılmaksızın belediye başkanı olarak geçen sürelerin tamamı dikkate alınır.”

15) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun Geçici Madde 5’inin Üçüncü Fıkrasının İkinci Cümlesi

03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun Geçici Madde 5’inin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi aynen şöyledir:

“Bakanlar Kurulu, ilgili kuruluşların borç ödeme kapasitelerini de dikkate alarak ödenecek tutarları taksitlendirmeye, taksitlendirilen kısma Kanunun yayımını izleyen günden itibaren zam ve faiz uygulatmamaya, bu borçların fer’i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapmaya yetkilidir.”

III. GEREKÇE

1) 03.07.2005 Tarih ve 5393 Sayılı Belediye Kanununun “Birleşme ve Katılmalar” Başlığını Taşıyan 8 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

1988 yılında Türkiye tarafından imzalanan “Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı” 1991 yılında bazı çekinceler ile, 3723 sayılı Yasa ile onaylanmıştır. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı’nın Türkiye tarafından da benimsenen “Yerel Yönetim Sınırlarının Korunması” başlığını taşıyan 5 inci maddesinde,

“Yerel yönetimlerin sınırlarında, mevzuatın elverdiği durumlarda ve mümkünse bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamaz” hükmünü yer verilmiştir.

Birleşme ve katılmalarda, hem katılan veya birleşen yerel yönetimlerin, hem katılınan veya birleşilen yerel yönetimlerin iradesinin aranması, Anayasanın 123 ve 127 nci maddelerinde belirtilen yerenden yönetim ilkesinin de bir gereğidir.

Günümüzün demokrasi anlayışı da yerel yönetim sınırlarındaki değişikliğin ilgili yönetimlerin iradesi esas alınarak yapılmasını öngörmektedir.

İptali istenen fıkrada ise “iltihak olunacak belde sakinlerinin oylarına başvurulmadan” belde sınırlarında değişiklik yapılması öngörülmüş ve bu fıkradaki düzenleme de buna göre yapılmıştır. Diğer bir anlatımla katılımın gerçekleşmesinde, iltihak olunacak belde halkı (yerel topluluk), tümüyle dışlanmıştır.

Bu durum Anayasanın 123 ve 127 nci maddelerine ve ayrıca 2 nci maddesinde belirtilen demokratiklik niteliğine aykırıdır.

Diğer yandan, “Anayasanın 90 ıncı maddesinde, “... usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” denildikten sonra, bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği bildirilmiştir.

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

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

Ancak iptali istenen düzenlemede; bu hususlar gözetilmemiş, uluslararası andlaşmaya uyulmamış olduğundan Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırı davranılmıştır.

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

Açıklanan nedenlerle 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Kanunun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2, 11, 90, 123 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

2) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci Maddesinin Birinci Fıkrası ile İkinci Fıkrasının İlk Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 11 inci maddenin birinci fıkrası ile; bağlı olduğu il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000'in üzerinde olan bir başka belediyenin sınırına 5.000 metreden daha yakın hale gelen belediye ve köylerin; genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda, Danıştay'ın görüşü alınarak İçişleri bakanlığının teklifi üzerine müşterek kararname ile tüzel kişiliklerinin sona erdirilerek ilgili belediyeye katılması öngörülmektedir. Bu düzenleme, tüzel kişilikleri sona erdirilip ilgili belediyeye katılması söz konusu yerel toplulukların yani belediye ile köy halkının, katılma konusunda kendilerine referandum yoluyla danışılmasını öngörmediğinden yukarıda 8 inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarının Anayasaya aykırılık gerekçesinde etraflıca açıklanan nedenlerle Anayasanın 2, 11, 90,123 ve 127 nci maddelerine aykırılık teşkil etmektedir. Diğer taraftan 11 inci maddenin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yapılan düzenleme ile de; nüfusu 2000'in altına düşen belediyelerin, Danıştayın görüşü alınarak İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine müşterek kararname ile köye dönüştürülmesi öngörülmüştür. Belediye olan mahalli toplumun görüşü alınmadan yapılacak böyle bir düzenleme de, yukarıda etraflıca açıklanan nedenlerle 2, 11, 123 ve 127 nci maddelerine "Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'na ve dolayısıyla Anayasanın 90 ıncı maddesine aykırılık teşkil edecektir. Diğer taraftan Anayasanın 127 nci maddesinde mahalli idareler; il, belediye ve köy olarak gösterilmiştir. Belediye'nin Köy'e göre daha üst bir yönetim birimi olduğu açıktır. Bu durumda belediyelerin, sırf nüfuslarının 2.000'in altına düşmesi nedeniyle köye dönüştürülmeleri, onların kazanılmış haklarının ihlali anlamına geleceğinden böyle bir dönüştürülmenin Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırılması da mümkün değildir. Bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğuracaktır (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Kanunun 11 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk cümlesi Anayasanın 2, 11, 90, 123 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmeleri gerekmektedir.

3) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) bendindeki “Okul öncesi eğitim kurumları açabilir” ibaresinin Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, belediyelerin görev ve sorumlulukları arasında, “okul öncesi eğitim kurumları açabilme” hizmetleri de gösterilmiştir.

Anayasanın 42 nci maddesinde, “eğitim ve öğretimin, Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devlet’in gözetim ve denetimi altında yapılacağı” belirtilmiştir.

Anayasada eğitim ve öğretim, birey yönünden hak olarak tanınırken, Devlet’in de başta gelen ödevlerinden sayılmıştır.

Devlet’in bu ödevleri yerine getirmesinin yolu, Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, aklın egemenliğine dayanan, çağdaş eğitim ve öğretim kurumları oluşturma, varolanları geliştirmesidir.

Eğitim ve öğretim hizmetlerine, Devlet’çe önemli ağırlık verilmesi, çağın ve Anayasanın gereğidir. Bu gerek, eğitim ve öğretim hizmetlerinin merkezi yönetimin görevleri arasında kalmasını zorunlu kılmaktadır.

Kaldı ki, eğitim ve öğretim hizmetleri, yerel bir gereksinim niteliği taşımamakta ve bu bakımdan da ulusal düzeyde planlanıp, merkezi yönetimce yürütülmesi gerekmektedir.

Anayasanın 174 üncü maddesinde, Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti’nin laik niteliğini koruma amacı güden devrim yasaları tek tek sayılarak Anayasal güvenceye alınmıştır. Anayasanın 174 üncü maddesi, başlangıcı ile 2 ve 24 üncü maddelerinden ayrı düşünülemez ve onları tamamlayıcı niteliktedir.

Ülkemizde laik öğretime geçiş, Anayasanın 174 üncü maddesiyle korumaya alınan 03 Mart 1924 günlü, 430 sayılı Öğretim Birliği Yasası ile gerçekleştirilmiştir. Öğretim birliği ilkesinin amacı, eğitimi tek elden uygulanan bir Devlet politikası durumuna getirerek, akla ve bilime dayalı programlarla çağdaş uygarlık hedefine yönelmiş yurttaşlar yaratmaktır.

Yasa koyucu, kişiler yönünden hak, devlet yönünden ödev olan eğitim ve öğrenim hakkını düzenlerken, toplumun gereksinim duyduğu insan

gücünün yetiştirilmesi, böylece, toplumsal, ekonomik ve kültürel kalkınmanın sağlanması gibi hususları gözetmek zorundadır. Bunun merkezi planlama, programlama ve uygulamayı gerektireceği açıktır. Eğitimde, planlama ve program kadar, belki ondan da fazla önemli olan uygulamadır. Uygulamada okul öncesi eğitimde belediyelere göre yaşanacak sapmalar, laik eğitim ve ulusal birlik yönünden aykırılıklara neden olacaktır.

Genel olarak niteliği bakımından eğitim hizmetlerinin, özel olarak da okul öncesi eğitimin yurt düzeyinde ve ulusal düzeyde, merkezi yönetimin genel sorumluluğu altında yürütülmesi gerekmektedir.

Bunun tersine, okul öncesi eğitim hizmetlerini belediyelerin de yapması, eğitimin laikleşmesini ve tek elden yürütülmesini amaçlayan öğretim birliği ilkesiyle, ulusal birlik amacıyla, demokratik, laik, eşitlikçi, adil, işlevsel ve bilimsel temellere dayalı eğitim anlayışıyla, Anayasanın Atatürk ilke ve devrimlerini temel alan ruhuyla bağdaşmamaktadır. Anayasaya aykırı bir hükmün hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ve dolayısıyla Anayasanın 2 ve 11 inci maddeleriyle bağdaşmayacağı da açıktır.

Kuşkusuz okul öncesi eğitim için bina sağlamak, eğitim kurumu açmak belediyenin görevi olabilir. Ancak burada verilecek eğitim, tamamen merkezi idarenin görev ve sorumluluğunda olmalıdır.

Ancak iptali istenen hükümde belediyelere verilen görevin, okul öncesi eğitim kurumlarının binalarını yapmaktan veya yalnız kurum açmaktan ibaret olduğu, okul öncesi eğitimin yönetimini kapsamadığı ileri sürülemez. Çünkü “okul öncesi eğitim kurumları açabilme” ibaresi, net ve açık olmayan bir ibaredir. Kurum açma nın yanında burada verilecek eğitimi de kapsayacak niteliktedir. Bu bakımdan kanunların açık ve anlaşılabilir olma ilkesiyle de uyumlu değildir.

İzinsiz açılan yasa dışı kurslarla ilgili olarak yapılan güncel tartışmalar, okul öncesi eğitimin merkezi yönetimin genel sorumluluğu altında yürütülmesinin gerekliliğini bir kez daha göstermiştir.

Açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, belediyelerin görev ve sorumlulukları arasında sayılan hizmetlerden “okul öncesi eğitim kurumları açabilme” ibaresi, Anayasanın, Başlangıç ilkelerine; 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 11 inci maddesindeki Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine, 24 üncü maddesindeki din ve ahlak eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır ilkesine, 42 nci

maddesindeki eğitim ve öğretimin, Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devlet'in gözetim ve denetimi altında yapılacağı kuralına, 127 nci maddesindeki mahalli idarelerin il, belediye veya köy halkının mahalli, müşterek ihtiyaçları için kurulabileceği ilkesine ve 174 üncü maddedeki inkılap kanunlarının korunması kuralına aykırı olup, iptali gerekir.

4) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen fıkraya göre belediyelere, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen yerel ortak nitelikteki hizmetleri yapmak ya da yaptırmak, gerekli kararları almak, uygulamak ve denetlemek görevi verilmiştir. Böylece belediyeler, kamu hizmetlerinin görülmesi yönünden "genel görevli" kılınmıştır.

Ulusal sınırlar içerisinde yaşayan insanların ortak nitelikteki gereksinimlerini karşılamak devletin temel amacıdır. Bu amaçların gerçekleştirilmesi için her ülkede yönetim görevi ve sorumluluğu ile hizmetler, merkezi yönetim ve yerel yönetim olmak üzere iki ayrı otorite ve örgüt arasında paylaştırılmıştır. Siyasal bir organizasyon olan devletin merkezi idareyi kurmasının temelinde, herhangi bir ülkede yaşayan insanların ortak nitelikteki iç ve dış güvenlik, adalet, eğitim, toplumsal refah ve kalkınmanın sağlanması, sağlık hizmetleri ve sosyal güvenliğin etkin bir biçimde gerçekleştirilmesi gibi amaçlar yatar.

Yönetimler arası hizmet bölüşümü deyiminden anlaşılması gereken kamusal ve yarı kamusal nitelikteki hizmetlerin merkezi yönetim ve yerel yönetim birimleri arasındaki dağılımıdır. Yönetimler arasında hizmetlerin görülebilmesi için neden ayırma gidilmesi gerektiği ise; etkinlik, hizmette vatandaşa yakınlık, tarihi ve siyasal nedenler ile açıklanmaktadır.

Bir hizmetin yerel nitelik taşıması için genelde iki ölçüt öne sürülmektedir. Bunlardan birincisi, hizmette "ölçek ekonomileri"dir. Yönetim birimi, ölçek ekonomilerini gerçekleştirmeye olanak tanıyacak ölçüde büyük tutulmalıdır. Burada ölçek ekonomisi kavramı, hizmette üretilen miktar arttıkça, birim hizmet maliyetinin düşmesi anlamında kullanılmaktadır. Ölçek ekonomileri ile üretilen hizmetlerde birim maliyeti, merkezi üretim sürecinde daha düşük olabilecektir.

İkinci kriter ise hizmette vatandaşa yakınlık ilkesidir. Bu ilke bir hizmetin prensip olarak vatandaşa en yakın idari birim tarafından yerine getirilmesini ve sadece bu birim tarafından ya hiç yada yeterince etkin bir

biçimde yerini getirilmeyen hizmetlerin bir üst birim tarafından üstlenilmesini gerektirmektedir. Hizmetin vatandaşa yakınlığından hareketle en yakın idari birim tarafından yerine getirilmesi hususunda standart yoktur. Çünkü hizmetlerin vatandaşa yakınlığı kadar ölçek sorununun da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Hizmetin özelliğine göre en yakın idare, bazen köy, belediye olabilirken, bazen bölgesel, bazen de merkezi idare olabilmektedir. Örneğin; elektrik, iç güvenlik ve benzeri faaliyetlerin daha etkin, verimli ve kaliteli gerçekleştirilebilmesi için, bölgesel veya ülke ölçeğinde örgütlenmesi kaçınılmaz bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hizmetlerin sunumunda yönetimler arasında kesin ayrımlara gitmek gerçekçi bir yaklaşım tarzı olmayabilir. Aynı hizmet türü ile yerel ve merkezi yönetim farklı gerekçelerle ilgilenebilir. Örneğin, belli bir kamu hizmetinden sağlanan faydanın bir kısmı yerel olarak kabul edilebilir. Fakat bu, hizmetin yerel yönetimlerce sunulması için yeterli koşul değildir. Ölçek ekonomileri ve söz konusu hizmetin tüm ülkede eşit koşullarda sağlanması gibi nedenler ile merkezi yönetimce sunulması da istenebilir.

Yukarıda etraflıca açıklanan nedenlerle merkezi yönetim ile yerel yönetimler arasında kesin ayrımlara gitmek gerçekçi bir yaklaşım olmadığı için Anayasada merkezi idare, genel yetkili kılınmıştır. Nitekim, Anayasanın “Merkezi idare” başlığını taşıyan 126 ncı maddesinde,

“Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır. (...)” denilmiştir.

Bu hükümden anlaşılacağı üzere, merkezi idarenin kuruluşu esas olarak coğrafi bakımdan düzenlenmiş, fakat merkezi idarenin üstleneceği kamu hizmetleri bakımından bir açıklık getirilmemiştir. Bu konuda maddede yapılan belirleme sadece “kamu hizmetlerinin gereklerine göre...” ifadesidir. Bunun anlamı ise açıktır yani merkezi idare genel yetkilidir.

Merkezi idarenin görev ve yetkileri, Anayasada belirlenen temel hak ve hürriyetlerden anlaşılmaktadır. Ancak, Anayasada örgütlenme ile ilgili düzenlemede görevler ve hizmetler sayılarak sınırlandırılmamıştır. Anayasanın 127 nci maddesinin beşinci fıkrasında “Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir” denilmek suretiyle merkezi yönetimin yetkileri ayrıntıyla

varan bir titizlikle düzenlenirken merkezi yönetimin görev ve hizmetleri şunlardır şeklinde hiç bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Anayasanın 126 ncı maddesinde, merkezi yönetimin örgütlenmesine ilişkin ölçütler “coğrafya durumu, ekonomik koşullar ve kamu hizmetlerinin gerekleri” olarak sayılmıştır. Maddede, merkezi yönetimin görevlerini belirginleştiren ya da sınırlayan bir düzenleme yapılmamıştır.

Buna karşın, Anayasanın 127 nci maddesinde, yerel yönetimlerin örgütlenmesi hem “coğrafya” hem de “konu” yönünden sınırlandırılmıştır. Maddeye göre, yerel yönetimler, ancak yöresel olarak örgütlenabilmekte ve yalnızca yerel ortak gereksinimlerin karşılanması yönünden görevlendirilebilmektedir.

İptali istenen 14 üncü maddenin ikinci fıkrasında yapılan düzenlemenin ise Anayasanın 126 ve 127 nci maddelerindeki ilkeleri gözardı ederek, belediyeleri “genel görevli ve yetkili” konumuna getirdiği açıktır.

Söz konusu ikinci fıkrada, her ne kadar “kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen”, “mahalli müşterek nitelikteki” görevlerden söz edilerek konu yönünden sınır getirilmiş izlenimi yaratılmaya çalışılmış ise de, bu ölçütler yukarıda etraflıca açıkladığımız ölçütlere uygun olmayan soyut ölçütler olduğundan belediyeleri “genel görevli” konumdan çıkarmaya yetmemektedir.

Çünkü, merkezi yönetim örgütlenmesinde yer alan kamu kurum ve kuruluşlarının görevi kapsamında sayılmayan ya da genel görevli bir kamu kurum ya da kuruluşunun görev alanında yer almakta iken, yapılacak bir yasal düzenleme ile o kurum ya da kuruluşun görev kapsamından çıkarılacak her türlü kamusal hizmet, bu madde nedeniyle, başkaca bir yasal düzenlemeye gerek kalmaksızın belediyelerin görev alanına girecektir.

İptali istenen hüküm, açıklanan nedenlerle Anayasanın 126 ve 127 nci maddelerine aykırı düşmektedir.

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

Bu nedenle 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 2, 11, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

5) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 18 inci Maddesinin (o) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

İptali istenen 18 inci maddesinin (o) bendi hükmüne göre “Diğer mahalli idarelerle birlik kurulmasına, kurulmuş birliklere katılmaya veya ayrılmaya karar vermek” belediye meclisinin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. Anayasanın 127 nci maddesinin son fıkrasında “Mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Bakanlar Kurulunun izni birlik kurmaları...kanunla düzenlenir” denilmiştir. Görüldüğü üzere, mahalli idarelerin birlik kurabilmeleri için “bakanlar kurulunun izni” Anayasal bir zorunluluktur. Belediye meclisi, Anayasanın 127 nci maddesi ile uyumu sağlayabilmek için ancak, birlik kurmak amacıyla Bakanlar Kurulundan izin istemeye karar verme yetkisiyle donatılabilir. Bu nedenle, birlik kurma konusunda belediye meclisine Bakanlar Kurulu iznine herhangi bir atıf yapılmadan, sanki böyle bir izne gerek yokmuş gibi bir anlatımla yetki verilmesi, Anayasanın 127 nci maddesine aykırıdır.

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

Açıklanan nedenlerle 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 18 inci maddesinin (o) bendi Anayasanın 2, 11, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

6) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 19 uncu Maddesinin Son Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

“Başkanlık divanı” başlığını taşıyan 19 uncu maddenin son fıkrasında, “Meclisinin çalışmalarına ve katılıma ilişkin esas ve usuller İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir” denilmiştir. Maddede belediye meclisinin çalışmalarına ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme yer almadığından, bu konudaki usul ve esasları belirleyen bir yönetmelik, asli düzenleme yapmış olacaktır. Halbuki Anayasaya göre, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında, yürütmenin asli düzenleme yetkisi yoktur; yürütme Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacak ve yerine getirilecek bir yetki ve görevdir. Anayasanın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan bu ilke, yürütmenin ancak kanun ile asli olarak düzenlenmiş bir alanda düzenleme yetkisi kullanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Anayasanın 7 nci maddesine göre ise, asli düzenleme yetkisi, TBMM’nindir ve devredilemez.”

Kanunda bir hususun yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi, o hususun kanunla düzenlenmiş olduğu anlamına gelmez. Kanunla yapılmış

bir düzenlemeden söz edilebilmesi için, o hususun en azından temel ilkelerinin kanunda gösterilmesi gerekir.

İptali istenen 19 uncu maddenin son fıkrası, yukarıda belirtildiği üzere, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak, yürütmeye asli düzenleme yapmak imkanı tanıdığı için Anayasanın 8 inci maddesine; yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için Anayasanın 7 nci maddesine; böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için Anayasanın 6 ncı maddesine aykırıdır.

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

Açıklanan nedenlerle 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 19 uncu maddesinin son fıkrasının Anayasanın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

7) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 34 üncü Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendindeki “almak ve” İbaresini, (f) Bendi ve (g) Bendindeki “süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Kanunun 34 üncü maddesinin birinci fıkrasının bentlerinde Belediye Encümeninin görevleri sayılmıştır. Sayılan bu görevlerden bir kısmı “karar organı”nın alabileceği nitelikteki görevlerdir. Anayasa göre, mahalli idarelerin karar organları seçimle oluşur. Nitekim belediyelerin karar organı olarak oluşturulan “belediye meclisi”, 5393 sayılı yasa ile seçimle gelen üyelerden oluşmaktadır. Belediye Encümeninin üyeleri ise, hem seçilmişlerden hem atanmışlardan oluşmaktadır. 5393 sayılı yasa, belediye encümenini karar organı olarak değil yürütme organı olarak düzenlemiştir. Bu nedenle belediye encümeninin oluşumunda atanmışlara da yer vermiştir.

Yasanın bu şekilde düzenleme yaptığı, madde gerekçesinde de belirtilmiştir. 5393 sayılı Yasa’nın 34 üncü maddesinin gerekçesinde: “Encümenin görev ve yetkileri yeniden düzenlenerek yürütme organı olma niteliği daha netleştirilmekte ve belediye meclisine ilişkin hükümlerle tutarlılık içinde, 1580 sayılı Kanunla öngörülen meclis yerine karar alma yetkisi tümüyle kaldırılmaktadır. Sonuç olarak, karar organı olan meclis ile yürütme organı olan encümen arasındaki ayırım netleştirilmiştir” denilerek bu durum açıkça ifade edilmiştir.

Yasanın gerekçesinde, belediye encümenin belediye meclisi yerine karar alması önlenmiş ve belediye encümeni yürütme organı olarak düzenlenmiştir denmesine karşın, 5393 sayılı yasanın 34 üncü maddesindeki belediye encümenin bazı görev ve yetkileri, nitelikleri bakımından karar organına ait olması gereken görev ve yetkilerdir.

34 üncü maddenin (b) bendindeki: “Yıllık çalışma programına alınan işlerle ilgili kamulaştırma kararlarını almak”; (f) bendindeki: “Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin YTL’ye kadar, dava konusu olan belediye alacaklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek” ve (g) bendindeki “süresi üç yılı geçmemek üzere taşınmazların kiralanmasına karar vermek” görev ve yetkileri, yürütme, yani alınmış kararı uygulamaya yönelik olmayıp, sadece karar kapsamında yer alacak niteliktedirler ve bu nedenle de bu görev ve yetkiler, belediye encümenine ister istemez bir karar organı özelliği de kazandırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi, 22.06.1988 tarih ve E. 1987/18, K. 1988/23 sayılı Kararında:

“Anayasanın 127 nci maddesinin birinci fıkrası il, belediye ve köy olarak üç tür halinde sayılan yerel yönetimlerin .. karar organlarının... gene kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulacağını, buyurucu bir kural kesinliğiyle ortaya koymuştur” denilmektedir.

Karar organlarının seçimle oluşturulması belirleyici öğedir. Belediye encümeninde atanmış üyelerin yer alması, bu organın karar organı olmadığını göstermektedir. Yürütme organı olarak oluşturulan belediye encümenine, karar organının alabileceği nitelikte görev ve yetki vermek Anayasanın 127 nci maddesine aykırıdır.

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

Açıklanan nedenlerle 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 34 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki “almak ve” ibaresi, (f) bendi ve (g) bendindeki “süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek” ibaresi, Anayasanın 2, 11 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

8) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 49 uncu Maddesinin Son Fıkrasındaki “başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının yüzde onunu ve” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Belediye Kanununun 49 uncu maddesinin son fıkrasında, belediye memurlarına başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının % 10'unu geçmemek üzere, encümen kararı ile yılda en fazla iki ikramiye verilmesi öngörülmüştür.

Başarılı memur sayısı, toplam memur sayısının % 10'undan fazla sayıda olabilir. 5393 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenleme yüzünden, aynı derecede başarılı olan memurların bir kısmı yılda iki kez ikramiye alabilecek, bir kısmı ise, salt % 10 barajına takıldıkları için aynı derecede başarılı olmalarına rağmen ikramiye alamayacaklardır.

Durumları aynı olanlar arasında farklı uygulamalar yapılması sonucunu doğuracak olan söz konusu düzenleme, Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırıdır.

Yasaların ve bu yasalarla getirilen kuralların genel olması hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Yasaların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durum gözetmeyen, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. O halde, yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetmeksizin uygulanabilir olması gerekir.

Anayasanın 10 uncu maddesine 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, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

Eşitliğe aykırı sonuçlar yaratabilecek böyle bir düzenleme, kuşkusuz Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmayacaktır. Çünkü hukuk devletin temel unsurlarından birisi eşitliktir. Diğer taraftan söz konusu düzenleme "başarının" ölçütlerini koymadığı için başarılı memuru belirlemeyi taktire bırakmakta ve böylece keyfiliğe imkan hazırlamaktadır. Keyfilik ise hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacak olan bir başka durumdur.

Anayasanın herhangi bir maddesine aykırı olan bir hüküm, Anayasanın 11 inci maddesindeki Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile de bağdaşmaz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Belediye Kanununun "Norm kadro ve personel istihdamı" başlıklı 49 uncu maddesinin son fıkrasındaki "başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının yüzde onunu ve" ibaresi,

Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine aykırı olup, iptal edilmesi gerekmektedir.

9) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 50 nci Maddesinin Son Fıkrasındaki “avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere” İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Kanunun 50 nci maddesinde tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerin kadrolarının ve personelinin katılma halinde belediyeye, köye dönüşme halinde il özel idaresine devri ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır.

Bu maddenin son fıkrasında 657 sayılı devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilen sözleşmeli personelin pozisyonlarının başka bir işleme gerek kalmaksızın devredildikleri belediye veya il özel idaresi adına vize edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır.

Ancak fıkradaki düzenlemede “avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere” ibaresine yer verilerek, 657 sayılı Kanunun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personel arasında eşitsizlik yaratılmıştır. Yani 657 sayılı Kanunun 4/B maddesine göre istihdam edilen diğer sözleşmeli personelin pozisyonları başka bir işleme gerek kalmaksızın vize edilmiş sayılacak, ancak benzer şekilde 657 sayılı Kanunun 4/B maddesine göre avukat unvanlı pozisyonda istihdam edilenlerin pozisyonları vize edilmiş sayılmayacaktır.

657 sayılı Kanunun 4/B maddesine göre sözleşmeli pozisyonda istihdam edilenlerin pozisyonlarının vize edilmesi şarttır. Pozisyonları vize edilmeyenlerin istihdam edilmeleri mümkün değildir. Her yıl bütçe kanunlarına bunun için hüküm konulmaktadır.

Yasaların ve bu yasalarla getirilen kuralların genel olması hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Yasaların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durum gözetmeyen, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir.

O halde yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetmeksizin uygulanabilir olması gerekir.

Anayasanın 10 uncu maddesine 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, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Halbuki getirilen düzenleme, 657 sayılı Kanunun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personel arasında eşitsizlik yaratarak, Anayasanın 10 uncu maddesinde belirtilmiş olan yasa önünde eşitlik ilkesini çiğnemiştir.

657 sayılı Kanunun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personel arasında eşitsizlik yaratan böyle bir düzenlemenin amacının kamu yararını sağlamak olduğu düşünülemez. Bir hukuk devletinde, tüm yasama ve yürütme işlemlerinin nihai amacı, kamu yararıdır. Kamu yararı amacına yönelik olmayan işlemler, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Günümüzde kamu yararı, toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, bireysel çıkardan farklı ve onun üstünde ortak bir yarardır.

Anayasa Mahkemesi E.1985/1, K.1986/4 sayılı Kararında “Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz” denilmektedir.

İptali istenen düzenleme ise, kamu hizmeti gören görevliler arasında eşitsizlik yaratarak hizmetin gereklerine aykırı bir durumun ortaya çıkmasına neden olmakta ve böylece kamu yararını ortadan kaldırıcı ve engelleyici bir sonuca yol açmaktadır. Bu nedenle, kamu yararı amacına yönelik olduğu söylenemeyecek olan bu işlem, hukuk devleti ilkesine aykırı düşmektedir.

Çünkü Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

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

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Kanunun 50 nci maddesinin son fıkrasında yer alan “avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere” ibaresi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine ve Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

10) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci Maddesinin Birinci Fıkrasının Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesinde, denetimin kapsamı ve türleri belirlenmiştir.

Bu maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, “Belediyelerde iç ve dış denetim yapılır” denilmektedir.

5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde; belediyelerde yapılacak denetim, iç ve dış denetim olarak belirtilmiş, denetimin üçüncü unsuru olan “teftiş ve soruşturma”dan hiç söz edilmemiştir.

Kanunun 55 inci maddesinin tümüne bakıldığında, “teftiş ve soruşturma”nın, iç ve dış denetime ek olarak denetimin üçüncü unsuru olarak ele alınmadığı ve dışlandığı görülmektedir.

Ayrıca, Kanunun 55 inci maddesinin ikinci fıkrasının atıfta bulunduğu 5018 sayılı Kanunda da, iç denetim kapsamında teftiş ve soruşturma fonksiyonlarına yer verilmemiştir.

Kamu hizmetlerinin daha iyi, daha etkin ve daha verimli kılınması için alınacak önlemlerin araştırılmasına yönelik olarak yürütülen teftiş hizmeti, iç kontrollerin denetimi amacıyla yürütülen iç denetimden farklıdır. Farklılık, özellikle kamu hizmetlerinin sunumundaki usulsüzlüklerin ve yolsuzlukların ortaya çıkarılması, soruşturulması, bunların önlenmesi işlevi ile belirginlik kazanır.

5018 sayılı Kanunun 64 üncü maddesinde iç denetçilerin, denetim sırasında veya denetim sonuçlarına göre soruşturma açılmasını gerektirecek bir duruma rastladıklarında ilgili idarenin en üst amirine bildirecekleri yazılıdır. İç denetçilere verilen bu görevin, herhangi bir yolsuzluk ve usulsüzlüğü doğrudan incelenmek ve soruşturmak yetkisi ile ilgili olmadığı açıktır.

Görüldüğü gibi 5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesindeki, “iç denetim”, “teftiş ve soruşturma”yı içermemekte; 5018 sayılı Yasa’da tanımlı yapılan iç denetim de, teftiş ve soruşturma yetkisini kapsamamaktadır.

Gerek 5393 sayılı Belediye Kanununda, gerekse 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanununda belediyelerdeki teftiş kurulları ile ilgili hiçbir düzenleme yoktur. Teftiş kurulları ortadan kaldırılmış ama iç denetimi yapacak olan iç denetçilere teftiş ve soruşturma yapma yetkisi verilmemiştir.

Oysa, merkezi yönetim gibi yerel yönetimler de denetim elemanları aracılığı ile yolsuzlukları ve usulsüzlükleri saptamak ve önlemlerini almakla yükümlüdür.

5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesinde belirtilen dış denetim, 5018 sayılı Kanunda Sayıştay tarafından yapılacak harcama sonrası denetim olarak tanımlanmıştır. Sayıştay tarafından yapılacak dış denetiminin, teftiş kurullarının ortadan kaldırılmasından doğan boşluğu doldurması mümkün değildir. Çünkü, Sayıştay’a verilen hukuka uygunluk, mali ve performans denetimi yetkisinin teftiş ve soruşturma yetkisi ile uzaktan yakından ilgisi yoktur.

5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre İçişleri Bakanlığı’nın, belediye başkanı ve görevlendireceği memurların yapacağı denetim de teftiş kurullarınca kullanılan teftiş ve soruşturma yetkisinden farklıdır. Dikkat edilirse bu şekilde yapılan denetim, mali işlemler dışındaki işlerin, idarenin bütünlüğüne ve kalkınma planı ve stratejilerine uygunluğu açısından yapılan bir denetimdir.

5018 sayılı Kanunun 77 nci maddesinde İçişleri Bakanlığı’na verilen; mahalli idarelerin mali yönetim ve kontrol sistemlerini, mali karar ve işlemlerini mevzuata uygunluk açısından teftiş ettirme yetkisi, mali yönetim ve kontrol sistemlerinin tümüyle zaafa uğradığı, belirgin yolsuzluk veya kamu zararına yönelik emarelerin ortaya çıktığı durumda kullanılacak bir yetkidir. Oysa, yolsuzluk ve kamu zararı, mali yönetim ve kontrol sisteminin güçlü olduğu veya hiçbir belirgin emarenin ortaya çıkmadığı durumlarda da söz konusu olabilir.

Kaldı ki, 5018 sayılı Kanunun 77 nci maddesindeki yetki, merkezi yönetimin yerel yönetimler üzerinde idarenin bütünlüğü açısından zorunlu olan vesayet yetkisi çerçevesinde gerçekleştirilen bir yetkidir. Bu yetki teftiş ve soruşturma yetkisini tam olarak içermiş olsa idi bile, merkezi yönetimin

vesayet yetkisi çerçevesinde yerel yönetimler üzerinde gerçekleştirdiği bir denetim olduğu için, yönetimin kendi kendini denetleme işlevi yerine geçen bir denetim değildir.

Denetimle ilgili böyle bir düzenleme kamu yararına değildir. Bir hukuk devletinde, tüm yasama ve yürütme işlemlerinin nihai amacı, kamu yararıdır. Kamu yararı amacına yönelik olmayan işlemler, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Yasaların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi, yasa koyucunun takdir yetkisini Anayasaya uygun kullanıp kullanmadığını incelemeyi de içerir. Bu nedenle Anayasayı yorumlamakla yetkili olan Anayasa Mahkemesi, kamu yararı kavramını yorumlayabilir.

Günümüzde kamu yararı, toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, bireysel çıkardan farklı ve onun üstünde ortak bir yarardır.

Anayasa Mahkemesi E.1985/1, K.1986/4 sayılı Kararında “Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz” denilmektedir.

Kuşkusuz Anayasa mahkemesinin denetim yetkisi, neyin kamu yararına uygun olduğunu belirlemeyi değil, yasa koyucunun yasayı yaparken özel ve belli bir amacımı yoksa kamu yararına mı yöneldiğini araştırmayı içerir.

İptali istenen hükme göre iç denetim, teftiş ve soruşturmayı içermediği gibi 5018 sayılı Yasa’da iç denetçiler, gerekli olan mesleki güvenceyle de donatılmamışlardır. İç denetçilerin güvenceye sahip olmamaları, görevin bağımsız bir şekilde her türlü etkiden uzak yapılmasını da engellemektedir.

Yasal düzenlemelerin genel amacının kamu yararını gerçekleştirmek olduğu göz önünde tutulduğunda, getirilen yasal düzenlemenin yolsuzluk ve usulsüzlüklerle mücadeleyi etkisizleştirici, yönetimin etkinliğini azaltıcı niteliği ile bu amacı bağdaştırmanın mümkün olmadığı da söylenmelidir.

Halbuki yolsuzluk ve usulsüzlüğü tespit etmek ve yaptırıma bağlamak, hukuk devletinin önde gelen unsurlarındandır. 5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde yer alan “Belediyelerde iç ve dış denetim yapılı” hükmü, belediyelerde yapılması gereken teftiş ve soruşturmayı dışladığından, bu düzenleme, hizmetin gereklerine ve kamu yararına uygun değildir.

Kamu yararına olmayan bir yasama işlemi, hukuk devleti ilkesine aykırı düşer.

Çünkü Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Söz konusu düzenleme hukuk devleti ilkesine uygun bir yönetim ve denetimin gerçekleşmesine imkan bırakmadığı için de hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Diğer yandan, Anayasanın çeşitli hükümlerine aykırı olan bir hükmün, Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Belediye Kanununun “Denetimin kapsamı ve türleri” başlıklı 55 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

11) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci Maddesinin İkinci Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesinin ikinci fıkrasında, “İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır” hükmüne yer verilmiştir.

Bilindiği gibi, 5018 sayılı Kanun 10.12.2003 tarihinde kabul edilerek 24.12.2003 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır. Bu Kanunun yürürlük maddesindeki hükümler, Kanunun geçici maddeleri ile 30, 66, 67 ve 80 inci maddeleri hariç diğer maddelerinin 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe girmesini öngörmüştür.

2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun “kısmen ve tamamen uygulanmayacak hükümler” başlıklı 37 nci maddesinin (j) bendindeki hükümler, 5018 sayılı Kanunun “bütçe uygulamasına ilişkin hükümleri” nin yürürlüğünü 01.01.2006 tarihine ertelemiştir.

Bütçe Kanunundaki bu erteleme hükmü ile yetinilmeyerek, 2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun 37 nci maddesinin (j) bendinin (4) nolu alt bendindeki düzenleme ile; 5018 sayılı Kanunun Geçici 9 uncu maddesindeki “diğer kanunlarla 1050 sayılı Kanuna yapılan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılır”

şeklindeki düzenlemenin, “diğer kanunlarla 1050 sayılı Kanunun bütçe hazırlığına ilişkin hükümlerine yapılan atıflar, bu Kanuna yapılmış sayılır” şeklinde uygulanması hükme bağlanmıştır.

Bütün bunlar şu anlama gelmektedir: 2005 Mali Yılı Bütçe Kanununun “kısmen ve tamamen uygulanmayacak hükümler” başlıklı 37 nci maddesinin (j) bendindeki hükümlerle, 5018 sayılı Kanunun “bütçe uygulamasına ilişkin hükümleri”nin yürürlüğü 01.01.2006 tarihine ertelenirken, 5018 sayılı Kanunun “bütçe hazırlığına ilişkin hükümlerinin” 01.01.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe sokulması amaçlanmıştır.

Ancak, yapılan düzenleme ile söz konusu amaca ulaşılamamış ve tam bir kargaşa yaratılmıştır. Çünkü, Bütçe Kanununun 37 nci maddesinin (j) bendinin (4) nolu alt bendindeki düzenleme o kadar karışık ve hiçbir anlamı olmayan bir düzenlemedir ki, bu hükmün 5018 sayılı Kanunun bütçenin hazırlığı ile ilgili hükümlerini yürürlüğe soktuğunu söylemek de mümkün değildir.

Ayrıca, 5018 sayılı Kanunun hangi hükümlerinin bütçenin hazırlığı ile ilgili, hangi hükümlerinin bütçenin uygulanması ile ilgili olduğu açık ve net olarak belli değildir. Örneğin, iç denetimin bazı hükümleri bütçenin hazırlığı ile, bazı hükümleri bütçenin uygulanması ile ilgilidir. Bazı hükümleri ise, harcama sonrası döneme ilişkindir. Sayıştay denetimi ise, bütçenin hazırlığı ile de, bütçenin uygulanması ile de ilgili değildir.

Öte yandan, bütçe görüşmeleri sırasında dile getirilen görüşler ve halihazırdaki uygulamalar, 5018 sayılı Kanunun büyük bir bölümünün yürürlüğünün bütçe kanunu ile ertelendiğini açıkça göstermektedir.

Özet olarak ifade etmek gerekirse, 5393 sayılı Kanunun ikinci fıkrasında yer alan, “iç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır” hükmü, yürürlüğe girmeyen bir kanuna atıfta bulunan bir hükümdür.

Yürürlüğe girmemiş bir düzenlemeye dayanılarak, belediyelerde iç ve dış denetim yapacaklara yetki ve görev vermek, bir başka deyişle denetim yapacakların yetki ve görevlerini söz konusu hükümler yürürlüğe girene kadar yasal dayanaktan yoksun bırakmak yasama tekniğine uygun düşmemektedir. Bu durum hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Çünkü atıfta bulunulan hükümler yürürlüğe girene kadar, yetki ve görevlerin yasal dayanağı olmayacağı için, iç ve dış denetim imkanı kalmamaktadır. Denetim olanağını kaldıran bir düzenleme ile ise, denetimin Kanuna uygun bir şekilde yürütülmesinden, dolayısı ile hukuk devleti adı

verilen yönetim biçiminin gerçekleştirildiğinden söz edilemez. Çünkü Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

Diğer yandan, Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı olan bir hükmün, Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile bağdaşmayacağı da açıktır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Belediye Kanununun “Denetimin kapsamı ve türleri” başlıklı 55 inci maddesinin ikinci fıkrası, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

12) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun “Bütçe sistemi” Başlığını Taşıyan 65 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

Belediye bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine ilişkin ilkeler konusunda her hangi bir düzenleme maddede yer almamaktadır. Bu nedenle, bu konudaki usul ve esasları belirleyen bir yönetmelik, asli düzenleme yapmış olacaktır. Halbuki Anayasaya göre, Anayasanın gösterdiği ayrık haller dışında, yürütmenin asli düzenleme yetkisi yoktur; yürütme Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılacak ve yerine getirilecek bir yetki ve görevdir. Anayasanın 8 inci maddesinde ifade edilmiş olan bu ilke, yürütmenin ancak kanun ile asli olarak düzenlenmiş bir alanda düzenleme yetkisi kullanabileceğini açıkça ortaya koymaktadır. Anayasanın 7 nci maddesine göre ise, asli düzenleme yetkisi, TBMM’nindir ve devredilemez. Devredildiği takdirde, kökenini Anayasadan almayan bir yetki olur ve Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı düşer.

Kanunda bir hususun yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesi, o hususun kanunla düzenlenmiş olduğu anlamına gelmez. Kanunla yapılmış bir düzenlemeden söz edilebilmesi için, o hususun en azından temel ilkelerinin kanunda gösterilmesi gerekir.

İptali istenen 65 inci madde, yukarıda belirtildiği üzere, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak, yürütmeye asli düzenleme yapmak imkanı tanıdığı için Anayasanın 8 inci maddesine; yasamaya ait olan asli düzenleme yetkisini yürütmeye devrettiği için Anayasanın 7 nci maddesine; böyle bir yetki Anayasaya dayanmadığı için Anayasanın 6 ncı maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

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

Açıklanan nedenlerle 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 65 inci maddesi Anayasanın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

13) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 70 inci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Belediye Kanununun 70 inci maddesinde, Belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurabilecekleri düzenlenmiştir.

Bu düzenlemenin doğal sonucu, belediyelerin bütün hizmetlerinin şirketler kurularak verilebilir hale getirilmesidir. Bu düzenlemenin bir başka doğal sonucu, herhangi bir sınırlama ve hizmetler arasında herhangi bir ayırım yapılmadan yerel tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi şirketler aracılığı ile yapılabilir hale gelmesidir. Belediyelerin “kamu gücü”, “kamu otoritesi” kullanarak yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetlerine ilişkin görevlerin bütünüyle, hiçbir sınırlama olmadan şirketler eliyle yürütülmesi veya bu kamu hizmetlerinin idari bir işlemle özel hukuk kişisine devredilmesi, hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Bir hukuk devletinde tüm yasama işlemlerinin nihai amacı kamu yararıdır. Devlet erklerinin kamu yararı dışındaki amaçlara yönelik olarak kullanılmaları, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz.

Ortak ve yerel gereksinimleri karşılayacak kamu hizmetlerini görmek üzere oluşturulmuş yerel yönetimlerin, üstlendikleri kamu hizmetlerini, özel hukuk hükümlerine tabi şirketler kurmak suretiyle bu şirketlere yaptırmasına imkan tanıyan bir düzenlemenin kamu yararına olduğu savunulamaz. Çünkü böyle bir düzenleme kamu hizmetlerinin özelleştirilmesine ve ticari amaçlı bir hale gelmesine yol açarak, vatandaşa parasız sunulması asıl olan bu hizmetlerin kar amaçlı sunulmasına neden olacaktır. Bunun sonucunda da tüm vatandaşların yararlanmasına açık

olması gereken hizmetler, ancak bedelini ödeyenler tarafından ulaşılabilecek hizmetlere dönüşecektir. Böyle bir durumun kamu yararına olduğunu savunmak ise mümkün değildir.

Yasama erkinin kamu yararına olmayan düzenlemeler yapmak için kullanılması, Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilmiş olan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Kamu hizmetlerinin bu şekilde Belediyelerin oluşturacağı şirketlerce görülmesine imkan tanıyan bir düzenleme, Anayasanın 127 nci maddede sözü edilen yerel yönetim ilkesi ile de çelişir.

Diğer yandan Anayasanın 47 nci maddesinde devlet ve kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özelleştirilebilmesine imkan tanınırken, bunun ancak kanunla ve kanunda da hangi hizmetlerin özelleştirilebileceğinin açıkça gösterilmesi yoluyla yapılabileceği bildirilmiştir.

İptali istenen hükümde olduğu gibi, hangi hizmetleri görmek üzere şirket kurulabileceği belirtilmeden, genel bir yetkilendirme doğrultusunda Belediyelere hangi hizmetleri kuracağı şirketler aracılığı ile yürüteceğini belirleme imkanını tanıyan bir düzenleme ise kuşkusuz, Anayasanın 47 nci maddesindeki özelleştirme ilkeleriyle uyum halinde olamaz.

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

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Belediye Kanununun 70 inci maddesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine, Anayasanın 47 nci maddesindeki özelleştirme ilkesine, Anayasanın 127 nci maddesindeki yerel yönetim tanımı ve yerel yönetim ilkesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

14) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 85 inci Maddesinin (a) Bendinin (2) Numaralı Alt Bendinin Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Kanunun 85 inci maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendi ile, Emekli Sandığı Kanununun ek 68 inci maddesinin dördüncü fıkrası değiştirilmiştir. Bu değişiklikle: Sandıkça emekli aylığı bağlanan büyükşehir belediye başkanlarına 7000, il belediye başkanlarına 6000, ilçe ve ilk kademe belediye başkanlarına 3000, diğer belediye başkanlarına 1500 gösterge rakamı üzerinden, bu maddede belirtilen usûl ve esaslar dâhilinde

makam tazminatı, buna bağı olarak temsil veya görev tazminatı ödenmesi hükme bağlanmıştır.

5393 sayılı Kanunun 85 inci maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendi ile yapılan düzenleme, Emekli Sandığından emekli aylığı alan belediye başkanları ile Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık alan belediye başkanları arasında ayırım yaratmıştır.

Emekli Sandığı Kanununda değişiklik yapan düzenlemeye benzer bir düzenleme ile, Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu yasalarında değişiklik yapılmadığı için Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık alan belediye başkanları mağdur edilmiştir.

Aynı görevi yapan belediye başkanlarına eşit olmayan bir uygulama yapılmıştır. Emekli sandığından emekli olan belediye başkanlarına, makam tazminatı ve buna bağı olarak temsil veya görev tazminatı ödenirken, diğer kurumlardan emekli olan belediye başkanlarına, söz konusu tazminatlar ödenmeyecektir.

Yasaların ve bu yasalarla getirilen kuralların genel olması hukuk devleti ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Yasaların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durum gözetmeyen, önceden saptanıp, soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir.

O halde yasa kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetmeksizin uygulanabilir olması gerekir.

Anayasanın 10 uncu maddesine 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 bağı 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.

Halbuki getirilen düzenleme, belediye başkanları arasında eşitsizlik yaratarak, Anayasanın 10 uncu maddesinde belirtilmiş olan yasa önünde eşitlik ilkesini çiğnemiştir.

Belediye başkanlarının bir kısmının T.C. Emekli Sandığı, bir kısmının ise Sosyal Sigortalar Kurumu ve Bağ-Kur üyesi olması durumunu değiştirmez. Çünkü, makam, temsil veya görev tazminatının alınmasını gerekli kılan

durum kişinin belediye başkanlığı görevini yapmasıdır. Aynı görev nedeniyle, farklı sosyal güvenlik kurumlarına üye oldukları hususuna dayalı olarak farklı özlük hakları tanınamaz.

Makam tazminatı uygulamasının yalnız T.C. Emekli Sandığından emekli aylığı alanlarla ilgili olması da bu farklılığın gerekçesi olamaz. Çünkü, yasa koyucunun diğer sosyal güvenlik kurumlarından aylık alanlarla ilgili yasal değişiklik yaparak bu farklılığı gidermesi mümkündür.

Belediye başkanları arasında eşitsizlik yaratan böyle bir düzenleme kamu yararına değildir. Bir hukuk devletinde, tüm yasama ve yürütme işlemlerinin nihai amacı, kamu yararadır. Kamu yararı amacına yönelik olmayan işlemler, Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Yasaların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi, yasa koyucunun takdir yetkisini Anayasaya uygun kullanıp kullanmadığını incelemeyi de içerir. Bu nedenle Anayasayı yorumlamakla yetkili olan Anayasa Mahkemesi, kamu yararı kavramını yorumlayabilir.

Günümüzde kamu yararı, toplum yararı, ortak çıkar, genel yarar gibi birbirinin yerine kullanılan kavramlarla anlatılmak istenen, bireysel çıkardan farklı ve onun üstünde ortak bir yarardır.

Anayasa Mahkemesi E.1985/1, K.1986/4 sayılı Kararında “Yasa koyucuya verilen düzenleme yetkisi, hiçbir şekilde kamu yararını ortadan kaldıracak veya engelleyecek... biçimde kullanılamaz” denilmektedir.

Yasal düzenlemelerin genel amacının kamu yararını gerçekleştirmek olduğu göz önünde tutulduğunda, getirilen yasal düzenlemenin eşitsizlik yaratacağı açıktır ve bu düzenleme, hizmetin gereklerine ve dolayısı ile kamu yararına uygun değildir. Kamu yararına olmayan bir yasama işlemi, hukuk devleti ilkesine aykırı düşer.

Çünkü Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğu bilinci olan devlettir.

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

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Kanunun 85 inci maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine ve Anayasanın 10 uncu maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

15) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun Geçici Madde 5'inin Üçüncü Fıkrasının İkinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

5393 sayılı Belediye Kanununun Geçici Madde 5'inde, Belediyeler ve bağlı kuruluşları ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası belediyelere ait şirketlerin, 30.06.2004 tarihi itibarı ile kamu kurum ve kuruluşlarından olan kamu ve özel hukuka tâbi alacaklarının, bunların diğer kamu kurum ve kuruluşlarına olan borçlarına karşılık olmak üzere 31.12.2005 tarihine kadar takas ve mahsup edilmesi hükme bağlanmıştır.

Geçici Madde 5, borçların, genel bütçe vergi gelirlerinden her ay ayrılacak paylarının yüzde kırkını geçmemek üzere kesinti yapılarak tahsilini ve de mahsup ve kesinti işlemlerinin ilgili kuruluş ile uzlaşma komisyonu tarafından belirlenerek; Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanmasını öngörmektedir.

Maddedeki düzenlemenin Anayasaya aykırılığı bu noktadan sonra başlamakta ve maddenin devam eden hükümleriyle Bakanlar Kurulu'na, ilgili kuruluşların borç ödeme kapasitelerini de dikkate alarak ödenecek tutarları taksitlendirme, taksitlendirilen kısma Kanunun yayımını izleyen günden itibaren zam ve faiz uygulatmama, bu borçların fer'i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapma yetkisi verilmektedir.

Bakanlar Kurulu'na, ödenecek tutarları taksitlendirme, taksitlendirilen kısma zam ve faiz uygulatmama, borçların fer'i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapma yetkisinin yasada, bu konularda uyulacak esasları gösteren bir asli düzenleme yapılmadan verilmiş olması, yasama yetkisinin devri anlamına gelen bir düzenlemedir. Halbuki, Anayasanın 8 inci maddesine göre, yürütmenin Anayasada gösterilen ayrık haller dışında asli düzenleme yetkisi yoktur. Bu yetki, Anayasanın 7 nci maddesine göre yasamanındır ve devredilemez; devredildiği taktirde, kökenini Anayasadan almayan, dolayısı ile Anayasanın 6 ncı maddesine aykırı bir yetki olur.

Bakanlar Kurulu'na söz konusu düzenleme yetkisinin yasayla verilmiş olması da, Anayasa açısından asli düzenleme koşulunun yerine getirildiği biçiminde yorumlanamaz. Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarında ortaya koyduğu ölçütlere göre, yasa koyucu, genel kuralları koyarak yönetime, takdir yetkisine göre düzenleyebileceği bir alan bırakırken, Anayasanın öngördüğü yönetimin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlamalıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, 25.10.1969 tarih ve Esas 1967/41, K.1969/57 sayılı Kararında; "Hukuk devletinde, Devlet yönetimi, nesnel kurallarıyla olur ve hukuk devletinde bu türlü düzenlemelerin bütün yurttaşlara olabildiğince fırsat eşitliği sağlayacak biçimde olmasına engellik edecek koşulları kapsamaması gerekir. Bütün bunlar, temel ilkelerin hepsinin yasa koyucu tarafından konulması ve ancak yasa koyucunun uygun göreceği ayrıntıların yürütmece düzenlenmesi yolunun seçilmesini zorunlu kılar." denilmekte, nesnel kurallara bağlamanın "temel esaslar"ın yada "temel hükümler"in yasada yer alması, "uzmanlık" ve "yönetim tekniği" ne ilişkin konuların düzenlenmesinin ise, yürütme organına bırakılması yolu ile sağlanacağı belirtilmektedir.

5393 sayılı Belediye Kanununun, ödenecek borç tutarlarını taksitlendirme, taksitlendirilen kısma Kanun'un yayımını izleyen günden itibaren zam ve faiz uygulatmama, bu borçların fer'i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapma yetkisini Bakanlar Kurulu'na vermesi, özel bilgi ve becerileri gerektiren "uzmanlık" yada uygulamada uyum ve beraberlik sağlamayı amaçlayan "yönetim tekniği" ile ilgisi olmayıp, doğrudan "temel esaslara" yada "temel hükümlere" yöneliktir.

Yine Anayasa Mahkemesi, 04.02.1966 tarih ve Esas 1965/32, Karar: 1966/3 sayılı kararındaki "Yasama organının sınırları belli edilen konularda yürütme organına düzenleme görevi verebilmesi hususunun öğretilde kabul edildiği bilinmekle beraber, bunun yasa koyucuya belli konuların bir yasa ile düzenlenmesi görevinin Anayasa ile özel olarak verilmiş olması hallerine kadar uzatılmasına olanak bulunmamaktadır. Zira bu hallerde, yasa koyucunun, Anayasa ile kendisine verilmiş olan düzenleme görevini idareye devretmesi, hem görevi veren Anayasa kuralına, hem de Anayasanın 5 inci maddesindeki yasama yetkisinin devrolunamayacağı kuralına aykırı olur." görüşüyle konuyu belirginleştirmiştir.

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 yetkisi verilemez.

5393 sayılı Belediye Kanununun Geçici 5 inci maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi ile yürütmeye tanınan düzenleme yetkisi ise, yasada gerekli asli düzenlemeler yapılmadığı için doğrudan bir asli düzenleme yetkisi görünümünde olup, yasama yetkisinin Anayasanın 7 ve 8 inci maddelerine aykırı biçimde yürütmeye devri anlamını taşımaktadır. Böyle bir yetki, kökenini Anayasadan almadığı için Anayasanın 6 ncı maddesine de aykırıdır. Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerinde ifade edilmiş olan hukuk devleti, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri ile de bağdaşmaz.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, 5393 sayılı Belediye Kanununun Geçici Madde 5'inin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 6, 7 ve 8 inci maddelerine ve 11 inci maddesindeki hukukun üstünlüğü ve ilkelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

1) 5393 sayılı Belediye Kanununun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası "iltihak olunacak belde sakinlerinin oylarına başvurulmadan" belde sınırlarında değişiklik yapılması öngörülmekte, diğer bir anlatımla katılımın gerçekleşmesinde, iltihak olunacak belde halkı (yerel topluluk), tümüyle dışlanmaktadır. Böyle bir düzenleme, usulüne göre yürürlüğe konulmuş ilgili milletlerarası anlaşmaya aykırı olduğu gibi "katılımcı demokrasi" anlayışına da ters düştüğü ve dolayısı ile ağır hukuk ihlali teşkil ettiği için, uygulanması halinde giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

2) 5393 sayılı Belediye Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk cümlesinde yapılan düzenlemeler kazanılmış hakları zedelemektedir. Çünkü köy'e göre daha üst bir yönetim birimi olduğu açık olan belediyelerin, sırf nüfuslarının 2.000'in altına düşmesi nedeniyle köye dönüştürülmeleri, onların kazanılmış haklarının ihlali anlamına geleceğinden Anayasanın 2 nci maddesinde ifade edilen hukuk devleti anlayışı ile bağdaştırılması da mümkün olmayıp; kazanılmış hakları zedeleyen bu hükmün uygulanması halinde de giderilmesi olanaksız durum ve zararların ortaya çıkacağı yol açacağı açıktır. Diğer yandan bu düzenlemeler, tüzel kişiliği sona erdirilip ilgili belediyeye katılması söz konusu toplulukların katılma konusunda görüşünün alınmasını öngörmediği için, ilgili uluslararası andlaşma ile çelişmektedir ve

uygulanması halinde giderilmesi olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir.

3) 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde, belediyelerin görev ve sorumlulukları arasında, “okul öncesi eğitim kurumları açabilme” hizmetleri de sayılmıştır. Devlet’in gözetim ve denetimi altında yapılması gereken okul öncesi eğitim hizmetinin belediyeler tarafından da yapılması, uygulamada okul öncesi eğitimde belediyelere göre yaşanacak sapmaları ortaya çıkaracaktır. Bu farklılıklar ve sapmalar sonucu sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğabilecektir.

4) 5393 sayılı Belediye Kanununun 14 üncü maddesinin ikinci fıkrası ile yapılan düzenleme, Anayasaya göre ancak yöresel olarak örgütlenip ve yalnızca yerel ortak gereksinimlerin karşılanması yönünden görevlendirilebilmiş olan mahalli idareleri, genel nitelikteki yetkilerle donatmıştır.. Anayasaya göre, mahalli idarelerin özel yetkili olarak görevlendirilmesi gerekir. Anayasanın öngördüğü idari yapıya açıkça aykırı olan ve belediyeleri genel yetkili kılan bu düzenleme sonucu, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğabilecektir.

5) 5393 sayılı Belediye Kanununun 18 inci maddesinin (o) bendi ile yapılan düzenleme belediye birlikleri kurma konusunda Bakanlar Kurulu izni gereğine atıfta bulunmadan doğrudan doğruya Belediye Meclisine yetki verdiği için, açıkça Anayasaya aykırıdır ve uygulanması halinde ileride giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar doğurabilecektir.

6) 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun 19 uncu maddesinin son fıkrası ile 65 inci maddesinde yönetmelik ile düzenlenmesi öngörülen hususlar da; temel ilkeleri dahi kanunda gösterilmeden, yürütmenin kanuniliği ilkesine aykırı olarak yürütmeye asli düzenleme yapmak imkanı tanındığı için bu hükümlerin uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar ortaya çıkabilecektir.

7) 5393 sayılı Belediye Kanununun 34 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki “almak ve” ibaresi, (f) bendi ve (g) bendindeki “süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek” ibaresi, yürütme organı olarak oluşturulan belediye encümenine karar organının alabileceği nitelikte görev ve yetki veren düzenlemelerdir. Anayasanın 127 nci maddesinin birinci fıkrası il, belediye ve köy olarak üç tür halinde sayılan yerel yönetimlerin karar organlarının gene kanunda gösterilen seçmenler tarafından seçilerek oluşturulacağını buyurucu bir kural kesinliğiyle ortaya koymuştur. Anayasanın 127 nci maddesindeki kurala açıkça aykırı olarak

belediye encümenine karar organının alabileceği nitelikteki görev ve yetkiler verildiği için bu hükümlerin uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zararlar ortaya çıkabilecektir.

8) 5393 sayılı Belediye Kanununun 49 uncu maddesinin son fıkrasında, belediye memurlarına başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının % 10'unu geçmemek üzere, encümen kararı ile yılda en fazla iki ikramiye verilmesi öngörülmüştür. Aynı derecede başarılı olan memurların bir kısmı yılda iki kez ikramiye alabilecek, bir kısmı ise, salt % 10 barajına takıldıkları için aynı derecede başarılı olmalarına rağmen ikramiye alamayacaklardır. Durumları aynı olanlar arasında farklı uygulamalar yapılması sonucunu doğuracak ve başarılı sayılmanın ölçütlerini göstermeyen bu düzenlemenin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumların doğacağı açıktır.

9) 5393 sayılı Belediye Kanununun 50 nci maddesinin son fıkrasındaki düzenlemede 657 sayılı devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilen sözleşmeli personelin pozisyonlarının başka bir işleme gerek kalmaksızın devredildikleri belediye veya il özel idaresi adına vize edilmiş sayılacağı hükme bağlanmış, ancak, fıkra metninde “avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere” ibaresine yer verilerek, 657 sayılı Kanunun 4/B maddesine göre istihdam edilen sözleşmeli personel arasında eşitsizlik yaratılmıştır. Durumları aynı olanlar arasında farklı uygulamalar yapılması sonucunu doğuracak bu düzenlemenin uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumların doğacaktır.

10) 5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde, “belediyelerde iç ve dış denetim yapılır” denilmektedir. Teftiş ve soruşturma yetkisini içermeyen yolsuzluk ve usulsüzlüklerle mücadeleyi etkisizleştiren, hizmetin gereklerine, kamu yararına ve Anayasa kurallarına uygun olmayan bu hükmün uygulanması halinde, denetimsizlik nedeniyle sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacaktır.

11) 5393 sayılı Belediye Kanununun 55 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan, “iç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetim ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır” hükmüyle, yürürlüğe girmemiş bir düzenlemeye dayanılarak, belediyelerde iç ve dış denetim yapacaklara yetki ve görev verildiğinden bu hükmün uygulanması halinde, belli bir süre için denetim imkansızlaşacağı için sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumların doğacağı açıktır.

12) 5393 sayılı Belediye Kanununun 65 inci maddesinde İçişleri Bakanlığına verilen düzenleme yetkisi Anayasanın 6, 7 ve 8 inci maddelerine aykırı bir düzenleme yetkisi olduğu için, söz konusu maddenin uygulanması, giderilmesi olanaksız zarar ve durumlara neden olacaktır.

13) 5393 sayılı Belediye Kanununun 70 inci maddesinde, Belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketleri kurulabilecekleri düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin doğal sonucu, herhangi bir sınırlama ve hizmetler arasında herhangi bir ayırım yapılmadan yerel tüm kamu hizmetlerinin özel hukuk hükümlerine tabi şirketler aracılığı ile yapılabilir hale gelmesidir. Yasa ile belediyelere verilen kamu hizmeti görevinin idari bir işlemle ve Anayasaya açıkça aykırı olarak özel hukuk kişisine devredilmesi halinde ise, sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumların doğacağı şüphesizdir.

14) 5393 sayılı Belediye Kanununun 85 inci maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendi, Emekli Sandığından emekli aylığı alan belediye başkanları ile Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık alan belediye başkanları arasında ayırım yaratmakta ve eşitsizliğe neden olmaktadır. Kamu yararına olmayan bu düzenlemenin uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacaktır.

15) 5393 sayılı Belediye Kanununun Geçici Madde 5'inin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesiyle, Bakanlar Kurulu'na, Belediyeler ve bağlı kuruluşları ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası belediyelere ait şirketlerin, borç ödeme kapasitelerini de dikkate alarak ödenecek tutarları taksitlendirme, taksitlendirilen kısma Kanunun yayımını izleyen günden itibaren zam ve faiz uygulatmama, bu borçların fer'i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapma yetkisi verilmektedir. Yürütmeye tanınan düzenleme yetkisi, yasada gerekli asli düzenlemeler yapılmadığı için doğrudan bir asli düzenleme yetkisi görünümünde olup, yasama yetkisinin Anayasaya aykırı biçimde yürütmeye devri anlamını taşıdığından, bu hükmün uygulanması halinde, sonradan giderilmesi güç yada olanaksız zarar ve durumların doğacağı şüphesizdir

Açıkça, Anayasaya aykırı oldukları gerekçemizde gösterilen söz konusu hükümlerin uygulanması halinde ortaya çıkacak ve giderilmesi olanaksız durum ve zararların önlenmesi, kazanılmış hakların, hukukun ve Anayasanın üstünlüğünün korunabilmesi için ve Anayasal düzenin en kısa sürede hukuka aykırı kurallardan arındırılması, hukuk devleti sayılmanın gereği olduğundan, bu hükümlerin yürürlüklerinin iptal davası

sonuçlanıncaya kadar durdurulması da istenerek Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmıştır.

V. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 03.07.2005 Tarih ve 5393 sayılı Belediye Kanununun;

1) 8 inci maddesinin ikinci fıkrası Anayasanın 2, 11, 90, 123 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 11 inci maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk cümlesinin Anayasanın 2, 11, 90, 123 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

3) 14 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki “Okul öncesi eğitim kurumları açılabilir” ibaresinin Anayasanın Başlangıç’ına, 2, 11, 24, 42, 127 ve 174 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

4) 14 üncü maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 2, 11, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

5) 18 inci maddesinin (o) bendinin Anayasanın 2, 11, 126 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

6) 19 uncu maddesinin son fıkrasının Anayasanın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

7) 34 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki “almak ve” ibaresinin, (f) bendinin ve (g) bendindeki “süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek” ibaresinin Anayasanın 2, 11 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

8) 49 uncu maddesinin son fıkrasındaki “başarı durumlarına göre, toplam memur sayısının yüzde onunu ve” ibaresinin Anayasanın 2, 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

9) 50 nci maddesinin son fıkrasındaki “avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere” ibaresinin Anayasanın 2, 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

10) 55 inci maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinin Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

11) 55 inci maddesinin ikinci fıkrasının Anayasanın 2 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

12) 65 inci maddesinin Anayasanın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

13) 70 inci maddesinin Anayasanın 2, 11, 47 ve 127 nci maddelerine aykırı olduğundan,

14) 85 inci maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin, Anayasanın 2, 10 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

15) Geçici Madde 5'inin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasanın 2, 6, 7, 8 ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

iptallerine ve uygulanmaları halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz. 28.07.2005"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun iptali istenen kural, bölüm ve ibarelerini de içeren maddeleri şöyledir:

1. "MADDE 8 - Belde, köy veya bunların bazı kısımlarının bir başka beldeye katılabilmesi için bu yerlerin meskûn sahalarının katılacak beldenin meskûn sahasına uzaklığı 5.000 metreden fazla olamaz.

Bir belde veya köyün veya bunların bazı kısımlarının meskûn sahasının, komşu bir beldenin meskûn sahası ile birleşmesi veya bu sahalar arasındaki mesafenin 5.000 metrenin altına düşmesi ve buralarda oturan seçmenlerin yarısından bir fazlasının komşu beldeye katılmak için başvurması hâlinde, katılacak belde sakinlerinin oylarına başvurulmaksızın, katılmak isteyen köy veya belde veya bunların kısımlarında başvuruya ilişkin oylama yapılır. Oylama sonucunun olumlu olması hâlinde başvuruya ait evrak, valilik tarafından katılacak belediyeye gönderilir. Belediye meclisi evrakın gelişinden itibaren otuz gün içinde başvuru hakkındaki kararını verir. Belediye meclisinin uygun görmesi hâlinde katılım gerçekleşir. Büyükşehirlerde birleşme ve katılma işlemleri, katılacak ilçe veya ilk kademe belediye meclisinin görüşü üzerine, büyükşehir belediye meclisinde karara bağlanır. Katılma sonrası oluşacak yeni sınır hakkında, 6 ncı maddeye göre işlem yapılır ve sonuç İçişleri Bakanlığına bildirilir.

Bir beldenin bazı kısımlarının komşu bir beldeye katılmasında veya yeni bir belde ya da köy kurulmasında, beldenin nüfusunun 5.000'den aşağı düşmemesi gerekir.

Büyükşehir belediyesi bulunan yerlerde ayrılma yoluyla yeni bir belde kurulması için belde nüfusunun 100.000'den aşağı düşmemesi ve yeni kurulacak beldenin nüfusunun 50.000'den az olmaması şarttır.

Bu madde uyarınca gerçekleşen katılmalarda, katılınan belde ile bazı kısımları veya tümü katılan köy veya belde arasında; taşınır ve taşınmaz mal, hak, alacak ve borçların devri ve paylaşımı, aralarında düzenlenecek protokolle belirlenir.

Birleşme ve katılma işlemlerinde bu maddede düzenlenmeyen hususlarda 4 üncü madde hükmüne göre işlem yapılır."

2. "MADDE 11 - Meskûn sahası, bağlı olduğu il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000 ve üzerinde olan bir belediyenin sınırına, 5.000 metreden daha yakın duruma gelen belediye ve köylerin tüzel kişiliği; genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin gerekli kılması durumunda, Danıştayın görüşü alınarak, İçişleri Bakanlığının teklifi üzerine müşterek kararname ile kaldırılarak bu belediyeye katılır. Tüzel kişiliği kaldırılan belediyenin mahalleleri, katıldıkları belediyenin mahalleleri hâline gelir. Tüzel kişiliği kaldırılan belediye ile köylerin taşınır ve taşınmaz mal, hak, alacak ve borçları katıldıkları belediyeye intikal eder.

Nüfusu 2.000'in altına düşen belediyeler, Danıştayın görüşü alınarak, İçişleri Bakanlığının önerisi üzerine müşterek kararname ile köye dönüştürülür. Tüzel kişiliği kaldırılan belediyenin tasfiyesi il özel idaresi tarafından yapılır. Bu belediyenin taşınır ve taşınmaz malları ile hak, alacak ve borçları ilgili köy tüzel kişiliğine intikal eder. İntikal eden borçların karşılanamayan kısımları il özel idaresi tarafından üstlenilir ve vali tarafından İller Bankasına bildirilir. İller Bankası bu miktarı, takip eden ayın genel bütçe vergi gelirleri tahsilat toplamının belediyelere ayrılan kısmından keserek ilgili il özel idaresi hesabına aktarır."

3. "MADDE 14 - Belediye, mahallî müşterek nitelikte olmak şartıyla;

a) İmar, su ve kanalizasyon, ulaşım gibi kentsel alt yapı; coğrafi ve kent bilgi sistemleri; çevre ve çevre sağlığı, temizlik ve katı atık; zabıta, itfaiye, acil yardım, kurtarma ve ambulans; şehir içi trafik; defin ve mezarlıklar; ağaçlandırma, park ve yeşil alanlar; konut; kültür ve sanat, turizm ve tanıtım, gençlik ve spor; sosyal hizmet ve yardım, nikâh, meslek ve beceri kazandırma; ekonomi ve ticaretin geliştirilmesi hizmetlerini yapar veya yaptırır. Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar.

b) **Okul öncesi eğitim kurumları açabilir;** Devlete ait her derecedeki okul binalarının inşaatı ile bakım ve onarımını yapabilir veya yaptırabilir, her türlü araç, gereç ve malzeme ihtiyaçlarını karşılayabilir; sağlıkla ilgili her türlü tesisi açabilir ve işletebilir; kültür ve tabiat varlıkları ile tarihî dokunun ve kent tarihi bakımından önem taşıyan mekânların ve işlevlerinin korunmasını sağlayabilir; bu amaçla bakım ve onarımını yapabilir, korunması mümkün olmayanları aslına uygun olarak yeniden inşa edebilir. Gerektiğinde, öğrencilere, amatör spor kulüplerine malzeme verir ve gerekli desteği sağlar, her türlü amatör spor karşılaşmaları düzenler, yurt içi ve yurt dışı müsabakalarda üstün başarı gösteren veya derece alan sporculara belediye meclisi kararıyla ödül verebilir. Gıda bankacılığı yapabilir.

Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır.

Hizmetlerin yerine getirilmesinde öncelik sırası, belediyenin malî durumu ve hizmetin ivediliği dikkate alınarak belirlenir.

Belediye hizmetleri, vatandaşlara en yakın yerlerde ve en uygun yöntemlerle sunulur. Hizmet sunumunda özürlü, yaşlı, düşkün ve dar gelirli durumuna uygun yöntemler uygulanır.

Belediyenin görev, sorumluluk ve yetki alanı belediye sınırlarını kapsar.

Belediye meclisinin kararı ile mücavir alanlara da belediye hizmetleri götürülebilir.

4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanunu hükümleri saklıdır.”

4. “MADDE 18 - Belediye meclisinin görev ve yetkileri şunlardır:

a) Stratejik plân ile yatırım ve çalışma programlarını, belediye faaliyetlerinin ve personelinin performans ölçütlerini görüşmek ve kabul etmek.

b) Bütçe ve kesinhesabı kabul etmek, bütçede kurumsal kodlama yapılan birimler ile fonksiyonel sınıflandırmanın birinci düzeyleri arasında aktarma yapmak.

c) Belediyenin imar plânlarını görüşmek ve onaylamak, büyükşehir ve il belediyelerinde il çevre düzeni plânını kabul etmek.

d) Borçlanmaya karar vermek.

e) Taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç

duyulmaması hâlinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı ayrı hak tesisine karar vermek.

f) Kanunlarda vergi, resim, harç ve katılma payı konusu yapılmayan ve ilgililerin isteğine bağlı hizmetler için uygulanacak ücret tarifesini belirlemek.

g) Şartlı bağışları kabul etmek.

h) Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin YTL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragat karar vermek.

i) Bütçe içi işletme ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununa tâbi ortaklıklar kurulmasına veya bu ortaklıklardan ayrılmaya, sermaye artışına ve gayrimenkul yatırım ortaklığı kurulmasına karar vermek.

j) Belediye adına imtiyaz verilmesine ve belediye yatırımlarının yap-işlet veya yap-işlet-devret modeli ile yapılmasına; belediyeye ait şirket, işletme ve iştiraklerin özelleştirilmesine karar vermek.

k) Meclis başkanlık divanını ve encümen üyeleri ile ihtisas komisyonları üyelerini seçmek.

l) Norm kadro çerçevesinde belediyenin ve bağlı kuruluşlarının kadrolarının ihdas, iptal ve değiştirilmesine karar vermek.

m) Belediye tarafından çıkarılacak yönetmelikleri kabul etmek.

n) Meydan, cadde, sokak, park, tesis ve benzerlerine ad vermek; mahalle kurulması, kaldırılması, birleştirilmesi, adlarıyla sınırlarının tespiti ve değiştirilmesine karar vermek; beldeyi tanıtıcı amblem, flama ve benzerlerini kabul etmek.

o) Diğer mahallî idarelerle birlik kurulmasına, kurulmuş birliklere katılmaya veya ayrılmaya karar vermek.

p) Yurt içindeki ve İçişleri Bakanlığının izniyle yurt dışındaki belediyeler ve mahallî idare birlikleriyle karşılıklı iş birliği yapılmasına; kardeş kent ilişkileri kurulmasına; ekonomik ve sosyal ilişkileri geliştirmek amacıyla kültür, sanat ve spor gibi alanlarda faaliyet ve projeler gerçekleştirilmesine; bu çerçevede arsa, bina ve benzeri tesisleri yapma, yaptırma, kiralama veya tahsis etmeye karar vermek.

r) Fahrî hemşehrilik payesi ve beratı vermek.

s) Belediye başkanıyla encümen arasındaki anlaşmazlıkları karara bağlamak.

t) Mücavir alanlara belediye hizmetlerinin götürülmesine karar vermek.

u) İmar plânlarına uygun şekilde hazırlanmış belediye imar programlarını görüşerek kabul etmek.”

5. “MADDE 19 - Belediye meclisi, seçim sonuçlarının ilânını takip eden beşinci gün belediye başkanının başkanlığında kendiliğinden toplanır. Meclis bu toplantıda, üyeleri arasından, gizli oyla meclis birinci ve ikinci başkan vekili ile en az iki kâtip üyeyi ilk iki yıl için görev yapmak üzere seçer. İlk iki yıldan sonra seçilecek başkanlık divanı yapılacak ilk mahallî idareler seçimlerine kadar görev yapar.

Başkanlık divanı seçimi üç gün içinde tamamlanır.

Meclise belediye başkanı, katılamaması durumunda meclis birinci başkan vekili, onun da katılamaması durumunda ikinci başkan vekili başkanlık eder. Ancak yıllık faaliyet raporunun görüşüldüğü meclis toplantısı meclis başkan vekilinin başkanlığında yapılır.

Başkanlık divanında boşalma olması durumunda kalan süreyi tamamlamak üzere yenisi seçilir.

Meclis başkanı, meclis çalışmalarında düzeni sağlamakla yükümlüdür.

Meclisin çalışması ve katılıma ilişkin esas ve usûller İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

6. “MADDE 34 - Belediye encümeninin görev ve yetkileri şunlardır:

a) Stratejik plân ve yıllık çalışma programı ile bütçe ve kesinhesabı inceleyip belediye meclisine görüş bildirmek.

b) Yıllık çalışma programına alınan işlerle ilgili kamulaştırma kararlarını **almak ve** uygulamak.

c) Öngörülmeyen giderler ödeneğinin harcama yerlerini belirlemek.

d) Bütçede fonksiyonel sınıflandırmanın ikinci düzeyleri arasında aktarma yapmak.

e) Kanunlarda öngörülen cezaları vermek.

f) **Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek.**

g) Taşınmaz mal satımına, trampasına ve tahsisine ilişkin meclis kararlarını uygulamak; **süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek.**

h) Umuma açık yerlerin açılış ve kapanış saatlerini belirlemek.

i) Diğer kanunlarda belediye encümenine verilen görevleri yerine getirmek.”

“7. Madde 49 - Norm kadro ilke ve standartları İçişleri Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir. Belediyenin ve bağlı kuruluşlarının norm kadroları, bu ilke ve standartlar çerçevesinde belediye meclisi kararıyla belirlenir.

Belediye personeli, belediye başkanı tarafından atanır. Birim müdürlüğü ve üstü yönetici kadrolarına yapılan atamalar ilk toplantıda belediye meclisinin bilgisine sunulur.

Belediye ve bağlı kuruluşlarında, norm kadroya uygun olarak çevre, sağlık, veterinerlik, teknik, hukuk, ekonomi, bilişim ve iletişim, plânlama, araştırma ve geliştirme, eğitim ve danışmanlık alanlarında avukat, mimar, mühendis, şehir ve bölge plâncısı, çözümleyici ve programcı, tabip, uzman tabip, ebe, hemşire, veteriner, kimyager, teknisyen ve tekniker gibi uzman ve teknik personel yıllık sözleşme ile çalıştırılabilir. Sözleşmeli personel eliyle yürütülen hizmetlere ilişkin boş kadrolara ayrıca atama yapılamaz. Bu personelin, yürütecekleri hizmetler için ihdas edilmiş kadro unvanının gerektirdiği nitelikleri taşımaları şarttır. Bu fıkra uyarınca sözleşmeli olarak istihdam edilecekler ödenecek net ücret, söz konusu kadro unvanı için birinci derecenin birinci kademesi esas alınmak suretiyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa göre tespit edilecek her türlü ödemeler toplamının net tutarının yüzde 25 fazlasını geçmemek üzere belediye meclisi kararıyla belirlenir. Genel hükümlere göre birinci dereceden kadro ihdas edilemeyen kadro unvanları için ise o kadro unvanından ihdası yapılmış en yüksek kadro derecesinin birinci kademesi esas alınır ve yapılacak ödemenin azami tutarı yukarıda belirtilen usûle göre tespit olunur. Bu fıkra hükümlerine göre çalıştırılacak personel için İçişleri Bakanlığı unvanlar itibarıyla sınırlama getirebilir.

Avukat, mimar, mühendis (inşaat mühendisi ve harita mühendisi olmak kaydıyla) ve veteriner kadrosu bulunmayan veya işlerin azlığı nedeniyle bu unvanlarda kadrolu personel istihdamına ihtiyaç duyulmayan belediyelerde, bu hizmetlerin yürütülmesi amacıyla, haftanın ya da ayın belirli gün veya saatlerinde kısmi zamanlı olarak sözleşme ile personel çalıştırılabilir. Kısmi zamanlı olarak çalıştırılacak personel sayısı yukarıda

belirtilen her unvan için birden fazla olamaz ve bunlarla yapılacak sözleşme süresi takvim yılını aşamaz. Bunlara ödenecek net ücret, aynı unvanlı kadroların birinci derecesinin birinci kademesi için yapılması gereken bütün ödemeler toplamının net tutarının yarısını geçmemek ve çalıştırılacak süre ile orantılı olmak üzere belediye meclisi kararı ile tespit edilir. Bu fıkra uyarınca sözleşmeli personel olarak çalıştırılanlar için iş sonu tazminatı ödenmez ve işsizlik sigortası primi yatırılmaz. Bunlardan yaptıkları başka işler sebebiyle herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi olanlar için sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası primi yatırılmaz ve aynı kişi birden fazla belediye veya bağlı kuruluştaki çalıştırılmaz.

Üçüncü ve dördüncü fıkra hükümleri uyarınca çalıştırılacak personele her ne ad altında olursa olsun sözleşme ücreti dışında herhangi bir ödeme yapılmaz ve ücret mahiyetinde aynî ya da nakdî menfaat temin edilmez. Bu personel hakkında bu Kanunla düzenlenmeyen hususlarda vize şartı aranmaksızın 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilenler hakkındaki hükümler uygulanır. Bu personele ait sözleşme örnekleri sözleşmenin imzalanmasını izleyen 30 gün içinde İçişleri Bakanlığına ve Maliye Bakanlığına gönderilir.

Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam edilen memurlar, belediye başkanının talebi, kendilerinin ve kurumlarının muvafakatiyle, belediyelerin birim müdürü ve üstü yönetici kadrolarında geçici olarak görevlendirilebilirler. Bu şekilde görevlendirmelerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 68 inci maddesinin (B) fıkrasında öngörülen şartlar dikkate alınır. Belediyelerde bu şekilde istihdam edilen personel kurumlarından izinli sayılırlar. Bu personelin görevlendirildikleri süre zarfındaki, görevlendirildikleri kadroya ait her türlü malî hakları ile kurumları tarafından karşılanması gereken sosyal güvenlik ve benzeri diğer hakları belediye tarafından ödenir. İzinli oldukları müddet, terfi ve emekliliklerinde hesaba katılır ve terfi haklarını kazananlar başkaca bir işleme lüzum kalmaksızın terfi ettirilirler. Bu şekilde görevlendirilenler, görevlendirme süresinin sona ermesinden itibaren onbeş gün içerisinde yazılı olarak kurumlarına başvurmaları hâlinde en geç bir ay içerisinde kadrolarına veya müktesebine uygun başka bir kadroya atanırlar.

Norm kadrosunda belediye başkan yardımcısı bulunan belediyelerde norm kadro sayısına bağlı kalınmaksızın; belediye başkanı, zorunlu gördüğü takdirde, nüfusu 50.000'e kadar olan belediyelerde bir, nüfusu 50.001-200.000 arasında olan belediyelerde iki, nüfusu 200.001-500.000 arasında olan belediyelerde üç, nüfusu 500.000 ve fazla olan belediyelerde dört belediye meclis üyesini belediye başkan yardımcısı olarak görevlendirebilir. Bu şekilde görevlendirilen meclis üyelerine belediye

başkanına verilen ödeneğin 2/3'ünü aşmamak üzere belediye meclisi tarafından belirlenecek aylık ödenek verilir ve taleplerine göre bir sosyal güvenlik kurumu ile ilişkilendirilir. Bu şekilde görevlendirme, memuriyete geçiş, sözleşmeli veya işçi statüsünde çalışma dâhil ilgililer açısından herhangi bir hak teşkil etmez ve belediye meclisinin görev süresini aşamaz. Sosyal güvenlik prim ve benzeri giderlerden kurum karşılıkları belediye bütçesinden karşılanır.

Belediyenin yıllık toplam personel giderleri, gerçekleşen en son yıl bütçe gelirlerinin 213 sayılı Vergi Usul Kanununa göre belirlenecek yeniden değerlendirme katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarın yüzde otuzunu aşamaz. Nüfusu 10.000'in altında olan belediyelerde bu oran yüzde kırk olarak uygulanır. Yıl içerisinde aylık ve ücretlerde beklenmedik bir artışın meydana gelmesi sonucunda personel giderlerinin söz konusu oranları aşması durumunda, cari yıl ve izleyen yıllarda personel giderleri bu oranların altına ininceye kadar yeni personel alımı yapılamaz. Yeni personel alımı nedeniyle bu oranın aşılması sebebiyle oluşacak kamu zararı, zararın oluştuğu tarihten itibaren hesaplanacak kanunî faiziyle birlikte belediye başkanından tahsil edilir. Personelin her türlü alacakları zamanında ve öncelikle ödenir.

Sözleşmeli ve işçi statüsünde çalışanlar hariç belediye memurlarına, **başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve** Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayının (20.000) gösterge rakamı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere, hastalık ve yıllık izinleri dâhil olmak üzere, çalıştıkları sürelerle orantılı olarak encümen kararıyla yılda en fazla iki kez ikramiye ödenebilir."

8. "Madde 50 - Bu Kanunun 8 ve 11 inci maddeleri uyarınca tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerin kadroları ve personeli; katılma hâlinde katıldıkları belediyeye, köye dönüştürülme hâlinde ilgili il özel idaresine devredilir. Devredilen personelden kadro ve görev unvanları değişmeyenler, aynı unvanlı kadrolara atanmış sayılırlar. Devredilen personelden durumlarına uygun boş kadro olmayanların veya mevcut kadro unvanı ile atamaları yapılamayanların kadro unvanları üç ay içerisinde ilgili belediye meclisi veya il genel meclisince aynı sınıf içerisinde kalmak kaydıyla değiştirilir. Bu değişiklikten itibaren bir ay içerisinde ilgililerin durumlarına uygun kadrolara atamaları yapılır. Söz konusu personel, atama işlemleri yapılıncaya kadar devredildikleri belediye veya il özel idaresince ihtiyaç duyulan işlerde görevlendirilebilirler. Bunlar yeni bir kadroya atanıncaya kadar eski kadrolarına ait aylık, ücret, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer malî haklarını devredildikleri belediye veya il özel idaresinden almaya devam ederler. Devredilen personelden memur statüsünde görev yapanların,

atandıkları yeni kadrolarının aylık, ekgösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer malî hakları toplamının net tutarının, eski kadrolarına bağlı olarak en son ayda almakta oldukları aylık, ek gösterge, her türlü zam ve tazminatları ile diğer malî hakları toplamı net tutarından az olması hâlinde aradaki fark giderilinceye kadar atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece herhangi bir kesintiye tâbi olmaksızın tazminat olarak ödenir.

Tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilen sözleşmeli personelin pozisyonları, **avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere**, başka bir işleme gerek kalmaksızın devredildikleri belediye veya il özel idaresi adına vize edilmiş sayılır.”

9. “Madde 55 - Belediyelerde iç ve dış denetim yapılır. Denetim, iş ve işlemlerin hukuka uygunluk, malî ve performans denetimini kapsar.

İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır.

Ayrıca, belediyenin malî işlemler dışında kalan diğer idarî işlemleri, hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından İçişleri Bakanlığı tarafından da denetlenir.

Belediyelere bağlı kuruluş ve işletmeler de yukarıdaki esaslara göre denetlenir.

Denetime ilişkin sonuçlar kamuoyuna açıklanır ve meclisin bilgisine sunulur.”

10. “Madde 65 - Belediye bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usûller Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.”

11. “Madde 70 - Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usûllere göre şirket kurabilir.”

12. “Madde 85 - a) 1. 8.6.1949 tarihli ve 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun 12 nci maddesinin (II) işaretli fıkrasının (n) bendi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

n) Sosyal güvenlik kuruluşlarına tâbi görevlerde bulunmadan veya bu kuruluşlara tâbi olarak çalışmakta iken illerin daimi komisyon üyeliğine veya belediye başkanlığına seçilen ve atananlar ile Sandıktan veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarından emekli, yaşlılık veya malûllük aylığı almakta iken belediye başkanlığına seçilen ve atananlar, istekleri üzerine istek dilekçelerinin Sandık kayıtlarına geçtiği tarihi takip eden ay başından itibaren emekli

kesenekleri kendilerince, karşılıkları kurumlarca ödenmek ve emekli aylıkları Sandıkla ilgilendirildikleri tarihten itibaren kesilmek suretiyle,

2. Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Kanununun ek 68 inci maddesinin dördüncü fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Sandıkça emekli aylığı bağlanan büyükşehir belediye başkanlarına 7000, il belediye başkanlarına 6000, ilçe ve ilk kademe belediye başkanlarına 3000, diğer belediye başkanlarına 1500 gösterge rakamı üzerinden, bu maddede belirtilen usûl ve esaslar dâhilinde makam tazminatı, buna bağlı olarak temsil veya görev tazminatı ödenir. Bu tazminatlar ilgililere ödendikçe iki ay içinde faturası karşılığında Hazineden tahsil olunur. Birinci fıkroda öngörülen iki yıllık sürenin hesabında iştirakçi olup olmadıklarına bakılmaksızın belediye başkanı olarak geçen sürelerin tamamı dikkate alınır.

b) 5.1.1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanununun 1 inci maddesinin (a) fıkrasındaki “döner sermayeli müesseseler,” ibaresinden sonra gelmek üzere “il özel idareleri, belediyeler ve bunların bağlı kuruluşları ile mahallî idare birlikleri” ibaresi ve 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasına “Ancak, il özel idareleri, belediyeler ve bunların bağlı kuruluşları ile mahallî idare birlikleri kendi meclislerinin kararı ile taşıt edinirler.” cümlesi eklenmiştir.

c) 18.1.1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanunun 29 uncu maddesinin birinci fıkrasının mülga (d) bendi, “d) Belediye kurulması,” şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

d) 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (i) bendindeki “ağaçlandırma yapmak;” ibaresinden sonra gelmek üzere “gayrisihhî işyerlerini, eğlence yerlerini, halk sağlığına ve çevreye etkisi olan diğer işyerlerini kentin belirli yerlerinde toplamak; inşaat malzemeleri, hurda depolama alanları ve satış yerlerini,” ibaresi, aynı maddenin üçüncü fıkrasının (d) bendindeki “belirtilen hizmetlerden” ibaresinden sonra gelmek üzere “775 sayılı Gecekondu Kanununda belediyelere verilen yetkileri kullanmak,” ibaresi eklenmiş; 13 üncü maddesinin birinci fıkrasının sonuna “Meclis kendi belirleyeceği bir ay tatil yapabilir.” cümlesi ile 22 nci maddesinin üçüncü fıkrasındaki “Büyükşehir belediyesi” ibaresinden sonra gelmek üzere “1.hukuk müşaviri ve” ibaresi eklenmiş; 13 üncü maddesinin birinci fıkrasında geçen “Kasım ayı toplantısı dönem başı toplantısıdır.” cümlesi ile 14 üncü maddesinin üçüncü fıkrasındaki “on gün içinde” ibaresi ve 15 inci maddesinin birinci fıkrasında geçen “her dönem başı toplantısında,” ile 16 ncı maddesinin birinci fıkrasında

geçen “her yılın ilk olağan toplantısında” ibareleri madde metinlerinden çıkarılmıştır.

e) 22.2.2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanununun 6 ncı maddesinin birinci fıkrasının (a) bendine, “erozyonun önlenmesi,” ibaresinden sonra gelmek üzere “kültür, sanat, turizm,” ibaresi eklenmiş; (b) bendinde yer alan “kültür, turizm, gençlik ve spor” ibaresi madde metninden çıkarılmış ve aynı maddeye birinci fıkrasından sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiş; 12 ncı maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Kasım ayı toplantısı dönem başı toplantısıdır.” cümlesi ile 15 inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “on gün içinde” ibaresi madde metninden çıkarılmış; 16 ncı maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi “İl genel meclisi, bir yıl görev yapmak üzere üyeleri arasından en az üç, en fazla beş kişiden oluşan ihtisas komisyonları kurabilir.” şeklinde değiştirilmiş; 24 üncü maddesinin birinci fıkrasına “Meclis” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve komisyon” ibaresi eklenmiş ve aynı fıkradaki “2600” ibaresi “6000” olarak değiştirilmiş; 36 ncı maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları madde metninden çıkarılmış ve “il özel idarelerinde sözleşmeli personel ile kısmi zamanlı sözleşmeli personel çalıştırılması hususunda Belediye Kanununun 49 uncu maddesi hükümleri uygulanır.” cümlesi aynı maddeye üçüncü fıkra olarak eklenmiştir.

Merkezi idare tarafından yürütülen görev ve hizmetlere ait yatırımlardan ilgili bakanlıkça uygun görülenler, il özel idareleri eliyle de gerçekleştirilebilir. Bu yatırımlara ait ödenekler, ilgili kuruluş tarafından o il özel idaresi bütçesine aktarılır. İl özel idaresi bu yatırımların yüzde yirmibeşine kadar olan kısmı için kendi bütçesinden harcama yapabilir. Merkezi idare, ayrıca, desteklemek ve geliştirmek istediği hizmetleri proje bazında gerekli kaynaklarını ilgili il özel idaresine aktarmak suretiyle onlarla işbirliği içinde yürütebilir. Bu kaynak ve ödenekler özel idare bütçesi ile ilişkilendirilmez ve başka amaçla kullanılamaz.

f) 7.12.2004 tarihli ve 5272 sayılı Belediye Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.

g) 29.7.1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununun 38 inci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

h) 12.4.2000 tarihli ve 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgeleri Kanununun 4 üncü maddesinin altıncı fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

Yürürlüğe giren mevzii imar plânına göre arazi kullanımı, yapı ve tesislerinin projelendirilmesi, inşası ve kullanımıyla ilgili ruhsat ve izinler ile işyeri açma ve çalışma ruhsatları OSB tarafından verilir ve denetlenir. İşyeri açma ve çalışma ruhsatının verilmesi sırasında işyeri açma ve çalışma

ruhsatına ilişkin harçlar, OSB tarafından tahsil edilerek ilgili belediye veya il özel idaresi hesabına yatırılır.”

13. “Geçici Madde 5 - Belediyeler ve bağlı kuruluşları ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası belediyelere ait şirketlerin, 31.12.2004 tarihi itibarıyla kamu kurum ve kuruluşlarından olan kamu ve özel hukuka tâbi alacakları, bunların diğer kamu kurum ve kuruluşlarına olan borçlarına karşılık olmak üzere 31.12.2005 tarihine kadar takas ve mahsup edilir. Bakanlar Kurulu bu süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkilidir. Bu madde kapsamındaki alacak ve borç ifadesi bu alacak ve borçlara ilişkin fer’ileri ve cezaları da kapsar.

Yukarıdaki fıkra kapsamında yer alan kuruluşların takas ve mahsup işlemine konu olan veya olmayan borçları, genel bütçe vergi gelirlerinden her ay ayrılacak paylarının yüzde kırkını geçmemek üzere kesinti yapılarak tahsil edilir.

Bu maddeye göre yapılacak takas, mahsup ve kesinti işlemleri yılı bütçe kanunları ile ilişkilendirilmeksizin ilgili kuruluş ile uzlaşma komisyonu tarafından belirlenir; Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanır. **Bakanlar Kurulu, ilgili kuruluşların borç ödeme kapasitelerini de dikkate alarak ödenecek tutarları taksitlendirmeye, taksitlendirilen kısma Kanunun yayımını izleyen günden itibaren zam ve faiz uygulamamaya, bu borçların fer’i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapmaya yetkilidir.**

İlgili kuruluşun uzlaşma ve hacizlerin kaldırılmasına dair başvurusunun uzlaşma komisyonunca kabul edilmesini müteakip 31.12.2004 tarihinden önceki borçlar için tatbik edilen hacizler kaldırılır.

Uzlaşma komisyonu Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan tarafından görevlendirilecek bir başkan ile İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Devlet Plânlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Sayıştay Başkanlığı, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı ve İller Bankası Genel Müdürlüğünden birer temsilciden oluşur.”

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçelerinde, Anayasanın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 24., 42., 47., 90., 123., 126., 127. ve 174. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İhtüzüğü’nün 8. maddesi gereğince 18.07.2005 ve 19.09.2005 günlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında; dosyalarda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğün

durdurulmasına karar verilmesi istemine ilişkin incelemenin 21.9.2005 gününde yapılmasına oybirliğiyle karar verilmiştir.

IV- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI KARARI

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun;

A) 1- 8. maddesinin ikinci fıkrasının,

2- 11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk tümcesinin,

3- 18. maddesinin (o) bendinin,

4- 19. maddesinin son fıkrasının,

5- 34. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "... almak ve ..." ibaresinin, (f) bendinin ve (g) bendinin "... süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek." bölümünün,

6- 49. maddesinin son fıkrasında yer alan "... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve ..." bölümünün,

7- 50. maddesinin son fıkrasında yer alan "... avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ..." bölümünün,

8- 55. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının,

9- 65. maddesinin,

10- 70. maddesinin,

11- 85. maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin,

12- Geçici 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin,

YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASI İSTEMİNİN koşulları oluşmadığından, REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

B) 14. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Okul öncesi eğitim kurumları açabilir;..." bölümünün, A. Necmi ÖZLER'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- "Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır." biçimindeki ikinci fıkrasının, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN ve A. Necmi ÖZLER'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

Anayasa'ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulanmaları halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve

zararların doğabileceği gözetilerek ESAS HAKKINDA KARAR VERİLİNCEYE KADAR YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA,

22.9.2005 gününde karar verildi.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

03.07.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin "Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır." biçimindeki ikinci fıkrasının iptaline ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle açılan E. 2005/80 sayılı davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2005/95 esas sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, esasının kapatılmasına, esas incelemenin 2005/95 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 22.09.2005 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçeleri 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- 8. Maddenin İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen kural ile "iltihak olunacak belde sakinlerinin oylarına başvurulmadan" belde sınırlarında değişiklik yapılması öngörülerek, katılımın gerçekleşmesinde iltihak olunacak belde halkının tümüyle dışlandığı, oysa birleşme ve katılımlarda, hem katılan veya birleşen yerel yönetimlerin, hem de katılan veya birleşilen yerel yönetimlerin iradesinin aranmasının yerinden yönetim ve demokratik devlet ilkesinin bir gereği olduğu, öte yandan Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın 5. maddesinde, "Yerel yönetimlerin sınırlarında, mevzuatın elverdiği durumlarda ve mümkünse bir referandum yoluyla ilgili yerel topluluklara önceden danışılmadan değişiklik yapılamaz" denildiği, bu nedenlerle kuralın Anayasa'nın 2., 11., 90., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu fıkra "Bir belde veya köyün veya bunların bazı kısımlarının meskun sahasının, komşu bir beldenin meskun sahası ile birleşmesi veya bu sahalarda arasındaki mesafenin 5.000 metrenin altına düşmesi ve buralarda oturan seçmenlerin yarısından bir fazlasının komşu beldeye katılmak için başvurması halinde, katılınacak belde sakinlerinin oylarına başvurulmaksızın, katılmak isteyen

köy veya belde veya bunların kısımlarında başvuruya ilişkin oylama yapılır. Oylama sonucunun olumlu olması halinde başvuruya ait evrak, valilik tarafından katılınacak belediyeye gönderilir. Belediye meclisi evrakın gelişinden itibaren otuz gün içinde başvuru hakkındaki kararını verir. Belediye meclisinin uygun görmesi halinde katılım gerçekleşir. Büyükşehirlerde birleşme ve katılma işlemleri, katılınacak ilçe veya ilk kademe belediye meclisinin görüşü üzerine, büyükşehir belediye meclisinde karara bağlanır. Katılma sonrası oluşacak yeni sınır hakkında, 6 ncı maddeye göre işlem yapılır ve sonuç İçişleri Bakanlığına bildirilir.” denilmektedir.

Düzenleme bir belde veya köyün veya bunların bazı kısımlarının meskûn sahasının, komşu bir beldenin meskûn sahası ile birleşmesi veya bu sahalar arasında mesafenin 5.000 metrenin altına düşmesi durumunda birleşme ve katılmanın gerçekleşebileceğini öngörmektedir. Birleşme, katılmayla tamamlanır. Ancak mesafenin 5.000 metreden fazla olması durumunda birleşme ve katılma söz konusu olamaz.

Öte yandan, katılmanın gerçekleşmesi için katılacak olan belde veya köyde ya da bunların katılması tartışılan kısımlarında oturan seçmenlerin yarısından bir fazlasının komşu beldeye katılmak yönünde iradesinin oluşması gerekir. Bu da ancak katılacak sahadaki seçmenler arasında yapılacak bir halkoylamasıyla saptanabilecektir. Katılınacak belediye sakinlerinin oylarına başvurma olanağı yoktur. Katılma, katılınacak belediye meclisinin uygun görmesiyle gerçekleşir.

Düzenleme bu haliyle, bir kamu tüzel kişisi niteliği bulunan, dolayısıyla dayandığı toplumsal kesitin iradesini yansıtan yerinden yönetim birimlerinin sahip olması gereken özerkliğin somutlaşması niteliğindedir. Özerkliğe sahip olan ve iradesine hukuksal sonuç bağlanan yerel yönetim birimlerinin birleşmelerine olanak sağlanmaktadır. Ancak bu birleşme tam bir irade serbestisiyle gerçekleşmemekte, aksine Anayasanın 123. maddesinde belirtilen idarenin yasallığı ilkesi gereği, ancak yasal olanak sağlandığı ölçüde geçerli bir iradeyle gerçekleşmektedir. İptali istenen bu düzenleme, kamu tüzel kişisi olan ve Anayasanın 127. maddesi uyarınca özerk statüye sahip olan yerel yönetimlerin birleşmelerine olanak sağlamakta, bu olanağın yasal çerçevesini ve usullerini göstermektedir.

Maddenin gerekçesinde iptali istenen kuralla ilgili olarak özetle, belde, köy veya bunların kısımlarının komşu bir belde ile birleşmesine veya ayrılmasına ilişkin usul ve esasların basitleştirildiği, Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının 5 inci maddesinde öngörülen sınır değişikliklerinde belde halkına önceden danışılması şartına istinaden, birleşmek isteyen belde veya

belde kısımları ile köy veya köy kısımlarında halkın oyuna başvurulması ve yapılan oylamanın sonucuna göre dosyanın, valilikçe ayrılma olan ve iltihak olunacak belediyelere gönderilmesi, katılmanın, belediye meclisinin otuz gün içerisinde karar vermesi ve kararın olumlu olması durumunda başka bir işleme gerek kalmaksızın gerçekleşmesini öngördüğü, belediye meclislerinden biri veya ikisi birden talebini reddetmesi durumunda katılmanın gerçekleşmeyeceği ifade edilmektedir.

Gerçekten de 1580 sayılı mülga Belediye Kanununun 7. maddesine oranla birleşme ve katılma durumunda usule ilişkin kolaylıklar sağlanmış, ancak nüfus ölçütü bakımından zorlaştırıcı ölçütler getirilmiştir. Çünkü eski düzenlemede “2.000” nüfus ölçütü getirilirken, yeni düzenleme, belediye oluşumu ya da katılımda kullanılan ölçütü “5.000”e çıkarmış bulunmaktadır. Ancak genel gerekçeden de anlaşıldığı üzere, düzenlemenin genel amacı “etkin yönetim” olarak tanımlandığından, sayıları artmış, ancak dayandıkları nüfus miktarı itibarıyla üstlendikleri kamusal hizmeti yerine getirme olanağını yitirmiş küçük belediyelerin sayılarının azaltılması amaçlanmıştır. 1580 sayılı mülga Belediye Kanunu’nun 7. maddesinde katılma durumunda katılmak isteyen köy ya da belde kısmında halkın iradesine başvurma olanağı bulunmaktaydı. Buna karşın iki beldenin birleşmesinde halkoyu aranmamakta, ilgili belediye meclislerinin kararlarının esas alınacağı kabul edilmekteydi. Yeni düzenlemede ise katılacak belde veya köy ya da onların bazı kısımlarındaki seçmenlerin oylarına başvurma zorunlu hale gelmektedir. Bu açıdan bakıldığında düzenleme bir yandan ölçek sorununu, küçük belediyeleri tasfiye etmek yoluyla çözmekte, diğer yandan eski düzenlemeye göre daha fazla katılım öngörme eğilimi göstermektedir. Düzenlemeyle tüzel kişiliği kaldırılacak ya da tabi oldukları tüzel kişiyle ilişkisi kesilecek olan mahal sakinlerinin iradesinin doğrudan doğruya sorulması zorunlu kılınmakta; ancak statüsünde herhangi bir değişiklik yaşamayan ve özerkliğine dokunulmayan katılacak tüzel kişi (belediye) sakinlerinin doğrudan iradelerine başvurulmamakla birlikte, yine de oylarıyla oluşturulan karar organlarının onayı şart koşulmaktadır.

Anayasal düzenimizde idare, merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayanmakta ve bunların yasayla kurulacağı öngörülmektedir.

Mahalli idarelerin kuruluşlarına ilişkin esasların yasayla düzenlenmesi, usulde paralellik ilkesi gereği aynı zamanda ortadan kaldırılmasının esas ve usullerinin de yasa ile gösterilmesini zorunlu kılmaktadır. Ancak Anayasanın 127. maddesinden doğan yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi,

belde halkının mahalli müşterek gereksinimlerini karşılamak üzere özgür seçimler yoluyla iradelerini oluşturmalarını güvence altına almaktadır.

Dava konusu kuralla tüzel kişiliği kaldırılan beldede ya da bağlı bulundukları ve organlarının oluşumuna katıldıkları yerel yönetim birimiyle ilişkileri koparılacak kısımlarında halkoyuna başvurulmasının öngörölmüş olması, yerinden yönetim ilkesinin bir gereğidir. Katılınacak belediyenin hukuksal statüsünde herhangi bir değışiklik olmayacağından, doğrudan doğruya halkoyuna başvurulması zorunluluğı bulunmamaktadır. Buna rağmen yasa koyucu katılınacak belediye meclisinin bu birleşme ve katılmaya onay vermesini zorunlu kılarak, katılınacak belediyenin özerkliğinin korunmasını gözetmiştir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasanın 2., 123. ve 127. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT bu görüğe katılmamıştır.

Kuralın Anayasanın 90. maddesiyle ilgili bulunmaması ve 11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu maddeler yönünden incelenmesine gerek görölmemiştir.

B- 11. Maddenin Birinci Fıkrası ile İkinci Fıkrasının İlk Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, düzenlemenin, tüzel kişilikleri sona erdirilip ilgili belediyeye katılması söz konusu belediye ile köy halkının, katılma konusunda kendilerine referandum yoluyla danışılmasını öngörmediğinden, 8. maddeye yönelik aynı gerekçelerle Anayasanın 2., 11., 90., 123. ve 127. maddelerine aykırı olduğı; ikinci fıkranın birinci tümcesinde yapılan düzenlemenin de, Anayasanın 127. maddesinde mahalli idarelerin il, belediye ve köy olarak gösterilmesi, ancak belediyenin köye göre daha üst bir yönetim birimi olması, sırf nüfusu 2000'in altına düşmesi nedeniyle köye dönüştürölmesi bu yöre halkının kazanılmış haklarına dokunduğı, bunun da Anayasanın 2. maddesine ve dolaylı olarak 11. maddesine aykırı düştüğü ileri sürölmüştür.

Maddenin birinci fıkrasına göre meskûn sahası, bağlı olduğı il veya ilçe belediyesi ile nüfusu 50.000 ve üzerinde olan bir belediyenin sınırına 5.000 metreden daha yakın duruma gelen bir belediye veya köyün tüzel kişiliğı kaldırılacaktır. Ancak bunun maddi ve usul koşulları bulunmaktadır.

Buna göre;

- Tüzel kişiliği kaldırılacak olan belediye ya da köyün meskûn sahasının, bağlı olunan il ya da ilçe belediyesiyle nüfusu 50.000 ve üzerinde olan herhangi bir belediye sınırına 5.000 metreden daha yakın olması,

- Genel imar düzeni veya temel alt yapı hizmetlerinin, katılımı gerekli kılması,

- Danıştay'ın görüşünün alınması,

- İçişleri bakanlığının teklifinin bulunması,

- Müşterek kararname ile kaldırılması

gerekir.

Bu şekilde tüzel kişiliği kaldırılan belediyenin mahalleleri, katıldıkları belediyenin mahalleleri haline gelir. Ayrıca tüzel kişiliği kaldırılan belediye ile köylerin taşınır ve taşınmaz mal, hak, alacak ve borçlarının katıldıkları belediyeye intikal edeceği öngörülmektedir.

İkinci fıkranın dava konusu birinci tümcesinde, birinci fıkra kapsamına girmeyen, ancak nüfusu 2.000'in altına inen belediyelerin aynı usulle köye dönüştürüleceği öngörülmektedir. Fıkranın iptali istenmeyen diğer tümcelerinde tasfiyenin nasıl gerçekleşeceği düzenlenmektedir.

Madde gerekçesinde 1580 sayılı mülga Belediye Yasası'nda belediye tüzel kişiliğinin hangi hallerde sona ereceğine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığı, usulde paralellik ilkesi uyarınca belediye kuruluş koşullarını kaybeden belediyelerin tüzel kişiliklerinin ortadan kaldırılabileceği düşünülse de bu yolun işletilmediği, bu şekilde koşulları bulunmayan birçok belediyenin varlığının devam etmesi nedeniyle kaynakların verimsiz kullanımı, görevlerin ifasında acze düşme, çarpık kentleşme ve gecekondulaşma gibi sorunlara yol açılmış olduğu görüşlerine yer verilmektedir. Gerekçeye göre maddeyle yeni yasanın 4. maddesiyle paralellik kurulmakta, ayrıca nüfusu 2000 ila 5000 arasında bulunan belediyelerin tüzel kişiliklerinin de devam edeceği ifade edilmektedir.

Anayasanın 127. maddesinin ikinci fıkrasında mahalli idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin, yerinden yönetim ilkesine uygun olarak kanunla düzenleneceği belirlenmekte, üçüncü fıkrada ise mahalli idarelerin seçimlerinin 67. maddedeki esaslara göre beş yılda bir yapılacağı öngörülmektedir. Buna göre, yasa koyucu, Anayasanın 67. maddesindeki koşullar çerçevesinde yapılan seçimlerle oluşan yöre halkının beş yılla sınırlı iradesini gözetecektir. Ancak, mahalli idarenin oluşumu ve nitelendirilmesi

konusunda takdir yetkisini kullanabilecektir. Bu durumda, yasa koyucu mahalli idarelerin kuruluş esaslarını, maddi ve usule ilişkin çerçeveyi belirlemek koşuluyla, ölçek sorununu dikkate alarak, daha etkin ve verimli bir kamusal hizmet sağlamak amacıyla, bir belediyenin ya da köyün tüzel kişiliğini kaldırabilir, belediyeyi köye, köyü belediyeye dönüştürebilir.

5393 sayılı Yasa'nın 12. maddesinin ikinci fıkrasına göre *"8 inci maddede geçen birleşme ve katılmalara, 9 uncu maddede geçen mahalle kaldırılmasına, 11 inci maddede geçen belediye ve köy tüzel kişiliğinin kaldırılmasına veya bir beldenin köye dönüştürülmesine dair kararlar ilk mahalli idareler seçimlerinde uygulanır ve seçimler bu yerlerin yeni durumlarına göre yapılır"*. Dava konusu kural, bu maddeyle birlikte değerlendirildiğinde, tüzel kişilik sona erdirilirken Anayasanın 127. maddesinde belirtilen özerkliğin de korunduğu anlaşılmaktadır.

Belediyelerin tüzel kişilikleri kaldırılırken, yine Anayasanın 67. ve 127. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince beş yıllık seçim dönemi için ortaya çıkan yöre halkının iradesinin dönem sonuna kadar geçerliliğine dokunulmadığı gibi, yeni seçim döneminde tüzel kişiliği kaldırılan belediye halkının katılınan belediyede seçimlere katılma yoluyla bu iradesini de yeniden belirlemesine; tüzel kişiliği kaldırılarak köye dönüştürülen belediye halkının ise, yeni seçim döneminde yine yerinden yönetim birimi olan köy tüzel kişiliğinin organlarını oluşturmak üzere seçim hakkını kullanmasına olanak tanındığı görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasanın 2., 123. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Anayasanın 11. maddesinin anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, kuralın bu madde yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

C- 14. Maddenin Birinci Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "Okul öncesi eğitim kurumları açabilir..." İbaresini ile İkinci Fıkrasının İncelenmesi

1) "Okul öncesi eğitim kurumları açabilir" İbaresini

Dava dilekçesinde, Anayasada eğitim ve öğretimin bireysel bir hak ve devlet için de bir ödev olarak sayıldığı, devletin bu ödevleri Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, aklın egemenliğine dayanan çağdaş eğitim ve öğretim kurumlarının oluşturarak yerine getireceği, bu nedenle eğitim ve öğretimin merkezi yönetimin görevleri arasında kalmasının zorunlu olduğu, Anayasanın 174. maddesinde ülkede laik eğitime geçişi sağlayan devrim

yasalarının sayıldığını, bu veriler ışığında yasa koyucunun, eğitim ve öğrenim hakkını düzenlerken, toplumun gereksinim duyduğu insan gücünün yetiştirilmesi yoluyla toplumsal, ekonomik ve kültürel kalkınmanın sağlanması hususlarını gözetmesi gerektiği ve bunun da ancak merkezi planlama ve program kadar uygulamayla da gerçekleştirilebileceği, uygulamada okul öncesi eğitimde belediyelere görev verilmesinin, eğitimin laikleşmesini ve tek elden yürütülmesini amaçlayan eğitim birliği ilkesiyle, ulusal birlik amacıyla, demokratik, laik, eşitlikçi, adil, işlevsel ve bilimsel temellere dayalı eğitim anlayışıyla, Anayasanın Atatürk ilke ve devrimlerini temel alan ruhuyla bağdaşmadığı; okul öncesi eğitim için bina sağlamak ve eğitim kurumu açmanın belediyenin görevi olabileceği, ancak burada verilecek eğitimin tamamen merkezi idarenin görev ve sorumluluğunda olması gerektiği; ancak iptali istenen ibarenin yapılacak eğitimin yöntemini de kapsayabileceği, dolayısıyla belirsiz olduğu; izinsiz açılan yasadışı kurslarla ilgili güncel tartışmaların, okul öncesi eğitimin merkezi yönetimin genel sorumluluğu altında olması gereğini gösterdiği, bu nedenle ibarenin, Anayasanın Başlangıç ilkelerine, 2., 11., 24., 42., 127. ve 174. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kuraldan, belediyeye okul öncesi eğitim kurumu açma görevi verilmiş olduğu ve bu görevin de zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre mahalli müşterek nitelikte bir gereksinimi karşılamaya yönelik olmak kaydıyla, belediyenin mali durumu ve hizmetin ivediliğini dikkate alarak okul öncesi eğitim kurumu açabilme olanağı tanınmaktadır.

Okul öncesi eğitim kurumu kavramı, 222 sayılı İlköğretim ve Eğitim Kanunu, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu ve 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun birlikte yorumlanmasından hareketle, belediyelerin 657 sayılı Yasanın 191. maddesine göre açabilecekleri kreş ve benzeri çocuk bakım ve koruma mekânlarını kapsamamakta, yalnızca "anasınıfı" ve "anaokulu" olarak somutlaştırılabilmektedir. Nitekim 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Yasası'nın 19. maddesine göre okul öncesi eğitim kurumu,

- Bağımsız anaokulları
- İlkokula bağlı anasınıfları ya da
- Diğer okullara bağlı uygulama sınıfları olarak açılabilir.

Anasınıfları ve uygulama sınıfları, belediyelerin görev ve yetki alanı dışında kalan mevcut ilköğretim okulları bünyesinde ya da diğer okullara bağlı olarak açılabilirdiğinden, iptali istenen ibarenin, yalnızca "anaokulu" biçiminde anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Anayasanın 127. 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.

Okul öncesi eğitim, 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 19. ve 20. maddelerine göre mecburi ilköğrenim çağına gelmemiş çocukların ulusal öğretime hazırlanmasını sağlayıcı bir eğitimidir.

Milli eğitim, program ve yöntem itibariyle ulusal nitelikte olduğundan, mahalli müşterek nitelikte bir ihtiyaç olarak görülemez.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 127. maddesine aykırıdır, iptali gerekir.

Sacit ADALI ve A. Necmi ÖZLER bu görüşe katılmamıştır.

Kural iptal edildiğinden, Anayasanın 2., 11., 24., 42. ve 174. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

2) Maddenin İkinci Fıkrası

Dava dilekçelerinde, düzenlemenin, şekil bakımından iptal edilen düzenlemeyle aynı olduğu, yerel yönetimlerin örgütlenmesinin hem coğrafya, hem de konu yönünden sınırlandırılmış olmasına karşın, merkezi yönetimin ülke genelinde genel yetkili kılındığı, dolayısıyla merkezin görev ve yetkilerinin soyut ve genel, yerel yönetimlerin ise somut ve belirgin biçimde düzenlenmesi gerektiği, merkezi idarenin temelinde, ülkede yaşayan insanların ortak nitelikteki iç ve dış güvenlik, adalet, eğitim, toplumsal refah ve kalkınma, sağlık hizmetleriyle sosyal güvenliğin etkin biçimde gerçekleştirilmesinin yattığı; yönetimler arasında hizmetlerin görülmesi için ayrıma gidilmesinin temelinde etkinlik, hizmette vatandaşla yakınlık, tarihi ve siyasal nedenlerin bulunduğu; hizmetin yerel nitelik taşıması için ölçek ekonomileri ve vatandaşla yakınlık ilkesi olduğu, her iki ölçütün birlikte bulunması gerektiği; aynı hizmet türü ile yerel ve merkezi yönetimin farklı gerekçelerle ilgilenebileceği, dolayısıyla sağlanan faydanın

bir kısmının yerel olmasının, yerel yönetimlerce sunulmasını zorunlu kılmayacağı, 14. maddenin 2. fıkrasının belediyeleri genel görevli kıldığı, “yasalarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen”, “mahalli müşterek nitelikteki” görevlerden söz edilerek konu yönünden sınır getirildiği izleniminin yaratılmasının belediyeleri “genel görevli” konumundan çıkarmaya yetmediği, çünkü merkez yönetim örgütlenmesinde yer alan kamu kurum ve kuruluşların görevi kapsamında sayılmayan ya da genel görevli bir kamu kurum ya da kuruluşunun görev alanında yer almakta iken, yapılacak bir yasal düzenleme ile o kurum ya da kuruluşun görev kapsamından çıkarılan her türlü kamusal hizmetin, bu kural nedeniyle, başkaca bir yasal düzenlemeye gerek kalmaksızın belediyelerin görev alanına gireceği, diğer fıkralardaki düzenlemelerin bu sakıncayı kaldıramadığı, öte yandan yasallık koşuluna uyulmadığı, yasama organının her şeyden önce bir hizmetin yerel mi, yoksa ülke düzeyinde mi olduğunu belirlemesi; yerel düzeyde görülen hizmetlerin yasada tek tek sayılması gerektiği, tersine durumun yurttışlara standart bir kamu hizmeti sunmayı olanaksızlaştıracığı ve hizmetler yönünden bölgesel ve yerel dengesizlikleri arttıracığı, bu kavramların içeriğinin belirlenmesinde belediyelerin yetkili organlarının etkili olacağı nedenleriyle kuralın Anayasanın 2., 11., 126. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu ikinci fıkrada “Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır” denilmektedir.

5393 sayılı Yasanın 14. maddesine ilişkin olarak genel gerekçesinde şu görüşlere yer verilmektedir: “Mahallî idareler alanında çağdaş eğilimlerden biri yerel nitelikli görev ve hizmetler bakımından bu idarelerin genel yetkili olmaları, diğeri etkinlik sağlamak amacıyla mahallî idare sayılarının azaltılmasıdır. Görev bölüşümü dendiği zaman merkezî idare ile mahallî idareler arasındaki görev bölüşümü ilk akla gelen konu olmakla birlikte, mahallî idarelerin kendi aralarındaki görev bölüşümü de büyük önem taşımaktadır. Tasarıda bazı istisnalarla belediyelerin mahallî müşterek hizmetler bakımından kendi sınırları içinde genel yetkili olmaları öngörülmektedir. Genel yetkililik, kanunların yasaklamadığı veya başka bir kuruluşa vermediği bütün yerel hizmetler hakkında mahallî idarelerin görevli ve yetkili olmaları anlamına gelmektedir. Bu, ülkemizin kabul ettiği Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının ve Anayasanın 127. maddesinde mahallî idarelerin görev ve yetkilerinin belirlenmesinde ölçüt olarak belirtilen ‘mahallî müşterek ihtiyaç’ kavramının gerekli kıldığı bir ilkedir.” denilmektedir.

Madde gerekçesinde ise şu ifadeler yer verilmiştir: “Anayasanın 127 nci maddesine göre mahallî idarelerin görev ve yetki alanı mahallî müşterek

ihtiyaçlardır. Anayasanın anılan maddesi ile Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartının 'Özerk Yerel Yönetimin Kapsamı' başlıklı 4 üncü maddesinde öngörülen ilkelere ve çağdaş mahallî idare vizyonuna uygun olarak belediyelerin görev ve sorumlulukları yeniden düzenlenmektedir.

Maddede, belediyelerin zorunlu görev ve yetkilerinden birkaçı sayıldıktan sonra belediyenin ekonomik durumuna ve beldenin ihtiyaçlarına göre takdire dayalı olarak yapabileceği bazı hizmetlere de değinilmiştir. Maddenin takip eden fıkralarında ise kanunlarla açıkça başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen 'mahallî müşterek' nitelikteki her türlü görev ve hizmetin belediyelerce yapılması esası benimsenmiştir.

Yeni kamu yönetimi anlayışında, mahallî idarelerin görev ve sorumluluk alanlarına giren konularda çıkarılacak tüzük, yönetmelik ve benzeri düzenlemelerde, mahallî idarelerin yetkilerini kısıtlayıcı, mahallî hizmetleri zayıflatıcı ve yerinden yönetim ilkesine aykırı düzenleme yapılamaması esası benimsenerek merkezî hükümetin kanunlar dışındaki düzenlemelerle belediyelerin görevlerine müdahalesi önlenmektedir."

Dava konusu kuralla belediyeye, ortaya çıkacak ve yasalarla başka kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikli her tür hizmeti karşılama yükümlülüğü getirilmektedir. Bu görevin nasıl yerine getirileceği konusunda, üçüncü fıkradaki "öncelik sırası, belediyenin mali durumu ve hizmetin ivediliği dikkate alınarak belirlenir" hükmüyle sınırlı bir takdir yetkisi tanınmaktadır.

Belediyeler Anayasa'nın 127. maddesi uyarınca mahalli müşterek ihtiyaçları karşılamak üzere kurulmuş, kamu tüzelkişiliğine ve yönetsel özerkliğe sahip, idarî vesayete tâbi bir yerel yönetim türüdür. Yerel yönetimler açısından özerklik, anayasa ve yasaların belirlediği kamu hizmetlerinin önemli bir bölümünün yurttaşların yararına olarak, yerel yönetimlerin sorumluluğu altında yerine getirilmesi yetkisidir.

Belediyeler belediye sınırları içinde, Anayasanın 127. maddesinin birinci fıkrasına göre "mahalli müşterek ihtiyaçları" karşılamakla görevlendirilirken, ikinci fıkrasına göre de bu görevlendirmenin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla yapılması zorunlu kılınmaktadır. Belediyeler mahalli müşterek gereksinimleri, yasalarla sınırları belirlenmiş alanlarda özerk biçimde belirleyebilir.

İptali istenen kuralla belediyelerin "kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görevleri de" yapmakla görevlendirilmeleri, herhangi bir görev alanı tanımlaması

yapılmaksızın, 5393 sayılı Yasa'nın 14. maddesinde belirlenmiş görev alanları dışında kalan her tür görevin yerine getirilmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu durumda çerçevesi çizilmeksizin belirsiz bir alanda idareye görev ve yetki veren kural, Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN ve A. Necmi ÖZLER bu görüşe katılmamıştır.

Kuralın, Anayasanın 126. maddesiyle ilgisi saptanmamış, 11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu maddeler yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

D- 18. Maddenin (o) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Anayasanın 127. maddesinin son fıkrasında "Mahalli idarelerin belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile, kendi aralarında Bakanlar Kurulunun izni ile birlik kurmaları... kanunla düzenlenir" ifadesinin yasal düzenleme zorunluluğu anlamına geldiği, Belediye Meclisinin ancak Bakanlar Kurulundan izin istemeye yetkili olduğu halde, ifade biçimi, sanki böyle bir izne gerek yokmuş gibi bir anlatımla birlik kurma izni verilmesi nedeniyle, kuralın Anayasanın 2., 11., 126. ve 127. maddelerine aykırı bulunduğu ileri sürülmüştür.

Belediye meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 18. maddenin iptali istenen (o) bendiyle Belediye Meclisine, "*Diğer mahalli idarelerle birlik kurulmasına, kurulmuş birliklere katılmaya veya ayrılmaya karar vermek*" yetkisi tanınmaktadır. Bu maddede belirtilen tüm konularda belediye meclisi, takip eden maddelerde öngörülen usule göre kararını alır ve bu karar belediye icra organlarıncaya yerine getirilir. 17. maddede belediye meclisi, belediyenin karar organı olarak nitelendirilmiştir. Bu nitelendirme aynı zamanda bu meclisin belde halkının seçimleriyle oluşturulması gereğine ilişkin Anayasanın 127. maddesinin birinci fıkrasının zorunlu sonucudur.

Anayasanın 127. maddesinin son fıkrası, mahalli idarelerin, belirli kamu hizmetlerinin görülmesi amacı ile kendi aralarında Bakanlar Kurulu'nun izni ile birlik kurabilmeleri olanağını sunmaktadır. Bu birliklerin görevleri, yetkileri, maliye ve kolluk işleri ve merkezi idare ile karşılıklı bağ ve ilgileri de kanunla düzenlenecektir. Anayasanın açık ifadesi, belediyelerin birlik kurmalarının ancak Bakanlar Kurulu izniyle mümkün olacağını göstermektedir.

Yasanın 17. maddesine göre belediye meclisi, belediye tüzel kişinin karar organıdır. Anayasa ve yasalarla yüklenmiş görevlerin yerine getirilmesi ve bu çerçevede tanınan yetkilerin işlerlik kazanabilmesi için meclisin öncelikle bu yönde karar alması gerekmektedir. Mahalli idarelerle birlik kurulması yönünde bir girişimde bulunulmak için de öncelikle bir meclis kararına gereksinim duyulmaktadır. Kural, birlik kurmayı, kurulmuş birliğe katılmayı ve birlikten ayrılmayı icrai organların takdirine bırakmamakta, bu yönde öncelikle karar organının iradesini aramaktadır. Diğer belediyelerle bu bağlamda kurulacak birliklerde karar organının iradesini gerekli gören düzenlemenin, Anayasanın 127. maddesindeki Bakanlar Kurulundan izin alma zorunluluğunu göz ardı ettiği savı geçersizdir. Kaldı ki, amacı, mahalli idare birliklerinin hukuki statüsünü, kuruluşunu, organlarını, yönetimini, görev, yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esaslarını düzenlemek olan 5355 sayılı Mahalli İdareler Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasına göre “Birlik, birlik tüzüğüünün kesinleşmesinden sonra Bakanlar Kurulunun izni ile kurulur ve tüzel kişilik kazanır.

Kurulmuş bir birliğe üyelik, üye olmak isteyen mahalli idare meclisinin kararı ve buna dayalı başvuru üzerine, birlik meclisinin kabulü ile olur. Bu durumda Bakanlar Kurulunun izni aranmaz. Ayrılmada ilgili mahalli idare meclisinin kararı yeterlidir.

...”

Açıklanan nedenlerle dava konusu kural Anayasanın 127. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasanın 2. ve 126. maddeleriyle ilgisi görülmemiş, 11. maddenin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu yönde inceleme yapılmamıştır.

E- 19. Maddenin Son Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, maddede belediye meclisinin çalışmalarına ilişkin ilkeler konusunda herhangi bir düzenleme yer almadığından, buna ilişkin usul ve esasları belirleyen bir yönetmelikle yasama yetkisinin devredildiği, ancak Anayasanın gösterdiği ayırık haller dışında yürütmenin asli düzenleme yetkisinin olmadığı, yasada bir hususun yönetmelikle düzenleneceğinin belirtilmesinin, o hususun yasayla düzenlenmiş olduğu anlamına gelmeyeceği, bunun için en azından temel ilkelerinin yasada gösterilmesinin zorunlu olduğu, iptali istenen kuralın yürütmenin yasallığı ilkesine aykırı olarak, yürütmeye asli düzenleme yapma olanağı tanıdığı, bu

nedenlerle kuralın Anayasanın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

19. maddenin dava konusu son fıkrasında “*Meclisin çalışması ve katılıma ilişkin esas ve usuller İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*” denilmektedir.

Anayasanın 7. maddesine göre yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez. 8. maddesine göre de yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.

Anayasanın 124. maddesine göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik çıkarabilirler.

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 yürütmenin düzenlenmesine bırakmaması gerekir. Temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye düzenleme yetkisi veren kural, Anayasa’nın 7. maddesine aykırı düşer.

Meclisin görev ve yetkileri ile çalışma usul ve esasları Yasa’nın 18. ila 32. maddelerinde ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.

Bu maddelerin incelenmesinden geniş anlamda meclisin çalışma usul ve esasları ile katılıma ilişkin tüm kuralların yasayla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu esas ve usuller dışında yürütme organına ayrıntıya ilişkin düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına gelmeyeceğinden, kural, Anayasanın 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasanın 2. ve 6. maddeleriyle ilgisi görülmemiş, 11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu yönde bir inceleme yapılmamıştır.

F- 34. Maddenin Birinci Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan "...almak ve ..." İbaresinin, (f) Bendinin ve (g) Bendinin "...süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek" Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, belediye encümeninin görev ve yetkilerinin icrai nitelikte olmayıp karar niteliğinde olmasının, encümeni bir karar organı haline getirdiği, oysa Anayasanın 127. maddesine göre yerel yönetimlerin karar organlarının seçimle oluşması gerektiği, encümende atanmış üyelerin yer alması nedeniyle karar organı olamayacağı, bu nedenle dava konusu kurallarla encüme karar yetkisi verilmesinin Anayasanın 127. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

34. maddenin (b) bendinde *"Yıllık çalışma programına alınan işlerle ilgili kamulaştırma kararlarını almak ve uygulamak"*; (f) bendinde *"Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek"* ve (g) bendinde *"Taşınmaz mal satımına, trampasına ve tahsisine ilişkin meclis kararlarını uygulamak; süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek"* denilmektedir.

Yasanın genel gerekçesinde *"Belediye organlarının meclis, encümen ve başkandan oluşan geleneksel üçlü yapısı korunmuş, belediye encümeninin karar organı değil, yürütme organı olması öngörülmüştür"* denildikten sonra, madde gerekçesinde de *"Encümenin görev ve yetkileri yeniden düzenlenerek yürütme organı olma niteliği daha netleştirilmekte ve belediye meclisine ilişkin hükümlerle tutarlılık içinde, 1580 sayılı Kanunla öngörülen meclis yerine karar alma yetkisi tümüyle kaldırılmaktadır. Sonuç olarak karar organı olan meclis ile yürütme organı olan encümen arasındaki ayrım netleştirilmiştir."* ifadelerine yer verilmiştir.

Yasada belediye encümeninin çalışma usul ve esasları düzenlenmiştir. Buna göre encümenin gündemi belediye başkanı tarafından hazırlanır. Üyeler gündeme alınmasını istedikleri konuları gündem maddesi olarak teklif edebilir. Ancak, bu teklif, encümen başkanının uygun görüşü ile gündeme eklenebilir. Belediye başkanı tarafından havale edilmediği sürece, encümenin kendiliğinden bir konuyu görüşmesi ve karara bağlaması olanaksızdır. Encümen üye tamsayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve katılanların salt çoğunluğu ile karar verir. Oyların eşitliği durumunda ise başkanın bulunduğu taraf çoğunluk sayılır.

Encümen, belediye meclisince verilen kararın somutlaştırılması ya da somut kararın icrası niteliğinde karar verebilir. Bu kararın heyet halinde çalışacak bir organın iradesinin oluşması anlamında icrai bir karar olduğu

açıktır. Bu nedenle yasa lafzında “karar verir/alır” biçiminde bir ifadenin geçmiş olması, encümenin karar organı olduğu anlamına gelmez.

1) (b) Bendindeki “...almak ve...” İbaresini

5393 sayılı Yasanın 34. maddesi belediye encümeninin görev ve yetkilerini düzenlemektedir. Dava konusu ibare “Yıllık çalışma programına alınan işlerle ilgili kamulaştırma kararlarını **almak ve uygulamak**” biçimindeki (b) bendindeki “*almak ve*” ibaresidir.

5393 sayılı Yasanın belediye meclisinin görev ve yetkilerini düzenleyen 18. maddesinin (a) bendine göre, belediyeler görevlerini *stratejik plan* ile yatırım ve çalışma programları çerçevesinde yerine getirirler.

Belediye encümeninin kamulaştırma yetkisi, belediye meclisince hazırlanacak strateji ve yıllık çalışma programı ile kabul edilen bütçe çerçevesinde gerçekleştirilmesi gereken bir yetkidir. Bu açıdan bakıldığında encümenin kamulaştırmaya ilişkin kararlarının, belediye meclisi kararlarının yürütülmesi niteliğinde olduğu görülmektedir.

Serdar ÖZGÜLDÜR ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

2) (f) Bendi

Yasanın, belediye encümeninin görev ve yetkilerini düzenleyen 34. maddesinin dava konusu (f) bendinde, encümen “*Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek*”le yetkilendirilmektedir.

Kuralın anlaşılabilmesi için, belediye meclisinin görevlerini düzenleyen 18. maddeyle karşılaştırma yapılması gerekir. 18. maddenin (h) bendine göre, vergi, resim ve harçlar dışında kalan *ve miktarı beşbin YTL’den fazla* dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermek” yetkisi belediye meclisine aittir. Bu iki maddenin birlikte değerlendirilmesinden, kuralın parasal uyuşmazlıklarla ilgili olduğu ve “*miktarı beşbin YTL’den fazla*” olan uyuşmazlıklarda belediye meclisi yetkili olduğuna göre, encümenin bu konudaki yetkisinin, “*miktarı beşbin YTL ve daha az*” olan uyuşmazlıklara ilişkin olduğu sonucu çıkmaktadır.

Belirli bir miktardaki uyuşmazlığın sona erdirilmesi, genel nitelikli bir karar yetkisinin kullanılması değil, özel nitelikli, tarafları ve miktarı belirli olan parasal uyuşmazlığın sona erdirilmesi biçiminde icrai bir işlemdir. Kimi uyuşmazlıkların tasfiyesine karar verme yetkisinin belediye meclisine tanınmış olması, bu yetkiyi icrai olmaktan çıkarmamaktadır.

Mehmet ERTEN ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

3) (g) Bendindeki “süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek” Bölümü

34. maddenin (g) bendine göre ise *taşınmaz mal satımına, trampasına ve tahsisine ilişkin meclis kararlarını uygulamak; süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar verme yetkisi* belediye encümenine verilmiştir.

Dava konusu ibare “süresi üç yılı geçmemek üzere” sözcükleridir.

Meclisin görev ve yetkilerini düzenleyen 18. maddenin (e) bendine göre, “*taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması halinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı ayrı hak tesisine karar verme*”ye meclis yetkilidir.

İptali istenen kuralla belediye encümenine verilen yetki de, (f) bendinde belirtilen gerekçelerle icrai niteliktedir.

Mehmet ERTEN ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamıştır.

Açıklanan nedenlerle Belediye encümenine verilen görev ve yetkiler, Anayasanın 127. maddesinde öngörülen karar organlarına verilmesi gereken görev ve yetkiler kapsamında bulunmadığından, 34. maddede iptali istenen kurallar Anayasanın 127. maddesine aykırı değildir; iptal isteminin reddi gerekir.

G- 49. Maddenin Son Fıkrasında Yer Alan “...başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve ...” Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, başarılı memurların sayısının toplam memur sayısının %10'unu geçebileceği, ancak düzenlemeyle aynı derecede başarılı memurların bir kısmının yılda iki kez ikramiye alabilecekken, diğerlerinin alamayacakları, durumları aynı olanlar arasında farklı uygulamalar yapılmasının eşitliğe aykırı olduğu, öte yandan başarının ölçütlerini koymadığı için başarılı memuru belirlemeyi takdire bıraktığı ve keyfiliğe olanak sağladığı, bunun ise hukuk devleti ilkesine uymadığı, bu nedenle kuralın Anayasanın 2., 10. ve 11. maddelere aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasanın 10. maddesine 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, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

İptali istenilen ibarenin de içinde yer aldığı fıkrada, sözleşmeli ve işçi statüsünde çalışanlar hariç olmak üzere, belediye memurlarına, başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve Devlet memurlarına uygulanan aylık katsayısının 20000 gösterge rakamı ile çarpımı sonucu bulunacak miktarı geçmemek üzere, çalıştıkları sürelerle (hastalık ve yıllık izinleri dâhil) orantılı olarak, encümen kararı ile yılda en fazla iki kez ikramiye ödenebileceği hükme bağlanmıştır.

Kuralla, belediyelerde çalışan personelin niteliklerini ve buna bağlı olarak iş başarılarını artırmalarının teşvik edilmek istendiği anlaşılmaktadır.

Buna göre, görevlerinde olağanüstü gayret ve çalışmalarıyla başarılı olan memurların tespiti, belediye memurlarını da kapsamına alan 657 sayılı Yasa'da gösterilmiş olan usule göre yapılacağından, bu tespit keyfilikten söz edilemez. Ayrıca, ikramiye verilecek olanların toplam memur sayısının yüzde onu ile sınırlandırılması da Yasa koyucunun takdir alanı içindedir.

Öte yandan, bu tespitle yapılan sıralama sonucunda yüzde on grubuna giren memurlarla, yüzde ona giremeyen memurların başarı durumları gözetildiğinde, kuralda Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırılık yoktur.

Belirtilen nedenlerle, iptali istenilen ibarede Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Anayasanın 11. maddesinin anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu yönde bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

H- 50. Maddenin Son Fıkrasında Yer Alan "...avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ..." Bölümünün İncelenmesi

Dava dilekçesinde, iptali istenen bölümle sözleşmeli personel arasında eşitsizlik yaratıldığı, 657 sayılı Yasanın 4/B maddesi uyarınca sözleşmeli personelin pozisyonlarının vize edilmesinin şart olduğu, her yıl bunu sağlayıcı düzenlemelerin bütçe yasalarına konulduğu, yasaların genel, herkes için objektif hukuksal durumlar yaratması ve aynı hukuksal durumda olanlara ayırmsız uygulanabilir olmasının hukuk devleti ve eşitlik ilkesinin gereği olduğu belirtilerek kuralın Anayasanın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin iptali istenen bölümünün de bulunduğu son fıkrasında, "Tüzel kişiliği kaldırılan belediyelerde 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (B) fıkrasına göre istihdam edilen sözleşmeli personelin pozisyonları, **avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere**, başka bir işleme gerek kalmaksızın devredildikleri belediye veya il özel idaresi adına vize edilmiş sayılır." denilmektedir.

657 sayılı Yasaya göre sözleşmeli personel çalıştırılması için kadro şartı aranmamaktadır. Ancak vize edilmeden sözleşmeli personel çalıştırılamamaktadır.

657 sayılı Yasanın 4/B maddesine göre, kamu kurum ve kuruluşları, kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan zaruri ve istisnai hallere münhasır olmak üzere, özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde sözleşmeli personel çalıştırılabilecektir. Ayrıca dava adedinin azlığı nedeni ile kadro verilmeyen yerlerde sözleşme ile avukatlar istihdam edilebilecektir.

İptali istenen bölüm, 657 sayılı Yasanın 4/B maddesinde belirtilen bu iki istihdam durumu için bir farklılık yaratmaktadır. Bir başka anlatımla avukatlar dışındaki sözleşmeli personelin pozisyonları yasayla vize edilmiş sayılırken, avukat unvanlı pozisyonlar bu kapsam dışında tutulmuştur.

657 sayılı Yasa'nın 4/B maddesinde tanımlanmış olan personel, sözleşmeli olmaları bakımından aynı hukuksal durumdadır. Bu nedenle aynı konumda bulunan sözleşmeli personelin farklı kurallara tabi tutulması Anayasanın eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırıdır; iptali gerekir.

Anayasanın 11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu madde yönünden bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

İ- 55. Maddenin Birinci Fıkrasının İlk Tümcesi ile İkinci Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde birinci fıkranın ilk tümcesinde öngörülen denetimde, belediyelerde iç ve dış denetimin yanında üçüncü unsur olan "teftiş ve soruşturma"dan söz edilmediği, ayrıca burada göndermede bulunulan 5018 sayılı Kanunda da iç denetim kapsamında teftiş ve soruşturma fonksiyonlarına yer verilmediği, teftiş hizmetinin iç denetimden farklı olduğu, farklılığın, özellikle kamu hizmetlerinin sunumundaki usulsüzlüklerin ve yolsuzlukların ortaya çıkarılması, soruşturulması, bunların önlenmesi işlevi ile belirginlik kazandığı, gerek 5393 sayılı Yasa'nın 55. maddesinde ve gerekse 5018 sayılı Kanunda teftiş ve soruşturmadan hiç söz edilmediği, ne iç denetimin ne de dış denetimin teftiş ve soruşturma yetki ve görevini kapsamadığı, denetimle ilgili böyle bir düzenlemenin nihai amacının kamu yararı olmayacağıının ortada olduğu, bu düzenlemenin

denetimi etkisizleştirmek amacına yönelik olduğu, bunun da hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği; ikinci fıkra ile de kimi hükümleri henüz yürürlüğe girmemiş olan bir kanuna atıfta bulunulduğu, yürürlüğe girmemiş bir düzenlemeye dayanılarak, il özel idarelerinde iç ve dış denetim yapacaklara yetki ve görev vermenin yasama tekniğine uygun düşmediği, bu durumun da hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmadığı, bu nedenle Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Bazı hükümlerinin iptali istenilen 55. maddede, belediyelerin iş ve işlemleri üzerinde hukuka uygunluk ile mali ve performans yönünden, iç ve dış denetim olarak adlandırılan iki tür denetim yapılması ve bu denetimlerin, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yerine getirilmesi öngörülmektedir.

Kalkınma planları ve programlarda yer alan politika ve hedefler doğrultusunda kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve malî saydamlığı sağlamak üzere, kamu malî yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm malî işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve malî kontrolünü düzenleyen 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun, 63 ila 69. maddelerinde düzenlenen iç ve dış denetim, soruşturma ve tam anlamıyla teftiş fonksiyonlarını içermemekte ise de; 64. maddede, denetim sırasında veya denetim sonuçlarına göre soruşturma açılmasını gerektirecek bir duruma rastlandığında, bunu ilgili idarenin en üst amirine bildirmek iç denetçinin görevleri arasında sayıldığından ve aynı Yasa'nın 77. maddesinde, malî yönetim ve kontrol sisteminin tümüyle zaafa uğradığı, belirgin yolsuzluk veya kamu zararına yönelik emarelerin ortaya çıktığı durumlarda; belediyeler için ilgili belediye başkanının talep etmesi veya doğrudan Başbakanın onayı üzerine İçişleri Bakanının, yetkili denetim elemanlarına, ilgili mahallî idarelerin tüm malî yönetim ve kontrol sistemlerini, malî karar ve işlemlerini mevzuata uygunluk yönünden teftiş ettireceği, bu teftişler sonucunda düzenlenecek raporların bir örneğinin İç Denetim Koordinasyon Kuruluna, bir örneğinin de gerekli işlemlerin yapılması için ilgili belediye başkanına gönderileceği öngörüldüğünden, belediyelerin iş ve işlemleri üzerinde teftiş ve soruşturma yapılamayacağı gibi bir sonucun çıkarılması mümkün değildir.

Öte yandan Yasa'nın 55. maddesinde ayrıca, belediyelerin mali işlemleri dışında kalan diğer idari işlemlerinin, hukuka uygunluk ve idarenin bütünlüğü açısından İçişleri Bakanlığı tarafından da denetleneceği, 58. maddesinde de, denetimin yapılması ve faaliyet raporunun hazırlanması hususunda bu Kanunda hüküm bulunmayan durumlarda, 5018 sayılı Kamu

Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu ile diğer kanunların ilgili hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmış, 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat Ve Görevleri Hakkında Kanun'un 15. maddesinde de, mahalli idarelerin seçilmiş veya tayin edilmiş organları ve bunların üyeleriyle diğer kamu görevlileri hakkında inceleme, araştırma ve soruşturma yapmak İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 81. maddesinde, diğer Kanunların bu Kanuna aykırı hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmiş ise de, 5018 sayılı Kanunun yürürlükten kaldırdığı hükümler, kapsamına aldığı kuruluşların malî yönetiminin yapısına ve işleyişine, bütçelerinin hazırlanmasına ve uygulanmasına, tüm malî işlemlerinin muhasebeleştirilmesine, raporlanmasına ve malî kontrolünün düzenlenmesine ilişkin konulardaki bu Kanuna aykırı hükümler olduğundan, İçişleri Bakanlığı Teftiş Kurulu Başkanlığı'nın belediyelerin mali işlemleri dışında kalan diğer idari işlemleri ile seçilmiş veya tayin edilmiş organları ve bunların üyeleriyle diğer kamu görevlileri hakkında inceleme, araştırma ve soruşturma yapma görev ve yetkileri varlığını sürdürmektedir.

Buna göre, iptali istenilen kurallarla, belediyelerin mali işlemleri dışındaki idari işlemleri ile organ ve personeli üzerindeki teftiş ve soruşturma fonksiyonlarının ortadan kaldırıldığı sonucunun çıkarılması da mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, 55. maddenin birinci fıkrasının "Belediyelerde iç ve dış denetim yapılır." tümcesi ile "İç ve dış denetim 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu hükümlerine göre yapılır." tümcesinden oluşan ikinci fıkrasında Anayasa'nın 2. maddesine aykırılık bulunmamaktadır. İptal isteminin reddi gerekir.

Anayasanın 11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu yönde bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

J- 65. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, belediye bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin ilkeler konusunda herhangi bir düzenlemenin madde metninde yer almadığı, bu nedenle asli düzenleme yetkisinin yürütmeye devredildiği, bu nedenle kuralın Anayasanın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5393 sayılı Yasanın 65. maddesinde *“Belediye bütçesi ile muhasebe işlemlerine ilişkin esas ve usuller Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir”* denilmektedir.

İptali istenen kural, belediye bütçesi ile muhasebe işlerine ilişkin esas ve usullerin Maliye Bakanlığının görüşü alınarak İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceğini öngörmektedir.

Madde gerekçesinde *“belediyelerde bütçe ve muhasebe sistemlerinin düzenlenmesine ilişkin usul ve esasların daha ayrıntılı bir şekilde açıklanmasını temin maksadıyla İçişleri Bakanlığına yönetmelik çıkarma yetkisi verilmektedir”* ifadeleri kullanılmaktadır.

Yönetmelikler, yasamanın devredilmezliği ilkesi ve yasayla düzenlemeye ilişkin genel açıklamalar, 19. maddenin son fıkrasına ilişkin incelemede yapılmış bulunmaktadır.

Bütçe sistemi başlığını taşıyan kural, 5393 sayılı Yasanın mali hükümleri düzenleyen 5. kısmında düzenlenmiştir. Bu kısmın birinci bölümünde belediyenin gelir ve giderleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. İkinci bölüm belediye bütçesinin kapsamını ve yapısını, hazırlanması ve kabulünü ayrıntılı olarak düzenlemekte, harcama yetkilisini saptamakta, kesin hesaba ilişkin kurallar içermektedir. Geçmiş yıl bütçesinin devamı ve gelecek yıllara yaygın hizmet yüklenmeleri de bu bölümdeki ayrıntılı düzenlemelerdendir. Üçüncü bölüm ise belediyelerin borçlanma ve ekonomik girişimlerine ilişkin ayrıntılı kurallardan oluşmaktadır.

Belirtilen düzenlemeler, belediye bütçesinin yalnızca genel ilke ve esasları itibariyle değil, ayrıntıları itibariyle de yasada düzenlendiğini, yönetmeliğin ise, bu kapsamda yalnızca bütçe sistemine ilişkin ayrıntılarla ilgili olduğunu göstermektedir.

Yasanın 61. maddesine göre, belediyenin stratejik planına ve performans programına uygun olarak hazırlanan bütçe, belediyenin mali yıl ve izleyen iki yıl içindeki gelir ve gider tahminlerini gösterir, gelirlerin toplanmasına ve harcamaların yapılmasına izin verir. Bütçeye ayrıntılı harcama programları ile finansman programları eklenir. Bütçe yılı Devlet mali yılı ile aynıdır. Bütçe dışı harcama yapılamaz. Belediye başkanı ve harcama yetkisi verilen diğer görevliler, bütçe ödeneklerinin verimli, tutumlu ve yerinde harcanmasından sorumludur.

Bütçenin hazırlanması ve kabulünü düzenleyen 62. maddesine göre de, Belediye Başkanı tarafından hazırlanan bütçe tasarısı eylül ayının birinci gününden önce encümene sunulur ve İçişleri Bakanlığına gönderilir. İçişleri

Bakanlığı belediye bütçe tahminlerini konsolide eder ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu uyarınca merkezi yönetim bütçe tasarısına eklenmek üzere eylül ayı sonuna kadar Maliye Bakanlığına bildirir. Encümen, bütçeyi inceleyerek görüşüyle birlikte kasım ayının birinci gününden önce belediye meclisine sunar. Meclis bütçe tasarısını yılbaşından önce, aynen veya değiştirerek kabul eder. Ancak, meclis bütçe denkliliğini bozacak biçimde gider artırıcı ve gelir azaltıcı değişiklikler yapamaz. Kabul edilen bütçe, mali yılbaşından itibaren yürürlüğe girer.

Her iki madde birlikte incelendiğinde, belediye bütçesine ilişkin genel esasların ve ilkelerin bu iki maddede düzenlendiği ve bu kapsamda yönetime ve bütçe ya da muhasebe tekniğine ilişkin konuların yönetmeliğe bırakıldığı anlaşılmaktadır. Daha ileri düzeyde bir yasal düzenleme zorunluluğunun, Anayasanın 124. maddesinin amacına uygun bir sonuç doğurmayacağı anlaşılmaktadır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 2. ve 6. maddeleriyle doğrudan ilgisi görülmediğinden, 11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu yönde bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

K- 70. Maddenin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, belediyelerin bütün hizmetlerinin şirketler kurularak yürütülebilecek hale geldiği, belediyelerin "kamu gücü" kullanarak yürüttüğü asli ve sürekli kamu hizmetlerine yönelik görevlerinin hiç bir sınırlama getirilmeden şirketler eliyle yürütülmesi veya bu hizmetlerin idari bir işlemle özel hukuk kişisine devredilmesinde, ticari amaç taşıması ve kamu yararı bulunmaması nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu, kamu hizmetlerinin kâr amaçlı sunulamayacağı; ayrıca hangi hizmetleri görmek üzere şirket kurulabileceği belirtilmeden, belediyelerin genel olarak yetkilendirilmesinin, kamu tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özelleştirilmesinin ancak yasayla öngörülebileceği nedenleriyle kuralın Anayasanın 2., 11., 47. ve 127. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddede, belediyelere, kendilerine yüklenilmiş olan görev ve hizmet alanlarında ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre sermaye şirketi kurabilme olanağı verilmektedir.

Anayasa'nın devletleştirme ve özelleştirmeye ilişkin 47. maddesinin son fıkrası, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri

tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırılabilirliğinin veya devredilebilirliğinin kanunla belirleneceğini öngörmektedir.

İptali istenilen kural, belediyelerin kendilerince yürütülen veya yürütülmesi öngörülen hizmetlerden hangilerini özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceklerini veya devredebileceklerini değil, kendi görev ve hizmet alanlarında, belediye meclislerince alınan kararlarla ve bazı idari koşulları yerine getirerek, “özel hukuk tüzel kişisi” biçiminde, etkinlikleri tamamen özel hukuk kurallarına göre gerçekleştirilen ve yönetilen sermaye şirketi kurabileceklerini öngörmektedir.

Bu nedenle kuralın Anayasa’nın 47. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

Öte yandan, Anayasa’nın 128. maddesinin birinci fıkrası hükmü, Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülmesini zorunlu kılmaktadır.

Buna göre, iptali istenilen kuralda belediyelerce kurulabileceği öngörülen sermaye şirketlerinin çalışma konularının, belediyelerin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları asli ve sürekli görevleri dışında kalan alanlarda, sermaye şirketleri aracılığıyla yürütülmeye uygun nitelikteki (piyasa şartlarının gözetileceği) görev ve hizmetler olacağına kuşku bulunmamaktadır. Bu nedenle Belediyelerin Anayasanın 127. maddesinde belirtilen mahalli müşterek ihtiyaçlardan Anayasanın 128. maddesi kapsamı dışında kalanları sermaye şirketleri aracılığıyla yürütebileceği sonucuna varılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 70. madde hükmü Anayasanın 2. ve 127. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU ve Şevket APALAK bu görüşe katılmamışlardır.

11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu yönde bir incelemeye gerek görülmemiştir.

L- 85. Maddenin (a) Bendinin (2) Numaralı Alt Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, düzenlemeyle, Emekli Sandığından emekli aylığı alan belediye başkanları ile Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık alan belediye başkanları arasında ayırım yaratıldığı, Emekli Sandığı Kanununda

değişiklik yapan düzenlemeye benzer bir düzenleme ile Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumu yasalarında değişiklik yapılmadığı için Bağ-Kur ve Sosyal Sigortalar Kurumundan aylık alan belediye başkanlarının mağdur edildiği, Emekli Sandığından makam, temsil ya da görev tazminatı alırken, diğer kurumlardan emekli olan başkanlara söz konusu tazminatın ödenmeyeceği, oysa, yasaların genel, objektif ve aynı hukuksal durumda bulunan kişilere ayırım yapılmaksızın uygulanabilir olması gerektiği halde, aksi yöndeki düzenlemenin eşitliğe aykırı olduğu, belediye başkanlarının farklı sosyal güvenlik kurumlarına tabi olmasının durumu değiştirmedeği, makam, temsil veya görev tazminatının alınmasını gerekli kılan durumun bunların belediye başkanlığı yapması olduğu, makam tazminatı uygulamasının yalnız T.C. Emekli Sandığından emekli aylığı alanlarla ilgili olmasının gerekçe olamayacağı, çünkü yasa koyucunun değişiklikle bu farklılığı giderebileceği, dolayısıyla yasayla kamu yararının güdülmediği, kamu yararı kavramının Anayasa Mahkemesince yorumlanabileceği, bu nedenle kuralın Anayasanın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5393 sayılı Yasanın 85. maddesinin (a) bendinin 2 numaralı alt bendinde, *“Sandıkça emekli aylığı bağlanan büyükşehir belediye başkanlarına 7000, il belediye başkanlarına 6000, ilçe ve ilk kademe belediye başkanlarına 3000, diğer belediye başkanlarına 1500 gösterge rakamı üzerinden, bu maddede belirtilen usul ve esaslar dahilinde makam tazminatı, buna bağlı olarak temsil veya görev tazminatı ödenir. Bu tazminatlar ilgililere ödendikçe iki ay içinde faturası karşılığında Hazine den tahsil olunur. Birinci fıkrada öngörülen iki yıllık sürenin hesabında iştirakçi olup olmadıklarına bakılmaksızın belediye başkanı olarak geçen sürelerin tamamı dikkate alınır”* denilmektedir.

Anayasanın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile 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.

İptali istenen düzenlemenin anlam ve kapsamını belirlemek için, 85. maddenin (a) bendinin (1) numaralı alt bendiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

(1) numaralı alt bent ile 5434 sayılı Yasanın 12. maddesinin (II) işaretli fıkrasının (n) bendi yeniden düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre sosyal güvenlik kuruluşlarına tâbi görevlerde bulunmadan veya bu kuruluşlara tâbi olarak çalışmakta iken illerin daimi komisyon üyeliğine veya belediye başkanlığına seçilen ve atananlar ile Sandıktan veya diğer sosyal güvenlik kuruluşlarından emekli, yaşlılık veya malûllük aylığı alırken belediye başkanlığına seçilen ve atananlar, istekleri üzerine istek dilekçelerinin Sandık kayıtlarına geçtiği tarihi takip eden aybaşından itibaren emekli kesenekleri kendilerince, karşılıkları kurumlarca ödenmek ve emekli aylıkları Sandıkla ilgilendirildikleri tarihten itibaren kesilmek suretiyle sandıktan yararlanma hakkını elde etmektedir. Bu kuraldan, bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumları gözetilmeden istekleri halinde tüm belediye başkanlarının emekli sandığından yararlanma olanağı getirildiği anlaşılmaktadır.

Maddenin (a) bendinin iptali istenen (2) numaralı alt bendi ile 5434 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı Yasasının Ek 68. maddesinin dördüncü fıkrası yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, Emekli Sandığı tarafından emekli aylığı bağlanan Büyükşehir, il, ilçe ve ilk kademe belediye başkanları ile diğer belediye başkanlarına kademeli gösterge rakamı üzerinden makam tazminatı ile, buna bağlı olarak temsil veya görev tazminatı ödenecek, ödenen tazminatların faturası hazineden tahsil olunacaktır. Ayrıca süre hesaplamasında belediye başkanı olarak geçen sürenin tamamı dikkate alınacaktır.

Her iki kural birlikte değerlendirildiğinde, ayırım yapılmaksızın tüm belediye başkanlarının söz konusu tazminatlardan yararlanma olanağı sağlandığı anlaşıldığından, eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural Anayasanın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Anayasanın 11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu yönde bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

M- Geçici Madde 5'in Üçüncü Fıkrasının İkinci Tümcesinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde Bakanlar Kurulu'na, ödenecek tutarları taksitlendirme, taksitlendirilen kısma zam ve faiz uygulatmama, borçların fer'i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapma yetkisinin, yasada esasları gösteren bir düzenleme yapılmadan verilmiş olmasının yasama yetkisinin

devri anlamına geldiği, kuralın Anayasanın 2., 6., 7., 8. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Geçici Madde 5'in üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinde *"Bakanlar Kurulu, ilgili kuruluşların borç ödeme kapasitelerini de dikkate alarak ödenecek tutarları taksitlendirmeye, taksitlendirilen kısma Kanunun yayımını izleyen günden itibaren zam ve faiz uygulamamaya, bu borçların fer'i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapmaya yetkilidir"* denilmektedir.

Maddenin birinci fıkrasında belediyeler ve bunlara bağlı kuruluşlar ile sermayesinin yüzde ellisinden fazlası belediyelere ait şirketlerin; 31.12.2004 tarihi itibarıyla kamu kurum ve kuruluşlarından olan kamu ve özel hukuka tabi alacaklarının, bunların diğer kamu kurum ve kuruluşlarına olan borçlarına karşılık olmak üzere 31.12.2005 tarihine kadar takas ve mahsup edileceği; Bakanlar Kurulu'nun bu süreyi altı aya kadar uzatmaya yetkili olduğu ve bu madde kapsamındaki alacak ve borç ifadesinin bu alacak ve borçlara ilişkin fer'ileri ve cezaları da kapsayacağı belirtilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkra kapsamında yer alan kuruluşların takas ve mahsup işlemine konu olan veya olmayan borçlarının, genel bütçe vergi gelirlerinden her ay ayrılacak paylarının %40'ını geçmemek üzere kesinti yapılarak tahsil edileceği öngörülmüştür.

Maddenin üçüncü fıkrasının birinci tümcesinde, bu maddeye göre yapılacak takas, mahsup ve kesinti işlemlerinin yılı bütçe kanunları ile ilişkilendirilmeksizin ilgili kuruluş ile uzlaşma komisyonu tarafından belirleneceği ve bunun Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın önerisi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından karara bağlanacağı ifade edildikten sonra, iptali istenen ikinci tümcesinde, *"Bakanlar Kurulu, ilgili kuruluşların borç ödeme kapasitelerini de dikkate alarak ödenecek tutarları taksitlendirmeye, taksitlendirilen kısma Kanunun yayımını izleyen günden itibaren zam ve faiz uygulamamaya, bu borçların fer'i ve cezalarını geçmemek üzere indirim yapmaya yetkilidir."* hükmüne yer verilmiştir.

Ayrıca dördüncü fıkrada ilgili kuruluşun uzlaşma ve hacizlerin kaldırılmasına dair başvurusunun uzlaşma komisyonunca kabul edilmesini müteakip 31.12.2004 tarihinden önceki borçlar için tatbik edilen hacizlerin kaldırılacağı; beşinci fıkrada ise Uzlaşma Komisyonunun, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakan tarafından görevlendirilecek bir başkan ile İçişleri Bakanlığı, Maliye Bakanlığı, Devlet Planlama Teşkilatı Müsteşarlığı, Hazine Müsteşarlığı, Sayıştay Başkanlığı, Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı ve İller Bankası Genel Müdürlüğünden birer temsilciden oluşacağı öngörülmüştür.

Buna göre iptali istenen kuralla Bakanlar Kuruluna verilen yetki, bağılı kuruluş ve şirketleriyle birlikte belediyelerin borçlarının taksitlendirilmesi, bunlara faiz işletilmemesi veya ana borç dışında bu borçların silinmesi ile sınırlı olup buna ilişkin usul ve esasların yine maddede düzenlenmiş olması nedeniyle genel, sınırsız ve ölçütleri belirsiz bir yetki devrinden söz etmek mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, kural Anayasanın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasanın 6. maddesiyle ilgisi bulunmamış, 11. maddesinin de anayasallık denetiminde işlevsel olmaması nedeniyle, bu yönde bir inceleme yapılmasına gerek görülmemiştir.

VII- İPTAL KARARI NEDENİYLE YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN İNCELENMESİ

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun;

A- 14. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının (b) bendinin "Okul öncesi eğitim kurumları açabilir;..." bölümü,

2- "Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve kamu hizmetleri de yapar veya yaptırır." biçimindeki ikinci fıkrası,

B- 50. maddesinin son fıkrasının "... avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ..." bölümü,

24.1.2007 günlü, E. 2005/95, K. 2007/5 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu fıkra ve bölümlerin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜKLERİNİN DURDURULMASINA, 24.1.2007 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

VIII- SONUÇ

3.7.2005 günlü, 5393 sayılı "Belediye Kanunu"nun:

A- 8. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ile Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 14. maddesinin;

1- Birinci fıkrasının (b) bendinin "Okul öncesi eğitim kurumları açabilir;..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Sacit ADALI ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- "Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahallî müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır." biçimindeki ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN ile A. Necmi ÖZLER'in karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 18. maddesinin (o) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 19. maddesinin son fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

F- 34. maddesinin;

1- (b) bendinde yer alan "... almak ve ..." ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Serdar ÖZGÜLDÜR ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (f) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (g) bendinin "... süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

G- 49. maddesinin son fıkrasının "... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve ..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

H- 50. maddesinin son fıkrasının "... avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

I- 55. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

J- 65. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

K- 70. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Tülay TUĞCU, Fulya KANTARCIOĞLU ile Şevket APALAK'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

L- 85. maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

M- Geçici 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

24.1.2007 gününde karar verildi.

Başkan
Tülay TUĞCU

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

Üye
Sacit ADALI

Üye
Fulya KANTARCIOĞLU

Üye
Ahmet AKYALÇIN

Üye
Mehmet ERTEN

Üye
A. Necmi ÖZLER

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Şevket APALAK

Üye
Serruh KALELİ

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

AZLIK OYU

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun bazı maddeleriyle birlikte 70. maddesinin de iptali istenmektedir. Söz konusu madde belediyelere kendilerine yüklenmiş olan görev ve hizmet alanlarında ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilme olanağı tanımaktadır.

Anayasa'nın 123., 127. ve 128. maddeleri idareyi, merkezi ve yerel yönetimler olarak tanımladıktan sonra bu yönetimlerin kendilerine verilen kamu hizmeti niteliğindeki görevlerini genel idare esaslarına göre yerine getireceklerini kurala bağlamıştır.

Yerel yönetimlerin bizzat yerine getireceği kamu görevlerini özel şirketlere devretmesi; bu hizmetleri genel idare ilkeleri dışında ticari kurallara göre çalışan özel hukuk kişilerine yaptıracağı sonucunu doğurmaktadır.

Bu durum aynı zamanda idarenin bütünlüğü kuralı gereği olan idari vesayetten kurtularak kamu hizmetlerini memur ve kamu görevlileri dışında yetki ve sorumlulukları özel hukuktan doğan kişilere gördürme olanağı sağlamaktadır.

Belirtilen nedenlerle kural, Anayasa'nın 123., 127. ve 128. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Başkan
Tülay TUĞCU

KARŞIOY

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesi ile ilgili, Sacit ADALI ve A. Necmi ÖZLER'in karşıoylarındaki 2 nolu bölüme aynen katılıyorum.

Başkanvekili
Haşim KILIÇ

KARŞIOY YAZISI

1- Yasanın 14/b maddesinde belediyenin, mahalli müşterek nitelikte olmak şartıyla "okul öncesi eğitim kurumları açabileceği" öngörülmüştür.

Anayasanın 42. maddesinde eğitim ve öğretimin Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı, bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmayacağı belirtilmiştir. Maddede ilköğretim ve orta dereceli okullarla ilgili esaslara yer verildiği halde okul öncesi eğitim konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır.

"Okul öncesi eğitim" kavramı ve esasları 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu Yasanın 19/1. maddesinde, "Okul öncesi eğitimi, mecburi ilk öğretim yaşına gelmemiş çocukların eğitimini kapsar"; 21. maddesinin birinci fıkrasında, "Okul öncesi eğitim kurumları bağımsız anaokulları olarak kurulabileceği gibi, gerekli görülen yerlerde ilk öğretim okullarına bağlı anasınıfları halinde veya ilgili diğer öğretim kurumlarına

bağlı uygulama sınıfları olarak da açılabilir”; üçüncü fıkrasında, “İş Kanunu’na tabi işyerlerinde işverenlerin okul öncesi eğitim kurumu kurmaları için gerekli şartlar ve diğer hususlar, Milli Eğitim ve Çalışma Bakanlıkları tarafından birlikte düzenlenecek bir tüzükte gösterilir”; 22/1. maddesinde, “İlköğretim 6-14 yaşlarındaki çocukların eğitim ve öğretimini kapsar” denilmektedir. Aynı Yasanın 20. maddesinde de, okul öncesi eğitimin amaç ve görevi “...milli eğitimin genel amaçlarına ve temel ilkelerine uygun olarak, 1.Çocukların beden, zihin ve duygu gelişmesini ve iyi alışkanlıklar kazanmasını sağlamak; 2. Onları ilk öğretime hazırlamak; 3. Şartları elverişsiz çevrelerden ve ailelerden gelen çocuklar için ortak bir yetişme ortamı yaratmak; 4. Çocukların Türkçeyi doğru ve güzel konuşmalarını sağlamaktır” şeklinde açıklanmıştır. Bu duruma göre, “okul öncesi eğitim kurumu”, ilköğretim çağı kapsamına girmeyen, diğer bir deyişle, 72 ayını tamamlamayan çocukların eğitimlerinin yapıldığı kurumları ifade etmektedir.

1739 sayılı Kanunun 21. maddesi uyarınca çıkarılan Tüzüğü (18.2.1997 tarih ve 97/9187 sayılı) 2. maddesinde 0-72 ay arasındaki çocukların bakım ve eğitimlerinin yapıldığı yerler “çocuk bakım yurdu-kreş”, 36-72 ay arasındaki çocukların bakım ve eğitimlerinin yapıldığı yerler ise “anaokulu” olarak tanımlanmıştır.

Belediyelerde çalışan memurları da kapsayan 657 sayılı Kanunun 191/1. maddesinde Devlet memurları için lüzum ve ihtiyaç görülen yerlerde çocuk bakımevi ve sosyal tesisler kurulabileceği öngörülmüştür.

Okul öncesi eğitimin, öğretim ile ilgisi bulunmadığından, ilköğretim kurumu açma ve işletme görev ve yetkisi bulunmayan kurumların, bu arada belediyelerin ilköğretim sınıflarına bağlı anasınıfları halinde veya ilgili diğer öğretim kurumlarına bağlı uygulama sınıfları olarak okul öncesi eğitim kurumu açmaları olanaksızdır.

İtiraz konusu kuralla, belediyelere mahalli ve müşterek ihtiyaç niteliğinde olmak şartıyla okul öncesi eğitim kurumu açma görev ve sorumluluğu verilmektedir. Belediyelerin memur ve işçi niteliindeki çalışanları için kreş veya bağımsız anaokulu şeklinde okul öncesi eğitim kurumu açmaları olanağı bulunduğundan, anılan kural, bu hizmetin belde halkına da belediye tarafından verilmesini amaçlamaktadır.

Okul öncesi eğitime bunun ötesinde bir anlam verilmemek gerektiği gibi, anılan kuralın belirsiz olduğundan da söz edilemez.

Öte yandan okul öncesi eğitim kurumlarında öğretim yapılmamaktadır. Mevzuattaki düzenlemelerden ve işin doğasından anlaşılacağı gibi bu kurumlarda 0-72 ay arasındaki çocukların eğitimi yanında bakım hizmeti de

verilmektedir. Bu hizmetin belde halkı açısından önemli bir ihtiyaç olduğu açıktır. Özel ya da resmi okul öncesi eğitim kurumlarının açılmadığı veya yeterli olmadığı yerlerde bu ihtiyacın ne kadar önem arzettiğini açıklamaya gerek yoktur. Bu nitelikleri itibariyle de mahalli ve müşterek bir ihtiyaçtır.

Ayrıca, 1739 sayılı Yasanın 17/2. maddesinde, “Resmi, özel ve gönüllü her kuruluşun eğitimle ilgili faaliyetleri, Milli Eğitim amaçlarına uygunluğu bakımından Milli Eğitim Bakanlığının denetimine tabidir”; 56. maddesinde de, “Eğitim ve öğretim hizmetinin, bu kanun hükümlerine göre Devlet adına yürütülmesinden, gözetim ve denetiminden Milli Eğitim Bakanlığı sorumludur” denildiğinden, burada Anayasanın öngördüğü Devletin gözetim ve denetiminin de gerçekleştiği anlaşılmaktadır.

2- Yasanın 14. maddesinin birinci fıkrasında belediyenin görevleri sayılarak somutlaştırıldıktan sonra ikinci fıkrasında, “Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar ve yaptırır” denilmektedir.

İtiraz konusu kural, birinci fıkrada sayılanlar dışındaki görev ve hizmetleri kapsamına alan ve mahalli müşterek nitelikteki ihtiyaçların eksiksiz olarak karşılanmasını öngören tamamlayıcı hüküm niteliğindedir. Kuralda, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen görevlerin “mahalli ve müşterek nitelikte” olmasının vurgulanması ve belediyelerin hizmet alanlarının coğrafi sınırları gözetildiğinde başka bir sonuca ulaşmak olanaksızdır. Bu nedenle kural Anayasaya aykırı değildir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, anılan kuralların iptaline ilişkin çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Üye
Sacit ADALI

Üye
A. Necmi ÖZLER

KARŞIOY GEREKÇESİ

5393 Sayılı Belediye Kanunu’nun dava konusu 70. maddesinde “Belediye kendisine verilen görev ve hizmet alanlarında, ilgili mevzuatta belirtilen usullere göre şirket kurabilir” denilmektedir.

Anayasa’nın 6. maddesine göre hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasa’dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağından belediyelerin

sermaye şirketi kurabilmelerine izin verilebilmesi için, bunun anayasal dayanağının bulunması gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 127. maddesinde, Mahalli İdarelerin; 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, 128. maddesinde de "Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği belirtilmektedir.

Belediyelerin özel hukuk hükümlerine göre sermaye şirketi kurarak ticaretle uğraşmalarının, mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması kapsamında bulunmadığı, bunların genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi gerektiğinde duraksanamaz. Bu durumda, belediyelerin Anayasa'nın 128. maddesi bağlamında üstlendikleri kamu hizmetlerinin, özel hukuk tüzel kişileri olan sermaye şirketleri tarafından yürütülmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 47. maddesi ile devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzelkişilere yaptırılabilmesine veya devredilebilmesine, bunların hangileri olduğunun kanunla belirlenmesi koşuluyla olanak tanınmakta ise de söz konusu kamu tüzelkişilerinin, kuracakları sermaye şirketleri ile bu hizmetleri doğrudan yürütmelerine izin verilmemektedir. Buna göre, belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmet alanlarında sermaye şirketi kurmalarının anayasal dayanağı bulunmadığı gibi bu konuda anayasal boşluktan söz etme olanağı da yoktur. Anayasa, bir alanı düzenlemiş, usul ve esaslarını belirlemişse bu konuda ayrıca bir yasak konulmasına gerek bulunmamaktadır.

Öte yandan, dava konusu 70. maddede, belediyelerin kendilerine verilen görev ve hizmetlerden genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevleri özel hukuk hükümlerine göre kuracakları şirketler aracılığıyla yürütmelerine engel bulunmamasına karşın, çoğunluk gerekçesinde bir ayırım getirilerek belediyelerin ancak söz konusu görev ve hizmetler dışındaki alanlarda şirket kurabileceklerinin kabulü bu konuda hiçbir sınır getirmeyen madde içeriği ile bağdaşmamaktadır. Yorum ancak var olan bir kural için yapılabileceğinden Madde'ye yorum yolu ile içeriğinde olmayan bir anlamın yüklenmesi olanaklı değildir. Bu yola başvurulmuş olması da, Kural'ın Anayasa'ya aykırı olduğunu göstermektedir.

Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 47., 127. ve 128. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılan Yasa'nın 70. maddesinin iptali gerektiği düşüncesiyle çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

KARŞI OY

1- 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan *"Belediye, kanunlarla başka bir kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikteki diğer görev ve hizmetleri de yapar veya yaptırır"* hükmü ile belediyelerin kamu hizmetlerinin görülmesi yönünden *"genel görevli ve yetkili"* kılındığı, bu durumun Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmektedir.

Anayasa'nın 127. maddesinde *"Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir"* denilmektedir. Buna göre, mahallî idarelerin görev ve yetki alanı mahallî müşterek ihtiyaçlardır.

İptali istenen kural belediyenin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 14. maddenin 2. fıkrasıdır. Fıkra ile belediyeye, maddede iki bent halinde sayılan görevler dışında ortaya çıkacak ve yasalarla başka kamu kurum ve kuruluşuna verilmeyen mahalli müşterek nitelikli her tür hizmeti karşılama görevi de verilmektedir. Böylece belediye, sınırları içinde mahalli müşterek nitelikteki hizmetler yönünden yetkili hale getirilerek, bu nitelikteki tüm gereksinimlerin karşılanması sağlanmıştır. Kural ile belediyeye tanınan bu yetki, belediyenin coğrafi sınırları ve mahalli müşterek ihtiyaç nitelikli hizmetlerle sınırlandırılarak genel yetkili konumdan çıkartılmıştır. Kural ile verilen görevlerin, maddede iki bent halinde sayılan görevlerden nitelik olarak farklı olmadıkları da kuralda yer alan *"diğer"* sözcüğü ile ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan yasa koyucunun, merkezî idare ile mahallî idareler arasındaki görev dağılımı ile mahallî idarelerin kendi aralarındaki görev dağılımını gözeterek bu düzenlemeye yer verdiği de anlaşılmaktadır.

Kural bu haliyle, Anayasa'da yerel yönetimlere yüklenen görevlerin sürüncemede kalmasını önlemekte, mahalli müşterek nitelikteki kamu hizmetlerinin görülmesinde ortaya çıkacak eksiklikleri gidermekte ve böylece hukuksal güvenliği sağlamaktadır.

Bu nedenle Anayasaya aykırı olmayan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesinin ikinci fıkrasındaki kuralın iptaline ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekir.

2- 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun encümenin görev ve yetkilerini düzenleyen 34. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan *"Vergi, resim ve harçlar dışında kalan dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarının anlaşma ile tasfiyesine karar vermek"*, (g) bendinde yer alan *"Taşınmaz mal satımına, trampasına ve tahsisine ilişkin meclis kararlarını uygulamak; süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek"* biçimindeki kurallar ile verilen görev ve yetkilerin yürütme niteliğinde olmayıp, karar niteliğinde olduğu ve encümeni karar organı haline getirdiği, ileri sürülerek söz konusu kuralların iptali istenilmektedir.

Mahallî idarelerin kuruluş esaslarının kanunla belirleneceği karar organlarının da kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulacağı Anayasa'nın 127. maddesinde öngörülmektedir. Buna göre, üyelerinden bir kısmı atama suretiyle oluşan "belediye encümeni"nin, Anayasal anlamda bir karar organı olmadığı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Nitekim, Yasa'nın 17. maddesinde "belediye meclisinin" karar organı olduğunun açıkça ifade edilmesi de bunu doğrulamaktadır.

Karar organı olan belediye meclisinin görev ve yetkilerini belirleyen 18. maddenin (e) bendinde *"Taşınmaz mal alımına, satımına, takasına, tahsisine, tahsis şeklinin değiştirilmesine veya tahsisli bir taşınmazın kamu hizmetinde ihtiyaç duyulmaması halinde tahsisin kaldırılmasına; üç yıldan fazla kiralanmasına ve süresi otuz yılı geçmemek kaydıyla bunlar üzerinde sınırlı aynı hak tesisine karar vermek"* biçiminde yer alan kural ile (h) bendinde yer alan *"Vergi, resim ve harçlar dışında kalan ve miktarı beşbin YTL'den fazla dava konusu olan belediye uyuşmazlıklarını sulh ile tasfiyeye, kabul ve feragate karar vermek"* biçimindeki kuralın iptali istenilen kurallar ile aynı özellikleri taşıdığı, bu kurallarla verilen görevlerin yerine getirilmesinin ancak karar organı tarafından alınacak asli nitelikteki bir kararla olanaklı bulunduğu, bu nedenle iptali istenilen kurallarda belirtilen görevlerin de karar organı olan "belediye meclisine" verilmesi gerektiği halde karar organı olmayan "belediye encümenine" verilmesi, Anayasa'nın 127. maddesine aykırılık oluşturur.

Bu nedenle Anayasaya aykırı olan 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 34. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi ile (g) bendinin iptaline karar verilmesi gerekir.

Açıkladığım düşüncelerle çoğunluk görüşlerine katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1- 5393 sayılı Kanun'un 2 nci fıkrası ile öngörülen belli esaslar çerçevesinde, **"katılacak"** belde veya köy sakinlerinin halkoyuna başvurulması ve buralarda oturan seçmenlerin yarısından bir fazlasının kabul oyu vermesi esası benimsenmesine karşın; **"katılınacak"** belde sakinleri yönünden halkoylaması ile katılmayı kabul öngörülmemiş, yalnızca katılınacak beldenin Belediye Meclisi'nin uygun görme kararı vermesi yeterli görülmüştür. Büyükşehirler bakımından ise, katılınacak ilçe veya ilk kademe Belediye Meclisi'nin görüşü üzerine Büyükşehir Belediye Meclisi'nin karar vermesi öngörülümüştür.

Katılma iradesi yönünden katılma isteyen belde sakinlerinin halkoyunun esas alınıp, katılınacak belde bakımından o belde sakinlerinin halkoyunun değil belediye Meclisi'nin iradesinin yeterli görülmesinde Anayasa'nın 123. ve 127. maddelerinde düzenlenen "yerinden yönetim" ilkesi ile 2. maddesinde düzenlenen "demokratiklik" ilkesine uyarlık bulunmamaktadır. Katılınacak beldenin sınırlarında değişiklik öngören ve o belde sakinlerinin mahalli müşterek ihtiyaç ve isteklerinin karşılanmasına ve yerine getirilmesine doğrudan etkili olacak böylesine önemli bir konuda katılınacak belde sakinlerinin gerçek iradelerinin dikkate alınmayarak, salt katılınacak Belediye Meclisi'nin uygun görme kararı ile yetinilmesi, yerel yönetimlerin özerkliği ilkesi ile de örtüşmemektedir.

Açıklanan nedenlerle, sözkonusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptali gerektiği kanaatinde olduğumuzdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılamıyoruz.

2- 5393 sayılı Kanun'un 34. maddesinin (b) bendinde, yıllık çalışma programına alınan işlerle ilgili kamulaştırma kararlarını almak ve uygulamak, Belediye Encümeni'nin görev ve yetkisi olarak gösterilmektedir. 5393 sayılı Kanun'la öngörülen sisteme göre, Belediye Meclisi seçimle gelen üyelerden meydana gelmekte; Belediye Encümeni ise hem seçilmişlerden hem atanmışlardan oluşmaktadır. Yine bu kanun sistematığında Belediye Encümeni bir karar organı olarak değil, yürütme organı olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Niteliği itibarıyla bir kamu hukuku işlemi olan kamulaştırma kararlarını almak, hiçbir biçimde bir yürütme işlemi olarak nitelendirilemez. Belediye Meclisi'nin hazırladığı strateji plânı, yatırım plânı ve bu çerçevede hazırlanan yıllık çalışma programına uygun olsa dahi, kamulaştırma kararının8/na bağlanan hukuki sonuçların doğal gereği, ancak karar organının bu yöndeki iradesiyle bir kamulaştırma kararı alınabilir. Plân ve

programlara uygunluk, yürütme organı olan Belediye Encümeni'ne kamulaştırma kararı alma yetkisini vermez. Anayasa'nın 127. maddesinin birinci fıkrası yerel yönetimlerin karar organlarının seçilerek oluşturulacağı ilkesini öngördüğünden; seçilmiş ve atanmışlardan oluşan karma bir yapıya sahip Belediye Encümeni'nin, icrai bir karar olan kamulaştırma kararı alma yetkisiyle donatılması belirtilen Anayasal ilkeye aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, anılan fıkradaki "... almak ve ..." ibarelerinin Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılamıyoruz.

Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye
Serruh KALELİ

AZLIK OYU

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun;

8. maddesinin ikinci fıkrası:

Anayasa'nın 127. maddesinin ikinci fıkrasında yerel yönetimlerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla düzenleneceği vurgulanmaktadır.

Yerinden yönetim ilkesinin içinde barındırdığı özerklik ilkesi gereği, beldelerin birleşme ve katılmalarında katılan belde de olduğu gibi katılacak yerde yaşayanların da oylarına başvurulması gerekir. Beldelerde ve köylerde yaşayanların arasında ayrım yapılmasının haklı bir nedeni olamaz. Çünkü her iki yerleşim yerleri de birleşme ve uzaklık ölçüsünün nedenlerini oluşturur. Katılacak beldenin hukuksal konumunda değişiklik olmasa da, sınırlarının ve böylece görev götüreceği alanın genişlemesi, sorunlarda artma olasılığının bulunması, yaşamlarını o beldede ve o ortamda sürdürenlerin iradelerinin aranmasını özerklik ilkesinin bir gereği olarak zorunlu kılmaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 67. maddesinde halk oylamasının da yargı yönetim ve denetim altında yapılacağını kurala bağlamıştır. Fıkra da ise halkoylamasının kimin tarafından yapılacağı belirtilmemiş, idare tarafından da yapılabileceği izlenimi verilmiştir. Yasa'nın 4. maddesinde olduğu gibi yerel seçim kuruluna görev vermeyen fıkra, Anayasa'nın 67. ve belirsizlik

nedeniyle 2. maddesiyle çelişmektedir. Maddenin son fıkrasındaki yollamanın bu yönden uygulanıp uygulanamayacağı da yoruma açıktır.

Bu nedenlerle fıkranın Anayasa'nın 2., 67. ve 127. maddelerine aykırılık nedeniyle iptali gerekir.

70. maddesi:

Anayasa'nın;

123. maddesinde, idarenin bir bütün olduğu, kuruluş ve görevlerinin merkezden ve yerinden yönetim esaslarına dayandığı;

127. maddesinde, Kamu tüzelkişisi olan yerel yönetimlerin yerinden yönetim ilkesine uygun olarak yasayla düzenleneceği, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisine sahip olduğu;

128. maddesinde Devletin ve diğer kamu tüzelkişilerinin Kamu hizmetlerini, genel idare esaslarına göre asli ve sürekli görevlerini memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle göreceklerini kurala bağlamıştır.

Bu kurallar ve Anayasa'nın genel dizgesi içinde Devlet yapımızın önde gelen özelliği Devlet ve kamu kurumlarınca yürütülen veya yürütülmesi zorunlu olan kamu hizmetlerinin memurlar ve kamu görevlilerince yerine getirilmesidir. Ayrıca, Devlet ve kamu tüzelkişiliği olgusunun Anayasal ilkeleri, bu oluşlar içinde kamusal nitelik içermeyen tüzelkişiliklere olanak vermemektedir.

Kamu tüzelkişisinin şirket kurmasıyla, yerel gereksinimler kamu tüzelkişileri dışında gördürülerek yerinden yönetim ilkesi ve idarenin yapılanma biçimiyle çelişmekte, etkin vesayet denetimi ve dolayısıyla yargısal denetim nitelik değiştirmekte, asli ve sürekli görevlerin memur ve kamu görevlileri dışındaki kişilere yaptırılması olgusu söz konusu olmaktadır.

Bu nedenlerle Anayasa'nın içerikleri yukarıda aktarılan maddelerine aykırı kuralın iptali gerekmektedir.

Açıklanan görüşlerle kararın bu kısımlarına karşıyım.

Üye
Şevket APALAK

KARŞIOY YAZISI

Belediye Kanunu'nun 8. maddesinin ikinci fıkrası, bir belde veya köyün veya bunların bazı kısımlarının meskun sahasının, komşu bir beldenin meskun sahası ile birleşmesi veya çok yaklaşması halinde, komşu beldeye katılmak isteyen belde sakinlerinin oylarına başvurulacağını, katılacak olan beldenin bu konudaki tercihinin ise Belediye Meclisi'nce belirleneceğini öngörmektedir.

Anayasa'nın 67. maddesinde seçimlerin genel ilkeleri düzenlenmiştir. Seçimler ve halkoylaması, serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Bu maddede sayılanlar, milletvekili genel seçimlerinde, mahalli idare seçimlerinde, anayasa değişikliklerinin halkoyuna sunulmasında, ara seçimlerde ve Belediye Kanunu ile yapıldığı gibi, yerel amaçlı her türlü oylamada gözetilmesi gereken temel hukuk kurallarıdır. Bu kapsamda tek derecelilik ilkesi, seçmen iradesinin başka bir kişi, makam veya temsilcinin aracılığıyla değil, doğrudan ortaya konacağını; genel oy ilkesi, oylanacak konuda tercihinin açıklamaya hak kazanmış, seçme yeterliğine sahip herkesin oy kullanacağını ifade etmektedir. İki beldenin birleşmesi, her iki taraftaki seçmenleri, Anayasa'nın 127. maddesinde belirtilen mahalli müşterek ihtiyaçlar yönünden aynı derecede ilgilendirdiği halde, birinde doğrudan oylama yapılırken diğerinde kararın temsili irade yöntemiyle alınması, eşit ve genel oy ilkelerine uymadığından, Anayasa'nın 67. maddesine aykırıdır.

Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı, yerel yönetimlerin sınırlarında değişiklik yapılırken ilgili yerel topluluklara önceden danışılması için halkoylaması düzenlenmesi yönünde Taraf Devletlere bir zorunluluk getirmemiş, ancak, mevzuatın elverdiği durumlarda ve mümkünse bir referandum yoluyla ilgili topluluklara önceden danışılmasını öngörmüştür. Kural "ilgili topluluklara" danışılmasından söz ettiğine göre, bunun ilgili topluluklardan sadece birine halkoylaması yoluyla danışma biçiminde anlaşılması, tarafı bulunduğumuz Şart'ın amacına da uymamaktadır. Halkoylaması yöntemi kabul edilecekse, bu yöntemin hem katılmak isteyen hem de katılacak olan beldeye uygulanması gerekmektedir. Bu nedenle iptali istenen kuraldaki düzenleme, yasama gerekçesinde belirtilen amaçla da çelişmekte ve Anayasa'nın 2. maddesindeki demokratik hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıdaki nedenlerle kuralın iptal edilmesi gerektiği görüşündeyim.

Üye

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

ALFABETİK İNDEKS

B

- 1.** 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı **Bankacılık Kanunu**’nun 105. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/25, E: 2006/20)..... 149
- 2.** 19.10.2005 günlü, 5411 sayılı **Bankacılık Kanunu**’nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa’nın 2., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/36, E: 2006/33)..... 177
- 3.** 3.7.2005 günlü, 5393 sayılı **Belediye Kanunu**’nun; 8. maddesinin ikinci fıkrasının, 11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk tümcesinin, 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “Okul öncesi eğitim kurumları açabilir...” bölümü ile ikinci fıkrasının, 18. maddesinin (o) bendinin, 19. maddesinin son fıkrasının, 34. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “...almak ve ...” ibaresinin, (f) bendinin ve (g) bendinin “...süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek” bölümünün, 49. maddesinin son fıkrasında yer alan “...başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve ...” bölümünün, 50. maddesinin son fıkrasında yer alan “...avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ...” bölümünün, 55. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının, 65. maddesinin, 70. maddesinin, 85. maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin, Geçici 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasa’nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 24., 42., 47., 90., 123., 126., 127. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ile bu madde, fıkra, bend, bölüm, ibare ve tümcelerinin uygulanması sonucu doğabilecek sakıncaların önlenebilmesi için yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi (K: 2007/2 , E: 2005/95) (YD) 501
- 4.** 03.07.2005 günlü, 5393 sayılı **Belediye Kanunu**’nun; 1- 8. maddesinin ikinci fıkrasının, 2- 11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk tümcesinin, 3- 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “Okul öncesi eğitim kurumları açabilir...” bölümünün ile ikinci fıkrasının, 4- 18. maddesinin (o) bendinin, 5- 19. maddesinin son

Alfabetik İndeks

fıkrasının, 6- 34. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "...almak ve ..." ibaresinin, (f) bendinin ve (g) bendinin "...süresi üç yıl geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek." bölümünün, 7- 49. maddesinin son fıkrasında yer alan "...başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve ..." bölümünün, 8- 50. maddesinin son fıkrasında yer alan "...avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ..." bölümünün, 9- 55. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının, 10- 65. maddesinin, 11- 70. maddesinin, 12- 85. maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin, 13- Geçici 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasanın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 24., 42., 47., 90., 123., 126., 127. ve 174. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemi (K: 2007/5, E: 2005/95)503

5. 27.12.2005 günlü, 5437 sayılı 2006 Yılı Merkezi Yönetim **Bütçe Kanunu**'na bağlı K Cetveli'nin "III. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ" başlıklı bölümünün "B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti" kısmının (2) numaralı bendinin; 1- İkinci paragrafının "... (10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeler hariç)..." bölümünün, 2- Son paragrafının "... 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç ..." bölümünün, Anayasa'nın 2., 10. ve 11. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi (K: 2006/108, E: 2006/28)309

Ç

6. 28.4.2005 günlü, 5340 Sayılı **Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1 - 3. maddesiyle, 21.5.1986 günlü, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek Madde 10'un "...bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda..." bölümünün, 2 - 18. maddesiyle 17.6.1992 günlü, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun'un değiştirilen Ek 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin, 3 - 22. maddesiyle 28.4.2004 günlü, 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın 2., 8., 10., 11., 13., 59., 123., 138. ve 140. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi (K: 2006/4, E: 2005/55)127

Alfabetik İndeks

E

7. 26.4.2005 günlü, 5336 sayılı **Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**’un 2. maddesiyle 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu’na eklenen Ek 24. maddenin ikinci ve son fıkralarının, Anayasa’nın 6., 7., 38. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi (K: 2006/27, E: 2005/42)..... 161

G

8. 6.7.2000 günlü, 604 sayılı **Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname**’nin; 1) 2. maddesiyle 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu’nun 3. maddesine eklenen (e) bendinin “...Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile...” bölümünün, 2) 17. maddesiyle 2955 sayılı Yasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen “Ancak albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek süre toplam 8 yılı geçemez” biçimindeki tümcenin, 3) 24. maddesiyle 2955 sayılı Yasa’ya eklenen; a- Ek Madde 2’nin birinci fıkrasının “... Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri...” bölümünün, b- Ek Madde 4’ün beşinci fıkrasının “Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi toplam 8 yılı geçemez. Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar.” bölümünün, Anayasa’nın Başlangıç’ının dördüncü paragrafı ile 2., 7., 87. ve 91. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/100, E: 2006/138) 263

İ

9. 22.2.2005 günlü, 5302 sayılı **İl Özel İdaresi Kanunu**’nun; 1) 3. maddesinin, 2) 6. maddesinin a- Birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan “Sağlık”, “tarım”, “sanayi ve ticaret”, “bayındırlık ve iskân”, “toprağın korunması”, “erozyonun önlenmesi”, “sosyal hizmet ve yardımlar”, “ile diğer” ibarelerinin, b- Birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan “çevre”, “kültür”, “turizm” ve “gençlik ve spor” ibarelerinin, 3) 7. maddesinin, 4)

Alfabetik İndeks

10. maddesinin, 5) 11. maddesinin, 6) 13. maddesinin, 7) 15. maddesinin, 8) 18. maddesinin, 9) 25. maddesinin, 10) 34. maddesinin, 11) 35. maddesinin, 12) 36. maddesinin, a) Birinci fıkrasının ilk tümcesinin, b) Altıncı fıkrasının son tümcesinde yer alan "... kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya ..." ibaresinin, c) Son fıkrasının ilk tümcesinde yer alan "... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının %10'unu ve... " ibaresinin, 13) 38. maddesinin, a) Birinci fıkrasının ilk tümcesinin, b) İkinci fıkrasının, 14) 45. maddesinin, 15) 47. maddesinin, 16) 48. maddesinin, 17) 51. maddesinin, 18) 52. maddesinin, 19) 54. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın başlangıcı ile 2., 5., 6., 7., 8., 10., 11., 47., 123., 126., 127. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi (K: 2007/3, E: 2005/32) 377

10. 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı **İş Kanunu**'nun; A- a) 7. maddesinin, b) 14. maddesinin, c) 18. maddesinin birinci fıkrasının, d) 20. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile dördüncü fıkrasının, e) 21. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile altıncı fıkrasının, f) 41. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile üçüncü fıkrasının, g) 63. maddesinin ikinci fıkrasının, h) 111. maddesinin, Anayasa'nın Başlangıç Bölümü ile 2., 5., 6., 7., 10., 11., 13., 18., 36., 37., 48., 49., 50., 51., 53., 54., 55., 56., 60. ve 124. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve B- a) 18. maddesinin birinci fıkrasının, b) 21. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile altıncı fıkrasının, Yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi (K: 2005/72, E: 2003/66) 91

S

11. 21.6.2005 günlü, 5371 sayılı **Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen : 1 - Ek Madde 3'ün a - Birinci fıkrasında yer alan "... her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile ..." ibaresinin, b - Son fıkrasının birinci tümcesinin "... veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizi almadan ..." bölümünün, 2 - Ek Madde 5'in birinci fıkrasının "Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak

Alfabetik İndeks

yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler” biçimindeki ikinci tümcesinin, 3 - Ek Madde 6’nın birinci fıkrasının üçüncü tümcesinin “... veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama ...” bölümünün, Anayasa’nın 10. ve 13. maddelerine aykırı olduğu savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi (K: 2006/38, E: 2006/21) 189

12. 4.1.1961 günlü, 209 sayılı Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun’un 5. maddesinin, 4618 sayılı Yasa’nın 1. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan “... (tabipler hariç ...)” ibaresinin, Anayasa’nın 10. ve 128. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/107, E: 2003/108) 299

13. 15.12.1999 günlü, 4487 sayılı Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve Türkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun’un 1., 2., 3., 4., 5., 10., 15., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 26. ve 30. maddeleri ile Geçici 3. maddesinin Anayasa’nın Başlangıç’ı ile 2., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 17., 19., 33., 35., 37., 38., 48., 49., 87., 115., 124., 125., 135., 138. ve 153. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve 1., 2., 10., 15., 20., 22. ve 26. maddelerinin yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi (K: 2003/104, E: 2000/8) 1

14. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun geçici 81. maddesinin birinci fıkrasının 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun’un 3. maddesiyle yeniden düzenlenen (B) bendinin Anayasa’nın 2., 5., 10. ve 60. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2004/88, E: 2003/18) 81

15. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV. bendinde yer alan “Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, ...” ibaresinin, Anayasa’nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/97, E: 2002/157) 241

16. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa’nın 5. maddesiyle değiştirilen 140. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan “Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler.” biçimindeki üçüncü tümcesinin Anayasa’nın 2., 5., 125., 138., 153. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi (K: 2006/99, E: 2006/75) 253

Alfabetik İndeks

17. 17.7.1964 günlü, 506 sayılı **Sosyal Sigortalar Kanunu**'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün, Anayasa'nın 10., 60. ve 65. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/106, E: 2003/10)285

18. 179 günlü, 506 sayılı **Sosyal Sigortalar Kanunu**'nun 134. maddesi ile 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 70. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın Başlangıcı ile 2., 125. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri istemi (K: 2006/114, E: 2003/75)329

T

19. 17.10.1983 günlü, 2926 sayılı **Tarımda Kendi Adına ve Hesabına 20 Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu**'nun 47. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/113, E: 2002/153)319

20. 3.7.2005 günlü, 5403 sayılı **Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu**'nun; 1 - Tümünün şekil yönünden, 2 - Geçici 1. maddesinin ise esas yönünden, Anayasa'nın 2., 10., 11., 44., 45. ve 88. maddelerine aykırılığı savıyla iptali ve Geçici 1. maddesinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi (K: 2006/120, E: 2005/89)361

21. 1.3.1926 günlü, 765 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 276. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/90, E: 2003/64)221

22. 1.3.1926 günlü, 765 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 432. maddesinde yer alan "...429. maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar,..." ibaresinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/94, E: 2004/63)231

23. 1.3.1926 günlü, 765 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 2787 sayılı Yasa ile değiştirilen 463. maddesinin, Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı savıyla iptali istemidir (K: 2006/115, E: 2003/97)335

24. A- 15.11.2000 günlü, 4603 sayılı **Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanun**'un geçici 3. maddesinin, 30.1.2002 günlü, 4743 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrasının "4389 sayılı Bankalar Kanununun... 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrası hükümleri banka aleyhine yapılacak takipler yönünden ..." bölümünün; B -

Alfabetik İndeks

18.6.1999 günlü, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının; Anayasa'nın 35. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/105, E: 2002/117)277

25. 22..11.2001 günlü, 4721 sayılı **Türk Medeni Kanunu**'nun 286. maddesinin, Anayasa'nın 2., 5., 10. ve 36. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/116, E: 2006/161)343

U

26. 15.5.1930 günlü, 1608 sayılı **Umuru Belediye Mütcellik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun**'un, 1- 2575 sayılı Yasa ile değiştirilen 5. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesinin, 2- 2575 sayılı Yasa ile değiştirilen 6. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü tümcesinin, 3- 10. maddesinin ikinci fıkrasının, Anayasa'nın 2., 8., 9., 19., 125., 140., 141., 142. ve 155. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemi (K: 2006/119, E: 2001/226)347

YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

<i>Yasa No</i>	<i>İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı</i>	<i>Karar</i>	<i>Esas</i>	<i>Tür</i>	<i>Sf</i>
209	Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığına Bağlı Sağlık Kurumları ile Esenlendirme (Rehabilitasyon) Tesislerine Verilecek Döner Sermaye Hakkında Kanun'un 5. maddesinin, 4618 sayılı Yasa'nın 1. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının (b) bendinde yer alan "... (tabipler hariç ...)" ibaresinin, iptali istemi	2006/107	2003/108	İTZ	299
506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun geçici 81. maddesinin birinci fıkrasının 23.5.2002 günlü, 4759 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yeniden düzenlenen (B) bendinin iptali istemi	2004/88	2003/18	İTZ	81
506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun Ek 5. maddesinin birinci fıkrasının 3395 sayılı Yasa ile eklenen IV. bendinde yer alan "Azotlu gübre ve şeker sanayiinde, ..." ibaresinin, iptali istemi	2006/97	2002/157	İTZ	241
506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 8.2.2006 günlü, 5454 sayılı Yasa'nın 5. maddesiyle değiştirilen 140. maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan "Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde yetkili sulh ceza mahkemesine başvurabilirler." biçimindeki üçüncü tümcesinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2006/99	2006/75	İTZ	253
506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 26. maddesinin 3395 sayılı Yasa ile değiştirilen birinci fıkrasının "...sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarlarla sınırlı olmak üzere..." bölümünün, iptali istemi	2006/106	2003/10	İTZ	285

506	Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 134. maddesi ile 2.9.1971 günlü, 1479 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar ve Diğer Bağımsız Çalışanlar Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 70. maddesinin birinci fıkrasının iptalleri istemi	2006/114	2003/75	İTZ	329
604	Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin; 1) 2. maddesiyle 17.11.1983 günlü, 2955 sayılı Gülhane Askeri Tıp Akademisi Kanunu'nun 3. maddesine eklenen (e) bendinin "...Gülhane Askeri Tıp Akademisinde görevli ana bilim ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev süresini tamamlayan öğretim üyeleri ile..." bölümünün, 2) 17. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına üçüncü cümleden sonra gelmek üzere eklenen "Ancak albay rütbesinde, ana bilim dalı başkanı, bilim dalı başkanı, servis şefi veya kısım şefi olarak geçecek süre toplam 8 yılı geçemez" biçimindeki tümcenin, 3) 24. maddesiyle 2955 sayılı Yasa'ya eklenen; a- Ek Madde 2'nin birinci fıkrasının "... Gülhane Askeri Tıp Akademisindeki ana bilim dalı ve bilim dalı başkanlığı ile servis ve kısım şefliği görev sürelerini tamamlayan öğretim üyeleri..." bölümünün, b- Ek Madde 4'ün beşinci fıkrasının "Bilim dalı başkanlığı görev süresi 4 yıldır. General ve amiraller hariç bu süre Yüksek Askeri Şûra kararıyla her yıl yeniden değerlendirilmek kaydıyla uzatılabilir. Bilim dalı başkanlığı görev süresi toplam 8 yılı geçemez. Görev süresi bitenler Yüksek Bilim Konseyindeki kadrolara atanırlar." bölümünün, iptali istemi	2006/100	2006/138	İTZ	263
765	Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 276. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istemi	2006/90	2003/64	İTZ	221
765	Türk Ceza Kanunu'nun 3038 sayılı Yasa ile değiştirilen 432. maddesinde yer alan "...429. maddede yazılı halde bir aydan bir seneye kadar,..." ibaresinin iptali istemi	2006/94	2004/63	İTZ	231
765	Türk Ceza Kanunu'nun 2787 sayılı Yasa ile değiştirilen 463. maddesinin iptali istemi	2006/115	2003/97	İTZ	335

1608	Umuru Belediye M��teallik Ahk��m�� Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun'un, 1- 2575 sayılı Yasa ile değiştirilen 5. maddesinin birinci fıkrasının ilk t��mcesinin, 2- 2575 sayılı Yasa ile değiştirilen 6. maddesinin ikinci fıkrasının d��rd��nc�� t��mcesinin, 3- 10. maddesinin ikinci fıkrasının, iptali istemi	2006/119	2001/226	��TZ	347
2926	Tarımda Kendi Adına ve Hesabına ��alışanlar Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 47. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istemi	2006/113	2002/153	��TZ	319
4487	Sermaye Piyasası Kanununda Değişiklik Yapılması ile Ticaret ve Sanayi Odaları, Ticaret Odaları, Sanayi Odaları, Deniz Ticaret Odaları, Ticaret Borsaları ve T��rkiye Ticaret, Sanayi, Deniz Ticaret Odaları ve Ticaret Borsaları Birliği Kanununun Bir maddesinin Değiştirilmesine Dair Kanun'un 1., 2., 3., 4., 5., 10., 15., 19., 20., 21., 22., 23., 24., 25., 26. ve 30. maddeleri ile Ge�ici 3. maddesinin iptalleri ve 1., 2., 10., 15., 20., 22. ve 26. maddelerinin y��r��rl��klerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2003/104	2000/8	��PT	1
4603	T��rkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, T��rkiye Halk Bankası Anonim şirketi ve T��rkiye Emlak Bankası Anonim şirketi Hakkında Kanun'un ge�ici 3. maddesinin, 30.1.2002 g��nl��, 4743 sayılı Yasa ile eklenen son fıkrasının "4389 sayılı Bankalar Kanununun... 16 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrası h��k��mleri banka aleyhine yapılacak takipler y��n��nden ..." b��l��m��n��; B - 18.6.1999 g��nl��, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 16. maddesinin (2) numaralı fıkrasının iptali istemi	2006/105	2002/117	��TZ	277
4721	T��rk Medeni Kanunu'nun 286. maddesinin iptali istemi	2006/116	2006/161	��TZ	343
4857	��ş Kanunu'nun; A- a) 7. maddesinin, b) 14. maddesinin, c) 18. maddesinin birinci fıkrasının, d) 20. maddesinin birinci fıkrasının son t��mcesi ile d��rd��nc�� fıkrasının, e) 21.maddesinin birinci fıkrasının son t��mcesi ile altıncı fıkrasının, f) 41. maddesinin birinci fıkrasının son t��mcesi ile ����nc�� fıkrasının, g) 63. maddesinin ikinci fıkrasının, h) 111. maddesinin iptali ve B- a) 18. maddesinin birinci fıkrasının,	2005/72	2003/66	��PT	91

	b) 21. maddesinin birinci fıkrasının son tümcesi ile altıncı fıkrasının, Yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi				
5302	İl Özel İdaresi Kanunu'nun; 1) 3. maddesinin, 2) 6. maddesinin a- Birinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "Sağlık", "tarım", "sanayi ve ticaret", "bayındırlık ve iskân", "toprağın korunması", "erozyonun önlenmesi", "sosyal hizmet ve yardımlar", "ile diğer" ibarelerinin, b- Birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "çevre", " kültür", "turizm" ve "gençlik ve spor" ibarelerinin, 3) 7. maddesinin, 4) 10. maddesinin, 5) 11. maddesinin, 6) 13. maddesinin, 7) 15. maddesinin, 8) 18. maddesinin, 9) 25. maddesinin, 10) 34. maddesinin, 11) 35. maddesinin, 12) 36. maddesinin, a) Birinci fıkrasının ilk tümcesinin, b) Altıncı fıkrasının son tümcesinde yer alan "... kadroları kaldırılmış veya kadrolarına zorunlu sebeplerle atama yapılmış ise durumlarına uygun bir kadroya ..." ibaresinin, c) Son fıkrasının ilk tümcesinde yer alan "... başarı durumlarına göre toplam memur sayısının %10'unu ve... " ibaresinin, 13) 38. maddesinin, a) Birinci fıkrasının ilk tümcesinin, b) İkinci fıkrasının, 14) 45. maddesinin, 15) 47. maddesinin, 16) 48. maddesinin, 17) 51. maddesinin, 18) 52. maddesinin, 19) 54. maddesinin ikinci fıkrasının iptali ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi	2007/3	2005/32	İPT	377
5336	Emniyet Teşkilatı Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 2. maddesiyle 4.6.1937 günlü, 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu'na eklenen Ek 24. maddenin ikinci ve son fıkralarının iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2006/27	2005/42	İPT	161
5340	Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1 - 3. maddesiyle, 21.5.1986 günlü, 3289 sayılı Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'a eklenen Ek Madde 10'un "...bu Kanunda öngörülen veya özerk federasyonlar bünyesinde bulunan kurullarda..." bölümünün, 2 - 18. maddesiyle 17.6.1992 günlü, 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve	2006/4	2005/55	İPT	127

	Görevleri Hakkında Kanun'un değiştirilen Ek 1. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin, 3 - 22. maddesiyle 28.4.2004 günlü, 5149 sayılı Spor Müsabakalarında Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 18. maddesinin değiştirilen üçüncü fıkrasının iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulması istemi				
5371	Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, Sağlık Personelinin Tazminat ve Çalışma Esaslarına Dair Kanun, Devlet Memurları Kanunu ve Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle 7.5.1987 günlü, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen :1 - Ek Madde 3'ün a - Birinci fıkrasında yer alan "... her eğitimleri için ayrı ayrı olmak kaydı ile ..." ibaresinin, b - Son fıkrasının birinci tümcesinin "... veya yurt dışında kendi nam ve hesabına okuyarak Devletten öğrenci dövizini almadan ..." bölümünün, 2 - Ek Madde 5'in birinci fıkrasının "Eksik kalan Devlet hizmeti yükümlülüklerini, uzman tabip veya yan dal uzmanı olarak yapacakları Devlet hizmeti yükümlülüğüne ilave etmek suretiyle yerine getirirler" biçimindeki ikinci tümcesinin, 3 - Ek Madde 6'nın birinci fıkrasının üçüncü tümcesinin "... veya tabip iken eksik kalan yükümlülüğünü uzman tabip olarak tamamlama ..." bölümünün iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemi	2006/38	2006/21	İTZ	189
5393	Belediye Kanunu'nun; 8. maddesinin ikinci fıkrasının, 11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk tümcesinin, 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Okul öncesi eğitim kurumları açabilir..." bölümü ile ikinci fıkrasının, 18. maddesinin (o) bendinin, 19. maddesinin son fıkrasının, 34. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "...almak ve ..." ibaresinin, (f) bendinin ve (g) bendinin "...süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek" bölümünün, 49. maddesinin son fıkrasında yer alan "...başarı durumlarına göre	2007/2	2005/95	İPT YD	501

	toplam memur sayısının yüzde onunu ve ..." bölümünün, 50. maddesinin son fıkrasında yer alan "...avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ..." bölümünün, 55. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının, 65. maddesinin, 70. maddesinin, 85. maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin, Geçici 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin, Anayasa'nın 2., 6., 7., 8., 10., 11., 24., 42., 47., 90., 123., 126., 127. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri ile bu madde, fıkra, bend, bölüm, ibare ve tümcelerinin uygulanması sonucu doğabilecek sakıncaların önlenebilmesi için yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
5393	Belediye Kanunu'nun; 1- 8. maddesinin ikinci fıkrasının, 2- 11. maddesinin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının ilk tümcesinin, 3- 14. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "Okul öncesi eğitim kurumları açabilir..." bölümünün ile ikinci fıkrasının, 4- 18. maddesinin (o) bendinin, 5- 19. maddesinin son fıkrasının, 6- 34. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "...almak ve ..." ibaresinin, (f) bendinin ve (g) bendinin "...süresi üç yılı geçmemek üzere kiralanmasına karar vermek." bölümünün, 7- 49. maddesinin son fıkrasında yer alan "...başarı durumlarına göre toplam memur sayısının yüzde onunu ve ..." bölümünün, 8- 50. maddesinin son fıkrasında yer alan "...avukat unvanlı pozisyonlar hariç olmak üzere, ..." bölümünün, 9- 55. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi ile ikinci fıkrasının, 10- 65. maddesinin, 11- 70. maddesinin, 12- 85. maddesinin (a) bendinin (2) numaralı alt bendinin, 13- Geçici 5. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci tümcesinin iptali ve yürürlüklerinin durdurulması istemi	2007/5	2005/95	İPT	503

5403	Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nun; 1 - Tümünün şekil yönünden, 2 - Geçici 1. maddesinin ise esas yönünden iptali ve Geçici 1. maddesinin yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi	2006/120	2005/89	İPT	361
5411	Bankacılık Kanunu’nun 105. maddesinin üçüncü fıkrasının, iptali istemi	2006/25	2006/20	İTZ	149
5411	Bankacılık Kanunu’nun 128. maddesinin ikinci fıkrasının, iptali istemi	2006/36	2006/33	İTZ	177
5437	2006 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu’na bağlı K Cetveli’nin “III. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ” başlıklı bölümünün “B. Aylık Maktu Fazla Çalışma Ücreti” kısmının (2) numaralı bendinin; 1- İkinci paragrafının “... (10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca bu illerin sınırları içine alınan ilçeler ile ilk kademe belediyeler hariç)...” bölümünün, 2- Son paragrafının “... 10.7.2004 tarihli ve 5216 sayılı Kanun uyarınca büyükşehir sınırları içine alınan ilçeler hariç ...” bölümünün, iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi	2006/108	2006/28	İPT	309

Anayasa Mahkemesi
Kararlar Dizini
I- Karar Numarasına Göre *

Karar	Esas	Dava Türü	Sayfa
2003/104	2000/8	İİD.....	1
2004/88	2003/18	İİD.....	81
2005/72	2003/66	İİD.....	91
2006/4	2005/55	İİD.....	127
2006/25	2006/20	İİD.....	149
2006/27	2005/42	İİD.....	161
2006/36	2006/33	İİD.....	177
2006/38	2006/21	İİD.....	189
2006/90	2003/64	İİD.....	221
2006/94	2004/63	İİD.....	231
2006/97	2002/157	İİD.....	241
2006/99	2006/75	İİD.....	253
2006/100	2006/138	İİD.....	263
2006/105	2002/117	İİD.....	277
2006/106	2003/10	İİD.....	285
2006/107	2003/108	İİD.....	299
2006/108	2006/28	İİD.....	309
2006/113	2002/153	İİD.....	319
2006/114	2003/75	İİD.....	329
2006/115	2003/97	İİD.....	335
2006/116	2006/161	İİD.....	343
2006/119	2001/226	İİD.....	347
2006/120	2005/89	İİD.....	361
2007/2	2005/95	YD.....	501
2007/3	2005/32	İİD.....	377
2007/5	2005/95	İİD.....	503

* İİD: İptal ve İtiraz Davası, YD: Yürürlüğü Durdurma Kararı

II- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	
2000/8	2003/104	İİD	1
2001/226	2006/119	İİD	347
2002/117	2006/105	İİD	277
2002/153	2006/113	İİD	319
2002/157	2006/97	İİD	241
2003/10	2006/106	İİD	285
2003/18	2004/88	İİD	81
2003/64	2006/90	İİD	221
2003/66	2005/72	İİD	91
2003/75	2006/114	İİD	329
2003/97	2006/115	İİD	335
2003/108	2006/107	İİD	299
2004/63	2006/94	İİD	231
2005/32	2007/3	İİD	377
2005/42	2006/27	İİD	161
2005/55	2006/4	İİD	127
2005/89	2006/120	İİD	361
2005/95	2007/2	YD	501
2005/95	2007/5	İİD	503
2006/20	2006/25	İİD	149
2006/21	2006/38	İİD	189
2006/28	2006/108	İİD	309
2006/33	2006/36	İİD	177
2006/75	2006/99	İİD	253
2006/138	2006/100	İİD	263
2006/161	2006/116	İİD	343

III- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü
10.01.2007	26399	2006/20	2006/25	İİD 149
10.01.2007	26399	2006/33	2006/36	İİD 177
27.01.2007	26416	2005/95	2007/2	YD 501
20.02.2007	26440	2003/18	2004/88	İİD 81
21.03.2007	26469	2003/10	2006/106	İİD 285
22.03.2007	26470	2003/97	2006/115	İİD 335
23.03.2007	26471	2005/42	2006/27	İİD 161
27.03.2007	26475	2002/157	2006/97	İİD 241
28.03.2007	26476	2003/108	2006/107	İİD 299
29.03.2007	26477	2003/64	2006/90	İİD 221
30.03.2007	26478	2002/117	2006/105	İİD 277
31.03.2007	26479	2003/75	2006/114	İİD 329
06.04.2007	26485	2006/75	2006/99	İİD 253
09.05.2007	26517	2006/138	2006/100	İİD 263
17.05.2007	26525	2006/28	2006/108	İİD 309
24.05.2007	26531	2004/63	2006/94	İİD 231
20.11.2007	26706	2005/55	2006/4	İİD 127
22.11.2007	26708	2006/161	2006/116	İİD 343
22.11.2007	26708	2005/89	2006/120	İİD 361
23.11.2007	26709	2002/153	2006/113	İİD 319
24.11.2007	26710	2003/66	2005/72	İİD 91
27.11.2007	26713	2001/226	2006/119	İİD 347
11.12.2007	26727	2006/21	2006/38	İİD 189

IV- Karar Tarihine Göre

Karar Tar.	Esas	Karar	Dava Türü
26.12.2003	2000/8	2003/104	İİD..... 1
24.06.2004	2003/18	2004/88	İİD..... 81
19.10.2005	2003/66	2005/72	İİD..... 91
05.01.2006	2005/55	2006/4	İİD..... 127
22.02.2006	2006/20	2006/25	İİD..... 149
23.02.2006	2005/42	2006/27	İİD..... 161
09.03.2006	2006/33	2006/36	İİD..... 177
13.03.2006	2006/21	2006/38	İİD..... 189
27.09.2006	2003/64	2006/90	İİD..... 221
27.09.2006	2004/63	2006/94	İİD..... 231
04.10.2006	2002/157	2006/97	İİD..... 241
04.10.2006	2006/75	2006/99	İİD..... 253
20.10.2006	2006/138	2006/100	İİD..... 263
22.11.2006	2002/117	2006/105	İİD..... 277
23.11.2006	2003/10	2006/106	İİD..... 285
23.11.2006	2003/108	2006/107	İİD..... 299
23.11.2006	2006/28	2006/108	İİD..... 309
21.12.2006	2002/153	2006/113	İİD..... 319
21.12.2006	2003/75	2006/114	İİD..... 329
21.12.2006	2003/97	2006/115	İİD..... 335
22.12.2006	2006/161	2006/116	İİD..... 343
22.12.2006	2001/226	2006/119	İİD..... 347
22.12.2006	2005/89	2006/120	İİD..... 361
18.01.2007	2005/32	2007/3	İİD..... 377
24.01.2007	2005/95	2007/2	YD..... 501
24.01.2007	2005/95	2007/5	İİD..... 503

Anayasa Maddeleri Dizini*

Başlangıç:	64, 116, 117, 275, 332, 333, 436, 439, 440, 443, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 456, 462, 463, 464, 466, 467, 468, 487, 562
m. 2:	52, 53, 57, 59, 64, 69, 87, 88, 102, 103, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 122, 124, 136, 138, 139, 140, 141, 148, 152, 154, 159, 180, 182, 187, 197, 198, 200, 201, 213, 215, 218, 226, 228, 236, 237, 239, 257, 275, 276, 293, 294, 315, 316, 325, 326, 328, 332, 333, 352, 354, 356, 360, 368, 370, 371, 372, 375, 436, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 456, 457, 458, 459, 460, 462, 463, 464, 466, 467, 468, 469, 487, 494, 499, 556, 559, 561, 562, 563, 564, 566, 567, 568, 571, 572, 573, 574, 575, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 591, 593, 594
m. 3:	436
m. 4:	436
m. 5:	57, 59, 64, 69, 87, 88, 102, 103, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 121, 139, 140, 148, 237, 257, 325, 326, 328, 436, 439, 440, 443, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451, 453, 456, 462, 463, 464, 466, 467, 468, 487
m. 6:	57, 59, 64, 69, 116, 117, 122, 166, 168, 169, 275, 276, 441, 442, 443, 463, 464, 468, 469, 483, 568, 575, 577, 581, 582, 587
m. 7:	49, 51, 52, 53, 56, 57, 59, 60, 79, 116, 117, 122, 166, 167, 168, 169, 172, 173, 175, 176, 275, 441, 442, 443, 457, 463, 464, 468, 469, 481, 568, 575, 577, 581, 582
m. 8:	140, 141, 173, 352, 354, 441, 442, 443, 454, 456, 457, 463, 464, 468, 469, 492, 568, 575, 577, 581, 582
m. 9:	64, 69, 122, 123, 352, 354
m. 10:	49, 51, 56, 57, 62, 63, 87, 88, 107, 108, 138, 140, 201, 202, 224, 229, 237, 243, 244, 245, 246, 293, 294, 303, 305, 306, 308, 315, 316, 325, 326, 328, 370, 371, 372, 375, 443, 444, 459, 460, 571, 572, 573, 579, 580

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayandırılan maddeleri içermemektedir.

m. 11:	64, 69, 102, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 117, 122, 136, 138, 140, 141, 275, 315, 316, 368, 370, 372, 439, 443, 445, 447, 448, 449, 451, 454, 457, 458, 459, 460, 462, 463, 464, 467, 556, 559, 561, 562, 563, 564, 566, 567, 568, 571, 572, 573, 574, 575, 577, 579, 580, 581, 582
m. 12:	71
m. 13:	71, 102, 103, 105, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 114, 115, 116, 123, 124, 125, 138, 140, 141, 197, 200, 201, 203, 204, 205, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 217, 237
m. 17:	62, 63
m. 18:	114, 115, 197, 198, 199, 200, 201, 203, 212, 213, 214, 217, 218
m. 19:	64, 69
m. 24:	562, 563
m. 33:	59, 60, 61, 71
m. 35:	49, 51, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 64, 69, 227, 282, 283
m. 36:	54, 55, 61, 62, 72, 108, 109, 110, 122, 123, 124, 152, 154, 157, 159, 180, 181, 182, 185, 187, 282, 283, 360
m. 37:	72, 73, 108, 109, 110, 122, 123
m. 38:	62, 63, 72, 73, 140, 141, 169, 172, 173, 174, 175, 176, 237, 340, 341, 466, 467
m. 40:	61, 62
m. 41:	235
m. 42:	562, 563, 585
m. 44:	370, 372
m. 45:	370, 372
m. 47:	467, 468, 483, 484, 577, 578, 588, 589
m. 48:	49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 66, 67, 68, 69, 102, 103, 104, 105, 110, 111, 112, 115, 116, 124, 125, 197, 198, 201, 203, 212, 217, 218
m. 49:	54, 55, 56, 57, 102, 103, 105, 107, 108, 110, 111, 197, 198, 201, 212
m. 50:	112, 113, 114, 115
m. 51:	102, 103, 104, 105, 106, 107
m. 53:	102, 103, 104, 105, 110, 111, 112, 115, 116, 124, 125
m. 54:	102, 103, 105
m. 55:	102, 103, 104, 105, 106, 107
m. 56:	105, 106, 107, 197, 198, 200, 201, 212
m. 58:	235,
m. 59:	138, 140, 144, 146

m. 60:	87, 88, 105, 106, 107, 293, 294, 296, 297, 327, 334
m. 65:	293, 294, 296, 297, 327
m. 67:	437, 560, 561, 592, 593, 594
m. 70:	173
m. 72:	199
m. 73:	69, 70
m. 76:	369
m. 87:	49, 51, 56, 57, 69, 70, 79, 275, 368, 369, 370
m. 88:	368
m. 90:	556, 559
m. 91:	275, 276
m. 96:	368, 370
m. 121:	275
m. 123:	79, 140, 141, 176, 436, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 462, 463, 464, 466, 467, 468, 477, 479, 486, 487, 488, 490, 492, 493, 499, 556, 557, 559, 561, 584, 585, 591, 593
m. 124:	116, 117, 120, 121, 122, 173, 568, 577
m. 125:	62, 72, 73, 122, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 248, 257, 258, 259, 261, 332, 333, 334, 352, 353, 354, 356, 360
m. 126:	437, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 456, 462, 463, 464, 466, 467, 468, 477, 487, 488, 490, 499, 500, 564, 566, 567
m. 127:	437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 456, 462, 463, 464, 466, 467, 468, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 487, 488, 489, 490, 491, 493, 497, 498, 499, 500, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 569, 571, 577, 578, 584, 585, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594
m. 128:	166, 167, 168, 169, 171, 172, 173, 175, 176, 304, 457, 458, 468, 483, 484, 493, 578, 584, 585, 588, 589, 593
m. 135:	61
m. 138:	64, 69, 136, 137, 138, 156, 184, 257
m. 140:	136, 138, 143, 144, 146, 259, 262, 334, 352, 353, 354, 356, 360
m. 141:	354
m. 142:	153, 156, 181, 184, 259, 261, 332, 352, 353, 354, 356
m. 146:	144
m. 148:	274, 368

m. 152:	343
m. 153:	64, 65, 69, 117, 119, 247, 249, 250, 257, 258, 471, 476
m. 154:	262
m. 155:	157, 185, 257, 258, 259, 262, 332, 333, 334, 352, 353, 354, 356, 360
m. 167:	49, 50, 51, 53, 65, 66, 67, 68, 69, 71
m. 169:	369
m. 174:	561, 562, 563



www.anayasa.gov.tr



Simon Bolivar Caddesi No: 23 06540 Çankaya / ANKARA
Tel: (0312) 440 78 78 • Faks: (0312) 439 59 24
e-posta: bilgi@anayasa.gov.tr