anayasa mahkemesi

Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi

51/3 2014

ANAYASA MAHKEMESİ
KARARLAR DERGİSİ

Sayı: 51

3. Cilt

2014

Anayasa Mahkemesi Yayınları
ISSN 1300-9729
ISBN 978-975-7427-72-8

2014 yılında Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararlarının özgün şekliyle yer aldığı bu dergide, sınıflandırma "karar numarasına" göre yapılmıştır.

Kütüphane ve Yayın Komisyonu
Engin YILDIRIM (Başkan)
Recep KAPLAN (Üye)
Abdullah TEKBAŞ (Üye)

Kitabı Yayıma Hazırlayan
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

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

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

Baskı Tarihi:
Ocak 2016

Dizinler

I - Alfabetik İndeks 2175
II - Yasa Numarasına Göre İptal ve İtiraz Davaları Dizini 2185
III - Karar-Esas-Resmi Gazete Tarihi-Karar Tarihine Göre Dizinler.....2195
IV - Anayasa Maddeleri Dizini.....2201

Esas Sayısı : 2013/28
Karar Sayısı : 2013/106
Karar Günü : 3.10.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Sincan İnfaz Hakimliği

İTİRAZIN KONUSU : 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Verilen disiplin cezasına karşı şikâyet yoluna başvurulması nedeniyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa'nın 38/3. maddesinde "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." hükmü yer almaktadır. "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ya da "suç ve cezada kanunilik" olarak da adlandırılan bu ilke kişi hak ve hürriyetlerinin teminat altına alınması amacıyla hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi anlamına gelmektedir. Yine bu ilkenin bir sonucu olarak bir suç işlenmesi sebebiyle verilecek ceza ve tedbirler ile cezalandırılmanın hukuki sonuçlarının ve uygulanacak müeyyidelerin süre ve miktarının da kanunla düzenlenmesi zorunludur. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin tabii bir sonucu da ceza içeren kanunların uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağıdır. Nitekim bu kural ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun

2/3. maddesinde de "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Kıyas yasağı kuralına göre suç oluşturan fiillerin kanunda açıkça tanımlanması gerekmekte olup mevcut kanunların failin aleyhine olarak genişletici bir şekilde yorumlanması veya benzetme yapılması da mümkün değildir. Suç oluşturan fiillerin kanunda açık ve belirgin bir şekilde tanımlanması gerekliliği bireyin, söz konusu düzenlemenin lafzından (gerektiğinde mahkeme kararlarının yardımıyla da olsa) hangi davranış veya ihmallerinin cezai sorumluluğuna yol açacağını teşhis edebilmesi veya öngörebilmesi ile sağlanmış olur.

Somut olayda uygulaması gereken 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48/1. maddesinde ise '37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar.' düzenlemesi yer almaktadır. Görüldüğü üzere maddede, bir eylemin kanunda tanımı yapılmasa dahi kanunda tanımı yapılan eylemlere benzemesi halinde de ceza verilebileceği yani kıyas yolu ile ceza verilebileceği hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, Anayasanın 38/3. maddesi ile evrensel hukukun yukarıda açıklanan kuralları gözetildiğinde açıkça Anayasaya aykırıdır.

Bu bağlamda Türkiye'nin de tarafı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7/1. maddesinde "cezaların yasallığı" başlığı altında yer alan "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez" şeklindeki kuralın da göz önünde bulundurulması gereklidir. Bu kuraldan ortaya çıkan sonuç fiilin işlenmesinden sonra yürürlüğe giren kanunların failin aleyhine olarak uygulanamayacağı, kanunların failin aleyhine olarak genişletici bir şekilde yorumlanamayacağı ve kıyas yapılamayacağıdır. Bundan başka suçların kanunda açık ve belirgin bir şekilde tanımlarının olması gereklidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 08.07.1999 tarihli ve 23536/94 sayılı Başkaya/Okçuoğlu kararında da kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak sanık aleyhine genişletici yorum yapılamayacağını belirtmiş, kanunun yaptırıma bağladığı suçun ve bu suç karşılığında öngörülen cezanın açık bir biçimde tanımlanması ve bir kimsenin hareketinin ceza sorumluluğu gerektireceğini -mahkeme kararlarından yorum yoluyla da olsa- önceden kestirebilmesi gereğini vurgulamıştır.

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere somut olayda uygulanması gereken 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48/1.

maddesinin Anayasa'nın 38/3. maddesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7/1. maddesine açıkça aykırı olması sebebiyle maddenin iptaline karar verilmesini teminen Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmasına ve başvuru hakkında bir karar verilinceye kadar davanın geri bırakılmasına karar vermek gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5275 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 48. maddesi şöyledir:

"Madde 48- (1) 37 ilâ 46 ncı maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan eylemler, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanırlar.

(2) Bir eylemden dolayı verilen disiplin cezası kesinleştikten sonra bu cezanın kaldırılması için gerekli süre içinde yeniden disiplin cezasını gerektiren bir eylemde bulunan hükümlü hakkında, her defasında bir üst ceza uygulanır.

(3) Disiplin cezalarının infazı;

a) Hücreye koyma cezasının infazına, infaz hâkiminin onayı ile başlanır. Hücreye koyma cezasına ilişkin diğer hükümler saklı kalmak üzere, kesinleşen disiplin cezalarının infazına derhâl başlanır. Birden fazla disiplin cezası verilmiş olması hâlinde, bu cezalar kesinleşme tarihleri sırasına göre ayrı ayrı infaz edilir. Bir cezanın infazı tamamlanmadan diğerinin infazına başlanmaz.

b) Disiplin cezalarının tamamı infaz edilip kaldırılmadıkça koşullu salıverilme işlemi yapılmaz, ancak bu süre hakederek salıverme tarihini geçemez.

c) Hücreye koyma cezasına ilişkin disiplin cezalarının infazından önce ve infazı sırasında hükümlü, hekim tarafından muayene edilir. İlgilinin bu cezaya katlanamayacağı anlaşılırsa cezanın infazı sonraya bırakılır veya hekiminin belirleyeceği aralıklarla infaz edilir. Koşullu salıverilme tarihine kadar hükümlünün iyileşemeyeceğinin tam teşekküllü Devlet veya üniversite hastanesi sağlık kurulu raporu ile saptanması hâlinde hücreye koyma cezası infaz edilmez; yerine ziyaretçi

kabulünden yoksun bırakma cezası iki katı süreyle uygulanır. Raporlar infaz dosyasına konulur.

(4) İnfaz edildiği tarihten itibaren disiplin cezasının kaldırılmasında ve iyi hâlin kazanılmasında aşağıda belirtilen süreler esas alınır;

a) Kınama cezası onbeş gün,

b) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası bir ay,

c) Ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma cezası üç ay,

d) Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası üç ay,

e) Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası üç ay,

f) Hücreye koyma cezası 44 üncü maddenin ikinci fıkrasındaki hâllerde altı ay, üçüncü fıkrasındaki hâllerde bir yıl,

g) Hücre cezasına karşılık ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma cezası, (f) bendinde belirtilen süre,

Sonunda disiplin cezası almamak ve iyi hâlli olmak koşuluyla (a) ve (b) bentlerinde belirtilen cezalar kurum en üst amiri tarafından, diğer bentlerde belirtilen cezalar, kurumun en üst amirinin önerisi ve disiplin kurulu kararıyla kaldırılır.

(5) Çocuk hükümlüler hakkında verilen disiplin cezaları;

a) Uyarma ve kınama cezaları kararla birlikte,

b) Onarma, tazmin etme ve eski hâle getirme cezası yedi gün sonunda,

c) Harcamalarına sınır koyma cezası otuz gün sonunda,

d) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası otuz gün sonunda,

e) Teşvik esaslı ayrıcalıkları geri alma cezası otuz gün sonunda,

f) İznin ertelenmesi cezası altmış gün sonunda,

g) Kapalı ceza infaz kurumuna iade cezası altmış gün sonunda,

h) Odaya kapatma cezası doksan gün sonunda,

Kendiliğinden kalkmış sayılır. (a) bendi hariç, bu fıkradaki diğer süreler karar tarihinden, firar hâlinde infaz tarihinden itibaren başlar.

(6) Disiplin kurulu, kurum kurallarına uyma, iyileştirme programında ilerleme veya verilen ceza ile amaçlanan sonucun gerçekleşmesi durumunda, çocuk hakkında vermiş olduğu cezayı süre koşulu aranmaksızın her zaman kaldırabilir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 7.3.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kanunilik ilkesi gereğince, kanunun yaptırıma bağladığı suçun ve bu suç karşılığında öngörülen cezanın açık bir

biçimde tanımlanmasının ve bir kimsenin hareketinin ceza sorumluluğu gerektireceğini önceden kestirebilmesinin zorunlu olduğu, ceza infaz kurumlarında işlenen disiplin suçları ile bunlara verilecek cezaların da kanunilik ilkesine uygun olarak düzenlenmesi gerektiği, kuralın ceza normlarının kıyas yoluyla genişletilemeyeceğine ilişkin yasağı ihlal ettiği, Kanun'da suç olarak düzenlenmeyen bir fiile ceza verilmesi ihtimalini ortaya çıkardığı ve bu durumuyla söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'da, tutuklu ve hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin cezaları 37 ilâ 46. maddeler arasında düzenlenmiştir. Bu kurallarda disiplinsizlik oluşturan her bir fiil ayrı ayrı tanımlanmış, bu fiillerin işlenmesi durumunda verilecek cezalar da yine ayrıntılı olarak gösterilmiştir. İtiraz konusu kuralda ise 37 ilâ 46. maddelerde yer alan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımları yapılmamış olan fiillerin, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzediklerinde, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devleti ilkesine göre, kanunun ne tür fiilleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi ve buna göre cezasının da kanunla saptanması gerekir. Bireyler, ancak bu şekilde hukuki güvenliklerinden emin olarak yaşamlarını sürdürebilirler.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, *"Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *"suçun kanuniliği"*, üçüncü fıkrasında da *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek, *"cezanın kanuniliği"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel

ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir. Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür.

Ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun *"açıkça"* suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp, bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.

İnsan haklarına önem veren bir ceza infaz sisteminin amaçlarına ulaşabilmesi için, öncelikle Anayasa ve uluslararası belgelerde kabul edilen hukukun temel ilkelerine uygun kurallara dayanması zorunludur. Ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin yaptırımlarının da aynen diğer ceza yaptırımları gibi belirlilik ve kanunilik ilkelerine uygun şekilde düzenlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle bu kurumlarda bulunan hükümlü ve tutukluların hangi fiillerinin disiplin suçu oluşturduğunu açık olarak bilmeleri gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralla, Kanun'un 37 ilâ 46. maddelerinde yer almayan fiillerle ilgili olarak da disiplin cezasının uygulanabileceğinin öngörülmesi belirsizliğe neden olmaktadır. Zira, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutuklular, hangi fiilleri işlerlerse haklarında disiplin cezası uygulanabileceği konusunda duraksamaya sevk edilmektedir. Bu şekilde bir belirsizliğin kabul edilmesi ise hukuki güvenlik ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, gerçekleşen fiilin suç olarak tanımlanmadığı, buna karşın Kanun'da belirlenmiş diğer fiillere uydurulabilmesi imkânını veren kural, uygulayıcıyı kıyas yapmaya yönlendirmektedir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla, Kanun'da tanımlanmayan bir fiilin, benzeri bir fiille karşılaştırılarak kıyas yapılmak suretiyle ceza tayinine imkân tanınmaktadır. Bu durum suçların ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Hicabi DURSUN, Muammer TOPAL ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 3.10.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

5275 sayılı Kanunun 48. maddesinin, 37 ilâ 46. maddelerde sayılan eylemlerin tanımına uymayan ve kanunda tanımlanmayan eylemlerin de, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzemeleri kaydıyla, aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanmalarını öngören birinci fıkrasının, Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Anayasanın 2. maddesinde öngörülen hukuk devletinin gereklerinden biri de "belirlilik ilkesi"dir. Bu ilke, Kararda da belirtildiği gibi, "kanunun ne tür fiilleri yasakladığının" ve bunların cezalarının kanunla tespit edilmesini gerektirmektedir. Anayasa Mahkemesi "belirlilik ilkesinin sadece kanunî belirliliği değil, daha geniş anlamda hukukî belirliliği ifade ettiğini; erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olmak şartıyla kanunlar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de belirliliğin sağlanabileceğini" hükme bağlayarak "belirlilik ilkesi"nin anlamını açıklamıştır (16.6.2011 tarihli ve E.2009/9, K.2011/103 sayılı Karar).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının "belirlilik ilkesi" ile ilgili yaklaşımı da aynı yöndedir. Esasen bu ilke, kuralın açık ve gereğinde hukukî yardım almak suretiyle anlaşılabilir olmasını ifade etmektedir. Hükmün, gerektiğinde hukukî yardım alarak anlaşılabilir olması, bütün ayrıntıların düzenleme içinde yer alması zorunluluğunu kaldırarak kanunî düzenlemedeki muhtemel belirsizliklerin içtihat yoluyla anlaşılmasına da imkân vermektedir.

Anayasanın 38. maddesinde ise suç ve cezalara ilişkin esaslar belirlenmekte ve bunların başında suçların ve cezaların kanuniliği ilkeleri gelmektedir. Ancak, bu maddenin birinci fıkrasında suç ve cezalar için birlikte yapılan düzenlemenin, üçüncü fıkrada cezalar ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri için ayrıca vurgulanarak bunların ancak kanunla konulacağının belirtilmesi, cezası önceden kanunda gösterilmiş olmak kaydıyla, kanunun açık izni ile ve kanunla çizilen çerçeve içinde suç teşkil eden fiillerin idarece de belirlenebileceğini ve bunun "suçların kanuniliği" ilkesine aykırı olmayacağını göstermektedir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi de, sık sık değişen durum ve ihtiyaçlar karşısında yasama organının "yapısı bakımından ağır işlemesi ve günlük

olayları izleyerek zamanında gerekli tedbirleri almasının güçlüğü dolayısıyla kanunda esaslı hükümleri saptadıktan sonra acil olaylarda hükümete veya kimi makamlara tedbir almak yetkisi bırakması"nın "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesine aykırı olmadığını hükme bağlamıştır (6.7.1973 tarihli ve E.1973/12, K.1973/24 sayılı Karar).

Anayasanın 38. maddesinde öngörülen ceza hukuku ilkelerinin, disiplin suç ve cezaları için de geçerli olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, geçerli olduğu kabul edilse bile, bazı ceza hukuku ilkelerinin disiplin hukukundaki uygulaması ceza hukukundaki uygulamaya göre daha esnektir (Ali D. Ulusoy, İdari Yaptırımlar, İstanbul 2013, s.26-30 ve s.48-49). Bu esneklik, disiplin suçu oluşturacak fiillerin nasıl belirleneceği konusunda çok daha fazladır (Ulusoy, age., s.85-86).

AİHS'nin 7. maddesinde öngörülen "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesi ise sadece ceza hukuku alanı ile ilgili bir ilke olarak kabul edilmektedir (Osman Doğru-Atilla Nalbant, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, C.I, Ankara 2012, s.857).

AİHM, suçun kanuniliği ilkesini, "bir kimsenin ilgili kanun hükmünün metninden ve gerektiği takdirde bunun mahkemeler tarafından yapılan yorumundan, hangi eylem veya ihmalin kendisini cezai bakımından sorumlu kılacağını bilebilecek durumda olması hâlinde, bu şart yerine getirilmiş olur" diyerek açıklamaktadır (Kononov/Letonya, Baş. No. 36376/04, 17.5.2010, par.185).

AİHM, AİHS'nin 7. maddesinde geçen "hukuk" kavramının kanunların yanında düzenleyici işlemleri ve yazılı olmayan hukuk kurallarını da kapsadığını, düzenleme tekniklerinden birinin de uzun ve sınırlı listeler yapmak yerine genel sınıflar belirlemek olduğunu, değişen şartlara uyum sağlayabilmek için kanunların muğlak ifadeler içerdiğini ve bu kanunların uygulanmasının genel uygulamaya bağlı olduğunu belirterek, bir kanun hükmünün bazı örneklerde yaşanan belirsizlik ve tereddütler sebebiyle anılan ilkeye aykırı sayılamayacağına hükmetmektedir.

Kanunla yapılan düzenleme ne kadar ayrıntılı olursa olsun, disiplin suçu oluşturabilecek davranış ve tutumların tamamının kanunla sayılması neredeyse imkânsız olduğundan, itiraz konusu kural gibi hükümlere ihtiyaç bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi de, AİHM de, yukarıda belirtilen

kararlarında ceza hukuku alanında bile bunu kabul etmiştir. Özellikle disiplin hukukunda, çok az karşılaşılan bazı fiillerin önceden suç olarak somutlaştırılması mümkün olmadığından, bu tür ihlallerin yaptırımsız bırakılmaması için "torba" hükümlere ihtiyaç duyulmakta ve bu tür düzenlemeler disiplin hukukunda doğal kabul edilmekte; ancak zorunlu hâllerde ve istisnai olarak başvurabilecek bu tür "torba hükümlerin" dahi bulunmadığı durumlarda, düzenlemede öngörülmeyen bir fiil nedeniyle ceza verilmesi kıyas yasağı içinde değerlendirilmektedir (Ulusoy, age., s.128-130).

5275 sayılı Kanunun 39 ilâ 46. maddelerinde, disiplin suçu oluşturan fiiller ve bunların karşılığında verilecek cezalar, çok ayrıntılı bir şekilde (131 bentte) sıralanmakta; itiraz konusu kuralda ise, nitelik ve ağırlıkları bakımından bunlara benzeyen fiillerin de, benzedikleri fiillerin düzenlendiği maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanması öngörülmektedir. Söz konusu tutum ve davranışların disiplin cezaları ile karşılanabilmesi için bu Kanunda öngörülen disiplin suç ve cezalarının nitelikleri ile uygulanma şartlarını belirleyen 37. maddenin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre, hükümlünün, ceza infaz kurumunda düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük ve yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları kusurlu olarak ihlal ettiğinin belirlenmesi zorunludur. Başka bir anlatımla, itiraz konusu kuralın, 5275 sayılı Kanunun disiplin suç ve cezaları bakımından genel hüküm niteliğinde olan 37. madde ve disiplin suçlarını düzenleyen ilgili diğer maddelerle birlikte değerlendirilmesi gerekir.

Somut olayda, 5275 sayılı Kanunun 48. maddesinin birinci fıkrasına dayanılarak verilen disiplin cezasının, 66. maddede öngörülen "telefonla haberleşme hakkı"na aynı madde ile getirilen kısıtlama çerçevesinde maddenin açıkça atıf yaptığı Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzükle (md. 88) getirilen şartlara uyulmaması sebebiyle nitelik ve ağırlığı bakımından Kanunun 40. maddesinde öngörülen eylemlere benzediği gerekçesiyle verildiği anlaşılmaktadır. İptal gerekçesinde de belirtildiği üzere, belirlilik ilkesi, "ne tür" fiillerin yasaklandığının kanunla tespit edilmesini gerektirdiğinden, itiraz konusu kuralın, Kanunun diğer hükümleri ve ilgili Tüzük hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde "ne tür fiillerin" yasaklandığının anlaşılmasına

elverişli ve öngörülebilir bir düzenleme getirdiği, dolayısıyla belirlilik ilkesine de bir aykırılık bulunmadığı düşünülmektedir.

Kuşkusuz, kanunda hiçbir esas getirilmeden ve çerçeve çizilmeden, disiplin suçu oluşturan fiillerin belirlenmesinin idareye bırakılması, hukuk devleti ilkesi açısından da, suçların ve idarenin kanuniliği ilkeleri açısından da kabul edilemez. Ancak, 5275 sayılı Kanunun diğer maddelerinde disiplin suçları ve cezalarının nitelikleri ve uygulanma şartları ile disiplin suçu oluşturan fiiller ve bunların karşılığında öngörülen disiplin cezaları çok ayrıntılı ve açık olarak belirlendikten sonra, itiraz konusu kuralda, bunlara benzer davranış ve tutumların da aynı maddelerdeki disiplin cezaları ile karşılanacağının öngörülmesi, herhangi bir belirsizliğe yol açmadığı gibi kanunilik ilkesini de zedelememektedir.

Ayrıca idarenin bu yetkiyi kullanırken vereceği disiplin cezaları yargı denetimine tâbi olduğundan, yargısal içtihatlarla da hukukî belirlilik sağlanacaktır. Bu itibarla, ilgililerin hukukî güvenliğini ortadan kaldıracak bir belirsizlik söz konusu değildir.

Bu sebeplerle, kuralın Anayasaya aykırı olmadığı ve itirazın reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Hicabi DURSUN	Muammer TOPAL	M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2012/73
Karar Sayısı : 2013/107
Karar Günü : 3.10.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN ve M. Akif HAMZAÇEBİ ile birlikte 119 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 26.4.2012 günlü, 6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen ek 5. maddenin *"…özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının…"* bölümünün, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

III. GEREKÇE

6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 10 uncu maddesiyle 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna eklenen ek 5 inci maddesi ile özelleştirilen kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, tesis edilecek iş ve işlemler konusunda Bakanlar Kurulu yetkilendirilerek, yürütme organına kamu malvarlığının özelleştirilmesi sonrasında yargı organı tarafından verilen/verilecek olan yargı kararlarını uygulamama ve giderek yargı kararlarının yerindeliğini denetleme ve hatta yargı kararları yerine geçecek iş ve işlemler tesis etme yetkisi verilerek Anayasal iktidar (egemenlik) bütünüyle yürütme organında merkezileştirilmiştir.

Daha açık bir ifadeyle hukuka aykırı olduğu, usulsüzlük veya yolsuzluk yapıldığı gerekçeleriyle idare mahkemeleri ile Danıştay tarafından iptal edilen özelleştirme uygulamalarında, özelleştirilen kamu malvarlığının Devlete iade edilmesinin, kamunun uğradığı zararların sorumlularından tazmin edilmesinin ve usulsüzlük veya yolsuzluk yapılmış ise sorumlularının hukuka hesap vermelerinin önüne geçilmesi için Bakanlar Kuruluna, idare mahkemeleri ile Danıştay'ın verdiği iptal kararları ile adli mahkemelerin verdiği kamu malvarlığının kamuya iadesi, ilgili kamu kuruluşları adına tescili ve yargı kararlarını uygulamayan sorumlular hakkında verilen tazminat ve ceza davası kararlarının ortadan kaldırılarak yapılan hukuka aykırılık, usulsüzlük ve yolsuzlukların aklanması ve ayrıca yargı kararı yerine geçmek üzere iş ve işlem tesis etme yetkisi verilmiştir.

Siyasal iktidar bunu ilk defa da denememiştir. Benzer bir düzenlemeyi, 13.02.2011 tarihli ve 6111 sayılı Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılması ile Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Diğer Bazı Kanun ve KHK'lerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanuna ilişkin Tasarının 93 üncü maddesinde de yer vermişti.

Ancak, Yasa Tasarısının Plan ve Bütçe Komisyonu Alt Komisyonunda görüşülmesi sırasında, düzenlemeye Alt Komisyonun CHP'li üyelerinin Anayasaya aykırı olduğunu belirterek sert tepki göstermeleri ve 02.12.2010 tarihinde de basın duyurusu yoluyla kamuoyunun gündemine taşımaları üzerine düzenleme Tasarıdan çıkarılmak zorunda kalınmış; Plan Bütçe Komisyonunda da Alt Komisyon Kararına uyulmuştu[1].

Siyasal iktidar olağan yasama faaliyeti sürecinde gerçekleştiremediği amacını, 6300 sayılı Kanuna ilişkin 223 sıra sayılı torba kanun teklifinin 26.04.2012 tarihinde TBMM Genel Kurulunda görüşülmesi sırasında verilen bir önergeyle, yani bir gece yarısı operasyonuyla yasalaştırmıştır.

Önergenin gerekçesinde madde metnindeki ifadeler yinelendiğinden gerekçesi önerge lehine söz alan Başbakan Yardımcısı Sayın Bekir Bozdağ ile AKP Grup Başkanvekili Sayın Nurettin Canikli'nin TBMM Genel Kurulunda yaptığı konuşmalardan anlaşılabilmektedir.

Sayın Bekir Bozdağ şöyle demiştir: "Bu önergede öngörülen değişiklik esasında bugüne kadar fiilî olarak uzunca bir zamandır, bizden önceki hükûmetler tarafından da bilfiil uygulanmış ama yasal dayanağı da olmadan uygulanmış bir uygulama var. (…) Öte yandan Bakanlar Kurulu da bu konuda bir prensip kararı alıyor. Tarihe baktığınızda 27/4/1992'de, Yüksek Planlama Kurulunun 90'da başka bir kararı var. (…) Şimdi, burada, sıkıntı izah da edildi. Esasında mahkeme kararlarının gecikmesi nedeniyle ortaya çıkan bir sorun var. Beş yıl sonra mahkeme bir iptal kararı veriyor. Yürütmeyi durdurma da başta vermemiş. Eğer yürütmeyi durdurma vermiş olsaydı, o zaman ona göre işlem tesis edilecekti. Beş yıl sonra burada pek çok tasarruf yapılıyor. Bazen özelleştirilen yerler el de değiştirmiş olabilir. Burada birtakım imkânsızlıklar ortaya çıkıyor. Eğer siz bu çerçevede bunları eski hâline irca edelim diye adım attığınızda, belki aldığınızdan daha fazlasını vermek gibi bir başka sorun da ortaya çıkacak …"

---

1 *Düzenleme şöyleydi: "MADDE 93- 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.*
GEÇİCİ MADDE 25- Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibariyle özelleştirme işlemleri tamamlanarak devir işlemleri sonuçlandırılan ve devralan tarafından özelleştirme öncesi duruma dönülmesine imkan vermeyecek şekilde devredilen kuruluş için üretim amaçlı yatırım ve buna bağlı ticari, mali ve hukuki tasarruflarda bulunmuş olanlara ilişkin; mahkemelerce verilen iptal ve yürütmeyi durdurma kararıyla ilgili olarak İdarece herhangi bir işlem tesis edilmez, bu konuda açılan davalardan feragat edilir."

Aynı oturumda önerge lehine söz alan Sayın Nurettin Canikli'de benzer gerekçeler ileri sürmüştür.

Sayın Bozdağ ve Sayın Canikli'ye göre önergenin gerekçesi özetle, birincisi benzer kararların daha önceki hükümetler tarafından yasal dayanağı olmadan alındığı, kendi yaptıklarının ise Bakanlar Kurulunun alacağı kararları yasal dayanağa kavuşturmak olduğu; ikincisi ise yargının yürütmeyi durdurma kararı da vermeden iptal kararlarını beş yıl sonra vermesi ve dolayısıyla bu süre içinde telafisi olmayan hukuki ve fiili tasarruflarda bulunulması nedeniyle özelleştirilen kuruluşlar için verilen yargı kararlarının yerine getirilmesinin fiilen imkânsız hale gelmesi.

Ancak, Sayın Bozdağ ile Sayın Canikli'nin sözünü ettikleri 27.4.1992 tarihli Bakanlar Kurulu Kararını Danıştay 10. Dairesi Anayasanın 2 nci, 125 inci, 138 inci maddeleri ile 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 28 inci maddesine aykırı bularak 28.5.2004 tarihli ve E: 2002/4061, K: 2004/5219 sayılı Kararı ile iptal etmiştir.

Dolayısıyla siyasal iktidarın yaptığı, alacağı Bakanlar Kurulu Kararının Danıştay tarafından aynı gerekçelerle iptal edilmesinin önüne geçmek için Anayasaya aykırılığını bile bile yasal dayanağa kavuşturmaktır.

Gerçekliğini iptali istenen hükme dayanarak Bakanlar Kurulu tarafından alınan 2012/3240 sayılı Kararname bütün açıklığıyla gözler önüne sermektedir.

4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanunun iptali istenen ek 5 inci maddesindeki hüküm uyarınca Bakanlar Kurulu'nca alınan 11.06.2012 tarihli ve 2012/3240 sayılı Kararnameye ekli (12.06.2012 tarih ve 28321 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır) Karar'ın 1 inci maddesinde,

"(1) Özelleştirme uygulamaları sonucunda nihai devir sözleşmesi imzalanarak devir ve teslim işlemleri tamamlanmış olan özelleştirme işlemleri hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasında ortaya çıkan fiili imkansızlık nedeniyle;

a) Eti Alüminyum A.Ş.'nin %100 oranındaki hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesi,

b) Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'ye ait Kuşadası Limanının işletme hakkı verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi,

c) Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'ye ait Çeşme Limanının işletme hakkı verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi,

ç) SEKA-Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş.'ye ait Balıkesir İşletmesinin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesi,

d) Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'nin %14,76 oranındaki hissesinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Toptan Satışlar Pazarında satılması,

işlemlerini iptal eden yargı kararlarıyla ilgili olarak geriye ve ileriye yönelik herhangi bir işlem tesis edilmemesi ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca bu yönde yapılmış olan iş ve işlemlerin devam ettirilerek sonuçlandırılması kararlaştırılmıştır."

denilerek özelleştirme işlemlerinin iptaline ilişkin yargı kararlarının uygulanması yerine, uygulanmaması ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığınca yargı kararlarının uygulanmamasına yönelik olarak yapılmış olan iş ve işlemlerin devam ettirilerek sonuçlandırılması kararlaştırılmıştır.

Bakanlar Kurulu Kararına konu edilen özelleştirme işlemlerinin ve sonrasındaki hukuki sürecin seyri ise şöyle gelişmiştir:

a) Eti Alüminyum A.Ş.

Seydişehir Eti Alüminyum Tesislerinde bulunan kamu hissesinin tamamı 17.06.2005 tarihinde alüminyum fabrikası, arazisi, sosyal tesisleri, Oymapınar Hidroelektrik Santrali, üretime esas boraks maden rezervi, tesisin Antalya'daki mal varlıkları ve limanı ile birlikte blok satış yöntemiyle CE-KA Grubuna 305 milyon ABD Dolarına satılmış ve satış işlemi 25.07.2005 tarih ve 2005/84 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararı ile onanmıştır.

Sonrasında satışın ve 25.07.2005 tarih ve 2005/84 sayılı Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptali için Danıştay'da dava açılmıştır. Danıştay 13. Dairesi 29.05.2006 günlü ve E. 2005/7873 sayılı Kararıyla Eti Alüminyum A.Ş.'nin %100 oranındaki kamu payının özelleştirme kapsamında satılmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 25.07.2005 tarih ve 2005/84 sayılı kararının ve ihale sürecinin yürütmesinin durdurulmasına; 27.11.2007 günlü ve K: 2007/7896 sayılı kararı ile ise iptaline karar vermiştir. Yürütmenin

durdurulması kararına yapılan itiraz üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu YD. İtiraz No: 2006/1048 sayılı Kararıyla itirazın reddine, 03.06.2010 tarihli kararı ile ise Danıştay 13. Dairesinin iptal kararının onanmasına karar vermiştir.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ise, ne yürütmeyi durdurma, ne iptal, ne de onama kararlarını uygulamış; hiçbir şey olmamış gibi davranarak hukuka aykırı özelleştirmenin uygulamasına devam etmiştir.

Öte yandan, özelleştirme ihalesinin şartnamesinde;

- 5 yıl içinde en az 110 milyon dolar yatırım yapılması;

- Üretiminde kullanılan boksit madeninin işlenmeden ihracının yasaklanması;

- Oymapınar Hidroelektrik Santralinin, otoprodüktör lisansı dışında kullanılmaması ve elektrik üretiminin en fazla yüzde 25'inin diğer kullanıcılara satılabilmesi;

Şartları bulunmasına rağmen, bu şartların hiçbirine uyulmamış; yatırım olarak göstermelik bina tadilatları yapılırken, boksit madeni ise işlenmeden satılmıştır.

CHP Antalya Milletvekili Hüsnü Çöllü'nün, yazılı soru önergesine Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanı Sayın Taner Yıldız'ın verdiği yanıttan; Oymapınar HES'in Dengele ve Uzlaştırma Sistemi üzerinden elektrik enerjisi satış tutarının 2008 yılında 57.9 milyon TL, 2009 yılında 210.1 milyon TL olduğu; TEİAŞ Genel Müdürlüğü kayıtlarına göre ise brüt üretimin yüzde 74.8'inin piyasada satışının gerçekleştirildiği anlaşılmıştır.

Aynı soru önergesine verilen yanıttan, ÖİB'nın 29.07.2005 tarihli sözleşmenin feshi ve hisselerin İdare'ye iadesi talebiyle Eti Alüminyum A.Ş. ile şirket hissedarları aleyhine, iptal kararından iki sene sonra Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne 2008/160 esas sayılı dosya ile dava açıldığı anlaşılmış; daha sonra ise Özelleştirme İdaresi Başkanlığı açtığı davadan çekilmiştir.

TMMOB Metalurji Mühendisleri Odası Danıştay'ın kesinleşmiş yürütmeyi durdurma ve iptal kararlarının uygulanmamasında, kişisel olarak sorumlulukları

olduğu gerekçesiyle Başbakan Sayın Recep Tayyip Erdoğan, o dönemin Maliye Bakanı Kemal Unatıkan, Sanayi Bakanı Ali Coşkun, Ulaştırma Bakanı Binali Yıldırım, ve Devlet Bakanları Mehmet Şimşek ve Ali Babacan ile Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanı Metin Kilci ve Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkan vekili Ahmet Aksu hakkında 10 bin liralık manevi tazminat davası açmış; Ankara 16. Asliye Hukuk Mahkemesi ise 27 Mart 2012 tarihli kararıyla, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin hükümleri ihlal ederek "yürütmeyi durdurma ve iptal" kararlarının uygulanmamasında kişisel kusurları olduğu gerekçesiyle Başbakan Tayyip Erdoğan ile 5 bakan ve özelleştirmeden sorumlu 2 bürokratı 10 bin lira manevi tazminata mahkûm etmiştir.

b) Kuşadası Limanı

Kuşadası Limanı'nın 30 yıllık işletme hakkı, 28 Nisan 2003 tarihinde 36 milyon TL fiyat veren Kuşadası'nda kurulu çok ortaklı LİMAŞ A.Ş.'ye ihale edilmiştir. İhaleyi alan Limaş A.Ş. belirlenen sürede ihale bedelini yatıramayınca Özelleştirme İdaresi Başkanlığından ek süre talebinde bulunmuş; ancak, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ek süre vermediği gibi limanın 30 yıllık işletme hakkını 27 milyon lira teklif ile ikinci en yüksek teklifi vermiş olan İsrailli işadamı Sami Ofer'in oğlu Eyal Ofer'in sahibi olduğu Royal Caribbean Cruise, Avrasya Yatırım ve Ege Ticaret'ten oluşan (Ege Port) konsorsiyuma ihale etmiştir.

Aydın 1'inci İdare Mahkemesi, Kuşadası Limanı'nın işletme hakkının 30 yıllık süreyle ihale edilmesine ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 30.04.2003 gün ve 2003/17 sayılı kararını, hukuka aykırı bularak 02.06.2010 gün ve K: 2010/936 No'lu kararı ile iptal etmiştir. Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın temyiz başvurusunu görüşen Danıştay 13. Dairesi ise, 08.03.2011 gün ve K: 2011/952 sayılı kararıyla, Aydın 1. idare Mahkemesi'nin "Kuşadası Limanının Özelleştirme İhalesi'nin iptali" kararını onamıştır.

Öte yandan, söz konusu konsorsiyum Şartnamede yer almamasına karşın limana 56 adet işyeri yapmış; işyerlerine ilişkin imar planları ise idare mahkemelerince iptal edilerek verilen ruhsatlar geçersiz sayılmıştır.

c) Çeşme Limanı

Çeşme Limanının işletme hakkı, Özelleştirme Yüksek Kurulunun 28.04.2003 tarihli ve 2003/17 sayılı kararına istinaden 28.05.2003 tarihinde imzalanan İşletme

Hakkı Devir Sözleşmesi ile 11 milyon 250 bin ABD Doları bedel üzerinden Yılmaz Ulusoy'un başında bulunduğu gruba 30 yıllığına devredilmiştir.

Açılan iptal davasını, İzmir 1. İdare Mahkemesi 03.12.2004 tarih ve E:2003/1500, K:2004/1486 sayılı kararı ile reddetmiştir.

Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay 13. Dairesi ise yerel mahkeme kararını 28.02.2006 tarih ve E: 2005/7150, K: 2006/1231 sayılı Kararıyla, işletme hakkının devri ihalesi öncesinde Rekabet Kurumundan görüş alınmaması ve İşletme Hakkı Devir Sözleşmesi de dava konusu edilmesine karşın mahkemece bu konuda karar verilmemesi gerekçeleriyle bozmuştur.

Bozma kararı üzerine İzmir 1. İdare Mahkemesi, yapılan işlemin Rekabet Kurumunun görüşünün alınmamış olması ve "Çeşme Limanı'nın coğrafyası ve otoyol bağlantısı ve üzerinde Gümrük İdaresi'nin mevcut olması nedeniyle Ro-Ro gemileriyle yapılan kombine taşımacılık açısından fiili tekel konumu arzettiği" gerekçeleriyle 12.04.2007 tarih ve E:2007/247, K: 2007/422 sayılı kararı ile iptaline karar vermiştir.

ç) Seka Balıkesir Kağıt Fabrikası

Seka Balıkesir Kağıt Fabrikasının 18.03.2003 tarihinde pazarlık usulüyle yapılan özelleştirme ihalesine, Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. tek firma olarak katılmış ve tek firmanın katıldığı ihale 25.03.2005 tarihinde sonuçlandırılarak Seka Balıkesir Kağıt Fabrikası yaklaşık 1800 dönüm arazisi, 185 lojmanı, sosyal tesisleri ve diğer varlıkları ile birlikte 1.1 milyon ABD Doları bedel üzerinden özelleştirilmiştir.

Türkiye Selüloz İş Sendikasının özelleştirme ihalesinin iptali için açtığı davada Bursa 2. İdare Mahkemesi, 28.07.2003 tarih ve E: 2003/791 sayılı kararıyla ``Piyasa değeri 51.2 milyon ABD doları olan SEKA Balıkesir İşletmesi´nin özelleştirilmesi için pazarlık usulüyle yapılan ihale sonucunda 1.1 milyon ABD dolarına satılmasına ilişkin dava konusu işlemde, kamu yararına ve özelleştirmenin amacına uygunluk bulunmadığı'' gerekçesiyle yürütmenin durdurulmasına; 15.10.2003 tarihli ve E:2003/791, K: 2003/1250 sayılı kararıyla ise, özelleştirme ihalesi ile Özelleştirme Yüksek Kurulu kararının iptaline karar vermiştir.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığının Bursa 2. İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulması kararının iptali için açtığı davayı Bursa Bölge İdare Mahkemesi 18.09.2003 tarihinde reddetmiştir.

Özelleştirme İdaresi Başkanlığı bu kez Danıştay'a yürütmeyi durdurma ve iptal istemli temyiz davası açmış; Danıştay 13. Dairesi 07.05.2004 tarihinde mahkeme kararının yürütmesinin durdurulması talebini reddederken; 06.06.2005 tarihli ve E. 2005/1300, K: 2005/2986 sayılı kararıyla ise yerel mahkeme kararını onamıştır.

Bu karara karşı Özelleştirme İdaresi Başkanlığının açtığı karar düzeltme talebini de Danıştay 13. Dairesi 03.03.2006 tarihli kararıyla reddetmiştir.

Bursa 2. İdare Mahkemesinin 28.07.2003 tarihinde yürütmeyi durdurma, 15.10.2003 tarihinde iptal kararı vermesi ve Bursa Bölge İdare Mahkemesinin de 18.09.2003 tarihinde yürütmeyi durdurma kararını onaması üzerine Özelleştirme İdaresi Başkanlığı 19.02.2004 tarihinde bildirimde bulunarak Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş.'den Balıkesir SEKA İşletmesinin iadesini istemiş; 10.06.2003 tarihli sözleşme kapsamında anılan firmaya devredilen taşınmaz ve irtifak hakları ile taşınırların SEKA'ya iadesi talebiyle anılan firma aleyhine Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesine E. 2005/59, Bigadiç Asliye Hukuk Mahkemesine ise E: 2005/50 sayılı dosyalarla iki dava açmıştır.

Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesi 25.02.2005, Bigadiç Asliye Hukuk Mahkemesi ise 28.03.2005 tarihli kararlarında işletmenin kullanımındaki tüm taşınır ve taşınmazlar ile irtifak haklarına ihtiyati tedbir konulmuştur.

Bigadiç Asliye Hukuk Mahkemesinin E: 2005/50 sayılı dosyasında görülen dava kapsamında 09.05.2007 tarihinde Bigadiç tapu sicilinde Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. adına kayıtlı bulunan 15 adet taşınmaz ile 16 adet taşınmaz üzerinde anılan firma lehine kurulan irtifak haklarının iptal edilerek, SEKA (Sümer Holding A.Ş.) adına tesciline karar verilmiştir.

Bu kararın Yargıtay 19. Hukuk Dairesince onaylanıp kesinleşmesi sonrasında söz konusu taşınmazlar ile irtifak haklarının SEKA (Sümer Holding A.Ş.) adına tapuda tescil işlemleri 07.06.2010 tarihi itibariyle tamamlanmıştır.

Öte yandan, Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde E. 2005/59 sayılı dosya üzerinden süren dava ise hala devam etmektedir.

Diğer yandan, Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. ise, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ile SEKA (Sümer Holding A.Ş.) aleyhine özelleştirme bedeli 1.100 bin ABD Dolarına mahsuben yapılan 460.803 ABD Doları peşinat ve birinci taksit ödemesi ile işçilere yapılan ihbar tazminatı, izin ücreti, SSK primi ve işletmenin mevcut haliyle muhafazası için dava tarihine kadar yapılan diğer zorunlu harcamalar karşılığı olarak (fazlaya dair hakları saklı kalmak kaydıyla) 700.000,00 TL'nin ödenmesi talebiyle Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesine E. 2005/59 sayılı dosyasında karşı dava açmıştır.

Firma ayrıca, Bigadiç tapu siciline kayıtlı taşınmazların rayiç bedelleri karşılığında 20.000,00 TL tazminat ödenmesi talebiyle Bigadiç Asliye Hukuk Mahkemesine E: 2005/93 sayılı; iptal kararı nedeniyle uğranılan 3.000.000,00 TL zararın tazmini talebi ile ise Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesine ise E: 2005/54 sayılı davaları açmıştır.

Bigadiç Asliye Hukuk Mahkemesinin E: 2005/93 sayılı dosyasında açılan dava, Mahkemenin 29.09.2005 tarihli karar ile "yetki yönünden" reddedilirken; Balıkesir 1. Asliye Hukuk Mahkemesinin E: 2005/59 sayılı dosyasında açılan karşı davada ise henüz bir karar verilmemiştir.

d) Tüpraş'ın yüzde 14.76'sının satışı

2004 yılında Tüpraş'ın yüzde 65.76'sı 1,3 milyar dolara Zorlu-Efremov Grubu'na satılmıştır. Petrol-İş Sendikası'nın açıklamasına göre bu tutar Tüpraş'ın 2 yıllık karına karşılık gelmektedir. Ankara 10. İdare Mahkemesi bu satışı iptal etmiş; Danıştay 13. Dairesi de kararı onayınca şirketin satışı durdurulmuştur.

ABD Ankara Büyükelçisi Eric Adelman tarafından Washington'a gönderilen 20 Ocak 2004 tarihli kriptoda, söz konusu satıştan çıkar sağlandığına yönelik iddialara ilişkin mesaj geçildiği Wikileaks Belgelerinde yer almıştır.

Daha sonra ÖİB'nın, Tüpraş'ın yüzde 14.76'sını 04.03.2005 tarihinde başka hiçbir aracı kuruluşa haber vermeden Global Menkul Değerler aracılığıyla, İsrailli işadamı Sami Ofer'e, üstelik o günkü borsa değerinin yüzde 8 altında bir fiyat üzerinden 569 milyon ABD Dolarına sattığı ortaya çıkmıştır.

Altı ay sonra 2006 yılında ise Tüpraş hisselerinin kalan yüzde 51'i Koç-Shell ortaklığına 4 milyar 140 milyon dolara satılmıştır. Bu satış, 2 yıl öncesinin 4 katına karşılık gelmektedir ve Tüpraş'ın yüzde 51'inin satış fiyatı

üzerinden yapılan hesaplamada, Tüpraş'ın yüzde 14.76'sının özelleştirilmesinde kamunun 750 milyon dolar zarar ettiği sonucu ortaya çıkmaktadır.

Petrol-İş Sendikası, satış işleminin iptali için Anakara 12. İdare Mahkemesine dava açmış; Ankara 12. İdare Mahkemesi ise 30.12.2005 tarihli ve E:2005/465, K:2005/2019 sayılı kararıyla özelleştirme işlemini iptal etmiştir.

İptal kararını Danıştay 13. Dairesi, 29.11.2006 tarih ve E: 2006/2885, K: 2006/4526 sayılı kararı ile onamıştır.

Bu bağlamda, Kuşadası Limanı hariç diğerlerinde yargının yürütmeyi durdurma ve iptal kararları olağan seyri ve süresi içinde verilerek bir gecikme söz konusu olmamış; Kuşadası Limanı özelleştirmesindeki gecikmiş karar ise yargıdan değil, davanın geç açılmasından kaynaklanmıştır. Ayrıca, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı'nın yargı kararlarını uygulamaya yönelik girişimlerinden hukuksal sonuçlar alınmış; yargı kararlarının uygulanmamasına ilişkin kişisel sorumluluk davaları da tazminatla sonuçlanmıştır.

Gerçekten de yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, Eti Alüminyum A.Ş.'nin %100 oranındaki kamu payının özelleştirme kapsamında satılmasına ilişkin Özelleştirme Yüksek Kurulu'nun 25.07.2005 tarih ve 2005/84 sayılı kararının yürütmesini, Danıştay 13. Dairesi 29.05.2006 günlü ve E. 2005/7873 sayılı kararıyla aradan daha bir yıl geçmeden durdurmuştur.

Çeşme Limanının işletme hakkının devrini öngören Özelleştirme Yüksek Kurulunun 28.04.2003 tarihli ve 2003/17 sayılı kararının iptali için açılan davayı İzmir 1. İdare Mahkemesinin 03.12.2004 tarih ve E:2003/1500, K:2004/1486 sayılı kararı ile reddetmesi üzerine Danıştay 13. Dairesi yerel mahkeme kararını 28.02.2006 tarih ve E: 2005/7150, K: 2006/1231 sayılı kararıyla aradan iki yıl geçmeden bozmuştur.

SEKA Balıkesir Kağıt Fabrikasının 25.03.2005 tarihinde yapılan özelleştirme ihalesinin yürütmesini, Bursa 2. İdare Mahkemesi 28.07.2003 tarih ve E: 2003/791 sayılı kararıyla daha dört ay içinde durdurmuştur.

Tüpraş'ın yüzde 14.76'sının 04.03.2005 tarihinde İMKB'de satışını Anakara 12. İdare Mahkemesi 30.12.2005 tarihli ve E:2005/465, K:2005/2019 sayılı kararıyla daha bir yıl dolmadan iptal etmiştir.

Dolayısıyla siyasal iktidar ve emrindeki ÖİB, yargı kararlarını Anayasanın 138 inci maddesinde öngörülen şekilde zamanında uygulasa idi ne fiili imkansızlıktan ne de geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkmasından söz edilebilirdi.

Nitekim, SEKA Balıkesir Kağıt Fabrikasının özelleştirilmesine ilişkin yargı kararlarını geç de olsa uygulamak için girişimde bulunan ÖİB, bundan sonuç almış; Bigadiç Asliye Hukuk Mahkemesi 09.05.2007 tarih ve E: 2005/50 sayılı kararı ile Bigadiç tapu sicilinde Albayrak Turizm Seyahat İnşaat Ticaret A.Ş. adına kayıtlı bulunan 15 adet taşınmaz ile 16 adet taşınmaz üzerinde anılan firma lehine kurulan irtifak haklarının iptal edilerek, SEKA (Sümer Holding A.Ş.) adına tesciline karar vermiş; bu kararın Yargıtay 19. Hukuk Dairesince onaylanıp kesinleşmesi sonrasında ise söz konusu taşınmazlar ile irtifak haklarının SEKA (Sümer Holding A.Ş.) adına tapuda tescil işlemleri 07.06.2010 tarihi itibariyle tamamlanmıştır.

ÖİB'nın Eti Alüminyum A.Ş. ile şirket hissedarları aleyhine, iptal kararından iki sene sonra Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'ne 2008/160 esas sayılı dosya ile açtığı davadan çekilmesiyle ise benzer bir sonucun ortaya çıkmasını bizatihi Siyasal İktidara bağlı ÖİB engellemiştir.

Bu engellemeye ilişkin olarak ise, Ankara 16. Asliye Hukuk Mahkemesi 27 Mart 2012 tarihli kararıyla, Başbakan Tayyip Erdoğan ile 5 bakan ve özelleştirmeden sorumlu 2 bürokratı 10 bin lira manevi tazminata mahkûm etmiştir.

Bu bağlamda, yargı kararlarıyla iptal edilen özelleştirmelere ilişkin olarak fiili imkansızlıktan dolayı geri dönülemeyecek bir yapı ortaya çıkmış ise, bunun nedeni yargı kararlarının geç verilmesi değil, yargı kararlarını Anayasanın 138 inci maddesine rağmen uygulamayarak Anayasal suç işleyen Siyasal İktidar ile emrinde bulunan ÖİB'dır.

Kaldı ki Siyasal İktidar ile emrindeki ÖİB yargı kararlarını uygulamayarak fiili imkansızlığa dayalı olarak geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması için elinden geleni yapmış olmakla birlikte bunu başaramamıştır.

Çünkü, özelleştirilen tesisler ile araziler yerlerinde durmakta; hisse senetleri İMKB'de işlem görmektedir. Özelleştirme bedelleri, devredilen kamu malvarlığı ve ÖİB'na yapılan ödemeler ile TÜFE, TEFE, GSMH deflatörü, İMKB endeksi

ve TCMB faiz oranları ile yasal faiz oranları bellidir. Devralan firmalar tamir, bakım, onarım ve ek tesis yapmışlar, teknolojiyi yenilemişler, istihdamı ve kapasiteyi artırmışlar, çeşitli maliyetlere katlanmışlar veya hiçbir şey yapmadan aynıyla korumuşlar, işletmeden gelir elde etmişler veya başkalarına satmışlar ya da devretmişler ise tüm bu işlemler için yaptıkları harcamalar ve katlandıkları maliyetler ile elde ettikleri gelirler yasal defter ve belgelerinde kayıtlıdır; hukuken kayıtlı olmak durumundadır. Tüm bu gelir ve giderler ile katlanılan maliyetlerin bilirkişi heyetleri tarafından kuruşu kuruşuna hesaplanması mümkündür; çok daha karmaşık davalarda hesaplanmaktadır.

Kaldı ki yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin olarak herhangi bir fiili imkansızlığa dayalı geri dönülemeyecek yapı durumu ortaya çıksa dahi, Anayasal bir "hukuk devleti"nde ve Anayasanın Başlangıcı ile 2 nci, 6 ncı, 9 uncu, 125 inci ve 138 inci maddeleri bağlamında fiili imkansızlığa dayalı geri dönülemeyecek yapıya karar verecek olan da yürütme organı değil, yetkili yargı mercileridir.

Yasa koyucunun yaptığı düzenlemenin, hukuki ve fiili hiçbir gerekçesi bulunmamakta ve yürütme organının yaptığı hukuka aykırı özelleştirme uygulamaları için idari ve adli yargı mercilerince verilmiş ve verilecek olan yargı kararlarını bertaraf ederek kamu malvarlığının peşkeş çekilmesini meşrulaştırarak sürdürme dışında başkaca bir amaç da taşımamaktadır.

Anayasanın 2 nci maddesinde, hukuk devleti ilkesi Cumhuriyetin temel nitelikleri arasında sayılmış; 4 üncü maddesinde ise bu ilkenin değiştirilemeyeceği ve değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceği kurala bağlanmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, tüm eylem ve işlemleri bağımsız yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ile Anayasanın bulunduğunun bilincinde olan devlettir.

İptali istenen düzenleme, bağımsız mahkemelerce verilmiş yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararına dayalı olarak uygulanmamasını, hukuka aykırılığı yargı kararıyla tescil edilmiş olan iş ve işlemlerin yargı kararlarına rağmen sürdürülmesini

ve yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararlarıyla değiştirilmesini öngördüğünden, Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, hukuk devleti ilkesinin öğeleri arasında yasaların kamu yararına dayanması, kuralların herkes için konulması, kamu düzeninin kurulması ve korunması amacına yönelik bu kurallarda adalet ve hakkaniyet ölçütlerinin göz önünde tutulması gerekliliği bulunmaktadır. Buna göre kamu yararı düşüncesi olmaksızın, diğer bir anlatımla, yalnız özel çıkar veya belli kişilerin yararına olarak herhangi bir yasa kuralı konulamaz. Oysa, iptali istenen düzenlemenin, bağımsız mahkemelerce iptal edilmiş olan ve kamuoyunda adı ve tarafları bilinen ve hatta yazılı ve görsel medyada AKP ve Sayın Başbakan ile ilişkisi kurulan firma sahiplerinin özel çıkarlarını korumanın yanında kamu yararını söz konusu kişilerin şahsi çıkarlarına feda etmeyi, kurulu bulunan kamu düzenini hukuka aykırılıklardan arındırarak korumak yerine belirli kişilerin yararına örselemeyi, kamu malvarlığını adalet ve hakkaniyet ölçülerine aykırı olarak özel şahıslara hukuka aykırı bir şekilde aktarmayı öngördüğü açık olduğundan, iptali istenen düzenlemeler hukuk devleti ilkesine bu açıdan da aykırıdır.

Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrasında kuvvetler ayrımı ilkesine yer verilmiş; 6 ncı maddesinde, egemenliğin Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanılacağı ve hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağı kurala bağlanmış; 9 uncu maddesinde, yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiş; 47 nci maddesinin ikinci fıkrasında, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usullerin kanunda gösterileceği hüküm altına alınmış; 125 inci maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu istisnasız bir şekilde kurallaştırılırken; 138 inci maddesinin son fıkrasında ise, "Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir surette değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez." denilerek yine istisnai bir duruma yer verilmemiştir.

İptali istenen hükümler, Anayasanın 47 nci maddesine göre, Devletin, kamu iktisadi teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usulleri düzenlemeyi değil, özelleştirmelerin 4046 sayılı Yasadaki esas ve usullere aykırı bir şekilde yapıldığı gerekçesiyle iptaline ilişkin yargı kararlarını geciktirmenin de ötesinde yargı

kararlarına uymamayı ve hatta yargı kararlarını değiştirmeyi öngördüğü için Anayasanın 138 inci maddesinin son fıkrasına; yargı yolu açık olan özelleştirme iş ve işlemlerinde son sözü söyleme yetkisini Bakanlar Kuruluna vererek yargı yoluna başvurulmasını anlamsızlaştırarak değersizleştirdiği için Anayasanın 125 inci maddesine; özelleştirme iş ve işlemleri sonucunda verilen yargı kararları konusunda Bakanlar Kuruluna kaynağını Anayasadan almayan yetkiler verdiği için Anayasanın 6 ncı ve 11 inci maddelerine; özelleştirme iş ve işlemlerinde yargı yetkisinin kullanımını ortadan kaldırarak egemenliği bütünüyle yürütme organında merkezileştirdiği için Anayasanın Başlangıcı ile 6 ncı ve 9 uncu maddelerine aykırıdır.

Yukarıda açıklandığı üzere, 26.04.2012 tarihli ve 6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 10 uncu maddesiyle 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna eklenen ek 5 inci maddesindeki, "… özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının …" ifadesi, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 6 ncı, 9 uncu, 11 inci, 125 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6300 sayılı Kanunun 10 uncu maddesiyle 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna eklenen ek 5 inci maddesi ile yürütme organına kamu malvarlığının özelleştirilmesi sonrasında yargı organı tarafından verilen/verilecek olan yargı kararlarını uygulamama ve giderek yargı kararlarının yerindeliğini denetleme ve hatta yargı kararları yerine geçecek iş ve işlemler tesis etme yetkisi verilerek Anayasal iktidar (egemenlik) bütünüyle yürütme organında merkezileştirilmiş; anılan hükme dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca alınan 11.06.2012 tarihli ve 2012/3240 sayılı Kararnameyle ise, Eti Alüminyum A.Ş.'nin %100 oranındaki hissesinin satış yöntemiyle özelleştirilmesi, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'ye ait Kuşadası Limanının işletme hakkı verilmesi yöntemiyle özelleştirilmesi, Türkiye Denizcilik İşletmeleri A.Ş.'ye ait Çeşme Limanının işletme hakkı verilmesi

yöntemiyle özelleştirilmesi, SEKA-Türkiye Selüloz ve Kağıt Fabrikaları A.Ş.'ye ait Balıkesir İşletmesinin varlık satışı yöntemiyle özelleştirilmesi, Türkiye Petrol Rafinerileri A.Ş.'nin %14,76 oranındaki hissesinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Toptan Satışlar Pazarında satılması işlemlerine ilişkin olarak idari yargı tarafından verilen iptal ve adli yargı tarafından verilen kamu malvarlığının iadesi, kamu kurum ve kuruluşları adına tescili ve yargı kararlarının uygulanmamasında kişisel sorumluluğu olanların tazminata mahkum edilmesi kararları ortadan kaldırılarak, kamu malvarlığı aksi yargı kararlarına rağmen hukuksuz bir şekilde özel şahısların eline geçmiştir.

Bu durumdan, kamunun zarar ve ziyanlarının doğduğu bir gerçektir. İptali istenen düzenleme yürürlükte kaldığı sürece Bakanlar Kurulu tarafından alınacak benzer kararlarla kamunun ileride telafisi olmayan zarar ve ziyanlarının doğacağı da apaçık bir gerçektir.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

26.04.2012 tarihli ve 6300 sayılı "Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 10 uncu maddesiyle 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanuna eklenen ek 5 inci maddesindeki, "… özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması

nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının …" ifadesi, Anayasanın Başlangıcının dördüncü fıkrası ile 2 nci, 6 ncı, 9 uncu, 11 inci, 125 inci ve 138 inci maddelerine aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar doğacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

Kanun'un 10. maddesiyle, 4046 sayılı Kanun'a eklenen ve dava konusu bölümü de içeren ek 5. madde şöyledir:

"Ek Madde 5- Tabii afetler nedeniyle zarar gören çiftçilerin özelleştirme kapsam ve programındaki Türkiye Şeker Fabrikaları A.Ş.'ye olan borçlarının vade farkı alınmaksızın ertelenmesi veya vadelendirilmesi ile ***özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının*** *uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulu tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkilidir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM,

Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 18.7.2012 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, işin esasına ilişkin Raportör Sinan ÇINAR tarafından hazırlanan esas inceleme raporu, iptali istenilen yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten ve Anayasa'nın 149. maddesinin altıncı fıkrası ile 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince konu hakkında bilgi alınması için çağrılan Başbakanlık Özelleştirme İdaresi Başkanvekili Ahmet AKSU, 1. Hukuk Müşaviri Vekili Nadir AKSOY ve Hukuk Müşaviri Müzeyyen EKMEKÇİ'nin 2.10.2013 gününde yaptıkları sözlü açıklamaları dinlendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Dava dilekçesinde, iptali istenilen düzenleme ile bağımsız mahkemelerce verilmiş yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararına dayalı olarak uygulanmadığı, hukuka aykırılığı yargı kararı ile tescil edilmiş olan iş ve işlemlerin yargı kararlarına rağmen sürdürüldüğü, Bakanlar Kurulu kararlarıyla değiştirilmesinin öngörüldüğü, özelleştirme işlemlerinin iptaline ilişkin yargı kararlarının geciktirildiği, böylece yargı kararlarına uyulmayarak yargı kararlarının değiştirildiği, yargı yolu açık olan özelleştirme iş ve işlemlerinde son sözü söyleme yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilmek suretiyle yargı yoluna başvurulmasının anlamsızlaştırıldığı, özelleştirme iş ve işlemleri sonucunda verilen yargı kararlarının uygulanması konusunda Bakanlar Kuruluna kaynağını Anayasa'dan almayan yetkiler verildiği, özelleştirme iş ve işlemlerinde yargı yetkisinin kullanımının ortadan kaldırılarak egemenliğin bütünüyle yürütme organında merkezîleştirildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralda, özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün

sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması durumunda, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkânsızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması hâlinde, yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak, Bakanlar Kurulunun tesis edilecek iş ve işlemler konusunda karar almaya yetkili olduğu belirtilmiştir. Böylece, iptale konu düzenleme ile özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanması suretiyle özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanması konusunda yürütme organına yetki verilmesi öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrası, *"Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez."* hükmünü içermektedir.

Mahkeme kararlarının değiştirilememesi, yasamanın ve yürütmenin kesinleşmiş yargı kararlarıyla oluşmuş hukuksal durumlara dokunamaması ya da ortadan kaldıramaması hukuk devletinin temel ilkelerindendir. Aksi hâlde, yargılama sürecinde taraflara tanınan anayasal güvencelerin varlık nedenlerinin kaybedildiğinin kabulü gerekir.

Hukuk devleti ilkelerinin yerine geldiğini bilmek, hukukun üstünlüğü prensibinden doğar. Devlete ve adalete olan inancı, güven duygusunu ve de saygıyı pekiştirir. Adalete erişim ve hak arama hürriyetini korur.

Adalete olan inancın ve güven duygusunun sarsıldığı hâller, Devletin temeli sayılan adaleti koruyan ve sağlamakla görevli yargı organını işlevsiz hâle getirecek, kararının bağlayıcılık ifade etmemesi algısı yaratıldığında ise idareye keyfi davranış sergileme imkânı verilmiş demek olacaktır.

Bir uyuşmazlığı mahkeme önüne götürme, mahkemece verilen kararın uygulanmasını isteme, yargılamanın sonuç doğurmasını sağlayan hak arama hürriyetinin olmazsa olmaz koşuludur. Mahkemeye erişim hakkı, yargılama sonucunda verilen kararın etkili bir şekilde uygulanmasını da gerektirmektedir. Mahkeme kararlarını uygulanamaz hâle getiren düzenlemeler, mahkemeye erişim hakkını da anlamsız kılacaktır.

Kişilerin, Devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk düzeninde gerçekleşebilir. Hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlanabilmesi için ise Devletin her türlü işlem ve eyleminin yargı denetimine açık olması gerekir. Nitekim, Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır.*" denilmek suretiyle bu husus anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Ancak, hukuk güvenliğinin ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulması yeterli olmayıp yargı mercileri tarafından verilen kararların gecikmeksizin uygulanması da gerekir. Bir işlemin hukuka aykırı olduğu yapılan yargısal denetim neticesinde tespit edilmesine rağmen işlemin iptali yönündeki yargısal kararın uygulanmaması, Devletin işlem ve eylemlerine karşı yargı yolunun açık tutulmasını anlamsız hâle getirir. Zira, hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğü sadece hukuka aykırılıkların tespit edilmesiyle değil, bunların tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırılmasıyla sağlanabilir.

Dava konusu kuralla, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının Başbakanlık ve Özelleştirme İdaresi Başkanlığı tarafından uygulanması engellenmekte, özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının uygulanmasına yönelik olarak tesis edilecek işlemler konusunda Bakanlar Kurulu'na yetki verilmesi öngörülmektedir. Böylece, özelleştirme uygulamaları sonucunda verilen yargı kararlarının ilgili idarelerce gecikmeksizin ve derhal yerine getirilmesinin yolu kapatılmış ve özelleştirme uygulamaları sona eren kuruluşlar hakkında verilen yargı kararlarının Bakanlar Kurulu kararı ile uygulanması öngörülmek suretiyle adli veya idari yargı mercilerince verilmiş olan mahkeme kararlarının sonuçsuz kalmasının yolu açılmaktadır. Bakanlar Kurulu kararına karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesi de bu sonucu değiştirmeyecektir.

İdarenin, mahkeme kararlarını yerine getirmesi, Anayasa'nın 138. maddesinde öngörülen bağlayıcılık ilkesi gereği temel bir ödevi olup kararları uygulamama gibi bir tercih hakkı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kural, Anayasa'nın 2., 125. ve 138. maddelerine aykırı görülerek iptal edilmiş olduğundan, ayrıca Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 6., 9. ve 11. maddeleri yönünden incelenmesine gerek görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

26.4.2012 günlü, 6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen ek 5. maddenin *"…özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının…"* bölümüne yönelik yürürlüğün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE, 3.10.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

26.4.2012 günlü, 6300 sayılı Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen ek 5. maddenin *"…özelleştirme*

uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının…" bölümünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Haşim KILIÇ, Alparslan ALTAN, Nuri NECİPOĞLU, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 3.10.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6300 sayılı Kanunla 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a ilave edilen ek 5. maddedeki *"... özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarını..."* şeklindeki bölümün iptaline karar verilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti ilkesi, yargı kararlarına tüm gerçek ve tüzel kişilerin uyması zorunluluğunu

beraberinde getirmektedir. Nitekim, Anayasa'nın 138. maddesinin son fıkrasına göre "*Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez*." Yargı kararlarının uygulanması konusunda Anayasa'da istisna öngörülmemekle birlikte, bu esasın uygulanma kabiliyetine sahip yargı kararları için geçerli olduğu da açıktır. Yargı kararlarının konusundan kaynaklanan imkansızlık veya uygulanamazlık durumu, 138. maddede açıkça ifade edilmese de, yargı kararlarının uygulanması zorunluluğunun istisnasını oluşturmaktadır.

İdari yargıda "hukuki" ve "maddi (fiili)" imkansızlık durumlarında yargı kararlarının uygulanamayacağı hususu genel kabul görmektedir. Hukuki ve fiili imkansızlık hali kararın infaz kabiliyetini ortadan kaldırdığından, bunun aksinin düşünülmesi de mümkün değildir. Nitekim, Danıştay da bazı kararlarında hukuki veya fiili imkansızlık halinin olup olmadığını değerlendirmiş, imkansızlığın bulunduğu durumlarda yargı kararlarının uygulanamamasında hukuka aykırılık görmemiştir. Örneğin Danıştay Onüçüncü Dairesine göre "*davalı idarenin tek taraflı işlemi ile dava konusu işlemin tesisinden önceki hukukî durumun yaratılmasının hukuken veya fiilen mümkün olmadığı hallerde yargı kararının uygulanmaması söz konusu olabilmektedir*" (E.2005/5545, K.2005/5698, 29/11/2005).

Benzer şekilde, Mahkememiz Birinci Bölümü de nihai mahkeme kararından önce kendi isteğiyle emekli olan kişinin görevdeyken tayini işleminin iptaline ilişkin yargı kararını "uygulanamaz karar" olarak görmüştür. Buna göre, "*Naklen atama işleminin iptaline ilişkin mahkeme kararı verilmeden önce başvurucu emekli olduğundan iptal kararının, verildiği anda uygulama kabiliyetinden yoksun olduğu anlaşılmaktadır. Verildiği anda uygulanma kabiliyeti bulunmayan bir mahkeme kararına ilişkin olarak süregelen ihlalden söz edilmesi mümkün değildir*" (B. No: 2012/144, 2/10/2013, § 30).

Yukarıda belirtilen kararlarda hukuki ve fiili imkansızlığın sebebinin statü değişikliği olduğu görülmektedir. Benzer şekilde, dava konusu kuralda belirtilen fiili imkansızlığın sebebini de esasen özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların hukuki durumlarının geri dönülemeyecek şekilde değiştirilmiş olması oluşturmaktadır.

Dava konusu kural Anayasa'nın "Devletleştirme ve özelleştirme" başlıklı 47. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince kanunlaştırılmıştır. Bu

fıkraya göre, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüslerinin ve diğer kamu tüzelkişilerinin mülkiyetinde bulunan işletme ve varlıkların özelleştirilmesine ilişkin esas ve usuller kanunla gösterilir*."

Yargı kararlarının fiili veya hukuki imkansızlık sebebiyle uygulanmayabileceği idari yargı yerlerince de kabul edildiğine göre, buna ilişkin şartların ve karar verecek merciin kanunla önceden belirlenmesi hukuk devleti ilkesinin gereklerine de uygundur. Bu ilke, devletin faaliyetlerinin hangi şartlarda ve ne şekilde gerçekleştirileceğinin önceden belirlenmesini gerektirir.

Bu çerçevede, dava konusu kuralın, özelleştirme ihalelerine girecek yerli ve yabancı kuruluşların özelleştirmeden sonraki süreçlerde karşılaşabilecekleri hukuki belirsizliği gidermeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Özelleştirme politikalarının başarıyla uygulanması, hukuk güvenliğinin sağlanmasına bağlıdır. Özelleştirmenin tamamlanmasının üzerinden uzun yıllar geçtikten sonra verilen yargı kararlarının nasıl uygulanacağı konusundaki belirsizlik güveni zedelemekte, özellikle yabancı yatırımcılar üzerinde caydırıcı bir etki yapmaktadır. Bu nedenle kanun koyucunun, muhtemel hukuki belirsizlikleri ortadan kaldırmak suretiyle özelleştirmelerin başarıyla yapılmasını ve bu anlamda kamu yararını amaçladığı görülmektedir.

Yasama sürecinde yapılan açıklamalardan ve kuralın gerekçesinden, dava konusu kuralın idari yargı içtihatlarında ve doktrinde kabul edilen "fiili imkansızlık" halinin özelleştirme bağlamında şartlarını belirlemeyi ve kanuni dayanağını oluşturmayı amaçladığı anlaşılmaktadır. Kural, Bakanlar Kurulunun yargı kararlarının uygulanmasına ilişkin olarak karar alabilmesi için üç şartın birlikte gerçekleşmesini öngörmektedir. Buna göre, özelleştirmenin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış olması, özelleştirilen kuruluşları devralanlarca her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık halinin bulunması ve buna bağlı olarak geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması gerekir.

Bakanlar Kurulunun fiili imkansızlık da dahil olmak üzere yukarıdaki şartlara ilişkin değerlendirmeleri sonunda yargı kararlarının uygulanması konusunda aldığı kararlarda hukuka aykırılık olduğu ileri sürülebilir. Bu durumda yargı yolunun açık olduğunda ve Bakanlar Kurulunun söz konusu kararı yargıya taşındığı takdirde, fiili imkansızlığın bulunup

bulunmadığı hususunda nihai kararı Danıştay'ın vereceğinde kuşku yoktur. Bu sebeple, söz konusu Bakanlar Kurulu kararlarına karşı yeniden yargı yoluna başvurulabilmesinin mahkeme kararlarının sonuçsuz bırakılması durumunu değiştirmeyeceği şeklindeki çoğunluk kararına da katılmak mümkün değildir.

Açıklanan gerekçelerle iptali istenen kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığını düşündüğümüzden çoğunluğun iptal yönündeki kararına katılmıyoruz.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Alparslan ALTAN	Nuri NECİPOĞLU

Üye	Üye
Zühtü ARSLAN	M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/6
Karar Sayısı : 2013/111
Karar Günü : 10.10.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :

1- Çankırı İnfaz Hâkimliği (E.2013/6)
2- Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Mahkemesi (E.2013/107)

İTİRAZLARIN KONUSU : 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 38., 56., 59. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

(1) *Açlık grevi eylemi yapılmış olması nedeniyle verilen disiplin cezasına karşı yapılan itirazın ve yine aynı eylem nedeniyle disiplin cezası verilmesi talebinin incelenmesi sırasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.*

II- İTİRAZLARIN GEREKÇELERİ

A- E.2013/6 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Hükmen tutuklu …., 05.11.2012 tarihinde Çankırı Cezaevi Müdürlüğüne Türkçe olarak yazılı verdiği dilekçede özetle, Türkiye'nin bir çok cezaevinde …..'a özgürlük, Kürtçe anadilde eğitim ve anadilde savunma talepleriyle süresiz ve dönüşümsüz açlık grevine girilmiş olduğunu, aynı taleplerle kendisinin de bu talepler karşılanıncaya kadar, 05.11.2012 tarihinden itibaren, aynı şekilde, açlık grevine girdiğini ve bu durumu sonlandırmayacağını belirtmiştir. Bu dilekçe

üzerine cezaevi yönetimi tarafından hükümlü hakkında 5275 sayılı Yasa'nın 47/4 ncü maddesi uyarınca disiplin soruşturması açılmış ve üç gün içinde yazılı savunması istenilmiş, aynı tarihli tutanağa göre de ….., anılan soruşturma yazısını tebliğ etmekten imtina etmiştir.

Muhakkik olarak atandığını belirten kurum ikinci müdürü, eylemin 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi kapsamında sabit olduğunu 08.11.2012 tarihli görüş yazısında ifade etmiştir.

5275 sayılı Yasa'nın 47/1 maddesi uyarınca kurum en üst amiri tarafından, 05.11.2012 tarihinde açlık grevine başladığı ve aynı gün verilen yemeği de almadığı yolunda tutanak tutulduğu belirtilerek, eylemin sabit olduğundan bahisle, 12.11.2012 tarih ve 2012/675 sayılı kararla, ……'ye 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi uyarınca "bir ay bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası" verilmiştir.

Disiplin cezası, hükmen tutuklu ……'ye 12.11.2012 tarihinde tebliğ edilmiş, adı geçen cezaevi yönetimi tarafından havale edilen 23.11.2012 tarihli yazılı dilekçesi ile, anılan cezaya karşı mahkememiz nezdinde şikayet yoluna başvurmuş ve bu disiplin cezasının kaldırılmasını talep etmiştir.

Süresinde yapılan başvuru nedeniyle, 4675 sayılı Yasa'nın 6/2 ve 6/4'ncü maddeleri uyarınca şikayetçinin anılan eylemi kendi serbest iradesi ile mi gerçekleştirdiği yolunda kanaat edinilmesi de ayrıca gözetilerek bizzat dinlenmesi gerekli görülmüş ve bu nedenle inceleme, duruşmalı yapılmıştır.

Şikayetçi, cezaevi yönetimine ilk dilekçesini ve yine disiplin cezası kararına karşı dilekçesini yazılı olarak Türkçe dilekçe vermiş ise de, açılan duruşmadaki 29.11.2012 tarihli ilk oturumda meramını Türkçe olarak ifade edemediğini, Kürtçe ifade edebildiğini beyan etmekle, beyanına itibar edilerek Kürtçe bilen ücretsiz tercüman hazır bulundurulmuş ve ifadesi bu tercüman aracılığı ile 06.12.2012 tarihli ikinci oturumda alınmış olup; cezaevine (ilk) dilekçe vermekteki amacının … hükümetini, bu hükümetin yaptığı işlemleri protesto etmek olduğunu, bunu belirtip kendi kararı ile açlık grevine başladığını, onbeş gün kadar süren açlık grevinde kendisine hiç bir müdahalede bulunulmadığını, herhangi bir konuda uzman yardımı da sağlanmadığını, anılan (onbeş günlük) sürenin sonunda medyadan … ve ……'ın çağrısını duyması üzerine açlık grevini kendisinin sona erdirdiğini, idare ile arasında bir sorun olmadığını, ancak bu eylemi nedeniyle disiplin cezası verilmesinin hukuksal olmadığını, cezanın iptali konusunda verdiği dilekçesini tekrar ettiğini tercüman aracılığı ile beyan etmiştir.

Cumhuriyet savcılığı, disiplin cezası usul ve yasaya uygun olduğundan başvurunun reddine karar verilmesi yolunda görüş bildirmiştir.

2- ANAYASA 90/SON MADDESİDE SÖZ KONUSU OLDUĞUNDA ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU VE ANAYASA MAHKEMESİNE BAŞVURU

Olayımızda 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi uyarınca disiplin cezası verilmiştir. Bu madde Anayasa'nın 152/1 nci maddesi uyarınca, mahkememizdeki disiplin cezasının iptali "davasında uygulanacak kural" niteliğinde olup; bu kural da açıkça Anayasa'ya aykırıdır. Bu nedenle 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmak, başvuru sonuçlanana kadar da Anayasa'nın 152/3 ncü maddesi çerçevesinde davanın geri bırakılmasına karar vermek gerekmiştir.

Anayasa'nın 90/son maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümleri ile yasaların, aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, antlaşma hükümleri esas alınır hükmü mevcuttur. Bu hüküm, iç hukuktaki yasa hükmünü davada uygulanacak kural olmaktan çıkaran bir hüküm olmayıp; bu hükümle, davada uygulanacak birden fazla kural ortaya çıktığında, temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda uyuşmazlığın çözümü için bu kurallar arasından, milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınması gerektiğine işaret edilmektedir. Bu nedenle Anayasa'nın 90/son maddesinin varlığı, milletlerarası antlaşmalar da gözetildiğinde, 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesini davada uygulanacak kural niteliğinden çıkarmamaktadır. Çünkü davada uygulanacak kural statüsünde olmak başka bir şey, davada uygulanacak bu kurallardan uyuşmazlığın çözümünde esas alınacak kural olmak başka bir şeydir. Anayasa'nın 90/son ve 152/1 nci maddeleri birlikte yorumlandığında varılacak sonuç bu şekildedir. Bu nedenle Anayasa'nın 152/1 nci maddesi koşulları oluşmuş ve Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmıştır.

3- ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ

Mevzuatımızda "açlık grevlerine yönlendirmek" TCY'nın 298 nci maddesinde suç olarak düzenlenmiş, bu durum cezaevlerindeki tutuklu, hükmen tutuklu ve hükümlülerce işlenmiş ise ayrıca 5275 sayılı Yasa'nın 44/2-m maddesinde hücre disiplin cezasına konu edilmiştir. Yine 5275 sayılı Yasa'nın 82 nci maddesinde de açlık grevi yapan bir kişiye sağlık ve diğer yönlerden nasıl hareket edilmesi

gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Bunun dışında, cezaevinde bulunan tutuklu, hükmen tutuklu ve hükümlülerin, bizatihi kendi iradeleri ile açlık grevine başvurmaları bile 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesinde "bir ay bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma" disiplin cezası nedeni olarak düzenlenmiştir.

Açlık grevi, kişilerin iradi olarak gıda almamak yoluyla, bir olay ya da konuya yönelik isteklerini ya da tepkilerini ortaya koymak ya da baskı oluşturmak, kamuoyu ilgisini çekmek, hak aramak, isteklerini kabul ettirmek için yapılan, demokratik toplum gerekleri içinde kalan bir temel hak ve özgürlük kullanımıdır. İleri aşaması ölüm orucudur.

Açlık grevleri, yaşam hakkı ve düşünce ve ifade özgürlüğü boyutları itibarıyla, temel hak ve özgürlükler kapsamında irdelenmesi ve değerlendirilmesi gereken hukuksal bir konu olmakla birlikte; yaşam hakkı yönü ve tıbbı müdahalenin sınırları boyutuyla tıbbın da ilgi alanında kalan bir konudur.

Cezaevinde, hoş görülen veya görülmeyen düşüncelerin, tek tek veya topluca, anlık veya uzunca bir süre sözlü ifade edilmesi durumunda, herhangi bir yaptırımla karşılaşmayacak bir kişinin, bunu yine aynı biçimde ancak daha etkin bir ifade yöntemi olarak seçtiği açlık grevi yoluyla yaptığında, hakkında yaptırım öngörülmesi; demokratik toplum gerekleriyle, ölçülülük kurallarıyla, temel hak ve özgürlüklerin dokunulmazlığı kavramlarıyla bağdaşmaz.

Açlık grevinin bir sonraki aşaması olan ve olayımızda …..'nin ölüm orucu olarak nitelendirmesine rağmen, 5275 sayılı Yasa'nın 48/1 nci maddesi de gözetildiğinde açlık grevi olarak nitelenecek eylem, hukuksal olarak irdelendiğinde, yaşam hakkı yönünden İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 2 nci maddesi ile de ilgilidir.

Dünya Tabipler Birliği'nin (WMA), 1975 Tokyo Bildirgesi'nde ve 1992 Malta Bildirgesi'nde, açlık grevi ve ölüm orucu halinde olan bir kişiye nasıl yaklaşılacağı hususu ortaya konulmuş, kişinin buna kendisinin iradi karar verdiğinin uzman bir hekim tarafından tesbiti, bu durumun da yine beslenmenin iradi olarak reddedildiğinin bir başka bağımsız hekim tarafından onaylanması gerektiği ifade edilmiştir. Beslenmemenin sonuçları da mutlaka kişiye anlatılmalıdır.

Türk Tabipler Birliği'nin 10-11.10.1998 tarihinde kabul ettiği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda da benzer hususlar tekrarlanmaktadır.

Bu çerçevede bir eylem açlık grevi olarak nitelendirilirken, hangi içerik ve biçimde ortaya çıkmışsa açlık grevi olarak nitelendirilebilir ve temel hak ve özgürlük kapsamı içinde kalabilir sorusunun yanıtı için, evrensel kurallar yorumlanırken, özgürlük alanını olabildiğince geniş olarak ele alarak evrensel kabul gören ilke ve kurallardan hareketle yorum yapmak gerekmektedir. Olayımızda başvurulmamasına rağmen, yukarıdaki kurallar ve tıbbi ilkeler de bu yönüyle önem kazanmaktadır.

İHAS'ın 9 ncu maddesi bağlamında düşünce, 10 ncu maddesi bağlamında ifade özgürlüğü çerçevesinde açlık grevi korunmaktadır. Kişinin kendi iradi kararı ile gıda almayı durdurması ve bunu demokratik toplum gerekleri içerisinde ölçülü olarak yapması, İHAS kapsamında bir temel hak ve özgürlük kullanımıdır. Bir temel hak ve özgürlük kullanımı için, ölçülülük kuralı bile gözetilse, asla disiplin cezası dahi öngörülemez. Bu nedenle 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi İHAS'ın anılan hükümlerine açıkça aykırıdır.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde devletin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğunun belirtilmesi karşısında, bu hükmün gereği olarak insan hakları kapsamında kalan açlık grevine yaptırım uygulanması, Anayasa'nın söz konusu hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca anılan hüküm, devletin temel amaç ve görevlerini düzenleyen Anayasa'nın 5 nci maddesine de aykırıdır. Şöyle ki, bu maddede belirtildiği üzere devlet, temel hak ve özgürlükleri sınırlayan engelleri kaldırmakla, kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli ortamı sağlamakla görevlidir. 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi, Anayasa'nın bu kuralı ile çatışmaktadır.

Yine 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi, temel hak ve özgürlüklerin dokunulmaz ve devredilmezliğini ortaya koyan Anayasa'nın 12 nci maddesiyle de çatışmaktadır. Çünkü söz konusu yasa hükmü ile temel hak ve özgürlüğe dokunulmakta, kısıtlama getirilmektedir. Yine temel hak ve özgürlük için yapılan bu sınırlama hakkın özüne dokunduğu, demokratik toplum düzenine uygun olmadığı, ölçülülük kuralı gözetilmediği için Anayasa'nın 13 ncü maddesi ile de çatışma hali söz konusudur. Öngörülen yaptırım, Anayasa'nın 14 ve 14/son maddesindeki ölçülülük kuralı aşılarak ihdas edildiğinden, Anayasa'nın bu hükmü ile de çatışma hali söz konusudur.

İHAS 9 ve 10 ncu maddeleri konusunda ifade edildiği üzere, açlık grevine disiplin cezası öngörülmesi, Anayasa'da düşünce özgürlüğünün

düzenlendiği 25 nci ve ifade özgürlüğünün düzenlendiği 26 nci maddelere de açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Çünkü silahsız ve saldırısız, demokratik toplum gerekleri içerisinde, ölçülülük kuralı aşılmadan, bir düşüncenin ifade edilmesi, ifade yöntemi olarak ta açlık grevinin seçilmesi, suç olarak nitelendirilemez. Disiplin cezası için silinme koşulları oluşmadıkça, 5275 sayılı Yasa'nın 48/3-b maddesi uyarınca kişinin koşullu salıverme işlemi yapılamadığından, bu ceza sadece disipliner nitelikte bile algılanamaz. Belirtilen nedenlerle, 25 ve 26 nci madde hükümleriyle açık bir çatışma hali söz konusudur. Hücre cezası gibi, 5275 sayılı Yasa'nın 48/3-a maddesi uyarınca infaz hakiminin onayı alınmadan bu ceza idare tarafından uygulandığından ve sonuç ta koşullu salıverme süresini doğrudan etkilediğinden, madde bu haliyle kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran bir yaptırım içerdiğinden, Anayasa'nın 38/11 nci maddesine de açıkça aykırılık söz konusudur. Bu maddenin ihlali için, yaptırımın kişi özgürlüğünü kısıtlaması değil, kişi özgürlüğünü kısıtlama sonucunu doğurması yeterli olup, söz konusu yaptırım nedeniyle koşullu salıverme süresinin uzaması durumu gözetildiğinde, bu yönüyle de aykırılık ortaya çıkmaktadır.

Anılan temel ve özgürlük kullanımı yaptırıma bağlanmakla, öngörülen yaptırımın içeriği gözetildiğinde Anayasa'nın 56/1 nci ve 59/1 nci maddelerine de aykırı hareket edilmiştir.

Ara kararda itiraz başvurusuna konu olan madde ve aykırılık oluşturulan maddeler, teknik sistemden kaynaklanan nedenlerle maddi hata sonucu farklı yazılmış ve bu durum düzeltilememiş olup, bu şekilde oluşan yazım yanlışlığı tutulan tutanakla giderilmiştir.

Gerekçeleriyle yukarıda açıklandığı üzere; İHAS'ın 2, 9, 10 uncu, yine Anayasa'nın 2, 5, 12, 13, 14, 25, 26, 38, 56, 59, 90/son maddelerine açıkça aykırı olan 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesinin iptaline karar verilmesi amacıyla, Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasına, en çok beş ay süreyle olmak üzere başvuru sonucuna kadar Anayasa'nın 152/3 maddesi çerçevesinde davanın geri bırakılmasına, bu nedenle dosyanın onaylı örneğinin çıkartılarak dizi pusulasına bağlanıp, Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir."

B- E.2013/107 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"K.K.1'nci Sınıf Askeri Cezaevinde tutuklu olarak bulunan sanıklar Top.Kur. Alb. …., İs.Kur.Alb. …., İs.Kur.Yb. …, Dz.Kur.Alb. … ve J.Kur.Yarbay …'un,

13-16 Temmuz 2013 tarihleri arasında gerek sanıkların kendi beyanlarından gerek ise de açlık grevi sürecinde yapılan basın açıklamasından anlaşıldığı şekliyle maruz kaldıklarını ifade ve iddia ettikleri muhtelif olaylara karşı kamu oyunun dikkatini celp etmek maksadıyla Askeri Cezaevinde 3 gün süreyle açlık grevi yaptıkları, Askeri Cezaevi yönetimine açlık grevi hakkında bilgi verilmediği, günlük yaşama devam edildiği, ancak basın bildirisi sayesinde Genelkurmay Başkanlığı Basın Yayın ve Halkla İlişkiler Şube Müdürlüğünün haberdar olmasını müteakip açlık grevi eyleminden bihaber olan Askeri Cezaevi yönetimine bilgi verildiği ve bu eylemleri nedeniyle Kara Kuvvetleri Komutanlığı Askeri Savcılığının 29.07.2013 gün ve 2013/Müt.353 sayılı yazısı ile tutuklular hakkında 353 S.K.nun 244'üncü maddesi ve 5275 sayılı CGTİK.nun 40/2-g maddesi kapsamında 'bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma' disiplin cezası verilmesinin talep edildiği maddi vaka olarak sübuta ermiştir.

II- TARAFLARIN ANAYASAYA AYKIRILIK KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLERİ

Askeri Savcı ve hazırda bulunan sanıklar; mahkemenin görüşüne katıldıklarını, Anayasa'ya aykırılık iddiası ile ilgili kanun maddesinin iptal istemiyle Anayasa Mahkemesine itiraz yoluna gidilmesini talep ettiklerini beyan etmişlerdir.

III- YASA METİNLERİ ve ANAYASA'YA AYKIRILIĞIN DEĞERLENDİRİLMESİ :

1. Yasa Metinleri

A. Askeri Mahkemenin Uygulama Alanı ve İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmeliğin 87, 88 ve 96 ncı maddeleri :

"Disiplin cezalarının niteliği ve uygulama koşulları

Madde 87- (Başlığı ile Birlikte Değişik Madde: 11.9.2007 tarihli Askerî Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 24. maddesi) Hükümlü ve tutuklu hakkında askerî ceza ve tutukevinde, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin

uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre 5275 sayılı Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır.

Suç oluşturan eylemlerden dolayı kamu davası açılması, disiplin soruşturması yapılmasını ve cezanın uygulanmasını engellemez."

"Disiplin cezaları :

Madde 88- (Değişik Madde: 11.9.2007 tarihli Askerî Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 25. maddesi) Çocuklar dışındaki hükümlü ve tutuklular hakkında uygulanabilecek disiplin cezaları ağırlık derecesine göre şunlardır:

a- Kınama,

b- Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma,

c- Ücret karşılığı çalışılan işten yoksun bırakma,

ç- Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama,

d- Ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma,

e- Hücreye koyma.

Toplu, bedensel, zalimane, insanlık dışı veya küçültücü cezalar, disiplin cezası olarak uygulanamaz."

"Disiplin soruşturması ve disiplin cezalarının verilmesi

Madde 96- (Değişik Birinci Fıkra: 22.11.2010 tarihli Askerî Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 13. maddesi) Uyarma cezası müdür tarafından verilir ve uygulanır.

Hükümlü ve tutukluların diğer disiplin cezalarını gerektiren eylemlerinin öğrenilmesinden itibaren derhâl ve en geç iki gün içinde müdür tarafından atanan bir görevli tarafından soruşturmaya başlanır.

Soruşturma en geç yedi gün içerisinde tamamlanır ve düzenlenen dosya askerî ceza ve tutukevinin teşkilatında bulunduğu kıta komutanlığı veya askerî kurum amirliğinin teşkilatında bulunan askerî savcılığa gönderilir. Askerî savcı, askerî ceza ve tutukevi müdürlüğü tarafından hazırlanan hükümlü ve tutuklu hakkında disiplin cezası tatbikini içerir ceza dosyasını, konu ve şahıs ile ilgili kendi kanaatini de ekleyerek askerî mahkemeye gönderir. Soruşturma süresi eylemin ve soruşturmanın niteliğine göre askerî savcının yazılı onayı ile yedi güne kadar uzatılabilir.

Savunma alınmadan disiplin cezası verilemez. Haklarında disiplin soruşturması yapılanlara, yüklenen eylemin niteliği ve sonuçları ile üç gün içinde savunmalarını vermeleri, aksi hâlde bu haklarından vazgeçmiş sayılacakları yazılı olarak bildirilir. Savunma yazılı olarak sunulabileceği gibi sözlü olarak da yapılabilir. Sözlü savunma tutanakla saptanır. Türkçe bilmeyenlerle, sağır ve dilsizlerin savunmaları tercüman aracılığıyla alınır.

(Değişik Beşinci Fıkra: 22.11.2010 tarihli Askerî Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 13. maddesi) Uyarma haricindeki disiplin cezaları, subay ve astsubaylar hakkında askerî mahkeme kurulu, diğer hükümlü ve tutuklular hakkında askerî mahkemenin bir üyesi tarafından verilir. Ancak acil hallerde askerî savcılar veya askerî ceza ve tutukevi müdürü tarafından verilecek disiplin cezaları uygulamaya konulur ve derhal askerî mahkemenin onayına sunulur. Bu cezaların askerî mahkemenin onayına sunulması infazlarını durdurmaz. Hücreye koyma cezasının infazına askerî mahkemenin onayı ile başlanır. Onaya sunulan disiplin cezası ile ilgili olarak olayın özelliğine göre infazın durdurulmasına karar verilebilir. Bu disiplin cezası ve onay kararları duruşma açılmak, hükümlü veya tutuklunun savunması alınmak ve sübut delilleri toplanıp değerlendirilmek suretiyle verilir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını hazır bulunmak ve istemi halinde vekaletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir. Disiplin cezası ve onay kararlarına karşı, teşkilatında askerî mahkeme kurulan kıta komutanı veya askerî kurum amiri, askerî savcı, tutuklu veya hükümlü ve varsa müdafileri yedi gün içinde itiraz edebilir. İtiraz en yakın askerî mahkemede incelenir.

(Değişik Altıncı Fıkra: 22.11.2010 tarihli Askerî Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 13. maddesi) Askerî mahkeme onayına sunulan disiplin cezaları ile

ilgili olarak askerî savcı, olay ve şahıs hakkındaki kanaatini ceza evrakı ile birlikte askerî mahkemeye bildirir.

(Değişik Yedinci Fıkra: 22.11.2010 tarihli Askerî Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmeliğin 13. maddesi) Askerî mahkeme, yasada yazılı disiplin cezası uygulanmasına veya disiplin cezası verilmesine yer olmadığına karar verebilir. Askerî mahkeme kararları gerekçeli olarak yazılır. Askerî mahkeme kararı tutuklu ve hükümlülere askerî ceza ve tutukevi müdürlüğü tarafından derhal tebliğ edilir."

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 'bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma' disiplin cezasını müstelzim 40 ncı maddesi:

"Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma

Madde 40- (1) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar süreyle kurumun kültürel ve spor etkinliklerine katılmaktan yoksun bırakılmasıdır.

(2) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezasını gerektiren eylemler şunlardır:

a) İdarenin izni olmaksızın yasak yerlere girmek.

b) Eğitim yerini terk etmek.

c) Eğitimi savsaklamak.

d) Olumsuz davranışa yönelik gruplaşmaya neden olmak veya bu amaca yönelik gruba katılmak.

e) Kurum görevlilerine karşı uygunsuz söz sarf etmek veya davranışta bulunmak.

f) Çıkar sağlamak amacıyla hükümlülere veya kurum görevlilerine eşya vermek veya satmak.

g) Açlık grevi yapmak."

B. Dayanılan Anayasa Kuralları :

Yukarıda anılan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 40 ncı maddesinin 2 numaralı fıkrasının (g) bendinin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2, 5, 10, 12, 13, 15, 25 ve 26 ncı maddelerine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

2. Anayasa'ya Aykırılığın Değerlendirilmesi :

Askeri Mahkememizce iptali istenen açlık grevi yapmak eylemini disiplin cezasını müstelzim kılan kanun maddesinin Anayasaya aykırı olup olmadığının tespitinde evleviyetle açlık grevi eyleminin mana ve maksadının ortaya konması gerekmektedir.

Tarihçesi yaklaşık yüzyıl öncesine dayanan açlık grevi Türk Dil Kurumunun Genel Türkçe Sözlüğünde 'kendisine veya başkalarına yapılan haksızlığı protesto için bir kimsenin aç durarak gösterdiği tepki' olarak tanımlanmıştır. Açlık grevi, kişinin belli bir olayı protesto etmek, bir konuda açıkladığı düşüncelerine kamuoyunun dikkatini çekmek veya salt ilgi toplamak adına yaşamın sürdürülebilmesi için en temel ihtiyaç olan beslenmeyi kesmesi olarak da tanımlanabilir. Açlık grevleri, bilhassa görülmekte olan kamu davasında da olduğu üzere tutuklu veya hükümlü olması nedeniyle hürriyeti tehdit edilmiş bir kişinin, öznel değerlendirmeleri neticesinde maruz kaldığına kanaat getirdiği haksızlığa karşı kamuoyunun veya devletin dikkatini çekerek karar mercilerini zorlamak maksadıyla elinde kalan son imkan olarak yaşam hakkını öne sürmesi şeklinde tezahür etmektedir. Bu bağlamda Askeri Mahkememizde, açlık grevinin, asgari düzeyde de olsa temel demokratik kurallara dayalı yönetilen toplumlarda, ifade ve düşünce yayma özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşüncesi hasıl olmuştur.

Hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen bir devlette, ifade özgürlüğü demokratik bir toplumun asli temeli olmanın da ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından da merkezi bir rol oynar. İfade ve düşünce yayma usulü sözlü, yazılı, basılı veya çizili olabileceği gibi açlık grevlerinde olduğu şekliyle sıra dışı (sui generis) usullerle de ortaya çıkabilir. Anılan durum düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini güvence altına alan Anayasanın 26 ncı maddesinde "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir." şeklinde düzenlenmiştir.

Açlık grevleri dünya kamuoyunda ve doktrinde, temel iki hak ve özgürlük olan açıklama ve yayma hürriyeti ile yaşam hakkı bakımından tartışma konusu olmuştur. Açlık grevinin ölüm orucuna dönüşmesi halinde birbiri ile çatışmaya başlayan bu iki temel hak nazara alınarak bireyi yaşatma yükümlülüğü yönünden devletin ve tababetin ölüm orucu yapan kişiye müdahale zaman ve şekli gerek uluslar arası belgelere gerek ise de iç mevzuata konu olmuş, ancak hiçbirisinde açlık grevi haksız bir eylem ve suç olarak tanımlanmamıştır. Aksine AİHM'nin birçok kararında (X-Almanya davası, Nevmerzhitsky-Ukrayna davası ve Ciorap-Moldova davası) açlık grevi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10 uncu maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü kapsamında kabul edilmiş ve yine aynı sözleşmenin 2 nci maddesinde düzenlenen yaşam hakkı yönünden müdahale sınırları tartışılmıştır. Dünya Tabipler Birliğinin 1975 yılında kabul ederek deklare ettiği Tokyo bildirgesinde, yine aynı birliğin 1992 tarihinde değişiklikle deklare ettiği Malta Bildirgesinde ve devamında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin (98) 7 sayılı tavsiye kararında hekimin açlık grevi yapan kişiye eyleminin tıbbi sonuçlarını açıklayacağını, buna rağmen tedaviyi reddeden kişi tam ve doğru bir yargıya varacak yetenekte ise kişiyi besleme veya tedavi etmemesi gerektiğini bildirmişlerdir. Anılan uluslar arası belgeler doğrultusunda ulusal mevzuatımızın 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 'hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi' başlığı altında 82 nci maddesinde ve benzer şekilde Askeri Ceza ve Tutukevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Yönetmeliğin Tutuklu ve hükümlünün kendisine verilen yiyecek ve içecekleri reddetmesi' başlığı altında 65/A maddesinde;

"...Hükümlüler, hangi nedenle olursa olsun, kendilerine verilen yiyecek ve içecekleri sürekli olarak reddettikleri takdirde; bu hareketlerinin kötü sonuçları ile bırakacağı bedensel ve ruhsal hasarlar konusunda ceza infaz kurumu hekimince bilgilendirilirler. Psiko-sosyal hizmet birimince de bu hareketlerinden vazgeçmeleri yolunda çalışmalar yapılır ve sonuç alınamaması hâlinde, beslenmelerine kurum hekimince belirlenen rejime göre uygun ortamda başlanır.

(2) Beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır.

(3) Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddî tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.

(4) Bu maddede öngörülen tedbirler, kurum hekiminin tavsiye ve yönetimi altında uygulanır. Ancak, kurum hekiminin zamanında müdahale edememesi veya gecikmesi hükümlü için hayati tehlike doğurabilecek ise, bu tedbirlere ikinci fıkrada belirtilen şartlar aranmaksızın başvurulur.

(5) Bu madde uyarınca hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik zorlayıcı tedbirler, onur kırıcı nitelikte olmamak şartıyla uygulanır." şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere mezkur uluslar arası ve ulusal mevzuatın hiçbir yerinde açlık grevi haksız bir eylem olarak düzenlenmemiş, aksine açlık grevi bir hak olarak görülmüş ve müdahale için yaşam hakkının tehlikeye girmesi şartı aranmıştır.

Yukarıda açıklaması yapıldığı şekliyle ifade özgürlüğü kapsamında olduğuna kanaat getirilen açlık grevlerine yönelik ceza öngörülmesinin Anayasanın 'düşünce ve kanaat hürriyeti' başlığı altında düzenlenen 25 inci maddesine ve 'düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti' başlığı altında düzenlenen Anayasanın 26 ncı maddesine aykırı olduğu değerlendirilmektedir.

Anayasa'nın 2 nci maddesinde tanımlanan cumhuriyetin niteliklerinden, hukuk devleti, "insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir."

Anayasa Mahkemesi'nin birçok kararında kanunların hukuk devletinin temel prensiplerinden olan ölçülülük ilkesiyle bağlı olduğu, bu ilkenin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu vurgulanarak tarif edilen ölçülülük ilkesine bağlılığının gerekliliği izah edilmiştir. Açlık grevlerine getirilen disiplin cezasının hafif cezalardan olması nazara alınarak bir an için ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın ölçülü olduğu düşünülebilecek ise de cezaevi işleyişine zarar vermeyen, nizam ve intizamı bozmayan, özellikle de cezaevindeki günlük yaşamın akışına menfi yönde etkisi olmayan bir eylemin salt cezaevi yönetimini, devleti veya kamuoyunu irite etmesi nedeniyle cezayı

gerektirir kılınmasının kabul edilemez olduğu düşünülmektedir. Açlık grevi yapmaktan beklenen neticelerden birinin de bu pasif direniş ile protesto edilmek istenen kişi veya aygıtın rahatsız edilmesi, kamuoyunu meşgul ederek gündem oluşturulmak istenmesi olduğu, buna karşın ilgili kamu gücünün tahammül eşiğinin demokratik hukuk devletlerinde olduğu gibi yüksek olması gerektiği unutulmamalıdır. Bu nedenle salt açlık grevi yapmak eyleminin 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun, disiplin cezalarının niteliği ve uygulama koşullarını düzenleyen 37 nci maddesinde ifade edilen "... düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması" şartları içerisinde değerlendirilemeyeceği açıktır.

Devletin temel amaç ve görevlerinin ifade bulduğu Anayasa'nın 5 inci maddesinde kişinin temel hak özgürlüklerini sınırlayan engelleri kaldırmanın ve insanın maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunduğu belirtilmiştir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği izah edilen açlık grevlerine cezayı müeyyide düzenleyen iptal istemine konu 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 40 ncı maddesinin 2 numaralı fıkrasının (g) bendinin, bu minvalde Anayasa'nın 5 inci maddesinin amacına aykırı olduğu görülmektedir.

Kanun önünde eşitliğin tanımının yapıldığı Anayasa'nın 10 ncu maddesinde herkesin dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı belirtilmiştir. Cezaevinde hürriyeti tehdit edilmemiş bir kişi için açlık grevi yapmak herhangi bir suç teşkil etmezken sırf cezaevinde bulunması nedeniyle eylemin disiplin cezasını gerektirir hale getirilmesinin Anayasa'nın 10 ncu maddesinde tanımlanan kanun önünde eşitlik ilkesine aykırı olduğu kanaati hasıl olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulayıcısı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin açlık grevi konulu kararlarındaki eylemin ifade özgürlüğü olduğu kabulü doğrultusunda Anayasamızda buna denk düşen temel hak ve özgürlükler bakımından 'öz yönünden uyum sağlanması' gerekmektedir. İnsan olmak ortak paydasından mütevellit 'insan onuru'nu meydana getiren temel hak ve özgürlüklerden düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini mesnetsiz bir genel kabulle sınırlamak Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin niteliği, sınırlanması ve kullanılmasının durdurulması başlıkları altında düzenlenen 12,

13 ve 15 inci maddelerine aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki cezaevi düzenini bozmayan, suça veya şiddete teşvik etmeyen ve eylemin gerçekleştiriliş usul ve maksadı itibariyle 'milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi' amaçları ile temel hak ve hürriyetin kötüye kullanıldığı açıkça ortaya konmadıkça, açlık grevi yöntemiyle icra edilen düşünce açıklamasının sınırlanması veya durdurulmasının Anayasanın 14 ve 26/2 maddelerinde izah edilen anayasal şartlar oluşmaması nedeniyle hukuka aykırı görülmüştür.

Yukarıda izah edilen hususlar doğrultusunda, 13.10.2004 tarihli, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 40 ncı maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2, 5, 10, 12, 13, 15, 25 ve 26 ncı maddelerine aykırı olduğu kanaatine varıldığından Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 152 nci maddesi uyarınca iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi nezdinde itiraz yoluna başvurulmasına oybirliği ile karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren *"Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma"* başlıklı 40. maddesi şöyledir:

"Madde 40- *(1) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar süreyle kurumun kültürel ve spor etkinliklerine katılmaktan yoksun bırakılmasıdır.*

(2) Bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezasını gerektiren eylemler şunlardır:

a) İdarenin izni olmaksızın yasak yerlere girmek.

b) Eğitim yerini terk etmek.

c) Eğitimi savsaklamak.

d) Olumsuz davranışa yönelik gruplaşmaya neden olmak veya bu amaca yönelik gruba katılmak.

e) Kurum görevlilerine karşı uygunsuz söz sarf etmek veya davranışta bulunmak.

f) Çıkar sağlamak amacıyla hükümlülere veya kurum görevlilerine eşya vermek veya satmak.

g) Açlık grevi yapmak."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 38., 56., 59. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- E.2013/6 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 31.1.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2013/107 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 12.9.2013 gününde yapılan ilk inceleme

toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2013/6 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, E.2013/107 sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2013/6 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 12.9.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Mustafa ÇAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, ceza infaz kurumunda hükümlülerin etkin bir ifade yöntemi olarak seçtikleri açlık grevi eylemine itiraz konusu kuralla disiplin yaptırımı öngörülmesinin demokratik toplum gerekleriyle, ölçülülük ilkesiyle ve temel hak ve özgürlüklerin dokunulmazlığı kavramlarıyla bağdaşmadığı, silahsız ve saldırısız, demokratik toplum gerekleri içerisinde bir düşüncenin ifade edilmesinin, ifade yöntemi olarak da açlık grevinin seçilmesinin disiplin cezasına bağlanamayacağı, açlık grevi nedeniyle disiplin cezası alan hükümlünün koşullu salıverilme süresi doğrudan etkileneceğinden bu durumun kişi özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu da ortaya çıkardığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 38., 56., 59. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İnfaz hukukuna ilişkin disiplin suç ve cezaları, 5275 sayılı Kanun'un sekizinci bölümünde düzenlenmiş, bu çerçevede uygulanacak disiplin suç ve cezalarının amacı, mahiyeti, kapsamı, sınırları ve uygulanma koşulları Kanun'un 37. maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur. Kanun'daki disiplin suç ve cezaları yönünden genel hüküm niteliğindeki bu madde uyarınca, bu Kanun kapsamındaki bir disiplin suçunun oluşabilmesi ve cezasının uygulanabilmesi için sadece her bir disiplin suçu yönünden belirlenen özel

hükümdeki şartların gerçekleşmesi yeterli olmayıp ayrıca 37. maddedeki şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanun'un 37. maddesine göre, hükümlü hakkında ceza infaz kurumunda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanacaktır.

Kanun'un 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının itiraz konusu (g) bendinde ceza infaz kurumlarında gerçekleştirilecek olan açlık grevi eyleminin bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma disiplin cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Kanun'un 37. maddesi de dikkate alındığında ceza infaz kurumunda tek başına açlık grevi eylemi yapılması itiraz konusu kuralda yer alan disiplin suçunun oluşabilmesi için yeterli olmayıp bu eylemin ceza infaz kurumundaki güvenliği veya disiplini bozacak ya da düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

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

Kanun koyucu, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahiptir. Bu yetki, disiplin hukuku bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi disiplin hukukuna ilişkin düzenlemelerde de kanun koyucu hangi eylemlerin disiplin suçu sayılacağı ve bu eylemlerin hangi disiplin cezasıyla cezalandırılacağı konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte disiplin hukukuna ilişkin kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Bu nedenle, itiraz konusu kuralın bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesinde ise herkesin, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu, ancak bu hürriyetlerin kullanılmasının, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kullanılması da demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde ve Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla, belli koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanabilir. Ancak bu getirilen sınırlama ve yaptırımlar hakların özüne dokunamaz, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Ceza infaz kurumlarının, yapıları gereği hürriyetin sınırlandırıldığı ve Devletin kontrolü altındaki özel alanlar olması ve dolayısıyla Devletin hem

bu kurumda bulunanların güvenliklerini ve sağlıklarını koruma hem de disiplini tesis etme yükümlülüğünün bulunması karşısında, hükümlülerin ve tutukluların da ceza infaz kurumlarında diledikleri şekilde eylem yapma özgürlüğünün bulunmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, Kanun'un 40. maddesinde açlık grevi eylemlerin ceza infaz kurumunda düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması açısından disiplin yaptırımına bağlandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla kamu düzenin sağlanması amacıyla hükümlülerin ifade özgürlüğüne bir sınırlandırma getirildiği, sınırlamanın kanunla ve Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen özel sınırlandırma nedenine bağlı kalınarak yapıldığı açıktır.

Diğer taraftan, itiraz konusu kural uyarınca hükümlülerin ifade yöntemi olarak tercih ettikleri her türlü açlık grevi eylemleri değil, sadece bu eylemlerin ceza infaz kurumlarındaki güvenliği veya disiplini bozacak veya ceza infaz kurumlarındaki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesi hâli disiplin cezasına bağlandığından, kurala konu sınırlandırmanın ifade özgürlüğünün kullanımını ciddi surette güçleştirip, kişinin açlık grevi ile ulaşmak istediği amacına ulaşmasına engel olmadığı ve ifade özgürlüğünü ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımadığı dolayısıyla hakkın özüne zarar vermediği de açıktır.

Ayrıca itiraz konusu kuralla, cezanın, infaz hukukunun amacına uygun olarak infaz edilebilmesi ve hükümlülerin haklarını kullanabilmesi, yükümlülüklerini yerine getirebilmesi amacıyla ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirilmekte olup bu sınırlama, ceza infaz kurumlarında düzenin temin edilmesi, dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması amacıyla demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır. Bu şekilde, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında hükümlülerin ifade özgürlüğü sınırlandırılırken, Kanun'da sınırlandırma aracının sınırlandırma amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verilmiş, böylece ceza infaz kurumu düzeninin sağlanması şeklindeki kamu yararı ile kişilerin ifade özgürlüğü arasında makul denge de kurulmuştur.

Bu bağlamda, ceza infaz kurumunun düzenini bozacak şekilde gerçekleştirilecek olan açlık grevi eylemleri için öngörülen bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası, Kanun'un 40. maddesinin (1) numaralı

fıkrasıyla bir ay olarak belirlenmiş ve bu cezanın Kanun'un 37. maddesi gereği eylemin niteliği ve ağırlık derecesine göre en fazla üç aya kadar uygulanabilmesine izin verilmiştir. Bu yönüyle kuralda öngörülen disiplin cezası ile Kanun'da yer alan diğer disiplin cezaları da dikkate alındığında, eylem ile önlem arasında bulunması zorunlu adil denge korunmuştur.

Kaldı ki Kanun'da, kurala konu disiplin suçu ve cezasının uygulanmasına karşı yargı yolu da açık tutulmuş, böylece idarenin sınırlandırma aracını, amacına ve Kanun'a aykırı şekilde kullanmasının önüne geçecek güvence de sağlanmıştır.

Bu yönleriyle kuralla ifade özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın, hakkın özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

Bununla birlikte başvuru kararında, açlık grevi eylemi nedeniyle hükümlünün disiplin cezası ile cezalandırılması hâlinde hakkında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmayacağı bunun da Anayasa'nın 38. maddesinde yer alan *"idarenin kişi hürriyetini kısıtlayıcı sonuç doğuran bir müeyyide uygulayamayacağına"* dair ilkeye aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüşse de koşullu salıverilmenin, cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla (iyi durumuyla) topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün yine mahkeme kararıyla ödüllendirilmesi ve kuralın hükümlülerin yargı organlarının kararıyla belirlenen hükümlülük sürelerini artırıcı bir etkisinin bulunmaması karşısında Anayasa'nın 38. maddesine de aykırılıktan söz etmek mümkün değildir. Öte yandan, Kanun'da, hükümlülere uygulanan disiplin cezalarının infaz edildikleri tarihten itibaren disiplin cezasının kaldırılmasına ve iyi hâlin kazanılmasına ilişkin süreler belirlenerek disiplin cezası ile cezalandırılan hükümlülere iyi hal kazanma imkânı getirildiği ve anılan sürelerin dolmasıyla birlikte hükümlüler hakkında koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanabileceği de açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13., 26. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 5., 10., 12., 14., 15., 25., 56., 59. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ve Muammer TOPAL bu görüşe katılmamıştır.

VII- SONUÇ

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 10.10.2013 gününde karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

KARŞIOY

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu'nun 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinde yer alan "Açlık grevi yapmak" fiilinin muhatabı sanığa, bazı etkinliklere katılmaktan alıkoymak şeklinde öngörülen disiplin cezasının Anayasaya aykırılığını ileri süren mahkemelerin özetle; düşüncesini daha etkin bir şekilde ifade etmek için açlık grevi yolunu seçmesine cezaevi yönetimince yaptırım öngörülmesinin demokratik toplum gereği, ölçülülük ve temel hak ve özgürlüklerin dokunulmazlığı kavramı ile bağdaşmadığını, ifade özgürlüğü çevresinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile korunan hakka müdahalenin hakkın özüne dokunduğunu ve ceza yaptırımının muhatabı

olamayacağını, kişi özgürlüğünü kısıtlayıp, şartlı salıverme koşulunu doğrudan etkileyip uzattığını söylemektedirler.

Dava konusu edilen somut olayların birinde; maruz kaldıkları ifade ve iddia ettikleri muhtelif olaylara karşı kamuoyu dikkatini celp etmek maksatlı yaptıkları 3 gün süreli açlık grevine karşı sonradan haberdar olan Askeri Cezaevi yönetiminin, diğer olayda da hükmen tutuklu sanığın açlık grevine gittiğini söylediği gün yemek almaması üzerine tutulan tutanak ile tespit edilen bu eylemi nedeniyle savcılıkça iptal konusu kural nedeniyle haklarında disiplin cezaları tatbik edildiği anlaşılmaktadır.

Disiplin, düzenli bir davranış için gerekli kurumsal koşulların oluşturulduğu ve düzene karşı davranışın(düzensizliğin) bağlı olduğu yaptırımlar olarak nitelenmektedir.

Ceza infaz kurumlarının, hürriyeti kısıtlanan kimseler hakkında toplumun korunması, hükümlünün eğitilerek ıslah yolu ile yeniden topluma kazanımı ve cezasının infazının temin edileceği yer olduğu düşünüldüğünde, kurumda düzenli yaşam, güvenlik ve disiplinin sağlanması ve hükümlü haklarının sağlıklı kullanılabilmelerine olanak sağlamak, aksine davrananlara ise ihlal ettiği kurala karşı kusuru oranında disiplin ceza ve tedbirlerinin uygulanması gerektiğinde bir duraksama yoktur.

Nitekim, Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan "hükümlülere uygulanacak muameleye ilişkin minimum standart kurallar" disiplin suçu oluşturan eylemlerin, uygulanabilecek tür ve sürelerinin, bunları vermeye yetkili makam gibi konuların ancak yasa ve yetkili makam düzenlemeleri ile ve de sanığın ancak isnat edilen suç ile ilgili bilgilendirilerek ve savunma imkanı tanınarak cezalandırılabileceği aksi halin insani bir infaz sistemi olarak ifade edilemeyeceğini söylemektedir.

Ayrıca, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını göz önüne alarak Avrupa Cezaevi kuralları adı altında aldığı tavsiye kararında, dosyamızla ilgisi nedeniyle özetle, çıkan uyuşmazlıklarda yapıcı ve uzlaşmacı araçların kullanılıp disiplin cezasının son çare olduğunu, düzene, asayişe ve güvenliğe tehdit olabilecek davranışların disiplin önlemi gerektirecek bir suç olarak tanımlanabileceğini tavsiye ederek ceza infazında insanileştirme çabalarını önemsemektedir.

Disiplin cezasına konu edilen "AÇLIK GREVİ YAPMAK" fiili davranışında, eylemin nitelenmesi konusunda mutlak kabul edilmiş bir tanım bulunmamaktadır.

Kimine göre protesto, amaca ulaşma yolu, ilgi çekmek olarak ifade edilen davranış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. ve 10. maddesinde yer alan düşünce ve ifade özgürlüğü bağlamında korunduğu düşünüldüğünde anayasamızın düşünce ve kanaat hürriyeti başlıklı 25. ve düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin yer aldığı 26. maddesi kapsamında değerlendirilmesi öncelikli bir zorunluluktur.

"Açlık grevi yapmak" fiilinde; insanın kendi vücudunu protesto biçimi olarak kullanarak kısmen sağlıklı yaşam hakkını riske sokacak bir süreci başlatması ve sonunda gelebilecek ölüm hadisesinin toplum vicdanında getirdiği hassasiyet ve acıma hissi nedeniyle hepimizin zihninde yarattığı şok etkisi ön plana çıkmakta ve bu alana müdahale etme gerektiği duygusu yaratmaktadır.

Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğü ve bunu açıklama hakkı kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının en önemli öğelerindendir.

Bu özgürlük kullanımında ifade tarzları arasında bir ayrım yoktur. Bildiri dağıtmak, ticari açıklamalar yapmak, düşünmek, konuşmak, haber alıp vermek vb. kadar susma hakkı, kendini, yakınlarını suçlayan ifade vermeme, eylemsizlik, sessiz kalma hakları da bu kapsamda değerlendirilebilir ve Anayasa'nın 26. maddesinin koruma alanında olmalıdır.

O halde, "Açlık grevi" kelime anlamı ile yemek yememe, beslenmeyi reddetme şeklindeki birey davranışının da özgürlük alanı vardır ve kapsamda kalması nedeniyle korunmalıdır. Kamu makamlarının bu özgürlüğün koruma alanına müdahale edebilme yetkisi de Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında sayılı gözükmektedir.

Bu kapsamda özüne dokunulacak hakka meşru müdahale yetkisi olayımızda kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi adına yapılabilecek olduğu kabul edilebilecek ise de; "açlık grevi yapmak" diye sadece eylem adı vererek müdahale hakkı veren kuralın kurumsal düzende zarar verici

hallerinin açık olduğu erişilebilir, ulaşılabilir kanuni bir metin olarak kendini ifade ettiği söylenemez.

Bir ifade özgürlüğü biçimi olarak öğretide ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında kabul gören "açlık grevi" uygulaması infaz rejimi açısından bir disiplin suçu olarak kabul edilirken, cezaevi güvenliğini bozucu halleri ile masum bir demokratik tepki olarak bireysel tercih sonucu ifa edilen farklı nitelikteki "açlık grevi" fiili arasında hiçbir ayrım yapılmadığı görülmektedir.

Kuralda demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olduğunu ortaya koyan hiçbir kriter öngörülmemiş, örneğin örgütsel amaçlı ölüm orucu nitelikli kitlesel açlık grevi eylemleri ile cezaevi düzen ve güvenliğine tehlike yaratmayan bireysel tepki anlamındaki "açlık grevi" şeklinde nitelenen yemek yememe fiili ile aynı kategoride değerlendirilmiştir.

Düzensizliğin tahrik ve şiddet içeriğine karşın, idarenin görev gerekliliklerinin mutlak anlamda yerine getirilmesine ve uygulamasına sahip olması gerektiği düşünülmektedir. Cezaevi işleyişine eziyet getirmeyen süre gelen cezaevi yaşamını zorlaştırmayan kendisine uzatılan yemeği yememek suretiyle sessiz protestosu ile kendini ve karşı olduğu davranışı ifade etme yetisini kullanan ve bedensel özerkliğini kullanan sanığın korunan bu alanına müdahalenin hak olabilmesi bozulan düzenin ne olduğunu ve ifade özgürlüğüne üstün kamu adına dengenin bozulduğunu gösteren bir hal aldığının açıkça neler olduğunun bilinmesini gerektirir.

Şiddetsiz ve zararsız bir hak kullanımına karşı "Açlık grevi yapmak" şeklinde ifade edilen eylem ve bu eylemi yorumlayacak kişiler yönünden açık keyfilik ve kişiden kişiye değişecek yorum serbesti içeren kavramın, müdahaleye meşruluk verecek güvenceden yoksun ve belirsizlik içerdiği düşünüldüğünden Anayasa'nın 26. maddesi bağlamında Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırıdır.

Alışılagelmiş (ama terside somut olayda olduğu şekilde) anlamıyla açlık-grev kelimelerinin bir arada bulunması mutlak düzensizlik getirdiği kanaati yeterli değildir.

Anılan nedenler ile çoğunluk görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Engin YILDIRIM	Üye Muammer TOPAL

Esas Sayısı : 2013/58
Karar Sayısı : 2013/114
Karar Günü : 10.10.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Sinop Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanıklar hakkında görevi kötüye kullanmak suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Sinop Üniversitesi Rektörlüğünün 19/04/2013 tarih, 22821129/648.01-052/2147 sayılı lüzumu muhakeme kararı ile sanıklar … ve …'nin mağduru …'a yönelik olarak görevlerini kötüye kullandıklarından bahisle sanıkların yargılamalarının mahkememizce yapılarak sanıkların 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 257/1, 53. maddelerine göre cezalandırılmaları talep edilmiştir.

Mahkememizce 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesinin 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın 2, 10, 11, 140. maddelerine aykırı olduğuna kanaat getirilmiştir.

Zira;

2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 53. maddesinde "a. Yükseköğretim Kurul Başkanı Yükseköğretim Kurulu ile üniversite rektörlerinin, rektör üniversitenin, dekan fakültenin, enstitü ve yüksekokul müdürleri enstitü ve yüksekokulların, bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de sekreterlik personelinin disiplin amirleridir. Üniversite ve bağlı birimlerinin yönetim kurulları aynı zamanda disiplin kurulu olarak görev yaparlar. Disiplin kurullarında profesörlerle ilgili hususların görüşülmesinde doçent ve yardımcı doçentler, doçentlerle ilgili hususların görüşülmesinde de yardımcı doçentler disiplin kurullarına alınmazlar.

b. Öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.

c. (Değişik bent: 14/04/1982-2653/3 md.) Ceza soruşturması usulü:

Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

(1) ilk soruşturma:

Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca, diğerleri için, Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından yapılır.

Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır.

(2) Son soruşturmanın açılıp açılmamasına;

a) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2 nci Dairesi,

b) Üniversite rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul,

c) Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarından oluşacak üç kişilik kurul,

d) Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul,

e) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu,

Karar verir.

f) Yükseköğretim Kurulu ile üniversite yönetim kurullarınca oluşturulacak kurullarda görevlendirilecek asıl ve yedek üyeler bir yıl için seçilirler.

Süresi sona erenlerin tekrar seçilmeleri mümkündür.

(3) Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurullar üye tamsayısı ile toplanır. Kurullara ilk soruşturmayı yapmış olan üyeler ile haklarında karar verilecek üyeler katılamazlar. Noksanlar yedek üyelerle tamamlanır. Diğer hususlarda bu Kanunun 61 inci maddesi hükümleri uygulanır.

(4) Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2 nci Dairesinde verilen lüzumu muhakeme kararına itiraz ile meni muhakeme kararlarının kendiliğinden incelenmesi Danıştayın idari işler Kuruluna aittir. Diğer kurullarca verilen lüzumu muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz ile meni muhakeme kararları kendiliğinden Danıştay 2 nci Dairesince incelenerek karara bağlanır. Lüzumu muhakemesi kesinleşen Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesine, temyiz incelemesi Ceza Genel Kuruluna, diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adliye mahkemelerine aittir.

(5) Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama mercii görev itibariyle üst dereceliye göre tayin olunur.

(6) Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. Bunlar dışında kalan tüm görevliler için 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümleri uygulanır.

1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır.

(7) İdeolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükun, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz; bu hallerde kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar.

(8) Bu Kanunda yer almamış hususlarda 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uygulanır." denilmektedir.

2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir." denilmekte,

10. maddesinde"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." denilmekte,

11. maddesinde "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.

Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." denilmekte,

140. maddesinde "Hakimler ve savcılar adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yaparlar. Bu görevler meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülür.

Hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre görev ifa ederler.

Hakim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri, aylık ve ödenekleri, meslekte ilerlemeleri, görevlerinin ve görev yerlerinin geçici veya sürekli olarak değiştirilmesi, haklarında disiplin kovuşturması açılması ve disiplin cezası verilmesi, görevleriyle ilgili veya görevleri sırasında işledikleri suçlarından dolayı soruşturma yapılması ve yargılanmalarına karar verilmesi, meslekten çıkarmayı gerektiren suçluluk veya yetersizlik halleri ve meslek içi eğitimleri ile diğer özlük işleri mahkemelerin bağımsızlığı ve hakimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlenir.

Hakimler ve savcılar altmışbeş yaşını bitirinceye kadar hizmet görürler; askeri hakimlerin yaş haddi, yükselme ve emeklilikleri kanunda gösterilir.

Hakimler ve savcılar, kanunda belirtilenlerden başka, resmi ve özel hiçbir görev alamazlar.

Hakimler ve savcılar idari görevleri yönünden Adalet Bakanlığına bağlıdırlar.

Hakim ve savcı olup da adalet hizmetindeki idari görevlerde çalışanlar, hakimler ve savcılar hakkındaki hükümlere tabidirler. Bunlar, hakimler ve savcılara

ait esaslar dairesinde sınıflandırılır ve derecelendirilirler, hakimlere ve savcılara tanınan her türlü haklardan yararlanırlar." denilmektedir.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (C.M.K.) 2/f, 170, 175/1. maddeleri gereği kamu davasının kural olarak Cumhuriyet savcısı tarafından tanzim edilen iddianamenin görevli ve yetkili mahkemeye verilmesi ve iddianamenin ilgili mahkemece kabul edilmesi ile gerçekleşir. Kural bu olmakla beraber bu durumun istisnasının düzenlendiği çeşitli mevzuatlarda Cumhuriyet savcısı tarafından düzenlenen bir iddianame olmadan ilgili kurumca düzenlenen belgelerle kamu davası açılabilmektedir. Bu belgeler; öğretide iddianame yerine geçen veya iddianame hükmünde olan belgeler olarak adlandırılmaktadır. Somut olayda da mahkememize bu türden bir belge ile kamu davası açılmıştır.

17/12/2004 tarihli Resmi Gazetede 25673 Sayı ile yayımlanan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile idarenin soruşturma yaparak kamu davası açabilmesinin düzenlenmiş olduğu özel kanun düzenlemeleri birbiri ile çatışmaktadır. 5271 Sayılı 170/1. maddesine göre kamu davası açma görevi, Cumhuriyet savcısı dışında bir kişiye ya da kuruma verilmemiştir. Dolayısıyla Cumhuriyet savcısının dava açma görevi, idari kurala devredilmemelidir. Aksi takdirde 5271 Sayılı C.M.K.'nın 170/2. maddesinde düzenlenen iddianame düzenleme yetkisi, 171. maddesinde düzenlenen etkin pişmanlık halinin mevcudiyeti ve şahsi cezasızlık halinin varlığı halinde Cumhuriyet savcısının kamu davası açma takdir yetkisi idari kuralları devredilmiş olacaktır. Ayrıca 5271 Sayılı C.M.K.'nın 174. maddesinde düzenlenen iddianamenin iadesi müessesesinin idarenin tanzim ettiği iddianame yerine geçen belgelere uygulamak mümkün değildir. Yine 5271 Sayılı C.M.K.'nın 2. ve 175. maddesinde kovuşturma evresinin iddianamenin kabulü ile başlayacağı belirtilmiştir. Ancak iddianame yerine geçen belgelerle kovuşturma aşamasına geçileceği, yargılamaya başlanacağına dair 5271 Sayılı C.M.K.'da açık bir düzenleme yoktur. Savcılık görevinin idari kurallara devredilmesi daha bir çok öngörülen ve öngörülemeyen sorunlara sebebiyet vermektedir. Örneğin Sulh Ceza Mahkemelerinin temyiz incelemesine tabi kararlarının görüldüsünü kim yapacaktır? 5271 Sayılı C.M.K.'nın 188/1. maddesinin amir hükmüne göre duruşmada zorunlu olarak bulunması gereken Cumhuriyet savcısının Ağır Ceza Mahkemelerinin duruşmalarında bulunacak mıdır yoksa idarenin memuru mu bulunacaktır? 5271 Sayılı C.M.K'da Cumhuriyet savcısına soruşturmada tanınan yetkileri (arama, elkoyma, tutuklamaya sevk etme vb.) idare de kullanabilecek midir? 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun (T.C.K.) 67/2-c maddesine göre dava zaman aşımını kesen iddianamenin düzenlenmesi idarenin tanzim ettiği iddianame

yerine geçen belgeler içinde geçerli olacak mıdır? Tüm bu sorunlar 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/8. maddesinin atfıyla 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 6/1. maddesi uyarınca, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri uygulanarak mı çözülecektir? Bu bağlamda 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesi 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi 15/9/1992 tarih, 1992/35 Esas, 1992/46 Karar sayılı, 05/05/1992 tarih, 1992/27 Esas, 1992/31 Karar sayılı kararlarında "... Anayasa'nın 9. maddesinde, yargı yetkisinin mahkemeler dışında başka bir organca kullanılamayacağı ve mahkemelerin bu yetkiyi diğer organlarla paylaşamayacağı açık ve her türlü tartışmadan uzak bir biçimde belirtilmiştir.

Yönetsel organlar tarafından yürütülen soruşturma "yargı yetkisi"ne bağlanamaz. Adı ne olursa olsun salt soruşturma, yargı yetkisini kullanma sayılamaz. Soruşturma ile ilgili kurallar yargı yetkisini kullanma biçiminde yorumlanamaz. Esasen, Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkat'ın yönetsel organlara verilen yargı yetkisini veya bu yetkiyi kullanma içeriğini taşıyan kuralları daha önce, Anayasa Mahkemesi kararları ile iptal edilmiştir.

Anayasa'da soruşturmanın Hakimler ya da yalnızca Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılacağı yolunda bir kural yoktur. Ayrıca soruşturma yetkisinin yönetim organlarına verilmesi genel bir anlamda olmayıp Yasa'da gösterilen sınırlarla özel yöntemler içindedir.

Bu nedenlerle soruşturmanın yönetim organlarınca yapılmasının, Anayasa'nın 140. maddesindeki "Hakimlik ve savcılık görevinin meslekten hakim ve savcılar eliyle yürütülmesini öngören kurala da aykırı bir yönü yoktur. ..." demiş ise de; iddia makamının ve savunma tarafının olmadığı bir yargı sistemi Anayasanın 2. maddesinde belirtilen bir hukuk devletinde olması gereken hakiki manada yargı olarak tanımlanamaz. Ehil mercilerce icra edilmeyen iddia ve savunma görevleri şeklen bir başka merci veya kişilerce yerine getirilmesi Anayasanın 2, 9, 140. maddelerine aykırılık teşkil etmez mi? Sayın Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararında belirtildiği gibi Anayasa'da soruşturmanın Hâkimler ya da yalnızca Cumhuriyet Savcıları tarafından yapılacağı yolunda bir kural yoksa örneğin Kasaplar Odası Başkanının Savcılık görevini üstlenerek herhangi bir kişi hakkında soruşturma yapmasına, gözaltına almasına, iddianame tanzim etmesine izin veren

bir yasal düzenleme Anayasaya uygun mu olacaktır? Eğer Anayasaya uygunsa bu durumun hukuk devleti ilkesine tezat olmadığı nasıl izah edilir? Anayasa'nın 140. maddesinde hâkimlik ve savcılık görevinin meslekten hâkim ve savcılar eliyle yürütülmesini öngören kural bulunmaktayken savcılık görevinin savcılık mesleğinden olamayan idari mercilerce yerine getirilmesi Anayasaya aykırıdır. Her soruşturma işlemi şeklen yapana savcı her savunma vazifesini şeklen icra edene avukat her şeklen yargılama yapana hâkim denemez. Hâkim ve savcıların nitelikleri, atanmaları, hakları ve ödevleri Anayasanın 140/2. maddesinde belirtilmiştir. İdari mercilerin bir kısım memurlar hakkında Cumhuriyet savcısının yerine geçerek soruşturma işlemi icra etmeleri, Cumhuriyet savcısı gibi iddianame tanzim etmeleri Cumhuriyet savcılarına Anayasa ile tanınan yetkinin açık ihlalidir.

Vakıf üniversiteleri mensuplarının, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesinde öngörülen soruşturma usulüne, mülga 04/02/1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanunu Muvakkata veya 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'a tâbi olacaklarına ilişkin herhangi bir hüküm yer almadığından, vakıf üniversiteleri personelinin soruşturmalarının ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 11. maddesi uyarınca bir kısım memurların 5271 Sayılı CM.K.'ya göre Cumhuriyet Savcısının düzenlemiş olduğu iddianame ile yargılanması ancak yüksek öğretim görevlilerinin 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesine göre idarenin düzenlemiş olduğu bir belge ile yargılanması 2709 Sayılı 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bu nedenlerle;

1) 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 2, 10, 11, 140. maddelerine aykırı olan 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 53/c maddesinin iptali için 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'ne BAŞVURULMASINA,

2) Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi için dosya içeriği ve belgelerin onaylı birer suretinin (Anayasa Mahkemesi'nin 15/09/2009 tarih ve C.01.0.GNS-032-145/1170 sayılı yazısı dikkate alınarak Uyap Doküman Yönetim Sistemi üzerinden) ANAYASA MAHKEMESİNE GÖNDERİLMESİNE,

3) 2709 sayılı 1982 Anayasası'nın 152/3. maddesinin amir hükmü gereği; dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gelişinden başlamak üzere beş ay içinde karar

verilmesinin beklenmesine, bu süre içinde karar verilmezse davanın yürürlükte kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına,

Mahkememizce karar verilmekle, Anayasaya aykırılığın değerlendirilmesi yüksek mahkemenizden arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 53. maddesi şöyledir:

*"**Madde 53-**a. Yükseköğretim Kurul Başkanı Yükseköğretim Kurulu ile üniversite rektörlerinin, rektör üniversitenin, dekan fakültenin, enstitü ve yüksekokul müdürleri enstitü ve yüksekokulların, bu birimlerin genel sekreter veya sekreterleri de sekreterlik personelinin disiplin amirleridir. Üniversite ve bağlı birimlerinin yönetim kurulları aynı zamanda disiplin kurulu olarak görev yaparlar. Disiplin kurullarında profesörlerle ilgili hususların görüşülmesinde doçent ve yardımcı doçentler, doçentlerle ilgili hususların görüşülmesinde de yardımcı doçentler disiplin kurullarına alınmazlar.*

b. Öğretim elemanları, memur ve diğer personelin disiplin işlemleri, disiplin amirlerinin yetkileri, devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslara göre Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir.

c. (Değişik: 14/4/1982 - 2653/3 md.) Ceza soruşturması usulü:

Yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında aşağıdaki hükümler uygulanır:

(1) İlk soruşturma:

Yükseköğretim Kurulu Başkanı için, kendisinin katılmadığı, Milli Eğitim Bakanının başkanlığındaki bir toplantıda, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek en az üç kişilik bir kurulca, diğerleri için,

Yükseköğretim Kurulu Başkanınca veya diğer disiplin amirlerince doğrudan veya görevlendirecekleri uygun sayıda soruşturmacı tarafından yapılır.

Öğretim elemanlarından soruşturmacı tayin edilmesi halinde, bunların, hakkında soruşturma yapılacak öğretim elemanının akademik unvanına veya daha üst akademik unvana sahip olmaları şarttır.

(2) Son soruşturmanın açılıp açılmamasına;

a) Yükseköğretim Kurulu Başkan ve üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2 nci Dairesi,

b) Üniversite rektörleri, rektör yardımcıları ile üst kuruluş genel sekreterleri hakkında, Yükseköğretim Kurulu üyelerinden teşkil edilecek üç kişilik kurul,

c) Üniversite, fakülte, enstitü ve yüksekokul yönetim kurulu üyeleri, fakülte dekanları ve dekan yardımcıları, enstitü ve yüksekokul müdürleri ve yardımcıları ile üniversite genel sekreterleri hakkında, rektörün başkanlığında rektörce görevlendirilen rektör yardımcılarından oluşacak üç kişilik kurul,

d) Öğretim elemanları, fakülte, enstitü ve yüksekokul sekreterleri hakkında üniversite yönetim kurulu üyeleri arasından oluşturulacak üç kişilik kurul,

e) 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi memurlar hakkında, mahal itibariyle yetkili il idare kurulu,

Karar verir.

f) Yükseköğretim Kurulu ile üniversite yönetim kurullarınca oluşturulacak kurullarda görevlendirilecek asıl ve yedek üyeler bir yıl için seçilirler. Süresi sona erenlerin tekrar seçilmeleri mümkündür.

(3) Son soruşturmanın açılıp açılmamasına karar verecek kurullar üye tamsayısı ile toplanır. Kurullara ilk soruşturmayı yapmış olan üyeler ile haklarında karar verilecek üyeler katılamazlar. Noksanlar yedek üyelerle

tamamlanır. Diğer hususlarda bu Kanunun 61 inci maddesi hükümleri uygulanır.

(4) Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri hakkında Danıştayın 2 nci Dairesinde verilen lüzum-u muhakeme kararına itiraz ile men-i muhakeme kararlarının kendiliğinden incelenmesi Danıştayın İdari İşler Kuruluna aittir. Diğer kurullarca verilen lüzum-u muhakeme kararına ilgililerce yapılacak itiraz ile men-i muhakeme kararları kendiliğinden Danıştay 2 nci Dairesince incelenerek karara bağlanır. Lüzum-u muhakemesi kesinleşen Yükseköğretim Kurulu ve Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyelerinin yargılanması Yargıtay ilgili ceza dairesine, temyiz incelemesi Ceza Genel Kuruluna, diğer görevlilerin yargılanmaları suçun işlendiği yer adliye mahkemelerine aittir.

(5) Değişik statüdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri halinde soruşturma usulü ve yetkili yargılama mercii görev itibariyle üst dereceliye göre tayin olunur.

(6) Yükseköğretim Kurulu Başkanı ve rektörlerin 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı yapılacak ceza soruşturmasında yukarıda belirtilen ceza kovuşturması usulü tatbik edilir. Bunlar dışında kalan tüm görevliler için 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümleri uygulanır.

1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun kapsamına giren suçlarından dolayı kanuni kovuşturma için gereken izin, Yükseköğretim Kurulu üyeleri ile Yükseköğretim Denetleme Kurulu Başkan ve üyeleri ve bu kuruluşların memurları (Üniversitelerarası Kurul memurları dahil) hakkında Yükseköğretim Kurulu Başkanından, üniversite yöneticileri ve öğretim elemanları ile memurlar hakkında üniversite rektörlerinden alınır.

(7) İdeolojik amaçlarla Anayasada yer alan temel hak ve hürriyetleri, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü veya dil, ırk, sınıf, din ve mezhep ayrılığına dayanılarak nitelikleri Anayasada belirtilen

Cumhuriyeti ortadan kaldırmak maksadıyla işlenen suçlarla bunlara irtibatlı suçlar, öğrenme ve öğretme hürriyetini doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlayan, kurumların sükün, huzur ve çalışma düzenini bozan boykot, işgal, engelleme, bunları teşvik ve tahrik, anarşik ve ideolojik olaylara ilişkin suçlar ile ağır cezayı gerektiren suçüstü hallerinde, yukarıda yazılı usuller uygulanmaz; bu hallerde kovuşturmayı Cumhuriyet Savcısı doğrudan yapar.

(8) Bu Kanunda yer almamış hususlarda 4 Şubat 1329 tarihli Memurin Muhakematı Hakkında Kanun hükümleri uygulanır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 28.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle davada uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, elinde yönteminceye açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması, iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekir. Uygulanacak kural ise bakılmakta olan davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikteki kanun veya kanun hükmünde kararnamelerdir.

İtiraz yoluna başvuran Mahkeme, Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının tamamının iptalini talep etmiştir.

Kanun'un 53. maddesinin iptali istenen (c) fıkrasının (1) numaralı bendinde, yükseköğretim görevlileri hakkındaki soruşturmanın hangi kişi veya kurul tarafından yapılacağı; (2) numaralı bendinde, yükseköğretim görevlileri hakkındaki son soruşturmanın açılıp açılmamasına kimin karar vereceği; (3) numaralı bendinde, son soruşturma açılıp açılmamasına karar verilirken hangi yöntemin izleneceği; (4) numaralı bendinde, kamu davası açılması ya da açılmamasına ilişkin karara karşı hangi mercie itiraz edilebileceği; (5) numaralı bendinde, değişik statülerdeki kişilerin birlikte suç işlemeleri durumunda soruşturma ve kovuşturmanın üst dereceli görevliye göre belirleneceği; (6) numaralı bendinde, 1609 sayılı Memurin Muhakematı Hakkında Kanun kapsamına giren suçlarda nasıl bir soruşturma ve kovuşturma usulünün uygulanacağı; (7) numaralı bendinde, temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasını engellemeye yönelik bazı suçlarda soruşturmanın doğrudan Cumhuriyet savcısı tarafından yapılacağı; (8) numaralı bendinde ise ilgili maddede yer almayan durumlarda 1609 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı kurala bağlanmıştır.

Başvuran Mahkemede bakılmakta olan dava, yüksekokul yöneticisi olan sanıkların görevlerini kötüye kullandıkları iddiasına ilişkindir. Bu davada, Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasının (6) numaralı bendinde düzenlenen, *"1609 sayılı Kanunla ilgili bir kuralın uygulanması"* söz konusu olmadığı gibi aynı fıkranın (7) numaralı bendinde yer alan, *"temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının engellenmesi suretiyle işlenen"* bir suç iddiası da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu bentler itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural değildir.

Açıklanan nedenlerle;

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasının;

A- (6) ve (7) numaralı alt bentlerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu alt bentlere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- (1), (2), (3), (4), (5) ve (8) numaralı alt bentlerinin esasının incelenmesine, sınırlama sorununun esas inceleme evresinde ele alınmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Hasan Mutlu ALTUN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, yargılama makamları tarafından icra edilmeyen iddia ve savunma görevlerinin, başka kişi veya kişilerce yerine getirilmesinin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile 140. maddesinde yer alan hâkimlik ve savcılık meslek ilkelerine aykırılık teşkil edeceği, bunun yanında vakıf üniversitelerinde çalışan kişilerle, Devlet üniversitelerinde görev yapan kişilerin farklı yargılama usulüne tabi tutulmasının eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı Kanun'un 53. maddesinin (c) fıkrasında, yükseköğretim üst kuruluşları başkan ve üyeleri ile yükseköğretim kurumları yöneticilerinin, kadrolu ve sözleşmeli öğretim elemanlarının ve bu kuruluş ve kurumların 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na tabi memurlarının görevleri dolayısıyla ya da görevlerini yaptıkları sırada işledikleri ileri sürülen suçlar hakkında yapılacak ceza soruşturması usulü düzenlenmektedir. Bu fıkrada, anılan görevleri yapanlar hakkındaki ceza soruşturmasının Cumhuriyet savcısı tarafından yapılmayacağı; bu görevlilerin Kanun'da belirtilen kişi ve kurullar tarafından soruşturulacağı; eğer kamu davası açılmasına gerek görülürse soruşturma dosyasının *"kamu davası açılmak üzere"* yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderileceği hüküm altına alınmıştır. Kanun'a göre, ceza soruşturmalarında genel görevli olan Cumhuriyet savcısının, bu görevleri yapanlar hakkındaki ceza soruşturmalarında herhangi bir değerlendirme ve karar yetkisi bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup

güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "*kanun önünde eşitlik ilkesi*" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Hukuk devletinde kanun koyucu, yargılama hukukuna ilişkin kuralları belirleme ve bu çerçevede soruşturma makamlarının belirlenmesi, mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır. Nitekim, Anayasa'nın 142. maddesinde, "*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*" denilmek suretiyle bu husus hüküm altına alınmıştır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu, herkes hakkında geçerli olan ceza soruşturması ve kovuşturması hükümlerini içermektedir. Ancak, kanun koyucu, uluslararası hukuk, antlaşmalar ve iç hukuktan kaynaklanan kimi nedenlere dayanarak bu genel kurallara istisnalar getirmiştir. Buna göre, suç işleyen her kişi hakkında uygulanması gereken genel düzenlemeleri içeren 5271 sayılı Kanun hükümleri bazı suç failleri bakımından uygulanmayacak, bunlara ilişkin ilgili kanunlarındaki özel soruşturma ve kovuşturma usulleri geçerli olacaktır. Bu usullerin tanınması, uygulanacak kişilere bir zümre ya da sınıf olarak imtiyaz tanımak anlamına gelmeyip, yapılan görevin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Böylece, hem yapılan görevin en iyi şekilde ve etkin olarak yerine getirilmesi hem de gereksiz şikâyetlere maruz kalınarak görülen hizmetin kesintiye uğramaması amaçlanmıştır.

Devlet üniversitelerinde görev yapanlar hakkındaki soruşturma usulünün itiraz konusu kural çerçevesinde özel olarak düzenlenmesi de bu kapsamda kanun koyucunun takdir yetkisi içerisinde kalmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucunun takdir yetkisini kullanarak, Devlet üniversitelerinde görev yapan kişilerin ceza soruşturmalarının idari kurullar tarafından yürütülmesi hususunu düzenlemesinde hukuk devleti ilkesiyle çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Diğer yandan, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanlar statüleri ve özlük hakları bakımından farklı kurallara bağlıdır ve dolayısıyla aynı hukuksal durumda değildirler. Bu nedenle, vakıf üniversitelerinde çalışanlar ile Devlet üniversitelerinde görev yapanların farklı soruşturma usulüne tabi tutulmalarında eşitlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 11. ve 140. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

4.11.1981 günlü, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasının (1), (2), (3), (4), (5) ve (8) numaralı alt bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 10.10.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/86
Karar Sayısı : 2013/117
Karar Günü : 10.10.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 11. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 15.2.2011 günlü, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "*…veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan…*" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Radyo ve Televizyon Üst Kurulunda uzman olarak görev yapan davacının, üst kurul uzmanı kadrosuna atanma istemiyle yaptığı başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali talebiyle açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davalı idare bünyesinde uzman olarak görev yapan davacı ...'i temsilen ... tarafından, 16.06.2011 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzman Yardımcılığı Giriş ve Yeterlik Sınavları ile Uzmanlığa Atama Yerleştirme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin geçici 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca üst kurul uzmanı kadrosuna atanma istemiyle 20.06.2011 tarihinde yaptığı başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin; Yönetmeliğin geçici 1. maddesinde üst kurul uzmanlığı

için aranan şartların tamamını taşıdığı, kendisi ile aynı durumda olan kimselerin atamasının yapıldığı ancak kendisinin atamasının yapılmamasının hukuka aykırı olduğu ileri sürülerek iptali ile yoksun kaldığı özlük ve parasal haklarının yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan davada Mahkememizin 18.05.2012 tarih ve E:2011/2119, K:2012/725 sayılı kararının Danıştay Beşinci Dairesi'nin 07.05.2013 tarih ve E:2012/6644, K:2013/3687 sayılı kararı ile bozulması üzerine bozma kararına uyulmak suretiyle işin gereği görüşüldü.

Anayasa'nın 152. maddesinde, "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır..." kuralı yer almaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, 1996 yılında Radyo ve Televizyon Üst Kurulu İzleme ve Değerlendirme Dairesi Başkanlığına teknisyen olarak atanan davacının 1998 yılında 2 yıllık yüksek öğretim kurumundan mezun olarak ön lisans diplomasını aldığı, söz konusu dönemde yürürlükte olan ilgili yönetmelik hükümleri uyarınca görev alanı dikkate alınarak verilen konuda hazırladığı tezi Uzmanlık Sınav Kurulunca kabul edildikten sonra katıldığı yeterlilik sınavında başarılı bulunması üzerine Üst Kurul kararı ve Başkanlık makamı onayı ile 2002 yılında Üst Kurul uzmanı ünvanıyla atamasının yapıldığı, bu görevini yapmakta iken 03.03.2011 tarihli ve 27863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6112 sayılı Kanunun 43. maddesi hükmü uyarınca eğitim şartını taşımadığı gerekçesiyle Üst Kurul uzmanlığı görevinden alınarak 07.04.2011 tarih ve 166 sayılı işlemle uzman olarak atandığı, bu işlemin iptali istemiyle açtığı davanın Ankara 15. İdare Mahkemesi'nin 05.01.2012 tarih ve E:2011/728, K:2012/4 sayılı kararı ile reddedildiği, davacının 16.06.2011 tarih ve 27966 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Uzman Yardımcılığı Giriş ve Yeterlik Sınavları ile Uzmanlığa Atama,

Yerleştirilme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin geçici 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca üst kurul uzmanı kadrosuna atanma istemiyle 20.06.2011 tarihinde yaptığı başvurunun idarece cevap verilmemek suretiyle zımnen reddedilmesi üzerine söz konusu işlemin iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 48 inci maddesiyle 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmış, Kanun'un 43 üncü maddesinin 5 inci fıkrasında; "Bu Kanun ile Üst Kurula verilen görevlerin gerektirdiği aslî ve sürekli görev ve hizmetler, Üst Kurul uzmanları ile Üst Kurul uzman yardımcılarından oluşan meslek personeli ve idarî personel eliyle yürütülür. Üst Kurul kadrolarına atanacakların, 657 sayılı Kanun'un 48 inci maddesinde belirtilen şartları taşımaları gerekir. Söz konusu kadrolara yapılacak atamalara ilişkin diğer hususlar Üst Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir." hükmüne, 7 nci fıkrasında; "Üst Kurul uzman yardımcılığına atanabilmek için; beşinci fıkrada belirtilen şartları taşımak, türleri Üst Kurulca belirlenen en az dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olmak, Kamu Personeli Seçme Sınavından Üst Kurul tarafından belirlenen puan türlerinden asgarî puanı almış olmak, Kamu Personeli Seçme Sınavında yabancı dil bölümündeki sorulardan en az yüzde altmışına doğru cevap vermiş olmak veya Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından asgarî (D) düzeyinde ya da dil yeterliği bakımından buna denkliği kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan başka bir belgeye sahip olmak, yapılacak sınavda başarılı olmak, sınavın yapıldığı yılın ocak ayının ilk gününde otuz yaşını doldurmamış olmak gerekir." hükmüne yer verilmiştir.

Anılan Kanunun Geçici 1 inci maddesinin 3 üncü fıkrasında; "Bu Kanunla yapılan yeni düzenlemeler nedeniyle kadro ve görev unvanı değişmeyenlerden bu Kanunda öngörülen eğitim şartlarını taşıyanlar başka bir işleme gerek kalmaksızın durumlarına uygun aynı unvanlı kadrolara atanmış sayılır. Kadro ve görev unvanları değişen yahut kaldırılan veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan personelden; Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Sekreter, Daire Başkanı ve Bölge Müdürü kadrolarında bulunanlar Üst Kurul Müşaviri kadrolarına, Başmüfettiş ve bölge müdür yardımcısı kadrolarında bulunanlar uzman denetçi kadrolarına, başka bir işleme ve tebligata gerek kalmaksızın bu Kanunun yayımı tarihinde atanmış sayılır; diğerleri Başkan tarafından üç ay içinde Üst Kurulda durumlarına uygun kadrolara atanırlar. Bunlar atama işlemi yapılıncaya kadar Başkan tarafından ihtiyaç duyulan işlerde

görevlendirilebilirler. Bunlar, yeni bir kadroya atanıncaya kadar, eski kadrolarına ait ücret ve diğer mali haklarını almaya devam ederler. Söz konusu personelin, atandıkları yeni kadroların aylık, ek gösterge, sözleşme ücreti, bir aya isabet eden ikramiye, her türlü zam ve tazminatlar (fazla çalışma ücreti hariç) diğer malî hakları toplam net tutarının, atandıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin olarak en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, sözleşme ücreti, bir aya isabet eden ikramiye, her türlü zam ve tazminatlar (fazla çalışma ücreti hariç) diğer malî hakları toplam net tutarından az olması hâlinde, aradaki fark, atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın ve farklılık giderilinceye kadar kendilerine tazminat olarak ödenir." hükmüne yer verilmiştir.

6112 sayılı Kanun'un 43 üncü maddesiyle, Üst Kurul uzmanı/yardımcısı olabilmek için Üst Kurulca belirlenen "en az dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olmak" şeklinde eğitim şartı getirildiği, geçici madde ile bu Kanun yürürlüğe girmeden önce görevde bulunan kişilerin unvanlarının korunacağına yönelik bir hükme yer verilmediği gibi tam aksine, Geçici 1 inci maddeyle eğitim şartlarını taşımayan personelin durumlarına uygun kadrolara atanacağının belirtildiği görülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılan ve temel hak güvencelerinde korunan ortak değerdir. Kural olarak hukuk güvenliği yasaların geriye yürütülmemesini zorunlu kılar. Bu nedenle, "Kanunların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki hukuki durumlara uygulanabileceklerinden, sonradan çıkan bir kanun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olaylara uygulanmaz.

Uyuşmazlık konusu olayda, davacının usulüne uygun olarak 2002 yılında Üst Kurul uzmanı unvanını elde ettiği ve 6112 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sonucu uzmanlığa atandığı 06/04/2011 tarihine kadar da bu unvanını koruduğu

ihtilafsızdır. Anılan Kanunla Üst Kurul uzmanlığına atanmak için "en az dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olmak" şartı getirilmesinin yanında daha önce bu görevde bulunanlardan belirtilen şartı taşımayanların uygun bir kadroya (uzman) atanacağı öngörülmek suretiyle, Kanunun yürürlük tarihinden önceki olaylara da uygulanmak suretiyle geriye yürütüldüğü görülmektedir.

Kamu hizmetlerinin, etkin, kaliteli, doğru ve hızlı bir şekilde yürütülmesi için idarelerce her kadro için yeni ve farklı şartlar getirilmesi doğaldır. Bununla birlikte söz konusu kadrolarda görev yapmakta olan mevcut personelin haklarının korunması ve hukukun genel ilkelerinin göz önünde bulundurulması hukuk devletinin bir gereğidir.

Bu durumda, 6112 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce, o tarihte yürürlükte olan kurallara göre Üst Kurul uzmanı unvanını haiz olan davacının, o dönemde öngörülmeyen eğitim şartını taşımakla yükümlü tutulması, bireylerin hukuka olan güven duygusunu zedeleyeceğinden ve hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmayacağından, 6112 sayılı Kanun'un Geçici l'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, her ne kadar davacının Radyo ve Televizyon Üst Kurula Uzman Yardımcılığı Giriş ve Yeterlik Sınavları ile Uzmanlığa Atama Yerleştirme, Görev, Yetki ve Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin geçici 1. maddesinin 2. fıkrası uyarınca üst kurul uzmanı kadrosuna atanma isteminin idarece cevap verilmemek suretiyle zımnen reddine ilişkin işlemden kaynaklanmakta ise de, idarece verilen savunma dilekçesinde açıkça 6112 sayılı Kanunun 43. maddesi uyarınca davacının üst kurul uzmanı olabilmek için gerekli şartları taşımadığından bahsedildiği, dolayısıyla 6112 sayılı Kanun'un 43. maddesinde getirilen eğitim şartını taşımayanlar hakkında ne gibi hükümlerin uygulanacağını gösteren geçici 1. maddesinin 3. fıkrasının bakılan davada Anayasa'nın 152. maddesi kapsamında uyuşmazlıkta uygulanacak Kanun hükmü olduğu noktasında tereddüt bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un Geçici l nci maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan "veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan" ibaresinin, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğundan bahisle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dava dosyasının esastan görüşülmesinin

Anayasa Mahkemesi'nce bu konuda bir karar verilinceye kadar (5 ay süreyle) bekletilmesine 03/07/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

6112 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren geçici 1. maddesi şöyledir:

"***Üst Kurul üyeleri ve personele dair geçiş hükümleri***

GEÇİCİ MADDE 1- *(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce Üst Kurul üyeliğine seçilen ve bu görevleri devam etmekte olanlardan halen 5510 sayılı Kanunun geçici 4 üncü maddesi kapsamına girmeksizin sigorta primi ödemekte olanlar, 5510 sayılı Kanunun kamu personeli için uygulanmaya başlandığı 15/10/2008 tarihinden daha önceki bir tarihi geçmemek kaydıyla, Üst Kurul üyesi olarak göreve başladıkları tarihi takip eden ay başından itibaren geçen hizmet süreleri itibarıyla 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında sigortalı kabul edilirler. Bu süreyeait emekli keseneği veya sigorta primi çalışan payı farkları kendileri tarafından, kurum karşılığı veya sigorta primi işveren payı farkları Üst Kurul tarafından ödenir. Sigortalı hizmet sürelerinin birleştirilerek aylık bağlanmasında, ilgisine göre mülga 24/5/1983 tarihli ve 2829 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumlarına Tabi Olarak Geçen Hizmetlerin Birleştirilmesi Hakkında Kanun veya 5510 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Sosyal güvenlik kuruluşlarının herhangi birinden emekli aylığı almakta iken Üst Kurul üyeliğine seçilen ve halen görevde olanların, istekleri halinde emekli aylıkları kesilir ve sigorta primleri 5510 sayılı Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında ödenir ve bunların emekli aylıklarının yeniden bağlanarak emekli aylığı tutarlarının belirlenmesinde genel hükümlere göre işlem yapılır.*

(2) Bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihte Üst Kurul üyesi olanların üyelikleri, üyelerin üçte birinin iki yılda bir yenilenmesi saklı kalmak kaydıyla, görev sürelerinin sonuna kadar devam eder.

(3) Bu Kanunla yapılan yeni düzenlemeler nedeniyle kadro ve görev unvanı değişmeyenlerden bu Kanunda öngörülen eğitim şartlarını taşıyanlar başka bir işleme gerek kalmaksızın durumlarına uygun aynı unvanlı kadrolara atanmış

sayılır. Kadro ve görev unvanları değişen yahut kaldırılan ***veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan*** *personelden; Teftiş Kurulu Başkanı, Genel Sekreter, Daire Başkanı ve Bölge Müdürü kadrolarında bulunanlar Üst Kurul Müşaviri kadrolarına, Başmüfettiş ve bölge müdür yardımcısı kadrolarında bulunanlar uzman denetçi kadrolarına, başka bir işleme ve tebligata gerek kalmaksızın bu Kanunun yayımı tarihinde atanmış sayılır; diğerleri Başkan tarafından üç ay içinde Üst Kurulda durumlarına uygun kadrolara atanırlar. Bunlar atama işlemi yapılıncaya kadar Başkan tarafından ihtiyaç duyulan işlerde görevlendirilebilirler. Bunlar, yeni bir kadroya atanıncaya kadar, eski kadrolarına ait ücret ve diğer mali haklarını almaya devam ederler. Söz konusu personelin, atandıkları yeni kadroların aylık, ek gösterge, sözleşme ücreti, bir aya isabet eden ikramiye, her türlü zam ve tazminatlar (fazla çalışma ücreti hariç) diğer malî hakları toplam net tutarının, atandıkları tarih itibarıyla eski kadrolarına ilişkin olarak en son ayda aldıkları aylık, ek gösterge, sözleşme ücreti, bir a ya isabet eden ikramiye, her türlü zam ve tazminatlar (fazla çalışma ücreti hariç) diğer malî hakları toplam net tutarından az olması hâlinde, aradaki fark, atandıkları kadrolarda kaldıkları sürece, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın vefarklılık giderilinceye kadar kendilerine tazminat olarak ödenir.*

(4) Bu Kanunun yayımı tarihinden sonra 43 üncü maddenin altıncı fıkrasına göre Üst Kurul kadrolarında bulunan personel için belirlenecek ücretler ile diğer malî haklar toplamının, bu Kanunun yayımı tarihinden önceki en son ayda Üst Kurul kadroları için belirlenmiş olan aylık, ek gösterge, sözleşme ücreti, bir aya isabet eden ikramiye, her türlü zam ve tazminatlar ile fazla çalışma ücreti hariç diğer malî haklar toplamı net tutarından daha az olması hâlinde, aradaki fa rk söz konusu personele, kadrolarında kaldıkları sürece, herhangi bir vergi ve kesintiye tabi tutulmaksızın ve farklılık giderilince ye kadar tazminat olarak ödenir.

(5) Üst Kurul müşaviri ve uzman denetçi kadrosunda bulunanlar, Üst Kurulda Başkan tarafından uygun görülen birim ve işlerde görevlendirilirler. Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren Üst Kurulda yeni Üst Kurul müşaviri ve uzman denetçi ataması yapılmaz ve bu kadrolarda herhangi bir şekilde boşalma olması hâlinde, anılan kadrolar herhangi bir işleme gerek kalmaksızın iptal edilmiş sayılır.

(6) Üst Kurul uzmanı ve Üst Kurul uzman yardımcısı kadrolarından teknik hizmetler sınıfında bulunanların hizmet sınıfı, genel idare hizmetleri olarak değiştirilmiştir.

(7) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Üst Kurulda görev yapmakta olan personel, bu Kanunun yayımı tarihinden önce yararlanmakta olduğu ek göstergelerden kazanılmış hak olarak yararlanmaya devam eder.

(8) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Üst Kurulda görev yapan personelden;

a) Fakülte veya dört yıllık yüksekokul mezunu olan,

b) Üst Kurulda beş yıllık hizmet süresini tamamlayan,

c) Son üç yıllık sicil not ortalaması seksen ve üzerinde olan,

d) Kamu Personeli Yabancı Dil Bilgisi Seviye Tespit Sınavından en az (D) düzeyinde puanı olan veya Üniversitelerarası Kurul Yabancı Dil Sınavından en az 60 puanı olan veya dil yeterliği bakımından buna denk kabul edilen ve uluslararası geçerliliği bulunan bir belgeye sahip olan,

e) Hazırlayacakları tez, bu Kanunun 43 üncü maddesinin yedinci fıkrasına göre kabul edilen veya doktora yapan ve Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç üç yıl içinde aynı fıkraya göre yapılacak yeterlik sınavında başarılı olanlar,Üst Kurul uzmanlığı kadrosuna atanabilirler."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 5.9.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Erhan TUTAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, 6112 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce üst kurul uzmanı olan ilgilinin kadrosunun, itiraz konusu kuralın yürürlük tarihinden önceki olaylara uygulanması suretiyle değiştirildiği, bu durumun hukuki güvenlik ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un itiraz konusu kuralın da yer aldığı geçici 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla, genel olarak, yeniden yapılandırılan Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun (RTÜK) daha önceki kadrolarında görev yapanların yeni kadrolara aktarımına ilişkin kurallar getirilmiştir. Buna göre, 6112 sayılı Kanunla yapılan düzenlemeler neticesinde kadro ve görev unvanı değişmeyenlerin durumlarına uygun aynı unvanlı kadroya atanmış sayılacakları, kadro ve görev unvanı değişen ya da kaldırılan veyahut da aranılan şartları taşımayan bir kısım personelin müşavir, bir kısım personelin ise uzman denetçi kadrolarına Kanun'un yayımı ile birlikte atanmış sayılacağı, fıkrada açıkça kadro ve görev unvanları yazılmayan bir kısım personelin de Üst Kurul Başkanı tarafından üç ay içinde durumlarına uygun kadrolara atanacakları belirtilmektedir. İtiraz konusu kuralda ise yapılan yeni düzenlemeler nedeniyle kadro ve görev unvanı değişmeyenlerden birtakım kadrolar için aranılan eğitim şartını taşımayan personelin başka kadrolara atanacağı belirtilmektedir.

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

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"hukuk güvenliği"* ilkesidir. Hukuk güvenliği, normların

öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Ancak güvenin korunması, mevcut bir hukuki durumun dokunulmazlığı anlamında da değerlendirilmemelidir. Hukuki güvenliğin mevcut bir hukuki durum için dokunulmazlık şeklinde algılanması, dinamik toplum yapısının kurallarla statik, durağan hâle getirilmesi sonucunu doğurur ki bu da toplumun çağın gerisinde kalmasına neden olabilir. Bu nedenle Kanun koyucu Anayasa'da öngörülen koşullar çerçevesinde diğer alanlarda olduğu gibi kamu görevlilerinin durumları ile ilgili olarak da kamu yararı amacıyla bazı değişiklikler yapabilir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin sağlamakla yükümlü olduğu hukuk güvenliği, kural olarak, kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. Kanunların geriye yürümezliği ilkesi uyarınca, kanunlar kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar; geçmiş, yeni çıkarılan bir kanunun etki alanı dışında kalır. Bu nedenle, sonradan yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

RTÜK'ün gerçekleştirdiği kamu hizmetlerinde verimi artırmak amacıyla yeniden yapılandırma neticesinde yapılan değişiklik sonucu personele ilişkin olarak Kanun'un geçici 1. maddesinde bazı kurallar belirlenmiştir. 6112 sayılı Kanunla gerçekleştirilen yeniden yapılanma neticesinde de eski kadrolar kaldırılarak yeni kadrolar ihdas edilmiş ve kimlerin söz konusu kadrolara hangi şartlarla atanacakları veya atanmış sayılacakları aynı Kanunla düzenlenmiştir. Bu çerçevede "*Üst Kurul Uzmanlığı*" da, ismi muhafaza edilse de, yeniden yapılandırma kapsamında yeni bir kadro olarak ihdas edilmiş ve bu kadroya atanacakların taşıması gerekli nitelikler belirlenmiştir.

İtiraz konusu kural, 6112 sayılı Kanun'un geçici 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasında belirtilen ve aynı Kanun'un 43. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, en az dört yıllık yükseköğretim kurumlarından mezun olmak şeklinde somutlaştırılan eğitim şartını taşımayan ve yeni düzenlemeler nedeniyle kişilerin durumlarına uygun kadrolara atanmalarına ilişkin

eğitim şartı öngördüğünden ve yeniden yapılanma çerçevesinde ihdas edilen kadrolara atanma konusunda, atanılacak kadronun ve personelin niteliklerine bakılarak üst kurul uzmanı olarak atanmada aranacak eğitim koşulunun saptanması kanun koyucunun takdir yetkisi içinde kaldığından hukuki güvenlik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, kamu hukuku alanında gerek kanunla gerekse düzenleyici işlemlerle konulmuş kuralların, kamu yararı ve hizmetin gerekleri dikkate alınarak her zaman değiştirilebileceği veya kaldırılabileceği açıktır. Hukuk aleminde meydana gelebilecek bu değişiklik, daha önce kural tasarrufların doğurmuş olduğu objektif ve genel hukuki durumlara da uygulanabilecektir. Soyut ve genel hukuki durumların (statülerin) en önemli özelliği bunların daima değişebilmesi ve bu değişikliğin de herkese karşı geçerli olmasıdır. Hukuk alanında meydana gelen ve hukuki statüde değişiklik yapan bu düzenlemeler, eski düzenleme uyarınca statü kazanmış ve statüsü devam eden bireyleri de kapsar. Dolayısıyla, nesnel hukuki durumların (statülerin) kazanılmış hak bahşetmesi mümkün değildir. Bir kamu görevlisinin kadro unvanı, bu kişinin iradesi ve isteği dışında kanun koyucu tarafından kaldırılabilir veya değiştirilebilir. Kanun aksini öngörmemiş ise derhal etki ilkesi uyarınca, yeni düzenleme, bu kadroya daha önce atanmış olan kamu görevlilerine derhal uygulanır.

Kuralda belirtilen görevlilerin durumunda olduğu gibi statü hukukuna göre yürütülen görevlere atanmanın usulleri, kadronun kaldırılması veya değiştirilmesi ile ilgili yeni düzenlemeler ve değişiklikler yapılması konusunda kanun koyucunun takdir yetkisi bulunmaktadır. Kamu kurumlarının kuruluşunda ve kaldırılışında takdir yetkisi bütünüyle yasama organı veya kanunla yetki verilmiş olan idari makama ait olduğuna göre, yasama organı kurduğu bir kamu kurumunu veya bazı kadroları kanunla kaldırabileceği gibi ihdas edeceği yeni kadrolara atanma şartlarını da belirleyebilir.

Bu durumda, kanunların geriye yürütülmemesi ilkesinin temel amaçlarından olan kazanılmış hakların korunması noktasında herhangi bir sorunun olmadığı, idarenin mali ve özlük hakları korumak şartıyla, kadroları ve buna bağlı olarak unvanları kaldırma ve değiştirme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim söz konusu personelin,

yeni atandıkları kadrodaki mali haklarının mevcut kadrolarındakine göre daha düşük olması hâlinde yeni kadrolarındaki gelirleri mevcut gelirlerine eşitleninceye kadar fark olarak ödenmesi öngörülmek suretiyle mali ve özlük hakları korunmuştur.

Öte yandan Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken "*kamu yararı*" konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır.

RTÜK'ün yapısı gözetilerek mevcut personele ilişkin uyum hükümlerine yer verilen ve Kurumun idari teşkilat olarak daha dinamik bir yapıya kavuşturularak, hızlı ve verimli çalışmasını sağlamak amacıyla itiraz konusu kuralın da yer aldığı maddede geçiş hükümlerine yer verilmiştir. Bu bağlamda, kuralda yer verilen düzenlemenin Kurumun; Anayasa ve Kanun'da belirtilen görevlerini daha iyi gerçekleştirmesine yönelik olduğu ve amacın da kamu yararı olduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

15.2.2011 günlü, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan *"...veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile Erdal TERCAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 10.10.2013 gününde karar verildi.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz istemine konu kuralın incelenmesinde; Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'nun idari personeliyle ilgili yapılan yeni düzenleme sonucunda belirlenen kadrolara ilişkin öngörülen "eğitim şartlarını taşıma" koşulunu sağlayamayan personelin, başka kadrolara atamasının yapılacağının hüküm altına alındığı görülmektedir. Davaya konu olayın somutunda ise önceki mevzuat hükümlerine göre iki yıllık yüksek okul mezunu olan, hazırladığı tez Uzmanlık Sınavı Kurulunca kabul edilen ve girdiği yeterlilik sınavında da başarılı olduğu için **"Üst Kurul Uzmanı**" statüsüne alınan ve 2002 yılından beri bu statüyle çalışan davacı, 15.2.2011 tarih ve 6112 sayılı Kanunla bu kadro (Üst Kurul Uzmanlığı) için "dört yıllık yüksek öğrenim şartı" öngörülmesi ve aynı Kanun'un Geçici 1 nci maddesindeki dava konusu kuralla yeni hükmün geçmişte bu kadroya atananlara da teşmil edilmesi üzerine, "üst kurul uzmanı" kadrosundan alınmış ve "uzman" kadrosuna atanmıştır.

Hukuk Devleti'nin olmazsa olmaz şartı olan "hukuk güvenliği" ilkesi, yeni getirilen normun kural olarak geçmişte meydana gelen olaylara uygulanmasını men eder. Aleyhe hüküm ve sonuçlar doğuran geçmişe yürürlü yasalar bireyin hukuki güvenliğini yok edeceği gibi, hukuk devletine olan güveni de sarsar. "Yeniden yapılandırma", "teşkilat ve kadro değişikliği" vb. adlar altında idarede ve kadrolarda yapılacak değişiklikler, bu temel ilkeyi gözardı edemez ve kamu görevlilerinin önceki mevzuat hükümlerine göre ihdas ettikleri statü, salt bu gerekçelerle "teminatsız"

kabul edilemez. Esasen Anayasa'nın 128. maddesinin öngördüğü "kamu görevlisi teminatı" ilkesi de buna engeldir.

Mahkememizin öncelikle son dönemdeki içtihatlarının buna cevaz verdiği de söylenemez. Birçok Kanun Hükmünde Kararname düzenlemelerinde yeniden yapılandırma nedeniyle birçok kamu görevlisinin kadrolarında kimi değişiklikler yapılmış ve Mahkememizce de bu yasal tasarruflar yasakoyucunun takdir hakkı çerçevesinde görülüp, düzenlemeler kamu yararına uygun olarak değerlendirilmişse de; somut kuralın diğer yasal tasarruflardan tamamen farklı bir mahiyet gösterdiği, önceki mevzuat hükümlerine göre bir statüyü iktisap etmiş olan kamu görevlisinin, yeniden belirlenen statü koşullarını taşımadığı gerekçesiyle kuralın geçmişe yürütüldüğü ve kişinin yasal olarak iktisap ettiği üst kurul uzmanlığı statüsünden yoksun bırakıldığı, böylelikle kamu görevlisi güvencesi ve hukuki güvenlik ilkelerinin açıkça ihlal edildiği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın hukuk güvenliğini ihlal etmesi nedeniyle Anayasa'nın 2. kamu görevlisi güvencesini ihlal etmesi nedeniyle de 128. maddelerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan; aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili Serruh KALELİ	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ
Üye Engin YILDIRIM	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN

KARŞIOY YAZISI

İtiraz konusu kuralda, 6112 sayılı Kanunla Radyo ve Televizyon Üst Kurulunda (RTÜK) yapılan yeni düzenlemeler nedeniyle kadro ve görev unvanı değişen yahut kaldırılan veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan personelin başka bir işleme veya tebligata gerek kalmaksızın başka kadrolara atanmış sayılacakları öngörülmektedir. İtiraz, kuralın *"…veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan"* bölümüne ilişkindir. Kuralın uygulanması halinde, kadro veya görev unvanı değişmemiş olsa bile bir kısım personelin Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce mevcut olmayan yeni eğitim şartlarını taşımadıkları gerekçesiyle başka kadrolara atanmaları gerekecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de "hukuk güvenliği" ilkesidir. Kişiler belli bir kamu hizmetine, o sırada kanunla belirlenmiş olan şartlara sahip olmaları halinde atanabilirler ve atanıp göreve başlamaları halinde o görevin gerektirdiği giriş koşullarının değiştiği gerekçesiyle görevden alınmayacakları hususunda haklı bir beklenti ve güven içinde statülerini sürdürürler. Kamu yararı gerekçesiyle aksine bir düşüncenin kabul görmesi halinde yasa koyucunun kamu görevlilerinin göreve geliş koşullarında her hangi bir zamanda yapacağı değişiklikle hukuk güvenliğini tümüyle ortadan kaldırması mümkün olacaktır.

Hukuk güvenliği gibi temel bir ilkenin ihlal edilmesi ile kuralın amaçladığı ifade edilen, RTÜK'ün daha dinamik bir yapıya kavuşturulması, hızlı ve verimli çalışması gibi gerekçeler karşılaştırıldığında, kuralın haklı nedenlere dayandığı veya ölçülü olduğu da söylenemez.

Yukarıdaki nedenlerle Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olan kuralın iptali gerektiği düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2013/9
Karar Sayısı : 2013/121
Karar Günü : 31.10.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZLARIN KONUSU : 1- 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*Adalet Bakanlığı*" ibaresi ile ikinci cümlesinin,

2- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

a- 231. maddesinin başlığında yer alan "*…ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" ibaresinin,

b- 231. maddesine, 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (5) numaralı fıkranın, bu maddeye bağlı olarak (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkraların,

c- 5560 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle değiştirilen 254. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci ve dördüncü cümlelerinin,

ç- 150. maddesinin (2) numaralı, 234. maddesinin (2) numaralı ve 236. maddesinin (3) numaralı fıkraları yönünden 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasının,

d- 325. maddesinin 5560 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve…*" ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanıklar hakkında kasten yaralama, hakaret ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarından açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Anayasa Mahkemesinin 2007/14 Esas sayılı kararında, 5320 sayılı Yasa'nın 13 ncü maddesinin Anayasa'nın 36 ncı maddesi ile bağlantısı kurulamayarak, itiraz başvurusunun reddine karar verildiğinden, bu düzenleme hakkında mahkememizce farklı gerekçeler ve nedenler ve Anayasa'nın farklı maddeleri de dayanak alınarak bu başvuru yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararında, mahkememizin itiraz nedenleri, dayanakları ve gerekçelerinin tamamı irdelenip tartışılmadığından, bu nedenle olayda Anayasa'nın 152/son maddesinin uygulanması yoluna gidilemeyeceğinden, mahkememizce bu itiraz başvurusu yapılmıştır.

İkinci başvuru nedeni hakkında önceden verilmiş bir Anayasa Mahkemesi kararı söz konusu olmayıp, üç ve dört numaralı bentlerde başvurulan konularda da, Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararları yönünden aynı durum söz konusu olduğundan, bu başvurunun yapılması yoluna gidilmiştir.

B- OLAY

Katılan mağdur …., olay tarihinde 18 yaşını doldurmadığı için, vekili yoksa isteği olmasa bile CMY 234/(2) ve 239/(2). maddeleri uyarınca bir vekil bulundurması zorunlu olduğundan, yasanın bu emredici kuralı uyarınca mahkemenin isteği üzerine baro tarafından, Av. ……. vekil olarak görevlendirilmiştir. Ayrıca CMY 236/(3). maddesi uyarınca ifadesi alınırken, zorunlu olarak aynı zamanda ücret takdirini gündeme de getiren bilirkişilik hükümleri çerçevesinde psikolog da hazır bulundurulmuştur.

Yine sanıklar …, …. ve …… vekili Avukat …….'ın, her üç sanığın da vekilliğinden çekildiğini yazılı olarak bildirmesi üzerine, bu durum sanıklara tebliğ edilmiş, sanıklar artık yeni bir avukat tutacak maddi güçlerinin kalmadığını, baro tarafından ücretsiz avukat görevlendirilmesini talep etmişler, haklı görülen talep karşısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6/3-c maddesi de gözetilerek, ayrıca sanık …..'te yine olay tarihinde 18 yaşını doldurmadığı için, müdafii olmasa bile CMY 150/(2). maddesi uyarınca bir müdafi bulundurması zorunlu olduğundan, yasanın bu emredici kuralı uyarınca mahkemenin isteği üzerine baro tarafından, aralarında çıkar çatışması bulunmadığından Av. ….. sanıklara müdafii olarak görevlendirilmiştir.

Sanıklara atılı yaralama, kişi özgürlüğünden yoksun bırakma ve hakaret suçlaması, CMY 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kapsamı içinde kalan niteliktedir.

Sanıklar hakkında olası bir mahkûmiyet kararı verildiğinde, İHAS'ın 6/3-c maddesi uyarınca, ücretsiz yararlanmaları gereken müdafi ücretleri, 5320 sayılı Yasa'nın 13/1 maddesi uyarınca, yargılama giderlerine eklenip sanıklardan tahsili yoluna gidilmesi söz konusudur.

Sanıklar, vekillerinin çekilmesi üzerine, artık yeni bir vekil tutacak güçte olmadıklarını belirtip ücretsiz avukat talebinde bulundukları ve bu talepte yerinde görüldüğü için, baro tarafından söz konusu görevlendirmeler yapılmış iken, mahkûmiyet kararı durumunda İHAS'ın 6/3-c maddesine aykırı biçimde 5320 sayılı Yasa'nın 13 ncü maddesi gündeme gelmektedir. Ayrıca doğal olarak, tüm yargılama giderleri hazine tarafından karşılanırken, bu giderlerin de hazine değil, Adalet Bakanlığı bütçesinden sarfedilmesinin öngörülmesi ve bu konuda devlet hazinesinin Adalet bakanlığına kaynak aktararak Bakanlık bütçesinin sarfının zorunlu tutulması, savunma ve de mahkemelerin bütçe yönünden bağımsızlığına da açıkça aykırılık yaratmıştır.

Yine sanıklar hakkında olası bir mahkûmiyet kararı verildiğinde, zorunlu olarak atanan katılan mağdur vekili ücreti de sanıklara yüklenecektir.

Aynı şekilde CMY 324/(5) nci maddesinde düzenlenen hüküm kapsamına alınmayarak, katılan mağdur için CMY 236/(3) maddesi uyarınca zorunlu olarak yapılan tercüman gideri kapsamındaki uzman giderleri de olası bir mahkûmiyet kararı halinde sanıklara yüklenecektir.

Bu durumlar, bir mahkûmiyet kararı sonucunu doğurmayan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumu söz konusu olduğunda dahi CMY 325/(2) maddesi uyarınca gündeme gelecektir. Oysa hükmün açıklanmasının geri bırakılması, CMY 223 ncü maddede bir hüküm olarak bile sayılmamış, bu madde uyarınca hüküm ya aykırı davranış karşısında geri alınıp açıklanan hüküm, ya da aykırı olmayan davranış karşısında düşme kararı olarak gösterilmiştir. Hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı evrensel ve anayasal kuralı karşısında, yargılama giderlerinin de, mahkûmiyetin bir sonucu olması gözetildiğinde, CMY 324 ve 325 nci maddeler de bu anlayışla düzenlenmesine rağmen, Anayasal ilkeler sadece hükmün açıklanmasının geri bırakılması yönünden gözetilmemiştir.

Yine dava sonucunda sanıklar hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması da söz konusu olabilecektir ki, anılan kurum da Anayasal ilkelere aykırı biçimde düzenlenmiştir.

C- AÇIKLAMALAR

CMY 223. maddesinde, dava sona erdiğinde hüküm verileceği, hükümle de ne tür kararlar verilebileceği açıkça gösterilmiştir. Mahkûmiyet kararı, bu kararlardan bir tanesidir. 5560 sayılı Yasa ile değiştirilen CMY 231. maddesinde öngörülen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, mahkûmiyet kararı verilebilecek durumda, bu karar verilmeyerek, bu karar öncesinde gündeme gelen bir karardır.

CMY 231/(5). maddesinin son cümlesinde ifade edildiği üzere (mahkûmiyet öncesinde mahkûmiyete yönelik) kurulan ve CMY 231/(12). maddesi uyarınca itiraz edilebilir nitelikteki bu hükmün açıklanması geri bırakılması kararı ile aslında hüküm açıkça ortaya konulmakta yani gerçekte açıklanmakta, ancak bu hüküm CMY 231/(10)-(11). maddesinden de anlaşıldığı gibi nihai hüküm niteliği de taşımamakta, CMY 231/(11). maddesinde ifade edilen ve ortaya çıkacak nihai mahkûmiyet hükmü ise, bu hükümle özde örtüşmektedir.

CMY 231/(5)-(14). maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda kurulan (mahkûmiyete yönelik) hükmün, sanık hakkında bir hukuki sonuç doğurmadığı CMY 231/(5). maddesinde açıkça ifade edilmiştir. CMY 231. maddesindeki düzenlemelere göre hükmün açıklanması geri bırakıldığında, aslında hüküm açıklanmış olmakta, gerçekte açıklanması geri bırakılan ise hükmün kendisi değil, geri bırakılan sadece hükmün doğacak hukuki sonuçları olmaktadır.

CMY 325/(1). maddesinde, ceza veya güvenlik tedbirlerine mahkûmiyet halinde, bütün yargılama giderlerinin sanığa yükletileceği ifade edilmiştir. CMY 325/(2). maddesinde ise erteleme ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması durumunda da ilk fıkra hükmünün uygulanacağı ifade edilmiştir.

Erteleme kararı, yine ceza veya güvenlik tedbirlerine mahkûmiyet kararları, sonuç itibarıyla mahkûmiyet kararlarıdır. Bir taraftan açıklanmadığı ifade edilmesine rağmen açıklanan ve de nihai hüküm niteliği taşımayan, öte taraftan da hukuki sonuçları geri bırakılan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla, CMY 231/(10). maddesindeki düşme halini de beklemeden ve gözetmeden, adeta mahkûm olmuş gibi sanığa yargılama giderlerinin yüklenmesi demek, doğmayan hukuki sonuçlarına, hukuki sonuçlarının da ancak CMY 231/(11). maddesindeki koşullar durumunda doğacak ve açıklanacak olmasına rağmen, sanık; hukuki sonuçları ortaya çıkmış gibi, yani mahkûm olmuş gibi CMY 325/(2). maddesi gereğince yargılama giderlerine muhatap edilmektedir.

Hükmün açıklanması geri bırakılması durumunda, beş yılık deneme süresi içinde öngörülen koşulların ihlal edilmesi halinde, davayı sonuçlandırmak için CMY 231/(11). maddesi uyarınca kurulacak (mahkûmiyete ilişkin) yeni hükümle, sanığa kuşkusuz yargılama giderleri hükmedilecektir. Kaldı ki, öngörülen beş yıllık deneme süresi içinde, koşulları ihlal etmeyen sanık hakkında CMY 231/(10). maddesi uyarınca, bu hüküm ele alınarak dava sonuçlandırılıp, nihai olarak düşme kararı verilecektir. Düşme kararı verilmesi durumunda, CMY hükümlerine göre sanığa yargılama giderleri hükmedilmemektedir. Bu durum ceza yargılaması sistematiğinde tüm düşme kararları için geçerlidir.

İlerde hakkında düşme kararı verilebilecek sanık hakkında, deneme süresinin sonu beklenmeden adeta mahkûm gibi yargılama gideri hükmedilmesi, deneme süresi söz konusu olmadan genel maddelere dayalı düşme kararı verilenler ile deneme süresi sonunda CMY 231 nci maddeden hareketle düşme kararı verilenler arasında farklılık yaratmaktadır.

Yine hükmün hukuki sonuçları doğmayan sanık hakkında deneme süresi sonunda düşme kararı verildiğinde yargılama giderlerine hükmedilmeyecek, oysa daha önceki aşamada hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla yargılama giderlerine hükmedilecek olup, bu durum Anayasa'nın 10/son maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine açıkça aykırıdır. Bilahare sanık, kendisinden tahsil edilen bu yargılama giderlerini geri almak gibi bir sürece sokulmaktadır ki, bu da çağdaş ceza yargılaması yönünden hukuk devleti kurallarıyla da bağdaşmamaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, davayı esastan sonuçlandıran bir karar değildir. Bu kararın verildiği hallerde davayı esastan sonuçlandıran karar, deneme süresi sonunda CMY 231/(10)-(11). maddesi uyarınca verilecek kararlardır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aslında mahkûmiyet hükmü kurulmadan verilebilecek bir durma kararı ile söz konusu olabilecek iken, hüküm yazılıp açıklanarak, ancak açıklanmasının geri bırakılması denilmesine rağmen, (yargılama giderleri dışındaki) hukuki sonuçları geri bırakılarak, hukuki sonuçları doğmayan nihai hüküm öncesi böyle bir kararla, sonuçta sanık mahkûm gibi peşinen suçlu gösterilmektedir. Oysa Anayasa'nın 38/4. maddesi uyarınca hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz denilmektedir. Bir kimsenin, suçluluğu hakkında kesin bir algı yaratılması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Verilen kararın, mahkûmiyet kararlarının işlendiği adli sicil kaydı yerine yargı organları dışında erişime kapalı başka bir yere işlenmesi de bu durumu değiştirememektedir. Kişi mahkûm olmamasına rağmen, sonuçta mahkûm olmadığını gösteren bir karar ibraz edememektedir.

Hakkında CMY 235/(11). maddesi uyarınca "nihai" mahkûmiyet kararı kurulmayan sanık hakkında, nihai mahkûmiyet kararından önce (açıklandığının geri bırakıldığı belirtilmesine rağmen) açıklanarak CMY 235/(5). maddesi çerçevesinde karar verilmesi, Anayasa'nın 38/4. maddesine açıkça aykırıdır. CMY 235/(11). maddesi uygulanmadan yani nihai mahkûmiyet kararı verilmeden önce yargılama giderlerine hükmedilmesi de, suçlu görülmek anlamını ayrıca taşıdığından, bu durum da ayrıca yine Anayasa'nın 38/4. maddesine aykırıdır.

Hakkında CMY 235/(10) ve (11). maddesi uyarınca nihai hüküm kurulmadan önce, mahkûmiyet halindeki olası hükmün içeriğinin açıklanması, belirtilen şekilde, nihai hüküm öncesi (hakkında düşme kararı da verilebilecek) kişiyi suçlu göstermek anlamını taşıdığından, Anayasa'nın 38/4. maddesine aykırılık söz konusudur. Anılan karar, adli sicil dışında ayrı bir yere kaydedildiği ve bu karara sadece yargı organlarının erişiminin söz konusu olduğu düzenlense bile, söz konusu karar itiraza tabi bir karardır. Dolayısıyla itiraz hakkı olan herkese tebliğ edilmesi gereken bu karar, davada katılan sıfatı olan kişinin de eline geçmektedir. Cumhuriyet savcısına da tebliğ edilmektedir. İtiraz için gönderilen bu kararların içeriğinin açıklanmasını yasaklayan bir hüküm söz konusu değildir, olamaz da. Bu nedenle anılan kararlar, tazminat gibi hukuk davalarında da kanıt olarak kullanılabilmektedir.

Dolayısıyla, nihai hüküm öncesinde, sanığı suçlu gösterme hali ve bu boyutlarıyla mahkûmiyet kararı gibi sonuç doğurma hali, hatta daha sonra düşme

kararı koşulları ortaya çıksa bile, verilecek düşme kararının bu durumu tüm etkileriyle ortadan kaldırmaması karşısında, bu durumda temyiz yasa yolu da elinden alınan sanığın, bu şekilde hak arama özgürlüğü yönünden hukuki güvenliği de ihlal edilmektedir. Çünkü bu kararlar tazminat gibi hukuk davalarında kanıt olarak kullanılabilmektedir. Düşme kararları temyiz yolu açık olan kararlardan ise de, düşme kararı halinde sanık temyiz yolunu her boyutuyla tartışmasız biçimde etkin olarak kullanamamaktadır. Ayrıca hükmü temyiz edebilmesi durumu ise tam beş yıl sonra CMY 231/(10). maddesi çerçevesinde verilecek kararla ortaya çıkmaktadır ki, bu süre de zaten hukuk davası sonuçlanmakta ve hatta temyiz denetiminden dahi geçmektedir.

Yine hükmün açıklanması geri bırakılması kararı verildiğinde, bu karara itiraz edilebilse de, kararı temyiz yoluna taşımanın yolu, yeni bir suç işlemek ya da yükümlülüklere aykırı hareket etmek, bu şekilde de mevcut davada yeni bir mahkûmiyet kararı ortaya çıkmasını sağlamak olarak öngörülmüştür. Ancak kişi bu durumda, işlediği yeni suç için ayrıca yeni bir soruşturma ve kovuşturma baskısı altına girmektedir. Mevcut davadaki yeni hükmü temyiz yoluna taşımak ise beş yıllık bir süreç alabilmektedir. Hükmü temyiz yoluna taşıyabilmenin aracı veya yöntemi yeni bir suç işlemek olmamalıdır.

Her ne kadar, öncesinde itiraz, sonrasında ise temyiz gibi iki yasa yolunun benimsendiği söylenebilirse de, mevcut davada kurulacak ilk hükümdeki ceza miktarı itibarıyla gerçekte temyiz denetimine açık olması gereken bir hüküm için, böyle bir tablonun ortaya çıkması kabul edilebilir değildir. Bu yönüyle de söz konusu kurum, Anayasa'nın insan haklarına saygı ve hukuk devletine ilişkin 2., hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

CMY 231/(5). maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla, yargılama giderleri boyutu dışında hükmün hukuki sonuçlarının açıklanması geri bırakıldığından, bu karar adeta koşullu bir durma kararı niteliğindedir. Ancak bu kurumun uygulanırlığı, belirli bir miktarın altında cezaya hükmedilme koşuluna bağlandığından, kararın bu ceza miktarı yönünden denetlenebilir olması açısından, hükmün içeriği ortaya konulmaktadır ki, bu durumda da yukarıda belirtilen Anayasa kurallarına aykırılık ortaya çıkmaktadır. Bu da düzenlemenin, çelişki, tutarsızlık içerdiğini göstermektedir. Böyle bir düzenleme, hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerden etkin olarak yararlanma konusunda, düzenlemelerin anlaşılabilir, bilinebilir, belirli olması ölçütlerini de açıkça ihlal etmektedir.

Çağdaş ceza hukuku, cezalandırmadan çok iyileştirici önlemlerin uygulanması anlayışına dayanmaktadır. Anılan kurum da bu amaçla getirilmiş ise de, düzenlemenin içeriği, anayasal boyutta bir çok aykırılık yaratmıştır. Hukuk sistemimizde, benzeri kurumlar söz konusudur. Erteleme kurumu en yakın benzeri bir kurumdur. Ancak erteleme kararı, bir mahkumiyet kararıdır, nihai bir karardır, mahkûmiyet kararının sonuçlarını da doğuran bir karardır. TCY 51. maddesinde düzenlenen erteleme halinde, kararın kesinleşmesi sonrasında öngörülen deneme süresi içinde koşullara aykırı hareket edilmediği takdirde, hüküm infaz edilmiş sayılmaktadır.

CMY 223/(1). maddesinde yazılı mahkûmiyet kararı dışındaki diğer hallerde o kararların verilecek olması, mahkûmiyet kararı verilebilecek durumda ise, bu mahkûmiyet kararı öncesinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidilebilecek olması karşısında, verilecek kararın da denetlenebilir olması yönü de gözetilerek, bu yönden bu kararın içeriğinin ortaya konulmasının amaçlandığı düşünüldüğünde, anayasal boyutta aykırılık ortaya çıkmaması için, örneğin hükmü açıklayıp TCY 51. maddesindeki gibi erteleyerek (koşullarına göre) infaz etmiş sayılma yoluna gidilmediğine de göre; gerçekte hüküm asıl hüküm öncesinde açıklanıp hukuki sonuçlarının "koşullu" ertelenmesi yoluna gidildiğine, koşullara uyulduğunda asıl hükümden vazgeçilmesine, koşullara uyulmadığında ise asıl hükmün açıklanması yoluna gidildiğine göre, söz konusu kurumun anlaşılabilir, bilinebilir, uygulanabilir olmayan içerikte düzenlenmesi, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilke ve kurallarıyla bağdaşmamaktadır.

Örneğin TCY 66 ve 67. maddelerine göre (onsekiz yaşından büyük olanlar için) en kısa dava zamanaşımı süresinin sekiz yıl ve zamanaşımının kesilmesi halinde bu sürenin oniki yıl olduğu, on beş ile onsekiz yaş grubu arasındakiler için bu sürenin üçte ikisinin esas alındığı hatırlandığında, CMY 231/(8). maddesinde öngörülen deneme süresi içinde zamanaşımının duracağı kabul edilmesi karşısında, böyle bir durumda iyileştirme amacıyla getirilen bu kurum nedeniyle, kişiler onyedi yıl, on beş ile onsekiz yaş grubu arasında olanlar ise onüç yıl boyunca ceza tehdidi ve ceza davası baskısı altında da kalabilecektir ki, bu durum açıkça orantısız bir tablo ortaya çıkarmaktadır. Burada deneme süresi için "beş yıla kadar" değil "beş yıl" gibi bir sürenin öngörülmesi, davanın sonuçlanma ve CMY 231/(10)-(11). maddeleri çerçevesinde nihai hükmün ortaya çıkmasını olabildiğince uzatmaktadır. Dava, suçun işlendiğinde en hızlı bir biçimde hemen sonuçlansa dahi, böyle bir karar verilmesi durumunda, nihai hüküm en erken beş yıl sonra ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir orantısız ve ölçüsüzlük Anayasa'nın

2. maddesindeki hukuk devleti kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Ayrıca davaların mümkün olan süratle sonuçlandırılmasına yönelik Anayasa'nın 141/son maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması yoluna gidildiğinde deneme süresi sonunda davaya bakacak yargıç, CMY 231/(10)-(11). maddeleri çerçevesinde karar vereceği zaman, bu yargıcın önceden görüşünü açıklamış olması durumu da, tarafsızlık yönünden ayrıca tartışmalı durum yaratmaktadır. Oysa yargılamanın yenilenmesi durumunda, önceden karar vermiş olan yargıcın sadece CMY 311/(l)-c maddesi durumunda değil, her durumda yargılamanın yenilenmesi ilişkin davada yer alamayacağı CMY 23/(3). maddesinde açıkça öngörülmüştür. Buradaki amaç, yargıcın daha önce görüşünü açıklamış, tarafsızlığını kaybetmiş olmasıdır. Aynı durumun hükmün açıklanmasının geri bırakılması sonrasında ele alınacak dava için öngörülmemesi, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti, 10. maddesindeki eşitlik ve 36. maddesindeki adil yargılanma kurallarına da aykırılık yaratmaktadır. Bu da hükmün açıklanması geri bırakılması kurumunun uygulanabilirliğini, benzeri bir çok kurum var iken, ceza hukuki sistematiği ile uyumlaştırılmadan yasaya konulduğunu, bu durumun da hukuk devleti yönünden ayrıca belirsizlikleri artırdığı için tartışmalar yarattığı açıkça ortadadır.

Hükmün açıklanması geri bırakılması durumunda, hukuki sonuç doğurmamasına rağmen, içeriği ortaya konulduğu için bu nihai olmayan hüküm, sonuçta kişinin suçlu olarak görülmesine neden olmakta, suçsuz bir algı yaratmamakta, masumiyet halini ortadan kaldırmaktadır. Oysa ortaya henüz son, yani nihai bir hüküm çıkmış değildir. Masumiyeti bu süreçte esas olan kişi, nihai mahkumiyet hükmü ortaya çıkmadan mahkûm gibi yargılama gidenlerine de muhatap edilmektedir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla ya da bir mahkûmiyet kararıyla mahkûm edilen yargılama giderleri içinde de, CMY 324/(1). maddesi uyarınca, tarifesine göre hükmedilen avukatlık ücretleri ile "devlet hazinesinden" yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yer almaktadır.

Anayasa'nın 90/son maddesi gözetilerek, Lozan Antlaşmasının 39. ve İHAS 6. maddesi uyarınca Türkçe bilmeyen şüpheli, sanık, mağdur ve tanık için görevlendirilen kişiler için yapılan giderlerin yargılama giderleri kapsamında sayılmayacağı ve "devlet hazinesinden" karşılanacağı CMY 324/(5) maddesinde yerinde olarak belirtilmiştir.

5560 sayılı Yasa ile değişik 5320 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde, soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile "ayrıca" belirlenecek "tarifeye göre" avukatlık ücreti ödeneceği, bu ücretin "Adalet Bakanlığı" bütçesinde bu amaçla yer alacak "ödenekten" karşılanacağı ve bu ücretin yargılama gideri de sayılacağı ifade edilmiştir.

CMY 324/(1). maddesindeki ve 5320 sayılı Yasa'daki düzenleme karşısında, 5320 sayılı Yasa'nın 13. maddesinden hareketle ödenecek ücretlerinde yargılama giderleri kapsamında değerlendirildiğinde bir duraksama yoktur.

CMY incelendiğinde, yargılama giderleri konusunda esas olan anlayış, bu giderlerin her durumda devlet hazinesinden yapılması, mahkemelerin böylece bütçe olarak bağımsızlıkların sağlanmasıdır. Aynı anlayış 5320 sayılı Yasa'ya taşınmamış, daha doğrusu 5320 sayılı Yasada önceden yer alan düzenleme aynı paralelde iken, yapılan değişiklikle halen yürürlükteki sapma hali ortaya çıkmıştır. Böylece devlet hazinesi yerine, bakanlık bütçesinin kullandırılması, Bakanlığın yaklaşımına göre bu ödeneği istediği yere istediği biçimde aktarması, baroların, mahkemelerin, savunma makamının bütçe yönünden de bağımsızlığını, yürütme karşısında ortadan kaldırmaktadır. Bu durum anılan haklardan bir hukuk devletinde, hukuk devletinin gereği gibi, etkin biçimde yararlanma ortamını bozmaktadır. Yargının bağımsızlığını sağlayan ortam bozulmakla, adil yargılanma yönünden de aykırı durumlar ortaya çıkmakta, bu yolla Anayasa'nın 2, 36 ve 138 nci maddeleri açıkça ihlal edilmektedir. Anayasa'nın 135/5 nci maddesi, bu aykırılığı ortadan kaldıran bir madde değildir, o şekilde de yorumlanamaz.

Kendisini yaşı ya da maddi durumu nedeniyle savunamayacak durumda olduğu için, mahkemenin istemi üzerine Anayasa'nın 36/1. ve İHAS 6/3-c maddesi uyarınca adil yargılamanın sağlanması için "zorunlu olarak" görevlendirilen müdafi ve vekil ücretlerinin, yargılama giderleri kapsamında değerlendirilmesi ve sanığa yükletilecek olması, müdafi ve vekil görevlendirmeyi gerekli kılan düşünce ile bağdaşmamaktadır.

Bu anlayış uyarınca, yargılamaya "zorunlu olarak katılan" müdafi ve vekil ücretlerinin yani savunman ücretlerinin İHAS'ın 6/3-c maddesi gözetilmeksizin sanığa yükletilmesi benimsenmektedir ki, bu durum soruşturma ve kovuşturmada yine (zorunlu olarak) yer alan Cumhuriyet savcısı ve yargıç maaşlarının da orantısal olarak yargılama giderlerine katılmasının ileri sürülmesinden farklı değildir ki, böyle bir durum asla savunulamaz. Mahkemeden içeriye sanık olarak

adım atmak, bir yargılama için yapılması gereken bu zorunlu masrafları peşinen sanığa yüklemek sonucunu da doğurmamalıdır. Sanığa yüklenmeyen neredeyse bir elektrik gideri kalmaktadır.Yargılamayı yapmak ve yargılamayı da adil yargılama içerisinde sonuçlandırmakla görevli olan hukuk devleti, kuşkusuz anılan giderlere katlanması gereken; bir devlettir. Bu nedenle bu düzenleme, Anayasa'nın hukuk devletine ilişkin 2., adil yargılanmaya ilişkin 36. ve davaların en az giderle sonuçlandırılmasına ilişkin 141/son maddesine aykırıdır.

Ayrıca söz konusu hallerde müdafi ve vekil görevlendirme hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için, ceza yargılaması için yapılacak bu giderlerin de CMY 324/(5). maddesindeki gibi devlet hazine içinden yapılması yoluna gidilmeyerek, yürütme organı bütçesi içine konulup bu bütçeden harcanabildiği ölçüde söz konusu hakların kullanılabilecek olması hususu da, yukarıda belirtildiği üzere Anayasa'nın 138. maddesindeki mahkemelerin bağımsızlığı ve de savunmanın bağımsızlığı kurallarıyla açıkça çatışmaktadır.

Yargılama için zorunlu olarak görevlendirilecek müdafi ve vekil için kullanılacak bütçenin, (daha önce devlet hazinesinden doğrudan TBB hesaplarına aktarılarak anılan hakkın yürütme vesayeti altında kalmadan etkin kullanımı sağlanırken ve bu da yargılama sürecine yargı bağımsızlığına uygun biçimde yansırken, dolayısıyla CMY 324. maddesi paralelinde düzenlemeye gidilmiş iken) 5560 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik sonrasında, bu kaynağın yürütme biriminde (Adalet Bakanlığı'nda) olması, mahkemelerin ve savunma makamının etkin olarak görev yapmasını engelleyici niteliktedir. Burada Lozan Antlaşmasının 39 ncu, CMY' 324 ncü maddesine paralel düzenleme yapılması yoluna gidilmemekle, mahkemeler ve barolar üzerinde bütçe yönünden bağımsızlıkta açıkça ihlal edilmiştir.

Kaldı ki, açıklandığı üzere bu giderler, yargılama giderleri kapsamına da alınmamalı iken aksi yapılmıştır. Mahkemelerin, yargılama yaparken Adalet Bakanlığı bütçesini kullanır duruma sokulmaları, hiçbir biçimde mahkemelerin bağımsızlığı kurallarıyla bağdaşmamaktadır. Bu kural, davanın adil yargılanma içinde yürütülmesi için, anılan kaynağın yürütme birimi tarafından kullandırıldığı ölçüde avukatların katılımını etkileyici boyut taşıdığından, adil yargılanmanın sağlanması yönünden bu davada uygulanacak boyut taşımaktadır.

Yine kaldı ki, uygulama ile benimsenen genel kural uyarınca, sanıklar hakkında beraat kararı verildiğinde, kendilerini vekaletnameli vekil ile temsil ettirmeleri durumunda, sanıklar yararına vekalet ücretine hükmedilmekte, bu ücrette

hazine tarafından ödenmektedir. Çünkü yargılama, bir yürütme veya bakanlık faaliyeti değildir. Bu nedenle beraat halinde doğal olarak bu gidere katlanmayan ve bütçesi kullanılmayan Bakanlığın, anılan düzenlemeye konu durumda da ayrıca bütçesinin kullanılmaması gerekmektedir. Hazinenin bu kaynağı Adalet Bakanlığına değil, bağımsız savunma örgütlerine aktarması gerekmektedir.

Mağdur çocukların, yargılamada tanık olarak dinlenmesi gerektiğinde, CMY 236/(3). maddesinde, bu dinlemenin teknik uzmanlar eşliğinde yapılması gerektiği belirtilmiştir ki, bu teknik uzmanlar için bilirkişilik hükümlerinin uygulanması da ayrıca ifade edilmiştir. Bilirkişilik kapsamında söz konusu olan bu işlem uyarınca CMY 72. maddesi uyarınca ücret takdir edilmesi gerektiği, bu ücretin de CMY 324/(1). maddesi uyarınca yargılama giderleri içinde yer aldığı tartışmasızdır.

Oysa Türkçe bilmeyen sanık, tanık, şüpheli, mağdur için yapılan tercüman giderleri ki, bu giderler de adil ve etkin bir yargılama için bilirkişi giderleri kapsamında yapılmaktadır ve CMY 324/(5). maddesi uyarınca devlet hazinesinden ödenerek yargılama giderlerine dahil edilmemektedir Zorunlu olarak görevlendirilen müdafi ve vekil için yapılan giderler de, bu görevlendirmenin gerekliliğine aykırı biçimde, 5320 sayılı Yasa'nın 13. ve CMY 324(1). maddeleri uyarınca yargılama giderleri kapsamında değerlendirilmektedir. Bu hallerde, yani İHAS'ın 6/3-c, CMY 150/(2)., CMY 234/(2), 239/(2). ile 236/(3). maddeleri uyarınca hükmedilecek giderler de CMY 324/(5). madde paralelinde, Anayasa'nın insan haklarına saygı ve hukuk devleti ilkelerini içeren 2., eşitlik ilkesini içeren 10., adil yargılanma ilkesini içen 36., davaların en az giderle sonuçlandırılmasına ilişkin 141/son maddeleri çerçevesinde yargılama giderleri kapsamında değerlendirilmemelidir. Devlet adil yargılamayı, bütçesi olanakları ölçüsünde değil, devlet olmanın gereği olarak her durumda sağlamak ve bu konudaki giderleri de yapmak ve katlanmak durumundadır.

Anayasanın 5. maddesi uyarınca, kişilerin huzur ve mutluluğunu sağlamak, devletin temel amaç ve görevleri arasındadır. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca da temel hak ve özgürlükler konusunda ancak, Anayasa'nın ilgili maddelerindeki nedenlere bağlı olarak ve yasa ile, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna bağlı da kalınarak, ölçülülük ilkesine uygun biçimde sınırlama yapılabilir. Kendisini savunamayacak kişi için görevlendirilen avukat ücretinin o kişiye yüklenmesi, nihai hüküm öncesi gerçekte açıklanan ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılması adı verilen karar yoluyla suçlu algısı yaratılması, burada yasa yolunun itiraz olarak düzenlenerek sonuçta etkin hukuki denetimin ortadan kaldırılması, mahkûmiyet öncesinde ama

bir mahkûm gibi yargılama giderlerinin yüklenmesi, masumiyet kuralının ihlal edilmesi, adil yargılama kurallarına aykırılık yaratılması boyutları da Anayasa'nın anılan maddelerine ayrıca aykırılık durumu ortaya çıkarmaktadır.

Bu açıklamalar karşısında Mahkememizdeki 2011/141 Esas sayılı davada uygulanacak kural niteliğinde bulunan;

5320 sayılı Yasa'nın 13/(1). maddesinin birinci cümlesindeki "Adalet Bakanlığı" ifadesi ile ikinci cümlesinin, yine CMY 150/(2), 234(2) ve 236/(3). maddeleri yönünden CMY 324/(1). maddesinin, yine CMY 325/(2). maddesindeki "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve" ifadesinin, yine CMY 231/(5). maddesinin ve bu maddeye bağlı olarakta CMY 231/(6)-(14) hükümlerinin ve madde başlığındaki "ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" hükümlerinin, ayrıca CMY 254/(2) maddesinin 2-4. cümlesinin, Anayasa'nın 2, 5, 10, 13, 36, 38, 138. maddelerine aykırı olması nedeniyle Anayasa'nın 153. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunulmasına,

Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar da, Anayasa'nın 152/1. ve 152/3. hükümleri çerçevesinde davanın geri bırakılmasına, bu nedenle dosyanın onaylı örneğinin çıkartılarak dizi pusulasına bağlanarak, Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar vermek gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 5320 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren "*Müdafi ve vekil ücreti*" başlıklı 13. maddesi şöyledir:

"***Madde 13-*** *(Değişik: 6/12/2006-5560/30 md.)*

(1) Ceza Muhakemesi Kanunu gereğince soruşturma ve kovuşturma makamlarının istemi üzerine baro tarafından görevlendirilen müdafi ve vekile, avukatlık ücret tarifesinden ayrık olarak, Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınarak Adalet ve Maliye bakanlıkları tarafından birlikte tespit edilecek ücret, ***Adalet Bakanlığı*** *bütçesinde bu amaçla yer alan ödenekten ödenir.* ***Bu ücret, yargılama giderlerinden sayılır.***

(2) Bu madde uyarınca yapılacak ödeme ve uygulamaya ilişkin usûl ve esaslar Türkiye Barolar Birliğinin görüşü de alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir."

2- 5271 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 231. 254., 324. ve 325. maddeleri şöyledir:

"Hükmün açıklanması ***ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması***

Madde 231-*(1) Duruşma sonunda, 232 nci maddede belirtilen esaslara göre duruşma tutanağına geçirilen hüküm fıkrası okunarak gerekçesi ana çizgileriyle anlatılır.*

(2) Hazır bulunan sanığa ayrıca başvurabileceği kanun yolları, mercii ve süresi bildirilir.

(3) Beraat eden sanığa, tazminat isteyebileceği bir hâl varsa bu da bildirilir.

(4) Hüküm fıkrası herkes tarafından ayakta dinlenir.

(5) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Sanığa yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adlî para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir. Uzlaşmaya ilişkin hükümler saklıdır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmamasını ifade eder.

(6) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi için;

a) Sanığın daha önce kasıtlı bir suçtan mahkûm olmamış bulunması,

b) Mahkemece, sanığın kişilik özellikleri ile duruşmadaki tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak yeniden suç işlemeyeceği hususunda kanaate varılması,

c) Suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi,

gerekir. (Ek cümle: 22/7/2010 - 6008/7 md.) Sanığın kabul etmemesi hâlinde, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmez.

(7) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilen hükümde, mahkûm olunan hapis cezası ertelenemez ve kısa süreli olması halinde seçenek yaptırımlara çevrilemez.

(8)(Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak;

a) Bir meslek veya sanat sahibi olmaması halinde, meslek veya sanat sahibi olmasını sağlamak amacıyla bir eğitim programına devam etmesine,

b) Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılmasına,

c) Belli yerlere gitmekten yasaklanmasına, belli yerlere devam etmek hususunda yükümlü kılınmasına ya da takdir edilecek başka yükümlülüğü yerine getirmesine,

karar verilebilir. Denetim süresi içinde dava zamanaşımı durur.

(9) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Altıncı fıkranın (c) bendinde belirtilen koşulu derhal yerine getiremediği takdirde; sanık hakkında mağdura veya kamuya verdiği zararı denetim süresince aylık taksitler halinde ödemek suretiyle tamamen gidermesi koşuluyla da hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilebilir.

(10) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.)Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlenmediği ve denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere uygun davranıldığı takdirde, açıklanması geri bırakılan hüküm ortadan kaldırılarak, davanın düşmesi kararı verilir.

(11) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Denetim süresi içinde kasten yeni bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülüklere

aykırı davranması halinde, mahkeme hükmü açıklar. Ancak mahkeme, kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getiremeyen sanığın durumunu değerlendirerek; cezanın yarısına kadar belirleyeceği bir kısmının infaz edilmemesine ya da koşullarının varlığı halinde hükümdeki hapis cezasının ertelenmesine veya seçenek yaptırımlara çevrilmesine karar vererek yeni bir mahkûmiyet hükmü kurabilir.

(12) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına itiraz edilebilir.

(13) (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı, bunlara mahsus bir sisteme kaydedilir. Bu kayıtlar, ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından istenmesi halinde, bu maddede belirtilen amaç için kullanılabilir.

(14) (Değişik: 23/1/2008 – 5728/562 md.) Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.

Madde 254- *(Değişik: 6/12/2006-5560/25 md.)*

(1) Kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri 253 üncü maddede belirtilen esas ve usûle göre, mahkeme tarafından yapılır.

(2) Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. ***Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arzetmesi halinde; sanık hakkında, 231 inci maddedeki şartlar aranmaksızın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilir.*** *Geri bırakma süresince zamanaşımı işlemez.* ***Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi halinde, mahkeme tarafından, 231 inci maddenin onbirinci fıkrasındaki şartlar aranmaksızın, hüküm açıklanır.***

Madde 324- (1) Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın

yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir.

(2) Hüküm ve kararda yargılama giderlerinin kimlere yükletileceği gösterilir.

(3) Giderlerin miktarı ile iki taraftan birinin diğerine ödemesi gereken paranın miktarını mahkeme başkanı veya hâkim belirler.

(4) Devlete ait yargılama giderlerine ilişkin kararlar, Harçlar Kanunu hükümlerine göre; kişisel haklara ilişkin kararlar, 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu hükümlerine göre yerine getirilir. (Ek cümle: 2/7/2012-6352/100 md.) Devlete ait yargılama giderlerinin 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 106 ncı maddesindeki terkin edilmesi gereken tutarlardan az olması halinde, bu giderin Devlet Hazinesine yüklenmesine karar verilir.

(5) Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanır.

Madde 325- *(1) Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde, bütün yargılama giderleri sanığa yüklenir.*

(2) (Değişik: 6/12/2006-5560/27 md.) ***Hükmün açıklanmasının geri bırakılması*** *ve cezanın ertelenmesi hallerinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.*

(3) Yargılamanın değişik evrelerinde yapılan araştırma veya işlemler nedeniyle giderler meydana gelmiş olup da, sonuç sanık lehine ortaya çıkmış ise, bu giderlerin sanığa yüklenmesinin hakkaniyete aykırı olacağı anlaşıldığında mahkeme, bunların kısmen veya tamamen Devlet Hazinesine yüklenmesine karar verir.

(4) Hüküm kesinleşmeden sanık ölürse, mirasçılar giderleri ödemekle yükümlü tutulmazlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 31.1.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle on yıllık süre ve uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın "*Anayasaya Aykırılığın Diğer Mahkemelerde İleri Sürülmesi*" başlığını taşıyan 152. maddesinin son fıkrasında, "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz.*" ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Başvuruya Engel Durumlar*" başlığını taşıyan 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında da "*Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.*" hükümlerine yer verilmiştir.

Kanun'un 231. maddesinin başlığında yer alan "*… ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" ibaresine, anılan maddenin (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkralarına, 254. maddesine ve 5320 sayılı Kanun'un 13. maddesine yönelik olarak daha önce yapılan iptal başvurusu, Anayasa Mahkemesinin 12.3.2009 günlü, E.2007/14, K.2009/48 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 25.6.2009 günlü, 27269 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Kanun'un 231. maddesinin (5) numaralı fıkrasına yönelik daha önce yapılan itiraz başvurusu, Anayasa Mahkemesinin 12.3.2009 günlü, E.2008/106, K.2009/54 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 3.10.2009 günlü, 27365 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Kanun'un 231. maddesinin (6) numaralı fıkrasına 6008 sayılı Kanunla eklenen son cümleye yönelik daha önce yapılan itiraz başvurusu, Anayasa Mahkemesinin 16.2.2012 günlü, E.2011/41, K.2012/25 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 13.10.2012 günlü, 28440 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Kanun'un 325. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve…*" ibaresinin yönelik daha önce yapılan itiraz başvurusu ise Anayasa Mahkemesinin 3.11.2011 günlü, E.2010/1, K.2011/149 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 25.1.2012 günlü, 28184 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek reddedilen, Kanun'un itiraz konusu 231. maddesinin başlığında yer alan "*…ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" ibaresi, anılan maddenin (5) ilâ (13) numaralı fıkraları, 254. maddesi, 325. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve…*" ibaresi ve 5320 sayılı Kanun'un 13. maddesi hakkında yeni bir başvurunun yapılabilmesi için ilgili kararların yukarda anılan Resmî Gazete'de yayımlandıkları tarihlerden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır. Dolayısıyla, anılan kurallar yönünden Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince itiraz başvurusunun reddi gerekir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir dava bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak kanun kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde ve davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuru kararında, Kanun'un 231. maddesinin (14) numaralı fıkrasının da iptali istenilmektedir. (14) numaralı fıkrada, "*Bu maddenin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, Anayasanın 174 üncü maddesinde koruma altına alınan inkılâp kanunlarında yer alan suçlarla ilgili olarak uygulanmaz.*" denilmektedir. Bakılmakta olan davada, sanıklara isnat olunan suçlar kasten yaralama, hakaret ve kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçlarıdır. Anılan suçlar ise itiraz konusu (14) numaralı

fıkrada düzenlenen suçlar kapsamında değildir. Dolayısıyla, 231. maddenin (14) numaralı fıkrasının, bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliği bulunmamaktadır. Bu nedenle, başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir.

Açıklanan nedenlerle;

A) 1- 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "*Adalet Bakanlığı*" ibaresi ile ikinci cümlesine,

2- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun;

a- 231. maddesinin başlığında yer alan "*…ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması*" ibaresine,

b- 231. maddesine 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (5) numaralı fıkranın, bu maddeye bağlı olarak da (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12) ve (13) numaralı fıkralarına,

c- 5560 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle değiştirilen 254. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci ve dördüncü cümlelerine,

ç- 325. maddesinin 5560 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasında yer alan "*Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve…*" ibaresine,

ilişkin itiraz başvurusunun, Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

B) 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin (14) numaralı fıkrasının itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkraya ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

C) 5271 sayılı Kanun'un 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasının dosyada eksiklik bulunmadığından ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Mustafa ÇAL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- Sınırlama Sorunu

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

Başvuran Mahkeme, Kanun'un 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, Kanun'un 150. maddesinin (2), 234. maddesinin (2) ve 236. maddesinin (3) numaralı fıkraları yönünden iptalini talep etmiştir. Ceza muhakemesindeki yargılama giderlerinin düzenlendiği itiraz konusu kuralın hem ortak hüküm niteliğinde olması hem de başvuru kararında kuralın anılan fıkralar yönünden Anayasa'ya aykırılık iddialarının ileri sürülmüş olması dikkate alınarak kurala ilişkin esas incelemenin Kanun'un 150. maddesinin (2), 234. maddesinin (2) ve 236. maddesinin (3) numaralı fıkraları yönünden yapılması gerekir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, kendisini yaşı ve maddi durumu nedeniyle savunamayacak durumda olduğu için mahkemenin istemi üzerine ve adil yargılanmanın sağlanması için zorunlu olarak görevlendirilen müdafi ve vekillerin ücretlerinin yargılama gideri kapsamında değerlendirilmesinin ve sanığa yükletilecek olmasının, müdafi ve vekil görevlendirmeyi gerekli kılan düşünce ile bağdaşmadığı, yine mağdur çocukların yargılamada tanık olarak dinlenmesi gerektiğinde bu dinlemenin teknik uzmanlar eşliğinde yapılması

gerektiği, bu teknik uzmanlar için bilirkişilik hükümleri uygulanarak ücret takdir edileceği ve bunun da yargılama giderleri kapsamında olması nedeniyle sanığa yükletilecek olmasının hukuk devleti, eşitlik ve adil yargılanma ilkeleriyle bağdaşmadığı belirtilerek itiraz konusu kuralın Kanun'un 150. maddesinin (2), 234. maddesinin (2) ve 236. maddesinin (3) numaralı fıkraları yönünden Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un "*İfade ve sorgunun tarzı*" başlıklı 147. maddesinde, şüphelinin veya sanığın müdafi seçme hakkının bulunduğu ve onun hukukî yardımından yararlanabileceği, müdafiinin ifade veya sorgusunda hazır bulunabileceğinin kendisine bildirileceği ve müdafi seçecek durumda olmadığı ve bir müdafi yardımından faydalanmak istediği takdirde, kendisine baro tarafından bir müdafi görevlendirileceği kurala bağlanmıştır. "*Müdafiin görevlendirilmesi*" başlıklı 150. maddedeki düzenlemeye göre, şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi hâlinde bir müdafi görevlendirilecektir. Maddenin itiraz konusu kuralın incelenmesinde esas alınan (2) numaralı fıkrasına göre müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık, çocuk ya da kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilecektir.

Kanun'un 234. maddesinin (2) numaralı fıkrasıyla mağdurun on sekiz yaşını doldurmadığı, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olması ve bir vekilinin de bulunmaması hâlinde, istemi aranmaksızın kendisine bir vekil görevlendirileceği; 236. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla da mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulacağı ve bunlar hakkında bilirkişilere ilişkin hükümler uygulanacağı öngörülmüştür.

Kanun'un itiraz konusu 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleri olarak belirlenmiştir. Devam eden maddelerde verilecek kararların niteliğine göre yargılama giderlerinin nasıl karşılanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, müdafi veya vekil yardımı kapsamında

görevlendirilen müdafi veya vekile ödenecek ücret ile mağdurların tanık olarak dinlenmesi sırasında hazır bulundurulan uzmanlara ödenecek olan ücret de yargılama giderlerinden sayıldığından, cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde hükümlüden tahsil edilecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir.

Öte yandan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (c) bendinde de, her sanığın "*kendini savunmak veya kendi seçeceği bir savunmacının yardımından yararlanmak ve eğer savunmacı tutmak için mali olanaklardan yoksun bulunuyor ve adaletin selameti gerektiriyorsa, mahkemece görevlendirilecek bir avukatın para ödemeksizin yardımından yararlanabilmek*" hakkına sahip bulunduğu açıkça belirtilmiştir. Buna göre, Sözleşmede ücretsiz müdafi yardımından yararlanma koşula bağlı tutulduğundan bu hak mutlak bir hak niteliğinde değildir.

5271 sayılı Kanun'a göre, yargılama sürecinde hüküm kesinleşinceye kadar şüpheli veya sanıktan yargılama giderleri istenmemektedir. Hüküm kesinleştikten sonra ise kendisinden yargılama giderleri içerisinde müdafi, vekil ücreti ve mağdurların tanık olarak dinlenmesi sırasında hazır bulundurulan uzmanlara ödenecek olan ücret istenen kimse şüpheli veya sanık değil artık hükümlü sıfatını taşımaktadır. Yukarıda anılan düzenlemeler ile şüpheli veya sanığa adil bir şekilde savunma imkânlarının sağlanması ve silahların eşitliği ilkesi uyarınca mağdur haklarının güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde bu imkânlar sağlandıktan sonra, yardım kapsamında ödenen ücretlerin yargılama gideri olarak hükümlüden tahsilinin öngörülmesinin adil yargılanma hakkına aykırı bir yönü yoktur.

Diğer taraftan, resen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza yargılamasının asıl amacı maddi gerçeğe ulaşılmasıdır. Bu bağlamda hâkim maddi gerçeğe ulaşmak için gerek resen gerekse tarafların ileri sürdüğü konularda gerekli araştırma ve incelemeyi yapacaktır. İtiraz konusu kuralın esas incelemesine dayanak olan kurallar uyarınca zorunlu olarak müdafi, vekil ve uzman görevlendirilmesi de adil yargılanma ve silahların eşitliği ilkeleri yanında maddi gerçeğe ulaşılmasına da yöneliktir. Başvuru kararında, müdafi, vekil ve uzmanların zorunlu olarak ve sanığın rızasına bakılmaksızın görevlendirildiği dolayısıyla bu kişilere ödenecek olan ücretin yargılama giderleri kapsamında olmaması gerektiği belirtilmişse de ceza yargılamasında yapılan tüm araştırma ve incelemelerin neticesinde ortaya çıkan masraflar yanında müdafi, vekil ve uzmanlara ödenecek olan ücretin de yargılama giderleri olarak cezaya veya güvenlik tedbirine mahkûm edilmesi hâlinde hükümlüden tahsil edilmesi ceza yargılamasının doğal sonucudur. Bu itibarla, adil yargılanma, silahların eşitliği ve maddi gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik olarak getirildiği anlaşılan düzenlemeler yönünden kuralın ceza hukukunun temel ilkelerine ve hukuk devleti ilkesine aykırılığından söz edilemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 5., 10., 13., 38., 138. ve 141. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Mehmet ERTEN bu görüşe farklı gerekçeyle katılmıştır.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ve Zühtü ARSLAN Kanun'un 150. maddesinin (2) numaralı fıkrası yönünden bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

A- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, esasına ilişkin incelemenin, 150. maddesinin (2) numaralı, 234. maddesinin (2) numaralı ve 236. maddesinin (3) numaralı fıkraları yönünden yapılmasına,

B- 5271 sayılı Kanun'un 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasının;

1- 234. maddesinin (2) numaralı ve 236. maddesinin (3) numaralı fıkraları yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- 150. maddesinin (2) numaralı fıkrası yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

31.10.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
	Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

FARKLI GEREKÇE

5271 sayılı Kanun'un 324. maddesinin itiraza konu (1) numaralı fıkrasının **zorunlu müdafilik** ibaresinin reddine ilişkin karara, Anayasa Mahkemesinin 12.3.2009 günlü, E.2007/14, K.2009/48 sayılı, Karar'ında belirttiğim karşıoy yazımın 4 numaralı bendinde açıkladığım gerekçeyle katılıyorum.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasında "Harçlar ve tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri ile soruşturma ve kovuşturma evrelerinde yargılamanın yürütülmesi amacıyla Devlet Hazinesinden yapılan her türlü harcamalar ve taraflarca yapılan ödemeler yargılama giderleridir" denilmektedir.

Kanun'un 150. maddesinin (2) numaralı fıkrası şöyledir:

"Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir".

Buna göre, Kanun'un 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yargılama gideri olarak kabul edilen avukatlık ücretleri ve masraflar, 150. maddenin (2) numaralı fıkrası gereğince istemi aranmaksızın müdafi görevlendirilen şüpheli veya sanıklar yönünden de geçerlidir.

Anayasa'nın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Bu ilkenin alt açılımlarından olan "silahların eşitliği" ilkesi, çocukların, kendini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz olan kişilerin haklarındaki ithamlara karşı, kendilerini bizzat savunabilecek kişilere oranla dezavantajlı durumda kalmamalarını gerektirir. Normal bir kimseye göre kendini savunması daha güç hatta olanaksız olan kişilere, bu dengesizliği gidermek için müdafi tayin edilmesi gerekir. Yasa koyucunun,

"*silahların eşitliği*" ilkesinin gözetilmesini sağlamak amacıyla, bir müdafiin yardımını zorunlu tuttuğu anlaşılmaktadır.

Adil yargılanma, şüpheli hakkında kovuşturma açılıp açılmadığına veya sanığın beraat edip etmediğine bakılmaksızın, soruşturmanın başlamasından kesin hükme varılmasına kadar yargı sürecinin bütün aşamalarında geçerli olan bir ilkedir. Yargılamanın sonucunda suçu sabit görülen sanığın adil yargılanmayı hak etmediğinden söz edilemez. Kaldı ki adil yargılanma, sanığın eyleminin suç teşkil ettiği sabit görülerek mahkum olsa bile, iddianamede öngörülen suça göre daha hafif bir suçtan mahkumiyetini veya hakkında istenen cezaya ilişkin indirim nedenlerinin doğru uygulanarak, sonuçta daha az bir cezaya mahkum olmasını, yani adaletin tam olarak yerine gelmesini sağlamak için vazgeçilmez bir koşuldur. Bu nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 150. maddesinin (2) numaralı fıkrasında sayılan kişiler, özel durum ve konumları icabı, suçlu bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın Devletçe bir müdafiin yardımından faydalandırılmalıdır. Yargılamanın sonucuna göre bu masrafın geri istenmesi, devletin zaten görevi olan bir konuda, kişiye bedel ödetmesi anlamına gelir.

Devletin, adil yargılanma hakkının gereklerine uymak amacıyla 150. maddenin (2) numaralı fıkrasında sayılan özel durumdaki kişiler için yaptığı ilave masraf, 324. maddenin (1) numaralı fıkrası kapsamında değerlendirilemez. Bu nedenle 324. maddenin (1) numaralı fıkrasının, 150. maddenin (2) numaralı fıkrası yönünden Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 324. maddesinin itiraz konusu (1) numaralı fıkrasında "tarifesine göre ödenmesi gereken avukatlık ücretleri" yargılama giderleri arasında sayılmaktadır. Aynı Kanun'un 325. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca da sanığın cezaya veya güvenlik tedbirine mahkum edilmesi halinde müdafiye ödenen ücret de yargılama gideri olarak kendisine yüklenmektedir.

5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre "*Müdafii bulunmayan şüpheli veya sanık; çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise, istemi aranmaksızın bir müdafi görevlendirilir*." İtiraz konusu kural gereğince bu fıkrada belirtilen kişileri savunmak için görevlendirilen müdafilerin ücretleri de yargılama giderleri arasında görülmekte ve mahkum olmaları halinde kendilerinden alınmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesi, herkesin yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Adil yargılanma hakkının bir unsuru da hiç kuşkusuz imkanı olmayan kişilerin devletçe "ücretsiz" olarak sağlanan avukat yardımından yararlanmalarıdır. Bu kurumun amacı, maddi durumu avukat tutmaya müsait olmayan şüpheli veya sanığın savunma hakkını bir avukat eliyle kullanabilmesine imkan tanımaktır.

İtiraz konusu kuralın yargılamanın sonunda uygulandığı, dolayısıyla yargılama aşaması geçildiği için artık adil yargılanma hakkıyla ilişkisinin kesildiğini söylemek mümkün değildir. Yargılamanın başında veya sonunda tahsil edilmesinden bağımsız olarak, yargılama giderleri adil yargılanma hakkıyla ilgilidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), tercüman giderlerinin yargılamanın sonunda mahkum edilen kişiye yükletilmesi durumunda, bu haktan yararlanmanın kişinin tercihine bırakılabildiği hallerde tercüman ücretinin daha sonra kişiden alınacak olmasının bu tercihi olumsuz yönde etkileyeceği, bunun da yargılamanın adilliğine gölge düşüreceğini belirtmiştir (*Leudicke, Belkacem ve Koç/Almanya*, B.No: 6210/73; 6877/75; 7132/75, 28/11/1978, par.42).

AİHM'nin ücretsiz tercüman hakkına ilişkin kaygıları, kimi durumlarda ücretsiz avukat hakkının kullanımı için de geçerlidir. 5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre *"Şüpheli veya sanık, müdafi seçebilecek durumda olmadığını beyan ederse, istemi halinde bir müdafi görevlendirilir."* Yargılama sonunda mahkum edildiği takdirde bu şekilde görevlendirilecek müdafinin ücretinin kendisinden tahsil edileceğini bilen kişilerin, mali gücü de yeterli olmadığından, müdafi tercihi olumsuz yönde etkilenebilecektir.

AİHM, Sözleşme'nin 6(3)(c) maddesinde öngörülen ücretsiz müdafi hakkının, ücretsiz tercüman hakkından farklı olarak, mutlak olmadığını ve yargılama sonunda bu haktan yararlanan kişiden avukat ücretinin alınmasına engel teşkil etmediğini ifade etmiştir (*Croissant/Almanya*,

B.No: 13611/88, 25/9/1992, par. 38). Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, AİHM genel anlamda yargılama sonunda kişilere yüklenecek yargılama giderlerinin bu kişilerin ödeme gücüyle orantılı olması gerektiğini, aksi takdirde adil yargılanma hakkının ihlal edileceğini sıklıkla vurgulamıştır. Doktrinde de Sözleşme'nin 6(3)(c) hükmünün "adli yardım verildiği sırada sanığın ödeme gücünden yoksun olması halinde, geri alınamaz, ücretsiz bir adli yardımdan yararlanma hakkı tanıdığı yorumu"nun yapılabileceği yönünde görüşler ortaya atılmıştır. (D.J.Harris, M.O'Boyle, E.P.Bates, C.M.Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Çev. M.Bingöllü Kılcı, U.Karan, (Avrupa Konseyi, 2013), s.321).

Nitekim Yargıtay, bu görüşe uygun şekilde, ödeme imkanı bulunmayan sanığa tayin edilen müdafi için ödenen ücretin yargılama giderlerine dahil edilmesini bozma nedeni olarak görmüştür. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 7.12.2010 tarihli kararını şöyle gerekçelendirmiştir: *"... AİHS'nin temel hakka ilişkin hüküm içeren 6. maddesinin, iç hukukumuzda aynı konuda yasa ve yönetmeliklerle getirilen ve yukarıda işaret edilen düzenlemelere nazaran öncelikle uygulanması gerektiği, o nedenle kendisini yeterince savunamayacağı yasada karine olarak öngörülüp adaletin gerçekleşmesi bakımından savunması için kendisine müdafi görevlendirilen şüpheli veya sanığın, mahkumiyeti halinde diğer yargılama giderlerinden sorumlu tutulması mümkün ise de, hükmün verildiği tarihte müdafi tutmak için gerekli mali olanaklara sahip bulunduğunun saptanamaması halinde, Yönetmelik ve Tarife gereği müdafie ödenen veya ödenecek olan ücretin kendisinden tahsiline olanak bulunmadığı, bu itibarla onsekiz yaşını bitirmeyen sanığın savunması için yasa gereği görevlendirilen müdafie ödenen ücretin kişisel geliri saptanamayan sanıktan tahsil edilemeyeceği gözetilmeden, sanığa yüklenen yargılama giderlerine bu ücretin de dahil edilmesi, Kanuna aykırı olup hükmün bu nedenle BOZULMASINA...* oybirliği ile karar verildi" (E.2008/19581, K.2010/12260, K.T: 7.12.2010). Yargıtay 2. Ceza Dairesi de, daha yakın tarihli bir davada, *"...zorunlu savunman için ödenen avukatlık ücretinin, dosyadaki bilgilerden mali olanaklardan yoksun olduğu anlaşılan sanığa, yargılama gideri olarak yükletilmesine karar verilmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-c maddesindeki düzenlemeye açıkça aykırı olduğundan"* hükmün bozulmasına oybirliğiyle karar vermiştir (E.2009/48524, K.2011/13291, K.T: 16.6.2011).

5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında çocuk veya kendisini savunamayacak derecede engelli olan kişilere müdafi tayininde ekonomik durumları dikkate alınmayacaksa da, fıkrada yer

alan "müdafii bulunmayan" ibaresinden hareketle, anılan şüpheli veya sanıkların uygulamada müdafi ücretini ödeyemeyecek durumda olan kişiler oldukları söylenebilir. Ayrıca, "ücretsiz avukat" hakkından yararlanacak olan çocuk ve engellilerin Anayasa'nın 10. ve 41. maddeleri gereğince devletin özel tedbirler almak suretiyle korumak zorunda olduğu kesimler içinde bulunduğu değerlendirildiğinde, itiraz konusu kuralın doğurabileceği sakıncalar daha iyi anlaşılacaktır.

Öte yandan, itiraz konusu kuralda ve Kanunun diğer maddelerinde, ödeme gücü olmayanlar için zorunlu müdafi ücreti dahil yargılama sonunda mahkum olan sanığa yükletilen yargılama giderlerini karşılamak üzere adli yardım müessesesi düzenlenmemiştir. Nitekim, bu gerekçeyle Mahkememiz Yargıtay ve istinaf mahkemelerine temyiz için harç ödenmesini öngören kuralları Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "*Ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistem itiraz konusu kuralla birlikte düzenlenmediği gibi, genel olarak ceza yargılaması alanında da, harçlar dahil, "yargılama giderlerinden muafiyet" sağlayan adli yardım düzenlemesi bulunmamaktadır. Yine hukukumuzda adli yardıma ilişkin tek düzenleme olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, kuralla getirilen temyiz harcı bakımından uygulanmasını sağlayacak herhangi bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla kural, ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek niteliktedir*" (E. 2011/54, K. 2011/142, 20.10.2011; E. 2011/64, K. 2012/168, 1.11.2012).

Sonuç olarak, yargılama sonunda kişiye yüklenecek olan yargılama giderleri belirlenirken kişilerin ödeme gücünün dikkate alınması, ödeme imkanı olmayanlar için adli yardımın sağlanması gerekir. Ödeme gücü olmayan bir şüpheli veya sanığa yargılama sırasında devlet tarafından sağlanan müdafinin ücretinin yargılama giderleri arasında sayılması ve şartlar değişmediği halde yargılama sonunda bu kişilerden tahsil edilmesi, genel anlamda adil yargılanma hakkıyla, özel olarak da "ücretsiz avukat" hakkıyla bağdaşır nitelikte değildir.

Açıklanan nedenlerle, 5271 sayılı Kanun'un 150. maddesinin (2) numaralı fıkrası yönünden itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğunu düşündüğümden çoğunluğun red yönündeki görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zühtü ARSLAN

Esas Sayısı : 2013/33
Karar Sayısı : 2013/122
Karar Günü : 31.10.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İzmir 1. Fikrî ve Sınaî Haklar Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında hükmedilen seçenek tedbirin infaz edilememesi üzerine yeniden ele alınan dosyanın incelenmesi sırasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"5846 sayılı Kanuna aykırılık suçundan dolayı …. hakkında İzmir 2. Fikri ve Sınai Haklar Ceza Mahkemesi'nde 2009/363 Esas sayılı kamu davası açılmıştır. Mahkemenin 02.12.2010 tarih, 2009/363 Esas, 2010/317 Karar sayılı kararıyla ….'nın 5728 sayılı Kanunla değişik 5846 sayılı Kanunun 81/4, TCK'nin 62, 52/2-4. maddeleri uyarınca 10 ay hapis cezasından çevrilen 5 ay süre ile kamuya yararlı bir işte çalıştırılması seçenek yaptırımı ve 5 gün karşılığı 100 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir.

İzmir Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü'nün 02.11.2011 tarih, 2011/1323 DS sayılı yazısıyla ….'nın kendisine yapılan tebligata

rağmen seçenek yaptırımın infazı için Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü'ne başvurmadığı belirtilerek, İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından seçenek yaptırım yerine, hükmedilen önceki hapis cezasının infazına karar verilmesi talep edilmiştir.

5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin başlığı kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardır. Maddeye göre kısa süreli hapis cezası, adli para cezasına veya maddedeki diğer tedbirlerden birisine çevrilebilir. Bu madde 26.02.2008 tarih, 5739 sayılı Kanunla değiştirilmiştir. Maddenin ilgili fıkrasının değişiklikten önceki hali şöyledir:

MADDE 50.- (6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek yaptırımın gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi hâlinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhâl infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz. Maddenin ilgili fıkrası değişiklikten sonra şu hale gelmiştir:

MADDE 50- (6) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

Kanun koyucu bu değişikliği, hapisten çevrilen adli para cezasına mahkum olanlar ile doğrudan verilen adli para cezasına mahkûm olanlar arasında eşitlik sağlamak gayesi ile yapmıştır. Ancak doğrudan verilen adli para cezası ile hapisten çevrilen adli para cezası aynı infaz rejimine tabi olunca, bu kez hapisten çevrilen tedbirlere mahkûm olanlarla hapisten çevrilen adli para cezasına mahkûm olanlar arasında eşitsizlik yaratılmıştır. Çünkü:

5275 sayılı Kanunun 106. maddesi para cezalarının infazını düzenlemiştir. Bu maddeye göre adli para cezası ödenmeyince Cumhuriyet savcısı para cezasını kararda öngörülen gün sayısı kadar hapse çevirmekte, bu kişi para cezasını ödeyinceye kadar ve en çok üç yıl ceza infaz kurumunda tutulmakta, koşullu salıvermeden yararlanamamaktadır. 5275 sayılı Kanunun 109. maddesi hapis cezası yerine hükmedilen seçenek yaptırımların infazını tüzüğe bırakmıştır. Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı

Hakkında Tüzüğün 51. maddesi hapisten çevrilen adli para cezasının infazını düzenlemektedir. Bu maddede değişiklik yapılmamıştır.

Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin 6. fıkrasındaki "yaptırımın" sözcüğü "tedbirin" olarak değiştirilince, Cumhuriyet Başsavcılıkları Tüzüğün 51. maddesinin adli para cezaları yönünden uygulama kabiliyetinin kalmadığı görüşüyle doğrudan verilen adli para cezaları ile hapisten çevrilen adli para cezalarını aynı rejime tabi tutmakta, hâkimden adli para cezası ödenmeyince hapis cezasının infazı için karar istememekte, adli para cezasını hapse çevirip infaz etmektedirler. Bir çok yerde bu hapis için hapis kararını hâkim vermediği, bu hapis, hapis cezası sayılamayacağı, hala adli para cezası infaz edildiği halde -artık uygulanmayacağı düşünülen Tüzükteki düzenleme işletilerek- koşullu salıverme hükümleri uygulanmakta, zorlama hapsi çoğu kez eksik infaz edilmektedir. Oysa adli para cezasına göre daha hafif nitelikteki hapis cezasına seçenek tedbirin yerine getirilmemesi halinde hâkimden hapis cezasının infazına karar verilmesi istenmektedir.

5275 sayılı Kanunun 106. maddesine göre doğrudan verilen adli para cezasının ödenmemesi halinde Cumhuriyet başsavcılığının verdiği hapis kararı aslında bir tür zorlama hapsidir. Adli para cezası ödenince hapis sona ermektedir. Koşullu salıverme hükümlerinin uygulanmaması mantıklıdır. Ancak hapisten çevrilen adli para cezası, hapis cezasının seçenek yaptırımıdır. Para cezasının ödenmemesi halinde zorlama hapsine tabi tutulması, aynı madde uyarınca seçenek tedbirlere mahkûm edilen kişiler ile aralarında eşitliksizlik doğurmuştur. Hapis cezası adli para cezasına çevrilen kişiler cezayı zorlama hapsi olarak infaz ederken, diğer tedbirlerle cezalandırılanlar bu tedbirlerin gereklerini yerine getirmedikleri zaman hâkim tarafından hapis cezasının infazına karar verilmekte ve hapis cezası infaz edilmektedir. Türk Ceza Kanununun 50. maddesinin son fıkrası ilgilinin elinde olmayan nedenlerle seçenek tedbirin gerekleri yerine getirilemezse tedbirin değiştirilebileceğini düzenlemekte ise de, mazereti olmadan seçenek tedbirin gereklerini yerine getirmeyenler bendin kapsamı dışında kalmaktadırlar. Aslında aynı suçu işleyen, hapis cezası farklı seçenek yaptırımlara çevrilen, aynı durumda olan hükümlüler arasında farklı uygulama yaratılarak eşitlik ilkesi bozulmaktadır. Seçenek tedbire çevrilen hapis cezası ile seçenek tedbir arasındaki bağlantı devam etmektedir. Seçenek tedbirin gereklerini yerine getirmeyen kişilerin cezası hapis cezasına geri dönmektedir. Ne var ki, seçenek yaptırım olan adli para cezası ile hapis cezasının bağlantısı kopmuştur. Adli para cezasını ödemeyen kişilerin cezası tekrar hapis cezası olarak infaz edilmemekte, zorlama hapsi olarak infaz edilmektedir. Madem ki, hapis cezası yerine verilen adli para cezasını ödemeyenler

bu cezayı zorlama hapsi olarak infaz edebilmekte, o halde seçenek tedbirin gereklerini yerine getirmeyenlere de benzer olanaklar tanınmalı, ya tedbir para cezasına çevrilebilmeli ve zorlama hapsi olarak infazı sağlanmalıdır ya da hem adli para cezasını ödemeyenler, hem de diğer seçenek yaptırımların gereklerini yerine getirmeyenlerin cezaları hâkim tarafından hapis cezası olarak infaz ettirilmelidir.

Temel ceza olarak hapis cezası ile cezalandırıldıktan sonra TCK'nin 50. maddesi uygulanarak kişiselleştirme ilkesi gereğince hapis cezası para cezasına çevrilen kişiler ile hapis cezası seçenek tedbire çevrilen diğer kişiler eşit durumdadır. Hepsi aynı suçu işlemişler, önce hapis cezası almışlardır. Sonra hapis cezası TCK'nın 50. maddesindeki seçenek yaptırımlardan birisine çevrilmiştir. Para cezasını ödememişler veya seçenek tedbirin gereklerini yerine getirmemişlerdir. Seçenek yaptırımının gereklerini yerine getirmeyen aynı durumdaki kişiler arasında sonuç uygulama bakımından farklılık yaratılmış eşitlik bozulmuştur. Mahkememiz elindeki dosya dolayısı ile hapis cezası yerine hükmedilen seçenek tedbirin gereklerini yerine getirmeyen Hükümlü hakkında TCK'nın 50/6. maddesini uygulamak, seçenek tedbir yerine hükümdeki hapis cezasının infazına karar vermek zorunda kalacaktır. Hapis cezası adli para cezasına çevrilen kişinin cezası zorlama hapsi olarak infaz edildiği ve infaz edilen hala para cezası olduğu için yerine getirme fişinde adli para cezasının yerine getirildiği belirtilecek, ancak seçenek tedbir yerine hapis cezasının infazına karar verilen kişilerin yerine getirme fişinde hapis cezasının yerine getirildiği belirtilecektir. İnfaz edilen hapis cezasının sonuçları adli para cezasına göre her zaman daha ağırdır. Bu durum hem T.C. Anayasasının 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine, hem de T.C. Anayasasının 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır.

DELİLLER

1- Dava dosyasının konuya ilişkin kısımlarının onaylı örnekleri,

2- Bilimsel görüşler,

3- Anayasa Mahkemesinin örnek kararları,

HUKUKİ SEBEPLER

Anayasanın 146-153 maddeleri ile 6216 Sayılı Kanunun 3, 21, 40. maddesi ve ilgili diğer hükümleri.

SONUÇ

Mahkememizin bakmakta olduğu davada uygulayacağı TCK'nın 50. maddesinin 6. fıkrasının T.C. Anayasanın 2. ve 10. maddesine aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi saygı ile arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren *"Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar"* başlıklı 50. maddesi şöyledir:

*"**Madde 50-** (1) Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre;*

a) Adlî para cezasına,

b) Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesine,

c) En az iki yıl süreyle, bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkânı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmeye,

d) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya,

e) Sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanmaya,

f) Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılmaya,

Çevrilebilir.

(2) Suç tanımında hapis cezası ile adlî para cezasının seçenek olarak öngörüldüğü hallerde, hapis cezasına hükmedilmişse; bu ceza artık adlî para cezasına çevrilmez.

(3) Daha önce hapis cezasına mahkûm edilmemiş olmak koşuluyla, mahkûm olunan otuz gün ve daha az süreli hapis cezası ile fiili işlediği tarihte on sekiz yaşını doldurmamış veya altmış beş yaşını bitirmiş bulunanların mahkûm edildiği bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, birinci fıkrada yazılı seçenek yaptırımlardan birine çevrilir.

(4) Taksirli suçlardan dolayı hükmolunan hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adlî para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz.

(5) Uygulamada asıl mahkûmiyet, bu madde hükümlerine göre çevrilen adlî para cezası veya tedbirdir.

(6) (Değişik:2008/5739) Hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi halinde, hükmü veren mahkeme kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verir ve bu karar derhal infaz edilir. Bu durumda, beşinci fıkra hükmü uygulanmaz.

(7) Hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbir değiştirilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca, Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın

katılımlarıyla 3.4.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Sınırlama Sorunu

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

Mahkeme, Kanun'un 50. maddesinin (6) numaralı fıkrasının tamamının iptalini talep etmiştir. Anılan maddenin (6) numaralı fıkrasında, kısa süreli hapis cezasından çevrili adli para cezası dışındaki seçenek tedbirlerin yerine getirilmemesinin hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Başka bir anlatımla, itiraz konusu kural, maddede sayılan tüm seçenek tedbirler için geçerli olan ortak hüküm niteliğinde olan bir kuraldır. Mahkemenin önündeki davada ise kısa süreli hapis cezasının, Kanun'un 50. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (f) bendi uyarınca kamuya yararlı bir işte çalıştırma tedbirine çevrilmesi ve hükümlü tarafından bu tedbire uyulmaması durumu söz konusudur. Dolayısıyla, bakılmakta olan davada 50. maddede düzenlenen diğer seçenek tedbirler yönünden itiraz konusu (6) numaralı fıkranın uygulanması söz konusu değildir. Bu nedenle Kanun'un 50. maddesinin (6) numaralı fıkrasına yönelik Anayasa'ya aykırılık incelemesinin anılan maddenin (1) numaralı fıkrasının (f) bendi yönünden yapılması gerekir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralda yer alan *"yaptırımın"* sözcüğünün *"tedbirin"* olarak değiştirilmesi üzerine kısa süreli hapis cezasından çevrili adli para cezaları ile anılan maddede belirtilen diğer

tedbirlerin infaz rejimlerinde farklılıklar oluşturulduğu, hapisten çevrili adli para cezasının ödenmemesi hâlinde zorlama hapsi söz konusu iken, diğer tedbirlerin yerine getirilmemesi hâlinde hâkim tarafından hapis cezasının infazına karar verilmekte olduğu, bu hâliyle adli para cezalarının infazı ile diğer tedbirlerin infazında eşitsizlik oluşturulduğu, temel ceza olarak hapis cezası ile cezalandırıldıktan sonra Kanun'un 50. maddesi uygulanarak kişiselleştirme ilkesi gereğince hapis cezası para cezasına çevrilen kişiler ile hapis cezası diğer tedbirlere çevrilen kişilerin eşit konumda olmalarına rağmen tedbirin ve para cezasının yerine getirilmemesi durumunda sonuç uygulama bakımından farklılık oluşturulduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 45. maddesinde, suç karşılığında yaptırım olarak uygulanan cezalar, hapis ve adli para cezaları olarak belirlenmiştir. Kanun'un 49. maddesinin (2) numaralı fıkrasında hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezaları kısa süreli hapis cezası olarak ifade edilmiş; 50. maddesinde ise kısa süreli hapis cezasının suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre seçenek yaptırımlara çevrilebileceği öngörülmüştür.

Kanun'un itiraz konusu (6) numaralı fıkrasında ise kısa süreli hapis cezasından çevrilen seçenek tedbirlerin yerine getirilmemesinin hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre, hüküm kesinleştikten sonra Cumhuriyet savcılığınca yapılan tebligata rağmen otuz gün içinde seçenek tedbirin gereklerinin yerine getirilmesine başlanmaması veya başlanıp da devam edilmemesi hâlinde, hükmü veren mahkemece kısa süreli hapis cezasının tamamen veya kısmen infazına karar verilmekte ve bu karar derhal infaz edilmektedir. Ayrıca bu durumda, (5) numaralı fıkra hükmü uygulanmamaktadır.

5739 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle itiraz konusu kuralda yer alan *"yaptırımın"* ibaresinin *"tedbirin"* olarak değiştirilmesiyle birlikte kuralın adli para cezası dışında kalan diğer tedbirler hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Böylelikle kısa süreli hapis cezasından çevrilen adli para cezalarının infazının itiraz konusu kuralın kapsamından çıkarıldığı ve kısa süreli hapis cezasından çevrili adli para cezaları ile doğrudan verilen adli para cezalarının infaz rejimlerindeki farklılıkların ortadan kaldırıldığı

anlaşılmaktadır. Bununla birlikte Kanun'un 50. maddesinde sayılan diğer seçenek tedbirler yönünden de itiraz konusu kural geçerli olacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olduğu gibi adli para cezalarının ve seçenek tedbirlerin infazına ilişkin kuralların belirlenmesi konusunda da ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma yetkisine sahiptir.

Nitekim bu kapsamda 5275 sayılı Kanun'da cezaların infazı, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı, hapis cezasının infazı, kamuya yararlı bir işte çalıştırma ve adli para cezasının infazı gibi farklı rejimler biçiminde düzenlenmiştir. Buna göre infazın şekli, mahkûmiyet konusu cezanın tür ve ağırlığıyla yakından ilgilidir. Saptanan ceza siyasetine bağlı olarak farklı infaz şekilleri için farklı kurallar konulması bu ayrımın doğası gereğidir. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralla bir yaptırım olarak tercih edilen kısa süreli hapis cezasından çevrili adli para cezası ile sanığın gönüllü olması üzerine hükmedilen kamuya yararlı bir işte çalıştırılma tedbirinin farklı infaz hükümlerine tabi kılınması kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kalmaktadır. Başka bir anlatımla, hükümlülerin cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, toplumla sosyal bağları koparılmadan ve normal hayat akışları değişmeden ıslah edilmelerinin önemli araçlarından olan seçenek tedbirlerin uygulanabilir olmaları açısından bu tedbirlere mazeretsiz olarak uymamanın caydırıcı sonuçlarının belirlenmesi kanun koyucunun takdirindedir.

Bununla birlikte, Kanun'un 50. maddesinin (7) numaralı fıkrasıyla kanun koyucu tarafından seçenek tedbirlerin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yani hükümlünün istese de üstesinden gelemeyeceği, kendi olanakları ve gücü ile gideremeyeceği her çeşit, fiili, hukuki, kamusal veya kişisel imkânsızlık nedeniyle yerine getirilememesi durumunda hükmü veren mahkemece tedbirin değiştirileceği öngörülerek hükümlülerin hayat akışlarının dikkate alındığı ve itiraz konusu kuralın doğurabileceği sakıncaların ortadan kaldırıldığı da açıktır.

Bu çerçevede, kanun koyucunun cezaların ve ceza yerine hükmedilen tedbirlerin infaz rejimlerinin belirlenmesi konusundaki takdir yetkisini kullanmak suretiyle düzenlediği itiraz konusu kuralın, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Sanığın kişiliği ve sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak kısa süreli hapis cezası yerine yine yaptırım olarak adli para cezası tercih edilen sanık ile gönüllü olması üzerine kısa süreli hapis cezası kamuya yararlı bir işte çalıştırılma tedbirine çevrilen sanığın hukuksal durumları aynı olmadığından, eşitlik ilkesi gereği her iki sanığın tümüyle aynı kurallara tabi tutulması gerekmemektedir. Dolayısıyla, haklarında yaptırım olarak adli para cezası verilenlerle kısa süreli hapis cezası yerine seçenek tedbir uygulananlar aynı konumda bulunmadıklarından, bunların infaz sistemlerindeki farklılıklar eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmez.

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

VI- SONUÇ

26.9.2004 günlü, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin;

A- (6) numaralı fıkrasına ilişkin esas incelemenin, (1) numaralı fıkrasının (f) bendi yönünden yapılmasına,

B- (6) numaralı fıkrasının (1) numaralı fıkrasının (f) bendi yönünden Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 31.10.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/23
Karar Sayısı : 2013/123
Karar Günü : 31.10.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : İzmir 5. Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Tarım alanında faaliyet gösteren işyerinde işçi olarak çalışan davacının, 4857 sayılı Kanun'dan kaynaklanan işçi alacağı için açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"İTİRAZ KONUSU YASA KURALI:

22/05/2003 tarih ve 4857 sayılı İş Kanununun 4. maddesinde; "Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz denildikten sonra (b) bendinde yer alan "50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde" hükmü iptali istenen yasa kuralıdır.

4857 SAYILI İŞ KANUNUNUN 4. MADDESİNİN 1. FIKRASININ (b) BENDİNİN ANAYASAYA AYKIRILIĞI İTİRAZ NEDENLERİ:

A- Dayanılan Anayasa Kuralı:

Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen eşitlik ilkesine göre; "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" hükmü yer almaktadır.

B- Anayasa'ya Aykırılık Nedeni:

Anayasanın 10. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen eşitlik ilkesinden yararlananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayrım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu tartışmasızdır. Bununla birlikte eşitlik, aynı zamanda, muhataplarını yani devlet organları ve idare makamları anayasal bir buyruk ile devlet yönetiminde benimsenmesi gereken, egemen temel bir ilkeyi vurgulamaktadır.

Eşitlik ilkesi, şekli hukuki eşitlik ve maddi hukuki eşitlik olarak iki anlamda yorumlanabilir. Şekli hukuki eşitlikten kastedilen kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Anayasanın 10'uncu maddesinin, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa "imtiyaz" tanınamayacağı yolundaki ikinci fıkrası da bu anlamda bir eşitliği hedeflediği anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 06.07.2000 tarih ve E. 2000/21, K. 2000/16 sayılı kararında, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusu olduğunu; bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörüldüğü; eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemek olduğu; bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesinin yasaklandığı; durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabileceği; aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmayacağı ifade edilmiştir. Ancak şüphesiz ki, eşitlik ilkesinin anlamını şekli hukuki eşitlikle sınırlandırmak mümkün değildir. Maddi hukuki eşitlik, şekli eşitliğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde

eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. Bu anlamda eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi için Anayasaya uygunluk denetiminde sadece kanunların genel ve soyut nitelik taşıyıp taşımadıklarının değil, onların içeriklerinin de araştırılması gerekir.

Bu kapsamda; itiraza konu Kanun kuralının aynı durumda olup 50 kişiden fazla işçi çalıştırılan yerlerde tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde çalışan işçiler ile davacının çalıştığı 50 kişiden az olan davalı işyerindeki, İş Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu Anayasa'nın 10. maddesinde bahsedilen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmuştur.

Davacının, itiraz edilen yasa maddesi gereği 50 kişiden az olan bir işyerinde çalışması nedeniyle İş Kanunundan yararlanamamasının, davacının, davalı yanında fiilen tarım işçisi olarak çalıştığı sonucunu değiştirmeyeceği de açıktır.

Bu duruma göre, 50'den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde çalışan kişiler yönünden İş Kanununun uygulanmamasının Anayasa'nın 10. maddesinin 1. fıkrasında yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu düşünülmektedir.

SONUÇ ve İSTEM

Açıklanan nedenlerle, Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Kanunun 28. maddesinin 1. fıkrası gereğince, 4857 Sayılı İş Yasasının 4/b maddesinin Anayasa'nın eşitlik ilkesi yönünden aykırı olduğu görüşüyle, iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, dosyada bulunan ilgili belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığına gönderilmesine, Anayasa Mahkemesince bir karar verilinceye kadar veya dosyanın anılan Mahkemeye gidişinden itibaren 5 aylık sürenin dolmasına kadar geçecek süre dikkate alınarak, verilecek duruşma gününün taraflara bildirilmesine 18/12/2012 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

4857 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 4. maddesi şöyledir:

*"**İstisnalar***

***Madde 4**- Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz;*

a) Deniz ve hava taşıma işlerinde,

b) 50'den az işçi çalıştırılan (50 dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde,

c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri,

d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde,

e) Ev hizmetlerinde,

f) (…) çıraklar hakkında,

g) Sporcular hakkında,

h) Rehabilite edilenler hakkında,

ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkârlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde

Şu kadar ki;

a) Kıyılarda veya liman ve iskelelerde gemilerden karaya ve karadan gemilere yapılan yükleme ve boşaltma işleri,

b) Havacılığın bütün yer tesislerinde yürütülen işler,

c) Tarım sanatları ile tarım aletleri, makine ve parçalarının yapıldığı atölye ve fabrikalarda görülen işler,

d) Tarım işletmelerinde yapılan yapı işleri,

e) Halkın faydalanmasına açık veya işyerinin eklentisi durumunda olan park ve bahçe işleri,

f) Deniz İş Kanunu kapsamına girmeyen ve tarım işlerinden sayılmayan, denizlerde çalışan su ürünleri üreticileri ile ilgili işler,

Bu Kanun hükümlerine tabidir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 28.2.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Davut BÜLBÜL tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, aynı vasıfta iş yapan tarım ve orman işyerleri veya işletmelerden 50'den fazla işçi çalıştıran yerlerde İş Kanunu hükümleri

uygulanırken, 50'den az (50 dâhil) işçi çalıştıran işyeri veya işletmelerde ise uygulanmayacağını belirten itiraz konusu kuralın, bu iş kollarında çalışan işçileri arasında eşitsizliğe neden olduğunu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İş sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara kural olarak İş Kanunu hükümleri uygulanmaktadır. Kanun koyucu, iş hukukuna ilişkin olaylara hangi hallerde genel hükümlerin uygulanacağını saymak suretiyle belirlemiştir.

İtiraz konusu kural, 50'den az (50 dâhil) işçi çalıştıran tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyeri veya işletmelerde İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağını, başka bir ifadeyle, bu nitelikteki iş kollarında genel hükümlerin uygulanacağını düzenlemektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.

İtiraz konusu kurala ilişkin yasama belgelerinde, tarım ve orman işçilerinin çok farklı alanları ilgilendirmesi nedeniyle ortak bir tanım altına alınamadığı, ülkede faaliyet gösteren tarım işletmelerinin büyük çoğunluğunun aile işletmeleri olduğu, tabii şartlara bağlı olarak genellikle mevsimlik çalıştıkları, istihdamlarına yönelik tam ve doğru bilgilere ulaşılamadığı belirtilmektedir. Bu nedenlerle yasa koyucunun ancak 50'den fazla çalışanı olan işyerlerinin süreklilik ve kontrol edilebilirlik nitelikleri gereği İş Kanunu kapsamına alınabildikleri, bunun dışındaki tarım ve orman işyeri ve işletmelerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağını öngördüğü anlaşılmaktadır.

Tarım ve orman iş ve işçilerinden, çalışma farklılıkları ve koşulları nedeniyle bir bütün halinde İş Kanunu kapsamına alınmayan istisnai

haller kapsamında kalanlara 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin uygulanacağı açıktır.

Kanun koyucunun tarım ve orman işyeri veya işletmelerinin kendine özgü farklılıklarını gözeterek 50'den az (50 dâhil) işçi çalıştıran yerleri farklı kategoride ele alıp farklı hukuki düzenlemelere tabi kılmasında eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile Muammer TOPAL bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

22.5.2003 günlü, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Engin YILDIRIM, Celal Mümtaz AKINCI ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 31.10.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY YAZISI

İtiraz konusu kuralla, 50'den az işçi çalıştırılan tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde İş Kanunu'nun uygulanmayacağı öngörülmüştür.

50'den az işçi çalıştıran tarım ve orman işyeri ve işletmelerinin geçici nitelikte olduğu ve devamlılık niteliğine sahip bulunmadığı varsayımıyla bu tür işyerlerinin İş Kanunu kapsamı dışında tutulmasının haklı bir nedeni yoktur. 50'den az işçi ile de üretilen ürünün türüne ve kullanılan teknolojik araçlara göre çok yüksek verimle, sürekli ve büyük cirolu faaliyetler yapmak mümkün olduğu gibi, kurala göre işverenin işçi sayısını istediği gibi artırıp azaltmak veya işletmeyi küçük parçalara bölmek suretiyle çalışanları kanun kapsamı dışına çıkartması mümkündür. Bu durum, benzer işlerde çalışanlar arasında ciddi eşitsizlikler doğuracak niteliktedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde eşitlik ilkesi düzenlenmiş, 49. maddesinde Devletin çalışanlara yönelik pozitif yükümlülükleri sayılmış, 55. maddesinde ücretin, emeğin karşılığı olduğu belirtilmek suretiyle aynı ölçüde emek sarf edenlerin aynı hak ve olanaklara sahip olmaları gerektiği ortaya konmuştur.

Çalışanı korumak, işçilerin haklarını güvence altına almak amacıyla kapsamlı hükümler içeren İş Kanunu'ndan, salt çalıştığı işyerinin belli ölçeklerin altında kaldığı gerekçesiyle bazı çalışanların yararlandırılmaması Anayasa'nın 10., 49. ve 55. maddelerine aykırıdır.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı işler ve iş ilişkilerinin sayıldığı 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde "50'den az işçi çalıştırılan (50 dâhil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde" kuralı yer almaktadır. Kanun, 50'den fazla işçi

çalıştıran tarım işletmelerinde daimi statüde çalışan isçileri kapsamına almakta, küçük işletmelerde ve işletme niteliği taşımayan diğer tarım alanlarında çalışan daimi, geçici ve mevsimlik (gezici) tarım işçilerini ise dışarıda bırakmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kanun hükümlerinin eşitlik ilkesine aykırı olup olmadığını incelerken, kanunun yaptığı ayırımın bir "haklı neden"e dayanması ölçütünü kullanmaktadır. Çoğunluk görüşünde, eşitlik ilkesinin, herkesin her yönden aynı kurallara tabi olması anlamına gelmediği belirtilerek, kanun koyucunun tarım ve orman işyeri veya işletmelerinin kendine özgü farklılıklarını gözeterek ve takdir yetkisine dayanarak 50 ve 50'den az işçi çalıştıran tarım yerlerini farklı kategoride alıp farklı hukuki düzenlemelere tabi kılmasında eşitlik ilkesine aykırılık olmadığı sonucuna varılmaktadır. "Haklı neden" yukarıda belirtilen görüşe dayanmaktadır.

Bununla birlikte, eşitlik ilkesinin anlamını biçimsel hukuki eşitlikle sınırlandırmak, özellikle sosyal hukuk devleti ilkesi de göz önüne alındığında, bu iki temel ilkenin kendilerinden beklenen işlevleri yerine getirmelerini zorlaştırmaktadır. Sosyal hukuk devleti, çalışan tüm kesimlerin, çalışma hayatıyla ilgili haklarını korumak amacıyla hukuki güvence altına alınmasını gerektirir. Tarım ve orman işyerleri veya işletmelerinde çalışanların önemli bir bölümünün İş Kanunu'nun sağladığı hukuki güvencelerden, bu işkolunun kendine mahsus bazı farklılıklarından, özellikle de iş ilişkilerinin genelde geçici ve devamlılık arz etmeyen nitelikler göstermesinden dolayı, mahrum bırakılması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Aynı işkolunda benzer şartlar altında çalışanların bir kısmının işyeri veya işletme büyüklüğüne göre, İş Kanunu'nun getirdiği güvencelerden yararlanırken, diğer bir kısmının yararlanamaması eşitlik ilkesinin ihlali sonucunu doğurmaktadır. 50'den az kişinin istihdam edildiği işletme ve işyerlerinde çalışanlar konumları ne olursa olsun (sürekli, geçici, mevsimlik) İş Kanunu'nun sağladığı imkânlardan yararlanamamaktadır.

Sonuç olarak, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle karara muhalif kalınmıştır.

Üye	Üye	Üye
Engin YILDIRIM	Celal Mümtaz AKINCI	Muammer TOPAL

Esas Sayısı : 2013/72
Karar Sayısı : 2013/126
Karar Günü : 31.10.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Mehmet Akif HAMZAÇEBİ ve Muharrem İNCE ile birlikte 128 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 3.4.2013 günlü, 6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 2. maddesiyle değiştirilen, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimi Hakkında Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasının *"…ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın…"* bölümünün,

2- 16. maddesiyle, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 113. maddesine eklenen fıkranın,

3- 17. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'a bağlı (8) sayılı tarifeye eklenen bölümün,

4- 52. maddesinin,

5- 60. maddesinin (d) bendinin,

Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

II. GEREKÇELER

1) 03.04.2013 Tarihli ve 6456 Sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 2 nci maddesi ile Değiştirilen 4749 Sayılı Kanunun 7/A maddesinin Birinci Fıkrasındaki "ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın" Bölümünün Anayasaya Aykırılığı

6456 sayılı Kanunun 2 nci maddesi ile değiştirilen 4749 sayılı Kanunun 7/A maddesinin birinci fıkrasında; 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun kapsamındaki halka açık olmayan kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıklara ilişkin ilgili kurumların görüşleri alınarak alım, satım, geri alım, kiraya verme, geri kiralama, bedelli veya bedelsiz devir ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın özel hukuk tüzel kişiliğini haiz varlık kiralama şirketleri kurmaya veya özel hukuk tüzel kişiliğini haiz varlık kiralama şirketleri kurmak üzere kamu sermayeli kurumları görevlendirmeye Bakan yetkili kılınmıştır.

İptali istenilen düzenleme ile; varlık kiralama şirketlerinin kurulmasının Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmadığı hükme bağlanmış ve bu şirketleri gerek

kurma ve gerekse kamu sermayeli kurumlara kurdurma konusunda Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakan yetkili kılınmıştır.

Yine iptali istenilen bu düzenleme ile; varlık kiralama şirketleri; 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun kapsamındaki halka açık olmayan kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıklara ilişkin alım, satım, geri alım, kiraya verme, geri kiralama, bedelli veya bedelsiz devir işlemlerini ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etme konusunda yetkili kılınmıştır.

Anayasanın 7 nci maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, yasakoyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın 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.

Anayasanın 8 inci maddesinde ise yürütme yetkisi ve görevi düzenlenmiştir. Yasakoyucu belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak Yasa'nın uygulanmasını sağlayacaktır. Esasen Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı budur. Bu kurallara göre yasakoyucunun genel kuralları koyup, düzenlenecek olan alanın esaslı konularının kanunda yeterince belli edilmiş, amaç ve hedefin açıklanmış, sınırlarının ve çerçevesinin yeterince belirlenmiş olması, yürütmenin yapacağı düzenlemenin ölçüsünü vermesi, Anayasanın öngördüğü yürütmenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlaması gerekmektedir.

Bu nedenle varlık denetim şirketlerinin kuruluşuna ilişkin yasakoyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye(bakana) yetki verilmesi

sınırsız ve belirsiz bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakılması Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine açıkça aykırıdır.

Yine yapılan bu düzenleme ile, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkındaki Kanun kapsamındaki halka açık olmayan kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıklara ilişkin alım, satım, geri alım, kiraya verme, geri kiralama, bedelli veya bedelsiz devir işlemlerini ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etme konusunda varlık kiralama şirketlerinin yetkili kılınması. söz konusu işlemlerin nasıl yapılacağı, bu işlemlerin hangi usul ve esaslara tabi olacağı konusunda temel ilke konulmadan, çerçevesi çizilmeden bu şirketlere sınırları belirsiz bir yetki devri niteliği taşıdığı ve dolayısıyla Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddeleri ile bağdaşmadığı açıktır.

Anayasa Mahkemesinin 01.11.2012 tarihli E.2011/64 ve K.2012/168 sayılı kararında, "Devletin vergilendirme yetkisinin sınırı, aynı zamanda kişilerin hak ve özgürlüklerinin de sınırını oluşturduğundan, bu yetkinin keyfiliğe kaçacak biçimde kullanılmaması, Anayasanın 2. maddesinde düzenlenmiş olan hukuk devleti ilkesinin gereğidir." denilmiştir.

İptali istenilen düzenleme ile gerek varlık kiralama şirketlerinin kurulması konusunda Bakan'a verilen, gerekse yapacakları işlemler konusunda bu şirketlere verilen yetkinin keyfiliğe yol açabileceği kuşkusuzdur.

Bu nedenle de iptali istenilen düzenleme, Anayasanın 2 nci maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklanan nedenlerle 03.04.2013 tarihli ve 6456 sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 2 nci maddesi ile değiştirilen 4749 sayılı Kanunun 7/A maddesinin birinci fıkrasındaki " ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın" bölümü Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

2) 03.04.2013 Tarihli ve 6456 sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 16 ncı Maddesi ile 492 Sayılı Harçlar Kanununun 113 üncü Maddesine Eklenen Ek Fıkra ile 17 nci Maddesi ile 492 Sayılı Harçlar Kanununa Bağlı (8) Sayılı Tarifeye Eklenen Bölümün Anayasaya Aykırılığı

İptali İstenen Düzenlemelerin Anlam ve Kapsamı

6456 sayılı Kanunun 16 ncı ve 17 nci maddeleriyle 492 sayılı Harçlar Kanununa "Elektrik Üretimi Lisans Harçları" başlıklı yeni bir harç türü eklenmektedir. Düzenlemeye göre; Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında, özelleştirme bedeli, lisans ihale bedeli ve su kullanım bedeli ödemeksizin hidroelektrik kaynaklara dayalı olarak üretim yapan özel hukuk tüzel kişileri, bu faaliyetleri nedeniyle, her yıl, bir önceki yıl içinde elde ettikleri gayrisafi iş hâsılatının binde on beşi tutarında harç ödeyeceklerdir. Bu tüzel kişilerin kendi ihtiyaçları için kullandıkları elektriğin bedeli gayrisafi satış hâsılatına dâhil edilmeyecektir. Aynı Kanunun 60 ıncı maddesi uyarınca bu kural 01.01.2014 tarihinde yürürlüğe girecektir.

Harçların yükümlüleri harca konu olan işlemin yapılmasını isteyen kimselerdir (Öncel, Kumrulu, Çağan, Vergi Hukuku, Ankara 1997, s. 457). Ancak, düzenlemede harç adı altında talep edilen bedel, niteliği itibarıyla harç değil bir tür vergi benzeri mali yükümlülüktür. Bu nedenle kuraldaki yükümlü, klasik harç yükümlüsü tanımına uymamaktadır. Kurala göre, öngörülen harcın yükümlüsü, faaliyetini 4628 sayılı Kanuna göre yürüten, özelleştirme bedeli, lisans ihale bedeli ve su kullanım bedeli gibi önceden kaynak kullanımı için bedel ödememiş veya bedel ödemeyi taahhüt etmemiş tüzel kişilerdir.

Kuraldaki tanımlamaya giren üç grup harç mükellefi bulunmaktadır. İlk grup, 23.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren "Elektrik Enerjisi Üretmek Amacıyla Aynı Bölge ve Aynı Kaynak İçin Yapılmış Birden Fazla Lisans Başvurusu Olması Halinde Seçim Yapılmasına İlişkin Tebliğ" öncesinde lisans almış veya Tebliğin yürürlüğü döneminde tekli başvuru olduğu için lisans bedeli ödememiş tüzel kişiler. İkinci grup, "Elektrik Piyasasında Üretim Faaliyetinde Bulunmak Üzere Su Kullanım Hakkı Anlaşması İmzalanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki Yönetmelik" kuralları uyarınca tekli başvuruda bulunmuş ve katkı payı taahhüt etmemiş tüzel kişiler. Üçüncü grup ise yukarıda belirtilen düzenlemeler dışında otoprodüktör olarak faaliyet gösteren ve otoprodüktör lisansları, üretim lisansına dönüşmüş hidroelektrik kaynağa dayalı elektrik üretimi yapan tüzel kişilerdir.

6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre, 3096 sayılı Kanuna dayanarak yapılan mevcut sözleşmeler kapsamında faaliyet gösteren tüzel kişiler ile kaynak bedeli ödeyip ödemediği dikkate alınmaksızın hidroelektrik kaynak dışında diğer kaynaklardan üretim yapan şirketlerin söz konusu harcı ödeme yükümlülükleri bulunmamaktadır.

Yapılan düzenleme harç olarak adlandırılıp, Harçlar Kanunu'na yapılan bir ilave olmakla birlikte, hukuki niteliği itibarıyla harç olarak nitelenemez. Harç, Devletin yerine getirdiği bazı hizmetler karşılığında hizmetten yararlanan kimselerden alınan bedel olarak tanımlanabilir.

Öğretide harç, bazı kamu hizmetlerinden yararlanan kimselerin belirli bir ölçüde bu hizmetlerin maliyetine katlanmaları amacıyla ya da kişilerin bazı işlemleri yapması sırasında konulan ve zor unsuruna dayanan mali yükümlülükler olarak tanımlanmaktadır (Öncel, Kumrulu, Çağan, Vergi Hukuku, Ankara 1997, s. 457).

Anayasa Mahkemesi ise, 01.11.2012 tarihli ve E.2011/64, K.2012/168 sayılı kararında, "Harç, kamu kurum ve kuruluşlarının sunduğu hizmetlerden yararlananlardan, bu yararlanmaları karşılığı alınan bedeldir. Bir hizmetin harç konusu olabilmesi için, kişilerin bir kamu kurumundan yararlanmaları, kişilere kamu eliyle özel bir yarar sağlanması ve kamu idaresinin kişilerin özel bir işiyle uğraşması gerekir." diyerek; harcın açık bir tanımını yaptıktan sonra, bir hizmetin harç konusu olabilmesi için, kişilerin bir kamu kurumundan yararlanması, kişilere kamu eliyle özel bir yarar sağlanması ve kamu idaresinin kişilerin özel bir işiyle uğraşması koşullarının bir arada olması gerektiğini belirtmiştir.

Öte yandan, Harçlar Kanunundaki düzenlemeler de yukarıdaki tanımlarla uyum içindedir. Harçlar Kanununda harca tabi işlemler dokuz başlık altında ve dokuz tarifede düzenlenmiştir. Bunlar; yargı harçları, noter harçları, vergi yargısı harçları, tapu ve kadastro harçları, konsolosluk harçları, pasaport, ikamet tezkeresi, vize ve Dışişleri Bakanlığı tasdik harçları, gemi ve liman harçları, imtiyazname, ruhsatname ve diploma harçları ile trafik harçlarıdır. Bu harç gruplarında belirtilen iş ya da işlem türlerine göre dokuz tarife belirlenmiştir. Tarife kalemlerine bakıldığında harçlar yukarıda belirttiğimiz tanıma uygun olarak dava görülmesi, işlem yapılması, belge verilmesi gibi devlet veya yetkilendirdiği kişiler tarafından yapılan ve somut karşılığı olan işlemler için alınmaktadır. Bu bağlamda, 6456 sayılı Kanunun 16 ncı ve 17 nci maddelerinde öngörülen şekilde,

ticari bir faaliyetten elde edilebilecek bir hâsılat üzerinden harç adı altında bir bedel alınmasını yönelik harç türü söz konusu değildir. Bu durumun tek istisnası, yapısal olarak benzerlik göstermesine rağmen niteliği itibarıyla tamamen farklı olan "denetim yetkilendirme belgesi" harcıdır.

Diğer yandan, Harçlar Kanununda nispi ve maktu olmak üzere iki matrah ölçütü vardır. Nispi harçlar konuları belirli bir değere ilişkin olan iş veya işlemler için alınmaktadır. Örneğin, konusu belirli bir değerle ölçülebilen davalarda tarifede yazılı oran üzerinden karar ve ilam harcı bu kapsamdadır. Maktu harçlar ise konusu belirli bir değer ile ölçülemeyen iş veya işlemlerde uygulanmaktadır. Örneğin, pasaport harcı, defter tasdiki gibi işlemlerde alınan harçlar gibi.

Yapılan düzenlemede binde on beş gibi bir nispete yer verilmiş olmasına rağmen, buna esas olabilecek değer her yıl değişeceğinden karar ve ilam harcında veya tapu harçlarının birçoğunda olduğu gibi nispete uygulanacak mutlak bir değerden söz edilememektedir. Nispete uygulanacak değer, üretim şirketinin kendi ihtiyacı için kullandığı elektrik bedeli dışında, bir önceki yılın gayri safi iş hâsılatıdır. Hâsılat, kara yönelik bir faaliyetin maliyeti düşürülmeden etkisi, gayri safi hâsılat ise bir gelir kaleminin varsa iade, indirim veya iskontosu düşünülmeden önceki tutarı olarak ifade edilmektedir.

Benzerlik arz eden bir düzenleme, 31.05.2012 tarihli ve 6322 sayılı Kanunun 20 nci maddesi hükmü ile Harçlar Kanununa ekli 8 sayılı tarifeye eklenmiştir. Bu düzenleme de aslında harç değil, vergi benzeri bir mali yükümlülüktür. Bu düzenlemede bir serbest meslek kazancı olan bağımsız denetim hizmeti üzerinden, denetimin türüne göre muafiyet sınırı farklı olmak üzere, denetim yapan kimsenin bağımsız denetim faaliyetlerinden elde ettiği bir yıllık gayrisafi iş hâsılatının binde beşi tutarında belge harcı alınmaktadır. Söz konusu harç, gayrisafi iş hâsılatı üzerinden belli bir nispette alınması yönüyle hidroelektrik lisans harcıyla benzerlik taşımasına rağmen özünde farklı bir düzenlemedir. Öncelikle, iş hâsılatının hesaplama parametresi serbest meslek erbapları tarafından yapılan hizmet üretimidir. Dolayısıyla, yatırım ve harcamaları mukayese götürmeyecek oranda daha düşüktür. İkinci olarak, bu harç tarifesinde belirli muafiyet oranları getirilmiştir. Bu muafiyet sayesinde nispi bir vergi adaleti sağlanmaktadır. Az kazanandan az, çok kazanandan çok harç alınmaktadır. Elektrik üretimi lisans harcında ise, bir muafiyet oranı olmadığından, işletme gideri göreli daha yüksek küçük santrallerin ödeyeceği harçların, karlarına oranı daha yüksek olacaktır. Üçüncü olarak, bağımsız denetim harçlarında, harca tabi hizmetin fiyatlandırılması

için belirli bir ölçü olmadığından, harcın hizmetin fiyatına yansıtılması kolay olacaktır. Elektrik üretimi lisansı harcında ise, en azından şimdilik harcın fiyata yansıtılması olanağı bulunmamaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, elektrik üretim lisansı için tespit edilen matrah parametresi vergi ve vergi benzeri gelirlerin düzenleme dayanaklarından zorla alınması dışında hiç birisine uymamaktadır. Hukukumuzda bir başka örneği de bulunmamaktadır.

6456 sayılı Kanunun 16 ncı maddesiyle Harçlar Kanununun 113 üncü maddesine eklenen kurala göre, elektrik üretimi lisans harçları her yıl kurumlar vergisi beyannamesi verme süresi içerisinde verilen bildirim üzerine, elektrik üretim faaliyetlerinden elde edilen gayrisafi iş hâsılatı esas alınarak tahakkuk ettirilmektedir. Tahakkuk ettirilen harçlar Mayıs ayı içerisinde ödenecek ve yapılan tahakkuklar ayrıca mükellefe tebliğ edilmeyecektir. 6456 sayılı Kanunun 60 ıncı maddesinde ise, bu kuralların 01.01.2014 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Bu durumda, 2013 yılı gayrisafi iş hâsılatı üzerinden 2014 yılında harç ödenip ödenmeyeceği hususu tartışmalı bir konudur. Tartışma şundan kaynaklanmaktadır. Aslında harç adı altında alınacak olan Kanunun yürürlük tarihinden önce yani 2013 yılında yürütülen bir faaliyetten doğan gayrisafi iş hâsılatı üzerinden alınan vergi benzeri bir kamu geliridir. Gelirden doğan bir mali yükümlükle benzerlik teşkil etmektedir. Bu nedenle, Kanunun yürürlüğünden önceki bir dönemde elde edilen gayrisafi gelirden ödeme yapılması hukuken tartışmalı bir konudur. Aslında geriye doğru bir vergilendirme söz konusu olmasına rağmen, vergilendirme yasa koyucu tarafından harç olarak nitelendirilip, peşin alınacağı kurala bağlanmaktadır.

Düzenlemelerin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasanın ve yasaların üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

Vatandaşlara hukuk güvenliği sağlanması, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biridir. Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve

manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir. Zira, ekonomik yaşam belirlilik ve kararlılık ister. Hukuki güvenlik ilkesi vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin belirliliğini ve geriye yürümezliğini de içerir.

Hidroelektrik santralı yatırımları büyük mali kaynak gerektiren yatırımlardır ve geri dönüşleri on yılları bulabilmektedir. İptali istenen kurallardaki harcın mükellefleri, bugünkü yatırım ortamından çok farklı sayılabilecek bir dönemde, yürürlükteki yasalara göre harç adı altında bir vergi ödemeyecekleri gerçeğinden hareketle yüksek finansman maliyetlerine katlanarak söz konusu yatırımları yapmışlar ve finansman projeksiyonlarını da bu parametreler üzerine kurmuşlardır.

Hidroelektrik santraller yapıldıktan sonra yatırımcıların, Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında, özelleştirme bedeli, lisans ihale bedeli ve su kullanım bedeli ödemeksizin hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretim faaliyetinde bulunmaları halinde söz konusu faaliyetlerden elde ettikleri bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatı üzerinden binde 15 oranında vergi niteliğinde olan ancak adına harç denilen mali yükümlülüğe tabi tutulmaları, sosyal bir hukuk devletinde olması gereken istikrar, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği nitelikleriyle bağdaşmayacağı için Anayasanın 2 nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturur.

Öte yandan, Anayasanın 73 üncü maddesinde, herkesin kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlü bulunduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımının, maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulacağı, değiştirileceği veya kaldırılacağı öngörülerek Anayasanın 2 nci maddesinde nitelikleri belirtilen hukuk devleti ilkesi vergilendirme ilkeleri yönünden somuta büründürülmüştür.

Anayasaya göre vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin yasallığı ilkesi yanında verginin genel ve eşit olması, idare ve kişiler yönünden duraksamaya yol açmayacak belirlilik içermesi, geçmişe yürümemesi, öngörülebilir olması ve hukuk güvenliği ilkesine de uygunluğunun sağlanması gerekmektedir.

Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade ederken; mali güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına

göre alınmasıdır. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik sağlanmasının uygulama aracı olup, mali gücü fazla olanın malî gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise mali gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır.

Oysa, bir önceki yılın gayrisafi iş hasılatı üzerinden binde onbeş oranında harç adında vergi alınmasını öngören iptali istenen düzenlemeler, mükelleflerin kar elde edip etmediklerine ve fiziki ve dolayısıyla iş hasılatı büyüklüklerine bakmamakta; yatırım hacmine göre işletme gideri göreli daha yüksek küçük santrallerin ödeyeceği harç ile işletme gideri daha düşük olacak büyük santraller için aynı oranda harç ödenmesini öngörmektedir.

Anayasa Mahkemesi 13.07.1996 günlü, E.1994/85 ve K.1995/32 sayılı Net Aktif Vergisinin gayrisafi hâsılat üzerinden belirlenmesine ilişkin iptal kararında "Gayrisafi hâsılat yükümlülerin mali gücünü tam olarak yansıtmaz. Ekonominin değişik ya da benzer kesimlerinde faaliyet gösterip de aynı gayrisafi hâsılata sahip olan yükümlülerin mali güçleri de aynı olmayabilir." açıklamasına yer vermiştir. Karardaki gerekçede belirtildiği üzere, iptali istenen düzenlemedeki harcın matrahının gayrisafi hâsılat üzerinden hesaplanması, kar elde edilip edilmemesine bakılmaması ve yatırım hacmine göre işletme gideri göreli olarak yüksek küçük santraller ile işletme gideri göreli düşük büyük santraller için aynı oranın öngörülmesi, Anayasanın 73 üncü maddesine aykırıdır.

Diğer yandan, iptali istenen elektrik üretim harcı düzenlemesi sadece hidroelektrik kaynaklara dayalı olarak üretim yapan şirketlere yöneliktir. Diğer kaynak türlerine dayalı olarak üretim yapan şirketler harcın mükellefi değildir. Bu yönü itibariyle düzenleme Anayasanın yasa önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 10 uncu maddesine de aykırıdır.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, 6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 16 ncı maddesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun 113 üncü maddesine eklenen ek fıkra ile 17 nci maddesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (8) sayılı Tarifeye eklenen bölüm, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 73 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

3) 03.04.2013 Tarihli ve 6456 Sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 52 nci Maddesinin Anayasaya Aykırılığı

03.04.2013 tarihli ve 6456 sayılı Kanunun iptali istenen 52 nci maddesi ile, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 28 inci maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış; Yasanın 60 ıncı maddesi ile de, yürürlükten kaldırılmanın geçerli olduğu tarih 27/2/2008 olarak belirlenmiştir.

5737 sayılı Vakıflar Kanununun "Vakıf kültür varlıklarının tespiti, tescili ve yaşatılması" başlıklı 28 inci maddesi şöyledir:

"MADDE 28- Vakıflara ait yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tespiti, envanterinin çıkarılması, tescili, Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait olanların korunması, mülkiyeti el değiştirmiş vakıf kültür varlıkları ile koruma alanlarının kamulaştırılması, değerlendirilmesi, onarımı, restorasyonu ve gerektiğinde yeniden inşası Genel Müdürlükçe yürütülür.

Sermayesinin yüzde ellisinden fazlası Genel Müdürlüğe veya mazbut vakıflara ait işletme ve iştiraklerin; Kurumlar Vergisi matrahının yüzde onu, yeterli geliri bulunmayan mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlıklarının onarımında kullanılmak üzere Genel Müdürlüğe aktarılır.

Yeterli geliri bulunmayan mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlığı niteliğindeki taşınmazların, benzer amaçlı mazbut vakıfların gelirleriyle korunmasına ve yaşatılmasına Meclis yetkilidir."

İptali istenilen 52 nci madde ile, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya mazbut vakıflara ait işletme ve iştiraklerin; kurumlar vergisi matrahının yüzde onunun, yeterli geliri bulunmayan mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlıklarının onarımında kullanılmak üzere Vakıflar Genel Müdürlüğüne aktarılmasına ilişkin olarak 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 28 inci maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya mazbut vakıflara ait işletme ve iştiraklerin tanımına uygun işletme ve iştirak sayısı birdir ve o da Vakıfbank'tır. Yani Vakıfbank

2008'den beri her yıl kurumlar vergisi matrahının; bir başka deyişle mali karının yüzde 10'unu vakıf kültür varlıklarının onarımında kullanılmak üzere Vakıflar Genel Müdürlüğüne aktarmak durumundadır.

Vakıf kültür varlıklarının onarımında kullanılmak üzere Vakıflar Genel Müdürlüğüne para aktarılmasına ilişkin olarak bu yükümlülük Vakıfbank'a 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 28 inci maddesi ile getirilmiştir. Bu maddenin gerekçesi ise şu şekildedir;

"Madde ile ülkemizin kültür mirası niteliğinde olan vakıflara ait taşınır ve taşınmaz eski eserlerin tespiti, envanterinin çıkarılması, tescili, Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait olanların; korunması, koruma alanlarının kamulaştırılması, değerlendirilmesi, onarımları ile restorasyonlarının Genel Müdürlükçe yapılması ve ayrıca yeterli geliri bulunmayan mazbut vakıflara ait abide eserlerin geleceğe intikalinin sağlanması, yaşatılması için benzer amaçlı vakıf gelirlerinden harcama yapılabilmesi hususlarında düzenleme yapılmıştır."

Vakıf kültür varlıklarının onarılıp yaşatılmasında, abide eserlerin geleceğe intikalinin sağlanmasında kamu yararı bulunduğu kuşkusuzdur.

Bir hükmün değiştirilmesi veya kaldırılması için en geniş anlamıyla bu değiştirme veya kaldırmanın kamu yararına dayanması, başka deyimle kaldırma veya değiştirme için gösterilen gerekçelerin doğru olması veya başka gerekçelerin, yasa koyucunun kaldırma veya değiştirme işleminin haklı göstermesi, Anayasanın temel ilkelerindendir. Nitekim, kamu yararı bulunmayan konularda yasa koyucunun bir yasa yapması veyahut bir yasayı değiştirmesi, yasama yetkisinin tanınmasıyla güdülen amaca aykırı düşer; çünkü, yasama yetkisi, devlete yararlı olacak alanlarda ve yararlı olacak biçimde kullanılmak üzere Meclislere tanınmış bir yetkidir.

Anayasa Mahkemesinin 28.01.2004 tarih ve E.2003/86, K.2004/6 sayılı kararında "Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, her eylem ve işlemi hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumları benimseyen, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yasaların üstünde Anayasanın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. <<Yasaların kamu yararına dayanması>> gereği kuşkusuz hukuk devletinin temel değerlerinden birini oluşturmaktadır." denilmiştir.

İptali istenen kural, kamu yararı görüldüğü için getirilen bir hükmü kaldırdığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu çok açıktır.

Diğer taraftan Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, 03.04.2013 tarihli ve 6456 sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 52 nci maddesi Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

4) 03.04.2013 Tarihli ve 6456 Sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 60 ıncı Maddesinin (d) Bendinin Anayasaya Aykırılığı

03.04.2013 tarihli ve 6456 sayılı Kanunun 52 nci maddesi ile, 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 28 inci maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmış; Yasanın iptali istenen 60 ıncı maddesinin (d) bendi ile de, yürürlükten kaldırılmanın geçerli olduğu tarih 27.02.2008 olarak belirlenmiştir.

İlke olarak, herhangi bir kanun veya düzenleyici kural, hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da, yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilememeleri, yani, geçmişe etkili olmamalarıdır. Hakkın özünü ortadan kaldıran bir hükmün aleyhteki kanun hükmü olduğu açıktır.

Hukuk devletinin temel özelliği, bütün vatandaşlar, hatta vatandaş olmasa bile- ülkesindeki tüm insanlara hukuki güvence sağlamasıdır. Hukuki güvencenin ilk ve en basit şartı ise aleyhteki kanunların geriye yürümemesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde verilmiş birçok kararı vardır. Nitekim Yüksek Mahkeme 'geriye yürümezlik' ilkesini incelerken 07.02.2008 tarihli ve E.2005/128, K.2008/54 sayılı kararında aynen şöyle demiştir:

"Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği

ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. "Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir."

İptali istenen kural; kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar için getirilmemiş, bilakis kamu yararı görüldüğü için getirilen bir kuralın kaldırılması öngörülmüştür. Bu nedenle sözkonusu kural, hukuk güvenliği ilkesi ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Yürürlük tarihi olarak 2008'in belirlenmesinin nedenini (böyle bir düzenleme yapılmasındaki amacı) ise, Vakıfbank'ın yıllardır kurumlar vergisi matrahının yüzde onunu, Vakıflar Genel Müdürlüğüne yasanın amir hükmüne karşın aktarmamış olmasında aramak yanlış olmayacaktır. Çünkü, gerekli aktarmalar zamanında yapılmış olsaydı, aktarma yükümlülüğünün kaldırılmasının geriye çekilmesi, hiçbir anlam kazanmayacaktı.

Yasakoyucunun kişisel, siyasî ya da saklı bir amaç güttüğü durumlarda, yani kamu yararına yönelik olmayan başka bir amaca ulaşmak için bir konuyu yasayla düzenlediği durumlarda bir <<yetki saptırması>> ve giderek de amaç öğesi bakımından yasanın sakatlığı ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine aykırılığı söz konusu olur.

Diğer taraftan Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenleme, Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile de bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle, 03.04.2013 tarihli ve 6456 sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 60 ıncı maddesinin (d) Bendi Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

03.04.2013 tarihli ve 6456 sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 2 nci maddesi ile değiştirilen 4749 sayılı Kanunun 7/A maddesinin birinci fıkrasındaki iptali istenen "Bölüm", temel esasları belirlenmeden, sınırları çizilmeden "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesine aykırı olarak yürütmeye düzenleme yetkisi verdiğinden uygulanmaları halinde hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacağında duraksama bulunmamaktadır.

Elektrik üretimi lisans harcı, 01.01.2014 tarihinde yürürlüğe yürürlüğe girecek ve hidroelektrik santrali yatırımcıları 2013 yılı gayrisafi iş hasılatının binde onbeşi oranında 2014 Mayıs'ında harç ödemek durumunda kalacaklardır. Anayasa Mahkemesi tarafından düzenleme iptal edilse dahi Anayasa Mahkemesi kararları geriye yürümediğinden, söz konusu yatırımcıların telafisi olmayan zarar ve ziyanları ortaya çıkacaktır.

Öte yandan, 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 açacağında duraksama bulunmamaktadır.

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

03.04.2013 tarihli ve 6456 sayılı "Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un;

1) 2 nci maddesi ile değiştirilen 4749 sayılı Kanunun 7/A maddesinin birinci fıkrasındaki "ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına

tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın" bölümünün, Anayasanın 2 nci, 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

2) 16 ncı maddesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununun 113 üncü maddesine eklenen ek fıkra ile 17 nci maddesi ile 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (8) sayılı tarifeye eklenen bölümü, Anayasanın 2 nci, 10 uncu ve 73 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

3) 52 nci maddesinin, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 60 ıncı maddesinin (d) bendinin, Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

6456 sayılı Kanun'un iptali istenin kuralları da içeren maddeleri şöyledir:

*"**MADDE 2-** 4749 sayılı Kanunun 7/A maddesinin birinci fıkrası aşağıdaki şekilde değiştirilmiş, maddeye birinci fıkradan sonra gelmek üzere aşağıdaki fıkra eklenmiştir.*

*"Bu Kanun kapsamındaki halka açık olmayan kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma, işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıklara ilişkin, ilgili kurumların görüşleri alınarak alım, satım, geri alım, kiraya verme, geri kiralama, bedelli veya bedelsiz devir **ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye***

ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın *özel hukuk tüzel kişiliğini haiz varlık kiralama şirketleri kurmaya veya özel hukuk tüzel kişiliğini haiz varlık kiralama şirketleri kurmak üzere kamu sermayeli kurumları görevlendirmeye Bakan yetkilidir. Bakan tarafından kurulmasına karar verilen ve sermayesinin tamamı Hazine Müsteşarlığına ait olan varlık kiralama şirketlerinin ana sözleşmesi ve değişiklikleri Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayımlanır. Bu şirketler 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı (1) sayılı tarifenin "C) Ticaret Sicili harçları:" başlıklı bölümünde sayılan, ticari işletme rehni dâhil her türlü ticaret sicili harçlarından ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılacak her türlü ilana ilişkin ilan ücretlerinden muaftır. Bu şirketlerin yurt içinde ihraç ettiği kira sertifikalarına ilişkin şirket ile gerçek ve tüzel kişiler arasındaki ihtilaflarda Ankara Asliye Ticaret Mahkemeleri yetkilidir. Bu şirketler söz konusu taşınır ve taşınmazlar ile maddi olmayan varlıklara dayalı olarak, hasılatı Müsteşarlığa aktarılmak üzere yurt içi ve yurt dışı piyasalarda kira sertifikası ihraç edebilir. Bu ihraçlara konu olan varlıklar üzerinde, ihracın vadesi süresince ihraç koşullarına aykırı herhangi bir hukuki işlem tesis edilemez. Bu husus, ilgili taşınmazın tapu kütüğüne şerh edilir. İlgili kurumlar, bu madde kapsamındaki varlık kiralama şirketlerinin bu madde kapsamındaki taşınır ve taşınmazlar ile haklar ve diğer maddi olmayan varlıklarda tasarruf etmesini teminen tapu sicilinde değişiklik dâhil gerekli her türlü işlemleri münhasıran Müsteşarlığın yazılı başvurusu üzerine gerçekleştirirler. Bu fıkra kapsamındaki işlemlere konu olan kamu varlıklarının kullanımıyla ilgili bakım, onarım, işletme, inşaat ve benzeri iş ve işlemler ilgili kurum ve kuruluşlar tarafından yapılır ve buna ilişkin harcamalar kendi bütçelerinden karşılanır. Bu fıkra kapsamındaki kira sertifikaları, 14/1/1970 tarihli ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ve sermaye piyasası mevzuatı bakımından Müsteşarlık tarafından ihraç edilen menkul kıymetlere ilişkin olarak ilgili mevzuatta yer alan usul ve esaslara tabidir. Bu sertifikalar, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun uygulamasında teminat olarak kabul edilir."*

"Bakan tarafından kurulmasına karar verilen ve tamamı Hazine Müsteşarlığına ait olan varlık kiralama şirketlerinin denetimi Hazine Müsteşarlığının denetimi çerçevesinde yapılır. Bu şirketler, 6102 sayılı Kanun, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu ve ilgili diğer mevzuat uyarınca defter tutma ve diğer yükümlülüklerden muaftır. Bu şirketlere, 18/5/2004 tarihli ve 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel

Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname hükümleri uygulanmaz. Bu madde kapsamında kurulan varlık kiralama şirketlerine ait her türlü taşınmazlar 9/5/2012 tarihli ve 6305 sayılı Afet Sigortaları Kanunu ile ihdas edilen zorunlu deprem sigortasına tabi değildir. Bu madde kapsamında kurulan varlık kiralama şirketlerine ait mallar ve her çeşit varlıklar, ceza ve takip hukuku başta olmak üzere ilgili diğer mevzuat uygulaması bakımından devlet malı hükümlerine tabidir. Bu madde uyarınca yapılacak kiralama işlemleri, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun kira sözleşmelerine ilişkin hükümlerine tabi değildir ve söz konusu işlemler hakkında bu madde uyarınca taraflar arasında düzenlenecek sözleşme hükümleri uygulanır."

MADDE 16- 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununun 113 üncü maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir.

"Elektrik üretimi lisans harçları her yıl kurumlar vergisi beyannamesi verme süresi içerisinde verilen bildirim üzerine, elektrik üretim faaliyetlerinden elde edilen gayrisafi iş hasılatı esas alınarak tahakkuk ettirilir, tahakkuk ettirilen harçlar ayrıca mükellefe tebliğ edilmez ve mayıs ayı içerisinde ödenir. Genel bütçe geliri olarak kaydedilen elektrik üretimi lisans harçlarından hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretim lisans harçlarının %90'ı, haziran ayının sonuna kadar, hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretimi yapan tesisin bulunduğu yerin il özel idaresine, il özel idaresi bulunmayan yerlerde büyükşehir belediyesine aktarılır. Hesaplanarak aktarılan bu tutarlar, 2/7/2008 tarihli ve 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanuna göre belediyelere ve il özel idarelerine ayrılacak payların hesabında matraha dâhil edilmez."

MADDE 17- 492 sayılı Kanuna bağlı (8) sayılı tarifeye aşağıdaki bölüm eklenmiştir.

"XV- Elektrik üretimi lisans harçları:

1- Hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretim lisansı (Her yıl için):

Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında, özelleştirme bedeli, lisans ihale bedeli ve su kullanım bedeli ödemeksizin hidrolik kaynaklara dayalı

elektrik üretim faaliyetinde bulunanların (Kamu Kuruluşları hariç) bu faaliyetlerden elde ettikleri bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatı üzerinden Binde 15

Üreticilerin kendi ihtiyaçları için kullandıkları elektriğin bedeli gayrisafi iş hasılatına dâhil edilmez."

MADDE 52- 20/2/2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununun 28 inci maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır.

MADDE 60- *Bu Kanunun;*

a) 2, 8, 14, 22, 23 ve 42 nci maddeleri 29/6/2012 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

b) 16 ve 17 nci maddeleri 1/1/2014 tarihinde,

c) 19 uncu maddesi 1/5/2013 tarihinde,

ç) 45 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi yayımı tarihinden altı ay sonra,

d) 52 nci maddesi 27/2/2008 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde,

e) Diğer hükümleri yayımı tarihinde,

yürürlüğe girer."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11. ve 73. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR,

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 4.7.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında;

1- Dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine,

2- Yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kanun'un 2. Maddesiyle Değiştirilen 4749 Sayılı Kanun'un 7/A Maddesinin Birinci Fıkrasının ***"…ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın…"*** **Bölümünün İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, Hazine Müsteşarlığından sorumlu Bakan'a, Türk Ticaret Kanunu'nun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın varlık kiralama şirketi kurma yetkisi verilmesinin ve Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma, işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıklara ilişkin alım, satım, geri alım, kiraya verme, geri kiralama, bedelli veya bedelsiz devir işlemlerini ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etme konusunda varlık kiralama şirketlerinin yetkili kılınmasının yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu, gerek varlık kiralama şirketlerinin kurulması konusunda Bakan'a verilen gerekse yapacakları işlemler konusunda bu şirketlere verilen yetkinin keyfiliğe yol açabileceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6456 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen, 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasıyla, Hazine Müsteşarlığından sorumlu Bakan'a, 4749 sayılı Kanun kapsamındaki halka açık olmayan kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma, işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıklara ilişkin, ilgili kurumların görüşleri alınarak alım, satım, geri alım, kiraya verme, geri kiralama, bedelli veya bedelsiz devir ve benzeri işlemleri tesis etme ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere varlık kiralama şirketleri (HMVKŞ) kurma veya varlık kiralama şirketleri kurmak üzere kamu sermayeli kurumları görevlendirme yetkisi verilmiştir.

Sözü edilen fıkranın iptali istenen bölümüyle ise kira sertifikası işlemleriyle ilgili olarak Kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile maddi olmayan varlıkların alımı, satımı, geri alınması, kiraya verilmesi, geri kiralanması, bedelli veya bedelsiz devri ve benzeri işlemlerin mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmadığı düzenlenmekte; Hazine Müsteşarlığınca kurulacak ve kamu sermayeli kurumlara kurdurulacak HMVKŞ'nin kuruluşu, tescili, denetlenmesi, sermayesi, tasfiyesi ve işleyişine ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanmayacağı öngörülmektedir.

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

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik ilkesi"*dir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir.

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

Yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne ait olması ve bu yetkinin devredilememesi, kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir gereğidir. Bu hükme yer veren Anayasa'nın 7. maddesinin gerekçesinde yasama yetkisinin parlamentoya ait olması *"demokrasi rejimini benimseyen siyasi rejimlerde kaçınılmaz bir durum"* olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca, gerekçede *"Millet adına kanun koyma yetkisini yasama meclisi yerine getirir. Bu yetki devredilemez. Ancak, Anayasanın 99 ve 129 uncu maddeleri hükümleri saklıdır"* denilmek suretiyle bu ilkenin anlamı ve istisnaları belirtilmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, yasama yetkisinin devredilemezliği esasen kanun koyma yetkisinin TBMM dışında başka bir organca kullanılamaması anlamına gelmektedir. Anayasa'nın 7. maddesi ile yasaklanan, kanun yapma yetkisinin devredilmesidir.

Bununla birlikte, çok geniş yorumlandığında yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi kanunla düzenlenmesi gereken konuların yürütmeye bırakılmasını da yasaklamaktadır. Bu noktada Anayasa gereğince kanunla düzenlenmesi gereken hususlarla diğerleri arasında bir ayrım yapmak gerekecektir. Anayasa temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (m.13), vergi ve benzeri mali yükümlülüklerin konması (m.73) ve memurların atanmaları, özlük hakları v.s. (m.128) gibi bazı konularda düzenlemenin münhasıran kanunla yapılmasını öngörmektedir. Bu konularda kanunun temel esasları, ilkeleri ve çerçeveyi belirlemeden düzenleme yetkisini yürütmeye bırakması yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil edebilmektedir. Esasen bu durumda, söz konusu düzenlemenin kanunla yapılması gerektiğini belirten anayasal hükme aykırılıktan söz edilmesi daha isabetli olacaktır.

Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür. Anayasa'da münhasıran kanunla düzenleme yapılması öngörülmeyen konularda yürütme organının doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapabileceği düşünülebilirse de yasamanın asliliği ve yürütmenin türevselliği gereği idari işlemlerin kanuna dayanması zorunluluğu vardır. Nitekim, Anayasa'nın gerek yürütme yetkisinin kanunlara uygun olarak kullanılacağını ifade eden hükmü (m.8), gerekse yönetmeliklerin kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabileceğini belirten kuralı (m.124) bu zorunluluğa işaret

etmektedir. Ancak, bu durumda kanundan belirlemesi beklenen çerçeve, Anayasa'nın kanunla düzenlenmesini öngördüğü durumdakinden çok daha geniş olabilecektir. Başka bir ifadeyle, Anayasa'ya göre mutlaka kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konu, kanuni dayanağı olmak kaydıyla idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılabilir. Aksi yorum, Anayasa'da bazı hususların kanunla düzenlenmesinin öngörülmüş olmasını anlamsız hâle getirebilecektir.

HMVKŞ'nin kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişinin kanunla düzenlenmesi zorunluluğu bulunmadığı gibi bunların 6102 sayılı Kanun'a tabi tutulmasını gerektiren herhangi bir anayasal hüküm de bulunmamaktadır. Bu nedenle, Hazine Müsteşarlığından sorumlu Bakan tarafından kurulması veya kamu sermayeli kurumlara kurdurulması öngörülen HMVKŞ'nin kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişi yönünden tabi olacağı kuralların belirlenmesinin düzenleyici işlemlere bırakılmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Hazine Müsteşarlığına kira sertifikası ihraç etme yetkisinin tanınması, 6327 sayılı Kanun'un 32. maddesiyle 4749 sayılı Kanun'a eklenen 7/A maddesiyle söz konusu olmuştur. Anılan Kanun'un gerekçesinden, maddeyle, ülkemizin kalkınma hedefleri ve makro ekonomik dengeler dikkate alınarak, kamu hizmetinin aksatılmaması kaydıyla, kamu finansman araçlarını çeşitlendirmek ve kamu varlıklarını verimli bir biçimde değerlendirmek üzere, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma, işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıkları kullanmak suretiyle yurtiçi ve yurtdışı piyasalarda kira sertifikası ihracına imkân sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, Hazine Müsteşarlığından sorumlu Bakan'a, varlık kiralama şirketleri kurma veya varlık kiralama şirketleri kurmak üzere kamu sermayeli kurumları görevlendirme yetkisi verilmiştir.

Kaldı ki, 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesinde, Bakan'a tanınan düzenleme yetkisinin genel çerçevesinin belirlendiği anlaşılmaktadır. 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasında, HMVKŞ'nin Hazine Müsteşarlığından sorumlu Bakan tarafından doğrudan veya görevlendireceği kamu sermayeli kurumlar tarafından kurulacağı ve özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olacağı açıkça düzenlenmiştir. HMVKŞ'nin kuruluşu için tescil zorunluluğu bulunmamakta ise de anılan 7/A maddesinin

birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, bu şirketlerin ana sözleşmeleri ile değişikliklerinin Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmesi öngörülmektedir. Ayrıca, 7/A maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinden, HMVKŞ'nin sermayesinin tamamının Hazine Müsteşarlığına ait olacağı anlaşılmaktadır. 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesinin dava konusu edilmeyen ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan, *"Bakan tarafından kurulmasına karar verilen ve tamamı Hazine Müsteşarlığına ait olan varlık kiralama şirketlerinin denetimi Hazine Müsteşarlığının denetimi çerçevesinde yapılır."* hükmü gereğince, Hazine Müsteşarlığına bağlı birimlerin denetimi hangi usul ve esaslara göre yapılmakta ise HMVKŞ'nin denetiminin de aynı usul ve esaslar çerçevesinde, yetkili iç ve dış denetim kurum ve kuruluşlarınca yapılacağı açıktır. Öte yandan, sermayesinin tamamı hazineye ait olan HMVKŞ'nin tasfiyesi hâlinde tasfiye payının tamamının Müsteşarlığa geçeceği de tabiidir.

Görüldüğü üzere, 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesi uyarınca özel hukuk tüzel kişiliği statüsünde kurulması öngörülen HMVKŞ'nin kuruluşu, tescili, denetlenmesi ve sermayesi yönünden tabi olacağı kuralların genel çerçevesi kanunda saptanmıştır. Esasen, sözü edilen 7/A maddesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, Müsteşarlığa tanınan usul ve esas belirleme yetkisinin, HMVKŞ'nin tasfiye usulünün ve idare ve temsilinin ne şekilde yapılacağının belirlenmesiyle sınırlı kalacağı anlaşılmaktadır. HMVKŞ'nin kuruluşu, tescili, denetlenmesi ve sermayesi yönünden tabi olacağı kuralların genel çerçevesi kanunla saptandıktan sonra, idari ve teknik bir mesele olan tasfiye usulü ve işleyişine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisinin Bakan'a bırakılması, belirlilik ilkesine aykırılık oluşturmadığı gibi yasama yetkisinin devri anlamına da gelmez.

Ayrıca Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin önemli bir unsuru olan belirlilik ilkesi, bireylerin hukuk kurallarını önceden bilmeleri, davranış ve tutumlarını bu kurallara göre güvenle düzene sokabilmelerini gerektirmekte olup, hukuk kurallarının belirliliğinin sağlanması yalnızca kanunla düzenleme yapılması anlamına gelmemektedir. Belirlilik ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır.

Dava dilekçesinde, kanun kapsamındaki kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıklara ilişkin işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etme konusunda varlık kiralama şirketlerinin yetkili kılındığı ileri sürülmüştür.

Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe hiçbir şekle bağlı değildir. Kira sertifikası işlemleriyle ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınır ve taşınmazlar ile maddi olmayan varlıkların alımı, satımı, geri alınması, kiraya verilmesi, geri kiralanması, bedelli veya bedelsiz devri ve benzeri işlemler yönünden mevzuatta yer alan şekil kurallarının uygulanmaması, bu işlemlerin Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrası uyarınca herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın yapılabileceği anlamına gelmektedir. Diğer bir anlatımla, dava konusu kural, istisna niteliğinde olan şekil şartını ortadan kaldırmak suretiyle Borçlar Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasındaki genel kuralın uygulanması sonucunu doğurmaktan öte hiçbir anlam taşımamaktadır. Dolayısıyla dava konusu kuralla, Hazine Müsteşarlığına ve HMVKŞ'ye, bu işlemlerin hangi şekilde yapılacağını belirleme yetkisinin verilmesi söz konusu değildir. Buna göre, kira sertifikasıyla ilgili işlemler hiçbir kanuni şekle tabi olmaksızın yapılabilecektir. Bu anlamda, kuralda belirsizliğe yol açan herhangi bir husus bulunmamaktadır.

Hukuki işlemlerin geçerliliğinin, işlemin belli bir şekilde yapılması şartına bağlanması ve kanunda öngörülen şekil şartlarının kimi hukuki işlemler yönünden uygulanmaması yolunda düzenleme yapılması kanun koyucunun takdirindedir. Kamu finansman araçlarının çeşitlendirilmesi, alternatif finansman kaynaklarına ve ürünlerine imkân tanınması amacıyla getirildiği anlaşılan kira sertifikası ihracı uygulamasının kolaylaştırılması maksadıyla kira sertifikası ihracı faaliyeti kapsamında gerçekleştirilecek hukuki işlemlerin ilgili kanunlarda öngörülen şekil şartlarına tabi olmadığı yolunda düzenleme yapılmasında Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

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

Kuralın, Anayasa'nın 8. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

B- Kanun'un 16. Maddesiyle 492 Sayılı Kanun'un 113. Maddesine Eklenen Fıkra ile 17. Maddesiyle 492 sayılı Kanun'a Bağlı (8) Sayılı Tarifeye Eklenen Bölümün İncelenmesi

1- Anlam ve Kapsam

6456 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'a bağlı ve *"İmtiyazname, Ruhsatname ve Diploma Harçları"*nı düzenleyen (8) sayılı tarifeye *"XV – Elektrik üretimi lisans harçları"* bölümü eklenmek suretiyle yeni bir harç grubu oluşturulmuş ve bu kapsamda *"hidroelektrik kaynaklara dayalı elektrik üretim lisansı harcı"* ihdas edilerek, elektrik üretim lisans harçları arasında gösterilmiştir. Buna göre, Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında, özelleştirme bedeli, lisans ihale bedeli ve su kullanım bedeli ödemeksizin hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretim faaliyetinde bulunanların (kamu kuruluşları hariç) bu faaliyetlerden elde ettikleri bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatı üzerinden binde on beş oranında harç ödeme mecburiyeti getirilmiştir.

Hidrolik kaynaklar dışındaki kaynaklara (fosil kaynaklar, yenilenebilir enerji kaynakları ve nükleer enerji kaynakları) dayalı olarak elektrik üretim faaliyetinde bulunulması harcın konusu dışında bırakılmıştır. Ayrıca kamu kurumları ile hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretiminde bulunsa bile ilgili idareye, özelleştirme bedeli, lisans ihale bedeli ve su kullanım bedeli adı altında ödemede bulunan üreticilere yönelik harç ödeme yükümlülüğü söz konusu değildir. Harcın matrahı, bir önceki yılın gayrisafi iş hâsılatı olup üreticilerin kendi ihtiyaçları için kullandıkları elektriğin bedeli gayrisafi iş hâsılatına dâhil edilmeyecektir.

6456 sayılı Kanun'un 16. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'un 113. maddesine eklenen üçüncü fıkrada, elektrik üretimi lisans harçlarının tarhı, tahakkuku, tahsili ve hangi kurumların bütçesine aktarılacağı düzenlenmiştir. Buna göre, elektrik üretimi lisans harcı, her yıl kurumlar vergisi beyannamesi verme süresi içerisinde verilen bildirimle tahakkuk

ettirilir. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 14. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca, kurumlar vergisi beyannamesi, hesap döneminin kapandığı ayı izleyen dördüncü ayın birinci gününden yirmi beşinci günü akşamına kadar mükellefin bağlı olduğu vergi dairesine verilmesi gerekeceğinden elektrik üretim harcı beyannamesinin de hesap döneminin kapandığı ayı izleyen dördüncü ayın birinci gününden yirmi beşinci günü akşamına kadar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Tahakkuk ettirilen harçlar ayrıca mükellefe tebliğ edilmez ve mayıs ayı içerisinde ödenir. Genel bütçe geliri olarak kaydedilen elektrik üretimi lisans harçlarının %90'ı, haziran ayının sonuna kadar, hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretimi yapan tesisin bulunduğu yerin il özel idaresine, il özel idaresi bulunmayan yerlerde büyükşehir belediyesine aktarılır. Hesaplanarak aktarılan bu tutarlar, 2.7.2008 günlü, 5779 sayılı İl Özel İdarelerine ve Belediyelere Genel Bütçe Vergi Gelirlerinden Pay Verilmesi Hakkında Kanun'a göre belediyelere ve il özel idarelerine ayrılacak payların hesabında matraha dâhil edilmez.

2- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

a- Anayasa'nın 2. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, hidroelektrik santralı yatırımlarının büyük mali kaynak gerektiren ve geri dönüşleri on yılları bulabilen yatırımlar olduğu, dava konusu kuralla ihdas edilen harcın mükelleflerinin, üretim lisansı aldıkları tarihte yürürlükteki kanunlara göre harç adı altında bir vergi ödemeyecekleri gerçeğinden hareketle yatırım yaptıkları, hidroelektrik santraller yapıldıktan sonra yatırımcıların, söz konusu faaliyetlerden elde ettikleri bir önceki yıl gayrisafi iş hâsılatı üzerinden binde on beş oranında mali yükümlülüğe tabi tutulmalarının, hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

olan devlettir. Hukuk devleti ilkesinin önkoşullarından biri olan hukuk güvenliği ile kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Dava konusu kurallarla, kamu kurumları hariç, Elektrik Piyasası Kanunu kapsamında, özelleştirme bedeli, lisans ihale bedeli ve su kullanım bedeli ödemeksizin hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretim faaliyetinde bulunanlara, bu faaliyetlerden elde ettikleri bir önceki yıl gayrisafi iş hâsılatı üzerinden binde on beş oranında harç ödeme yükümlülüğü getirilmiştir.

Vergilendirme, devletin egemenlik hakkından kaynaklanan en önemli yetkilerinden biridir. Devlet, Anayasa'da öngörülen vergilendirme ilkelerine aykırı olmamak kaydıyla, uygun gördüğü kaynaklara vergi uygulanmasını öngörebilir. Kişilerin belli faaliyetlere başlarken bu faaliyet kapsamında herhangi bir vergi öngörülmemiş olması, Devletin sonradan ilgili faaliyeti veya bu faaliyet kapsamındaki bazı işlemleri vergilendirmesine engel değildir. Bu itibarla, yürürlükte bulunan kanunlara uygun olarak üretim lisansı alarak hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretiminde bulunan kişilere, sonradan yürürlüğe giren dava konusu kurallarla bu faaliyet kapsamında elde edilen gayrisafi iş hâsılatı üzerinden harç ödeme yükümlülüğü getirilmesinin hukuk güvenliği ilkesini ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir.

b- Anayasa'nın 10. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, elektrik üretimi lisansı harcının sadece hidrolik kaynaklara dayalı olarak üretim yapanlardan alınıp diğer kaynak türlerine dayalı olarak üretim yapanlardan alınmamasının, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen "*eşitlik ilkesi*" ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda

bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlâl edilmiş olmaz.

Dava konusu kuralların gerekçesinden, hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretim lisansı harcının, bu kapsamda yapılan yatırımların bölgedeki altyapılara zarar verebileceği dikkate alınarak ihdas edildiği ve harcın amacının, yatırım nedeniyle oluşan bu zararların telafi edilmesi olduğu anlaşılmaktadır. Hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretilmesi ile diğer kaynaklara (fosil kaynaklar, yenilenebilir enerji kaynakları ve nükleer enerji kaynakları gibi) dayalı elektrik üretilmesi arasında, üretim yapılan kaynağın türü, yapılması gereken yatırımların büyüklüğü ve şekli, üretimin verimliliği, doğal, sosyal ve kültürel çevreye etkisi bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu farklılıkları gözeterek sadece hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretimi faaliyetinden harç alınmasını öngörmesi eşitlik ilkesine aykırı görülemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

c- Anayasa'nın 73. Maddesi Yönünden İnceleme

Dava dilekçesinde, mükelleflerin kâr elde edip etmediklerine ve fiziki ve dolayısıyla iş hâsılatı büyüklüklerine bakılmaksızın bir önceki yılın gayrisafi iş hasılatı üzerinden binde on beş oranında harç adında vergilendirilmesinin, yatırım hacmine göre işletme gideri daha yüksek küçük santraller ile işletme gideri daha düşük olacak büyük santrallerin aynı oranda harç ödemesi sonucunu doğuracağı, Anayasa Mahkemesinin 13.7.1996 günlü, E.1994/85 ve K.1995/32 sayılı kararı dikkate alındığında bu durumun anayasal vergilendirme ilkeleriyle çeliştiği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 73. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kurallar ile hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretim faaliyetinde bulunanların bu faaliyetlerden elde ettikleri bir önceki yıl gayrisafi iş hasılatı üzerinden binde on beş oranında elektrik üretimi lisansı harcı alınması öngörülmüştür. Tahsil edilen elektrik üretimi lisansı harcının %10'u genel bütçeye, %90'ı ise hidrolik kaynaklara dayalı elektrik üretimi yapan tesisin bulunduğu yerin il özel idaresine, il özel idaresi bulunmayan yerlerde büyükşehir belediyesine aktarılacağı ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 73. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, "*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.*" denilmiştir.

Verginin mali güce göre alınması ve genelliği ilkeleriyle vergilendirmede eşitlik ve adaletin gerçekleştirilmesi amaçlanmıştır. Ekonomi ve vergi hukuku alanında mali güce ilişkin göstergelerin gelir, servet ve harcamalar olduğu kabul edilmektedir. Mali güç, ödeme gücünün kaynağı, dayanağı, nedeni ve varlık koşuludur. Kanun koyucunun vergilendirmede, kişilerin sahip olduğu ekonomik değer ile mali güçlerini göz önünde bulundurması gerekir. Vergide genellik ilkesi, herhangi bir ayırım yapılmaksızın mali gücü olan herkesin vergi yüküne katılmasını ve vergi ödemesini ifade eder. Mali güce göre vergilendirme, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracı olup mali gücü fazla olanın mali gücü az olana göre daha fazla vergi ödemesini gerektirir. Vergide eşitlik ilkesi ise mali gücü aynı olanlardan aynı, farklı olanlardan ise farklı oranda vergi alınması esasına dayanır.

Anayasa'nın 73. maddesinin ikinci fıkrasında ise vergi yükünün adaletli ve dengeli bir biçimde dağılımı öngörülmüştür. Vergilendirilecek alanların seçimi ve vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı için yükümlülerin kişisel durumlarının kanunlarda gözetilmesi gerekir. Sermaye iratlarının ücretlere göre farklı vergilendirilmesi, en az geçim indirimi, artan oranlı vergilendirme, çeşitli istisna ve muafiyet uygulamaları, vergi yükünün adalete uygun dağılımı ile mali güce göre vergilendirmenin araçlarıdır.

Anayasa Mahkemesinin 1.4.2004 günlü, E.2003/9, K.2004/47 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, gayrisafi hasılat ölçütü, sanayi, ticaret ile

mali alanlarda ve hizmet sektöründe faaliyet gösteren yükümlüler açısından değişik anlamlar içermektedir. Üretilen ve/veya piyasaya arz edilen mal ve hizmetlerin türü, iç ve dış rekabet ortamı, teknoloji düzeylerindeki farklılıklar, üretimde kullanılan girdilerin çeşitliliği, bazı mal ve hizmetlerin yasal veya fiili tekelini elinde bulunduran firmaların varlığı gibi sebeplerle *"gayrisafi hâsılat"* kavramının yükümlülerin mali güçlerini tam olarak yansıtmadığı söylenebilirse de mali gücün önemli bir göstergesi olduğu da yadsınamaz. Ayrıca söz konusu payın belli bir faaliyet karşılığında alındığı ve bunu ödeyen firmaların aynı alanda hizmet vermeleri nedeniyle gayrisafi hasılatı oluşturan girdileri ile harcamalarını etkileyen faaliyetleri arasında temelde büyük farklılıklar bulunmadığı gözetildiğinde, gayrisafi hasılat ölçütünün esas alınmasının mükellefler arasında mali yükün adaletli ve dengeli dağılımına engel olmadığı, bu bağlamda eşitliği bozmadığı sonucuna varılmıştır. Kaldı ki, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun 40. maddesinde, işletme ile ilgili olmak şartıyla ödenmiş olan vergi, resim ve harçların o yılki safi kazancın tespit edilmesinde gider olarak indirilmesi öngörülmüş olduğundan mali gücün gözetilmediği iddiası da dayanaksız kalmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 73. maddesine aykırı değildir.

C- Kanun'un 52. Maddesi ile 60. Maddesinin (d) Bendinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası Vakıflar Genel Müdürlüğüne veya mazbut vakıflara ait işletme ve iştiraklerin tanımına uyan tek işletmenin Vakıfbank olduğu, vakıf kültür varlıklarının onarılıp yaşatılmasında, abide eserlerin geleceğe intikalinin sağlanmasında kamu yararı bulunduğunda tartışma bulunmadığı, kamu yararı amacına yönelik olan düzenlemenin kaldırılmasını öngören kuralın hukuk devleti ilkesiyle çeliştiği, diğer taraftan Anayasa'ya aykırı kuralın aynı zamanda Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi ile de bağdaşmadığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 28. maddesinin birinci fıkrasıyla, Vakıflar Genel Müdürlüğüne, Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının

onarımı, restorasyonu ve gerektiğinde yeniden inşası görevi verilmiş; ikinci fıkrasında ise sermayesinin yüzde ellisinden fazlası Genel Müdürlüğe veya mazbut vakıflara ait işletme ve iştiraklere; kurumlar vergisi matrahının yüzde onunu, yeterli geliri bulunmayan mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlıklarının onarımında kullanılmak üzere Genel Müdürlüğe aktarma yükümlülüğü getirilmiştir.

Dava konusu 52. maddeyle, 5737 sayılı Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrası yürürlükten kaldırılmak suretiyle söz konusu işletme ve iştiraklere yüklenen bu mali yükümlülük ortadan kaldırılmış, ayrıca 60. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendiyle de, 52. madde hükmünün 27.2.2008 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti ilkesinin gereklerinden biri de, kanunların kamu yararı amacını gerçekleştirmek üzere çıkarılmasıdır. Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında, kamu yararı kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmuştur. Buna göre, kamu yararı kavramı, genel bir ifadeyle, bireysel, özel çıkarlardan ayrı ve bunlara üstün olan toplumsal yararı ifade etmektedir.

Bütün kamusal işlemler, nihai olarak kamu yararını gerçekleştirme hedefine yönelmek durumundadır. Kanunun amaç unsuru bakımından Anayasa'ya uygun sayılabilmesi için kanunun çıkarılmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetilmemiş olması gerekir. İlgili yasama belgelerinin incelenmesinden kanunun kamu yararı dışında bir amaçla çıkarılmış olduğu açıkça anlaşılabiliyorsa amaç unsuru bakımından Anayasa'ya aykırı olduğu söylenebilir. Kanun koyucunun kamu yararı amacıyla hareket edip etmediği ancak ilgili yasama belgeleri incelenerek ve kuralın objektif anlamına bakılarak tespit edilebilir.

Anayasa'nın 63. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlamak Devletin ödevlerindendir. Bu ödev gereğince, 5737 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasıyla, Vakıflar Genel Müdürlüğüne, Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının onarımı, restorasyonu ve gerektiğinde yeniden inşası

görevi verilmiştir. Dava konusu 52. maddeyle, Vakıflar Genel Müdürlüğüne verilen bu göreve dokunulmamış, sadece bu görevin ifası için Genel Müdürlüğe tahsis edilen gelir kaynaklarından biri ortadan kaldırılmıştır.

Anayasa, kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını zorunlu kılmakla birlikte, bu görevin gerektirdiği kaynağın nereden temin edileceğine işaret eden herhangi bir hükme yer vermediğinden bu kaynağın hangi kamu gelirlerinden sağlanacağının takdiri kanun koyucuya aittir. Ayrıca kültür ve tabiat varlıklarının korunmasına tahsis edilen kaynağın belirlenmesi veya değiştirilmesi bir yerindelik sorunu olup anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır. Bu itibarla, yeterli geliri bulunmayan mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlıklarının onarımında kullanılması amacıyla sermayesinin yüzde ellisinden fazlası Genel Müdürlüğe veya mazbut vakıflara ait işletme ve iştiraklerden alınması öngörülen ve kurumlar vergisi matrahının yüzde onunu teşkil eden mali yükümlülüğün kaldırılmasında kamu yararına ve Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan, Kanun'un 60. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendiyle de, 52. madde hükmünün 27.2.2008 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülerek, söz konusu mali yükümlülük geçmişe yönelik olarak da ortadan kaldırılmıştır. Anayasa Mahkemesi kararlarında vurgulandığı gibi mevcut mali yükümlülüklerin tümünü ya da bir kısmını kaldırmak kanun koyucunun takdirindedir. Kanun koyucunun Vakıflar Bankası aleyhine haksız rekabete yol açtığı değerlendirilen mali yükümlülüğü geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırmasında kamu yararı dışında bir amacın gözetildiği söylenemez.

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

Kuralların, Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Mehmet ERTEN, 60. maddenin (d) bendi yönünden bu görüşe katılmamıştır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

3.4.2013 günlü, 6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 2. maddesiyle değiştirilen, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasının *"...ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın..."* bölümüne,

B- 16. maddesiyle, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 113. maddesine eklenen fıkraya,

C- 17. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'a bağlı (8) sayılı tarifeye eklenen bölüme,

D- 52. maddesine,

E- 60. maddesinin (d) bendine,

yönelik iptal istemleri, 31.10.2013 günlü, E.2013/72, K.2013/126 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddeye, fıkraya, bende ve bölümlere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, 31.10.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

3.4.2013 günlü, 6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 2. maddesiyle değiştirilen, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasının *"...ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil*

kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın..." bölümünün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 16. maddesiyle, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 113. maddesine eklenen fıkranın Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 17. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'a bağlı (8) sayılı tarifeye eklenen bölümün Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

D- 52. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 60. maddesinin (d) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN'in karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

31.10.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

I- 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesinin 4656 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının iptali istenen bölümünde, kamu kurum ve kuruluşlarla ilgili kira sertifikası işlemlerinin mevzuatta yer alan şekil kurallarına ve Türk Ticaret Kanunu'nun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmayacağı hükmü yer almaktadır.

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

Maddede öngörülen yasama yetkisi, yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yapma yetkisi verilemeyeceğine ilişkindir. Genel, sınırı, esası ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan *"hukuk devleti"*, devlet faaliyetlerini belirli ve öngörülebilir kurallara bağlayan ve belirlenen kurallar çerçevesinde hareket edilmesini sağlayarak keyfi davranmayı önleyen böylece hukuki güvenliği tesis eden devlettir. Belirli ve öngörülebilir kurallara bağlanmaksızın verilen yetkiler hukuki güvenlik sağlayamayacağı için Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olur.

Kuralla, Türk Ticaret Kanunu'nun kimi hükümlerine bağlı olmaksızın varlık kiralama şirketi kurma ve kamu kurum ve kuruluşlara ait taşınır ve taşınmazlar ile maddi olmayan varlıklara ilişkin alım, satım, geri alım, kiraya verme, geri kiralama, bedelli veya bedelsiz devir işlemlerini ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etme konusunda genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz şekilde varlık kiralama şirketleri kurmaya Hazine Müsteşarlığından sorumlu Bakanın yetkili kılınması yasama yetkisinin devri niteliğinde olup, kural bu yönüyle Anayasa'ya aykırıdır.

Öte yandan, varlık kiralama şirketlerinin kurulması konusunda verilen yetkinin her hangi bir kural içermemesi, mevcut mevzuatın ve Türk Ticaret Kanunu'nun kimi hükümleri dışına çıkartılarak tamamen kuralsız

hale getirilmesi, keyfiliğe yol açabileceğinden Anayasa'da öngörülen hukuki güvenlik ilkesine aykırıdır.

II- 6456 sayılı Kanun'un 52. maddesi, Vakıflar Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrasını yürürlükten kaldırmış, 60. maddesinin birinci fıkrasının iptali istenilen (d) bendi de bu hükmün 27.2.2008 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe gireceğini kurala bağlamıştır.

Buna göre, iptali istenilen kural ile Vakıflar Kanunu'nun 28. maddesinin ikinci fıkrası geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen *"Hukuk devleti"*, hukuki güvenliği sağlamak için kural olarak yasaların geriye yürütülmesini engeller. Geriye yürümezlik ilkesi uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi özel durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkesidir.

İptali istenen kural, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi özel durumlar için getirilmemiş, aksine kamu yararı görüldüğü için vaktiyle getirilen bir kuralın geriye yönelik olarak kaldırılmasını sağlamıştır.

Bu durum, hukuki güvenlik ilkesi ile örtüşmediğinden Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

III- Açıklanan nedenlerle söz konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 7. maddelerine aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

Kanun'un 2. maddesiyle değiştirilen 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasında, Kanunda sayılan kiralama, bedelli veya bedelsiz devir ve benzeri işlemleri *"mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı* ***Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın****"* … şirketler kurmaya Hazine Müsteşarlığından sorumlu Bakan'ın yetkili olduğu belirtilmiştir.

Bahse konu şirketler ticari anlamda birer şirket olmaktan ziyade genel idarenin birimleri niteliğinde, Hazine Müsteşarlığının ve bağlı olduğu Bakan'ın yönetiminde hiyerarşik esaslara göre çalışan kuruluşlardır. Ancak genel idarenin bir parçası mı oldukları yoksa özel hukukun geçerli olduğu ticaret alanının içinde mi kaldıkları, yapılan yasal düzenlemelerden anlaşılamamaktadır. Bu durumun, denetim ve sorumluluk yönünden boşluklar yaratabileceği ve kamu kaynaklarının yerinde ve dürüst kullanımı açısından sakıncalar taşıyabileceği açıktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu ifade edilmiştir. Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik ilkesi"dir. Buna göre, bir hukuk devletinde ticaret ve finans alanına ilişkin temel kanunlar, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri kadar devlet yönünden de açık, öngörülebilir ve bağlayıcı olmalıdır.

Hazine Müsteşarlığından sorumlu Bakanın tasarruflarıyla her an değişebilir, keyfiliğe açık, yasal çerçevesi tanımlanmamış bir düzenlemeye göre şirket kurulması, ülkenin genel hukuk düzeninde şirketlerin tabi olduğu kuralların üstünde ve dışında, bağımsız bir alan yaratılması, Anayasa'nın cevaz vermediği bir çeşit **çift hukukluluk** anlamına gelir.

Kuralın Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

3.4.2013 günlü, 6456 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi ile 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik ve birinci fıkradan sonra eklenen fıkrada yer alan **"…ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın"** ibaresinin iptali istenmektedir.

İptali istenilen ibarenin yer aldığı maddede; Hazine Müsteşarlığınca kurulacak ya da kamu sermayeli kurumlara kurdurulacak varlık kiralama şirketlerinin kuruluşu, tescili, denetlenmesi, sermayesi, tasfiyesi ve işleyişine ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan hükümlerin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Ayrıca maddede, bu maddenin uygulanmasına ilişkin olarak kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınır ve taşınmazlar ile kullanma, yararlanma, işletme ve sair haklar gibi maddi olmayan varlıklara ilişkin alım, satım, geri alım, kiraya verme, geri kiralama, bedelli veya bedelsiz devir işlemleri ile benzeri işlemlerin mevzuatta yer alan şekli kurallara bağlı olmaksızın Bakan tarafından belirlenecek usul ve esaslara göre yapılacağı düzenlenmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti demokratik bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Buna göre Devletin tüm organları Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile bağlıdır. Hukuk devleti, Devlet etkinliklerinin düzenle sürdürülebilmesi için gerekli olan hukuksal alt yapıyı oluşturmak suretiyle aynı zamanda istikrarı da sağlamaktır. Bu istikrarın özü hukuki güvenlik ve öngörülebilirliktir. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanabilmesi ise kuralların genel, eşit ve nesnel olmalarına bağlıdır.

İptali istenilen ibarenin yer aldığı kuralda **Varlık Kiralama Şirketi** adı altında Hazine Müsteşarlığı ya da kamu sermayeli kurumlar tarafından kurulacak şirketin kuruluşu, tescili, denetlenmesi, sermayesi, tasfiyesi ve işleyişinin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri dışında tutulmasını,

bu şirket tarafından yapılan maddi ve maddi olmayan varlıklara ilişkin alım satım, devir işlemlerinin de mevzuatta belirtilen şekil kurallarına bağlı olmaksızın Bakan tarafından belirleneceği belirtilmekte olup, idareye keyfi uygulamalara neden olabilecek geniş bir takdir yetkisi verildiği gibi, hukuki güvenlik ve öngörülebilirliği sağlamaktan öte objektif olmadığı ve belirsizliğe neden olduğu açıktır.

Açıklanan nedenle 3.4.2013 günlü, 6456 sayılı Kanun'un 2. maddesi ile değiştirilen 4749 sayılı Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasından sonra eklenen fıkrada yer alan **"ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın"** ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2013/10
Karar Sayısı : 2013/130
Karar Günü : 14.11.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 11. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 29.5.2009 günlü, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *"…veya askerlik hizmeti…"* ibaresinin Anayasa'nın 10., 13. ve 66. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Türk vatandaşı olup aynı zamanda Alman vatandaşlığını da kazanan davacının, Türk vatandaşlığından çıkma talebinin reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı … vekili … tarafından, müvekkilinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlığından çıkma istemiyle yaptığı başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali istemiyle İçişleri Bakanlığı'na karşı açılan davada işin gereği görüşüldü.

Anayasa'nın 152. maddesinde, "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır..." kuralı yer almaktadır.

Öte yandan, Anayasa'nın 5. maddesinde, "Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır." hükmü, 10. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." hükmü aynı maddenin son fıkrasında, "Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar." hükmü, 12. maddesinde, "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder." hükmü, 13. maddesinde, "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz" hükmü, 66. maddesinde, "Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türktür.

Türk babanın veya Türk ananın çocuğu Türktür.

Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir.

Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz.

Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz." hükmü, 72. maddesinde ise, "Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir." hükmü yer almaktadır.

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun "Türk Vatandaşlığından Çıkma" başlıklı 25. maddesinde, "(1) Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere aşağıdaki şartları taşımaları halinde Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilir.

a) Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak.

b) Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak.

c) Herhangi bir suç veya askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak.

ç) Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmamak." kuralı yer almaktadır.

Dava dosyasının incelenmesinden, Türk vatandaşı olan davacının 19.05.2011 tarihinde aynı zamanda Alman vatandaşlığını kazanması üzerine Türk vatandaşlığından çıkma talebinde bulunduğu söz konusu başvurusunun 5901 sayılı Kanunun 25/c maddesi uyarınca davacının bakaya olup askeri hizmet nedeniyle aranan kişilerden olduğundan bahisle reddedildiği, bakılan davanın da söz konusu işlemin iptali istemiyle açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ancak, Anayasanın özüne ve ruhuna uygun olarak, Yasa ile sınırlanabilir. Bu sınırlamanın da o hakkın barındırdığı öze dokunmaksızın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılması ve ayrıca bu sınırlamanın Kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırı bir yön taşımaması gerekir.

Anayasanın temel hak ve ödevlere ilişkin ikinci kısmının siyasi hak ve ödevlere ilişkin dördüncü bölümü içerisinde "Türk Vatandaşlığı" başlığı altında 66. maddede uyuşmazlığın dayanağı Anayasal düzenlemenin yer aldığı görülmektedir. Vatandaşlık kişiler için öncelikle bir hak olması yanında bu hakkın yanında bir

takım ödevleri de barındırdığı kuşkusuzdur. Ancak vatandaşlığın öncelikle bir hak olarak düşünülmesi siyasi bir hak ve ödev olan vatandaşlığın özüne daha uygun bulunmaktadır. Zira bu haktan yararlanmak istemeyen kişilerin belli koşullar altında bu haktan yararlanmamayı tercih etmeleri en doğal haklarındandır.

Davacı da 5901 sayılı Kanunda vatandaşlıktan çıkmak için gerekli tüm şartları taşımasına karşın askerlik hizmetini yerine getirmemesi sebebiyle aranan kişilerden olduğu gerekçesine dayalı olarak vatandaşlıktan çıkma talebinin reddedildiği görülmektedir.

Bu durumda, temel bir hak niteliği olduğu hususunda tereddüt bulunmayan vatandaşlıktan çıkmanın, Yasayla askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak koşuluna bağlanması ile birlikte bir şekilde askerlik hizmeti nedeniyle aranmayan ancak askerlik hizmetini yerine getirmemiş şahısların vatandaşlıktan çıkmaları için bir engel öngörülmemesine karşın yine askerlik hizmetini yerine getirmemiş ve fakat bu hizmet nedeniyle aranan kişilerden olan şahısların vatandaşlıktan çıkmalarına engel bir durum olarak öngörülmesinin Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine ve 13. maddesinde yer alan temel hak ve hürriyetlerin yasayla ve ancak özlerine dokunulmaksızın sınırlanabilir kuralına aykırı bir biçimde sınırlandırıldığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendinde yer alan "veya askerlik hizmeti" ibaresinin Anayasa'nın 10., 13. ve 66. maddelerine aykırı olduğundan bahisle iptali istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına, dava dosyasının esastan görüşülmesinin Anayasa Mahkemesi'nce bu konuda bir karar verilinceye kadar (5 ay süreyle) bekletilmesine 20/12/2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un 25. maddesinin itiraz konusu kuralın da yer aldığı (1) numaralı fıkrası şöyledir:

*"**Madde 25-** (1) Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere aşağıdaki şartları taşımaları halinde Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilir.*

a) Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmak.

b) Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak.

c) Herhangi bir suç ***veya askerlik hizmeti*** *nedeniyle aranan kişilerden olmamak.*

ç) Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmamak."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında Anayasa'nın 10., 13. ve 66. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 2. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 31.1.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, vatandaşlığın kişiler için bir hak olmasının yanında bir takım ödevleri de barındırdığı, ancak öncelikle bir hak olarak düşünülmesinin vatandaşlığın özüne daha uygun olduğu, zira kişilerin belli koşullar altında bu haktan yararlanmamayı tercih edebileceği, temel bir hak olduğu hususunda tereddüt bulunmayan vatandaşlıktan çıkmanın askerlik

hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak koşuluna bağlanmasının bu hakkın özünü zedelediği, askerliğini yapmamış kişilerden askerlik nedeniyle aranmayanların vatandaşlıktan çıkmaları için bir engel bulunmadığı hâlde, bu hizmet nedeniyle aranan kişilerin vatandaşlıktan çıkmalarının olanaksız kılınmasının eşitlik ilkesine de aykırı olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 13. ve 66. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Türk vatandaşlığından çıkmanın İçişleri Bakanlığının iznine bağlı olduğu belirtilmiş ve Bakanlığın çıkma izni veya çıkma belgesi verebilmesi için gereken koşullar dört bent hâlinde sayılmıştır. Fıkranın (c) bendinde yer alan itiraz konusu *"…veya askerlik hizmeti…"* ibaresiyle, Türk vatandaşlığından çıkmak için izin veya çıkma belgesi isteyen kişilere yönelik olarak, askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak şartı getirilmiştir.

İtiraz konusu kurala ilişkin madde gerekçesinden, düzenlemenin Devletin askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişiler üzerindeki tasarrufunun ortadan kalkmaması amacıyla kanunlaştırıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

Anayasa'nın *"Türk Vatandaşlığı"* başlıklı 66. maddesinde de *"Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir. Hiçbir Türk, vatana bağlılıkla bağdaşmayan bir eylemde bulunmadıkça vatandaşlıktan çıkarılamaz. Vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılamaz."* denilmiştir. Buna göre, Anayasa'nın 66. maddesinde vatandaşlığın kanunda belirtilen hâllerde kaybedileceği kurala bağlanmış olup

bunun dışında vatandaşlıktan çıkma konusunda başka bir anayasal hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, vatandaşlığın kaybedilmesiyle ilgili diğer hususlar kanun koyucunun takdirine bırakılmaktadır. Kanun koyucunun ise Anayasa'da belirtilen esaslara aykırı olmamak kaydıyla, vatandaşlıktan çıkmanın şartlarını ve hangi hâllerde vatandaşlığın kaybedileceğini gösteren kurallar koyabileceği hususunda takdir yetkisine sahip olduğu izahtan varestedir.

Vatandaşlıktan çıkma, vatandaşlık hukukunun temel esaslarından olan ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 15. maddesi ile Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 7. ve 8. maddelerinde yer alan, herkesin vatandaşlığını değiştirmede serbest olması ve hiç kimsenin keyfi olarak vatandaşlığını değiştirme hakkından yoksun bırakılamaması esasından kaynaklanan bir hak olarak görülmektedir. Uluslararası hukukta, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 15. maddesi ile Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 4. maddesinde de yer alan herkesin mutlaka bir vatandaşlığının olması ve vatansızlığın önlenmesi gerektiği yönündeki esas uyarınca kişinin vatansız kalmaması koşuluyla, vatandaşlıktan çıkmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir. Kanun'un itiraz konusu ibareyi de içeren 25. maddesinde de vatandaşlıktan çıkmak isteyen kişilerin yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olması veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtilerin bulunması şartını da taşıması gerektiği ifade edilerek söz konusu esasa uyulmuştur.

Anayasa'nın 66. maddesinin, kişilerin vatandaş olma hakkını güvence altına alırken, bu haktan yararlanmak istemeyen kişilerin belirli koşullar altında bu haktan yararlanmamayı ve vatandaşlıktan çıkmayı tercih etme haklarının korunması gereğini dışladığı söylenemez. Bu nedenle, kişilerin haklarının korunması için vatandaşlığın kazanılması ve kaybedilmesi şartlarına ilişkin olarak kimi düzenlemeler yapılması mümkündür.

Demokratik hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alınması esastır. Temel hak ve özgürlükler ancak Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak sınırlandırılabilir. Anayasa'nın 66. maddesinde veya başka bir maddesinde, vatandaşlıktan çıkmanın ne şekilde sınırlandırılabileceği konusunda herhangi bir kural yer almamıştır. Ancak bu, düzenlendiği maddede hiçbir sınırlama nedenine yer verilmeyen hakların tamamının

mutlak olduğunu ve bu hakların hiçbir şekilde sınırlandırılamayacağı anlamını taşımamaktadır. Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında da belirtildiği gibi temel hak ve hürriyetlerin doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu gibi Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallar ve Devlete yüklenen kimi ödevlerin ifasına dayalı olarak da temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması mümkündür. Ancak, öngörülen sınırlamaların Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olmaması gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin bazı şartlar altında sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, bu hak ve özgürlükler sınırlandırılırken sınırlamanın, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak kanunla yapılması ve hakların özüne dokunmaması, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekir.

Vatandaşlığın kişiler için öncelikle bir hak olmasının yanında bir takım ödevleri de barındırdığı kuşkusuzdur. Anayasa'nın *"Vatan hizmeti"* başlıklı 72. maddesinde, vatan hizmetinin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları için bir hak ve ödev olduğu kuralı yer almış ve bu hizmetin silahlı kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği ya da yerine getirilmiş sayılacağının kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Bu madde, kanuni düzenlemelerle birlikte ele alındığında, vatan hizmetinin bugün için fiilen askerlik yükümlülüğü şeklinde yerine getirildiği görülmektedir. Kanun koyucunun, Anayasa'nın 72. maddesine göre bir vatan hizmeti olan askerlik görevinin ifası amacıyla hak ve özgürlüklerde sınırlama yapması mümkündür.

Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmamak şartını taşımaları hâlinde vatandaşlıktan çıkma izni veya çıkma belgesi verilebileceğini öngören itiraz konusu kuralın, vatandaşlıktan çıkma hakkına sınırlama getirdiği açıktır. İtiraz konusu kuralda, askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerin vatandaşlıktan çıkmasına izin verilmemesinin, Devletin, Anayasa'nın 72. maddesinden kaynaklanan ve askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişiler üzerindeki tasarrufunun ortadan kalkmaması amacına dayandığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerin vatandaşlıktan çıkma hakkının sınırlandırılmasının, kanunla, kamu yararı ve kamu düzeni gereği yapıldığı, meşru bir amaca dayandığı ve kamu düzeninin sağlanması

amacıyla demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kaldığında tereddüt bulunmamaktadır.

Ayrıca Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilerin askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerden olmaması yeterli olup askerlik hizmeti nedeniyle aranırken bir şekilde aranma durumu ortadan kalkan kişilerin Türk vatandaşlığından çıkmak için izin alabileceği hususu dikkate alındığında, kamu yararı ile kişi hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge kurulduğu, kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik sınırlamanın ölçülülük ilkesine ve demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı açıktır.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen *"kanun önünde eşitlik ilkesi"* hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemiş ancak askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerle, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemiş fakat askerlik hizmeti nedeniyle aranmayan kişiler aynı hukuksal durumda bulunmadıklarından bunlar arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 66. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Serruh KALELİ, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN ile Zühtü ARSLAN bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

29.5.2009 günlü, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *"...veya askerlik hizmeti..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Erdal TERCAN ile Zühtü ARSLAN'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 14.11.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "*...veya askerlik hizmeti...*" ibaresinin iptali istenmiştir.

Kanunun itiraz konusu ibarenin de içinde yer aldığı ve "Türk Vatandaşlığından Çıkma" başlıklı 25. maddesi şu şekildedir: "*(1) Türk vatandaşlığından çıkmak için izin isteyen kişilere aşağıdaki şartları taşımaları halinde Bakanlıkça çıkma izni veya çıkma belgesi verilebilir.*

a) Ergin veya ayırt etme gücüne sahip olmak.

b) Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak.

c) Herhangi bir suç ***veya askerlik hizmeti*** *nedeniyle aranan kişilerden olmamak.*

d) Hakkında herhangi bir mali ve cezai tahdit bulunmamak."

İtiraz konusu kuralın gerekçesinde "*Herhangi bir suç nedeniyle arananlar ile mali ve cezai tahdidi bulunanlara, Devletin bu kişiler üzerindeki tasarrufunun ortadan kalkmaması için çıkma izni verilmesi söz konusu olmayacaktır*" denilmek suretiyle, esasen "askerlik hizmeti" nedeniyle arananlar ile herhangi bir suç nedeniyle arananlar aynı kategoride değerlendirilmiştir. Buna göre, "askerlik hizmeti" nedeniyle arananların kendi istekleriyle vatandaşlıktan çıkmaları, Devletin bu kişiler üzerindeki tasarrufunu korumak için engellenmektedir.

Anayasanın 66. maddesinde güvence altına alınan vatandaşlık, başta seçme ve seçilme hakları olmak üzere bazı anayasal haklara sahip olmanın ön şartıdır. Vatandaşlık aynı zamanda bir hak olup, bu hak vatandaşlıktan çıkmayı da içermektedir. Nitekim, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 15. maddesinin birinci fıkrası, herkesin *"vatandaşlık hakkına sahip"* olduğunu, ikinci fıkrası ise hiç kimsenin "*keyfi olarak vatandaşlıktan ve vatandaşlığını değiştirme hakkından mahrum bırakılamayacağı*"nı belirtmektedir. Avrupa Vatandaşlık Sözleşmesi'nin 8. maddesinin birinci fıkrası da "*Her Taraf Devlet, vatansız kalmalarını engellemek şartıyla, kişilerin kendi rızalarıyla vatandaşlıktan çıkmalarına izin verir*" demek suretiyle, vatandaşlıktan çıkma izni için kişilerin vatansız kalmaması dışında herhangi bir şart öngörmemiştir.

Anayasanın 66. maddesi her ne kadar vatandaşlıktan çıkma hakkının kullanılmasına yönelik özel bir sınırlama sebebine yer vermemekteyse de, bu hakkın kullanılması bazı şartlara bağlanabilir. Nitekim, aynı madde gereğince "*Vatandaşlık, kanunun gösterdiği şartlarla kazanılır ve ancak kanunda belirtilen hallerde kaybedilir*". Diğer yandan, Anayasanın vatandaşlara aynı zamanda ödev olarak yüklediği bir takım yükümlülüklerin yerine getirilmesi de vatandaşlıktan çıkma hakkının kullanılabilmesi için aranan şartlar arasında yer alabilir. Bu anlamda itiraz konusu kuralın Anayasanın "Vatan hizmeti" başlıklı 72. maddesine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Bu maddeye göre, **"***Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir*".

İster 66. maddenin lafzı ve amacından, ister 72. maddenin gereklerinden çıkarılsın, vatandaşlıktan çıkma hakkına yönelik söz konusu sınırlamaların Anayasanın 13. maddesine uygun olması, başka bir deyişle sınırlanan temel hakkın özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olması zorunludur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasanın 72. maddesinde düzenlenen yükümlülük "askerlik hizmeti" değil, "vatan hizmeti" olarak nitelendirilmiş, bu hizmetin de "Silahlı Kuvvetlerde" veya "kamu kesiminde" ne şekilde yerine getirileceği veya "getirilmiş sayılacağı" hususunun kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. Buradan hareketle, itiraz konusu kuralda yer alan "askerlik hizmeti" nedeniyle aranıyor olmama şartının Anayasanın 72. maddesinin zorunlu kıldığı bir şart olduğu söylenemez. Böyle olsaydı, kanun koyucu genel olarak askerlik hizmetini yerine getirmeyenlerin vatandaşlıktan çıkmalarına izin vermeyen bir düzenleme yapardı. Halbuki, kural askerlik hizmetini yapmayanların tamamını değil, sadece bu hizmet nedeniyle arananları kapsamaktadır.

Vatandaşlık kanunlarımız, askerlik hizmetiyle vatandaşlığın kaybettirilmesi ve vatandaşlıktan çıkma arasındaki ilişki konusunda değişkenlik arz etmektedir. 29.5.2009 tarihli, 5901 sayılı mevcut Kanunun yürürlükten kaldırdığı mülga 403 sayılı Kanunun 20. maddesinin (b) fıkrasında vatandaşlıktan çıkma için "*muvazzaf askerlik hizmetini yapmış olmak veya yapmış sayılmak*" şartının arandığı, bu şartın 7.6.1995 tarihli, 4112 sayılı Kanunla kaldırıldığı, daha sonra da 5901 sayılı Kanunun itiraz konusu hükmünün getirildiği bilinmektedir. Dahası, mülga 403 sayılı Kanunun 25. maddesi uyarınca, yurt dışında bulunup da muvazzaf askerlik görevini yapmak için yapılan çağrıya üç ay içinde uymayanların, sevk sırasında veya kıtalarına katıldıktan sonra yurt dışına kaçıp, kanuni süresi içinde dönmeyenlerin ve askerlik görevini yapmaktayken görev, izin hava değişimi veya tedavi için yurt dışında bulunup da süresi bittiği halde mazeretsiz olarak üç ay içinde geri dönmeyenlerin vatandaşlığı kaybettiklerine Milli Savunma Bakanlığının teklifi üzerine Bakanlar Kurulunca karar verilebilmekteydi.

İtiraz konusu kural, askerlik hizmeti nedeniyle aranan kişilerin kendi istekleriyle bile vatandaşlıktan çıkmasına izin verilmeyeceğini öngörmektedir. 25. maddenin (b) bendinde öngörülen "*Yabancı bir devlet vatandaşlığını kazanmış olmak veya kazanacağına ilişkin inandırıcı belirtiler bulunmak*" şartını sağlayan, dolayısıyla vatansız kalması söz konusu olmayan kişilerin askerlik hizmeti nedeniyle aranıyor olması durumunda vatandaşlıktan çıkmaları mümkün olmayacaktır.

Özellikle, yurt dışında doğup orada yaşayan kişilerin yaşadıkları ülkenin vatandaşlığına geçtiklerinde veya geçmek istediklerinde, Türk vatandaşlığından çıkma taleplerinin askerlik hizmeti nedeniyle aranıyor olmama şartına bağlanması ölçüsüz bir sınırlama niteliğindedir. Nitekim, itiraz başvurusuna konu olan davada Türk vatandaşı olup aynı zamanda Alman vatandaşlığını da kazanan davacının Türk vatandaşlığından çıkma talebinin reddine ilişkin işlemin iptali istenmiştir. Vatandaşlıktan çıkma izni veya belgesi verilmemesinin sonuçları, talep eden kişi açısından ağır olabilir. Bunun "aynı anda iki vatandaşlığa sahip olma" ya da vatandaşlığını almak istediği devletin vatandaşlığından çıkarılma ya da vatandaşlığı alamama gibi sonuçları olacağı açıktır. Bu haliyle, vatandaşlıktan çıkma hakkına getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninde gerekli ve ölçülü olduğu söylenemez.

İtiraz konusu kuralın doğuracağı bu ağır sonuçların, tasarının genel gerekçesinde kanun koyucunun açıkladığı amaçla da bağdaştığı söylenemez. Genel gerekçede vatandaşlıkla ilgili yasal düzenlemelerin yeniden ele alınmasını zorunlu kılan gelişmelerden biri şu şekilde ifade edilmiştir: "*Türkiye dışında yaşayan Türk vatandaşları, bulundukları ülkelerde siyasi, ekonomik, kültürel ve sosyal açıdan daha etkin olabilmek için yaşadıkları ülkelerin vatandaşlığına sahip olma çabası içindedirler… Almanya ve Avusturya gibi ülkelerde yaşayan Türk vatandaşları ancak Türk vatandaşlığından izinle çıkarak bulundukları ülkelerin vatandaşlığını kazanabilmektedirler*."

Öte yandan, askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemiş kişiler arasında "aranan", "aranmayan" şeklinde bir ayrım yapmak, adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşır nitelikte değildir. Bu kişilerin ortak yanı, aransa da aranmasa da, askerlik hizmetini yerine getirmiş olmamaları ya da getirmiş sayılmamalarıdır. Esasen, kuralın gerekçesinde ifade edildiği şekilde, amaç "*Devletin bu kişiler üzerindeki tasarrufunun ortadan kalkmaması*" ise askerliğini yapmadığı halde aranan kişiler arasında olmayanların vatandaşlıktan çıkmalarına izin vermekle bu tasarrufun ortadan kalktığı da ortadadır. Bu nedenle, askerlik hizmetini yerine getirmediği halde aranmayan kişilerin istedikleri takdirde vatandaşlıktan çıkmalarına izin verilirken, aynı şekilde bu hizmeti yerine getirmeyen ve bir şekilde yoklama kaçağı ya da bakaya kalmak suretiyle aranıyor hale gelen kişilerin vatandaşlıktan çıkmalarına izin verilmemesi hukuk devletinin olmazsa olmazları olan adalet ve hakkaniyet ilkelerine de aykırılık teşkil etmektedir.

Açıklanan gerekçelerle, itiraz konusu kuralın Anayasanın 2., 13. ve 66. maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümüzden aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Engin YILDIRIM	Hicabi DURSUN

Üye	Üye
Erdal TERCAN	Zühtü ARSLAN

Esas Sayısı : 2013/15
Karar Sayısı : 2013/131
Karar Günü : 14.11.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Kırıkkale İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 57. maddesinin birinci fıkrasının "*Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir.*" biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemidir.

I- OLAY

Devlet memurluğundan ilişiği kesilen davacının, işlemin iptal edilmesi için açtığı davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 152. maddesinin 1. fıkrasında, "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır" hükmüne; 3. fıkrasında ise, "Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır.

Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır" kuralına yer verilmiştir.

Bakılan davada, dava konusu işlemin, Kırıkkale Polis Meslek Yüksek Okulu'nda aday teknisyen yardımcısı olarak görev yapan davacının almış olduğu disiplin cezası nedeniyle memuriyetten ilişiğinin kesilmesine ilişkin olması nedeniyle, davada Mahkememiz açısından uygulanacak "kanun hükmü"nün, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 57. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir" hükmü olduğu sonucuna varılmıştır.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 54. maddesinde, "Sınavlarda başarılı olanlardan Devlet memurluğuna girmek isteyenler başarı listesindeki sıraya ve 47. maddeye maddeye göre ilan edilen kadro sayısı kadar, kurumlarınca memur adayı olarak atanırlar. Aday olarak atanmış Devlet memurunun adaylık süresi bir yıldan az iki yıldan çok olamaz ve bu süre içinde aday memurun başka kurumlara nakli yapılamaz" hükmü; 56. maddesinde, "Adaylık süresi içinde temel ve hazırlayıcı eğitim ve staj devrelerinin her birinde başarısız olanlarla adaylık süresi içinde hal ve hareketlerinde memuriyetle bağdaşmıyacak durumları, göreve devamsızlıkları tespit edilenlerin disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişkileri kesilir. İlişkileri kesilenler ilgili kurumlarca derhal Devlet Personel Başkanlığına bildirilir" hükmü ile 58. maddesinde, "Adaylık devresi içinde eğitimde başarılı olan adaylar disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile onay tarihinden geçerli olmak üzere asli memurluğa atanırlar. Asli memurluğa geçme tarihi adaylık süresinin sonunu geçemez" hükümleri yer almaktayken; 57. maddesinde "Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir. İlişkileri kesilenler ilgili kurumlarca derhal Devlet Personel Başkanlığına bildirilir. Adaylık devresi içinde veya sonunda, 56 ncı ve bu madde hükümlerine göre ilişikleri kesilenler (sağlık nedenleri hariç) 3 yıl süre ile Devlet memurluğuna alınmazlar" düzenlemesi bulunmaktadır.

57. maddenin 1. fıkrasında yer alan söz konusu hüküm; 25/02/2011 tarih ve 27857 sayılı 1. Mük. sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 13/02/2011 tarih ve 6111 sayılı Kanunu'nun 117. maddesi ile, birinci fıkrada yer alan "Adaylardan en geç iki yıl içinde Devlet memuru olabilmeleri için olumlu sicil alamayanların sicil amirlerinin teklifi" ibaresinin "Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi" olarak değiştirilmesi suretiyle getirilmiştir.

Diğer taraftan 657 sayılı Kanunun disiplin cezalarını düzenleyen 125. maddesinde; Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller sayılmış: Uyarma cezası, memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi; Kınama cezası, memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi; Aylıktan kesme cezası, memurun, brüt aylığından 1/30 - 1/8 arasında kesinti yapılması; Kademe ilerlemesinin durdurulması cezası, fiilin ağırlık derecesine göre memurun, bulunduğu kademede ilerlemesinin 1 - 3 yıl durdurulması; Devlet memurluğundan çıkarma cezası ise, bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarma olarak tanımlanmıştır.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Cumhuriyetin Nitelikleri" başlıklı 2. maddesinde:

"Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında belirtildiği üzere; Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

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

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

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

657 sayılı Devlet Memurları Yasası'nda devlet memurluğuna ilk girişte aday memur olarak atanmanın öngörüldüğü ve bu sürecin başarıyla tamamlanması halinde asli memurluğa atanmanın söz konusu olabileceği görülmektedir. Adaylık döneminde memur adayının bir yandan denenmesi, bir yandan da alacağı eğitimlerle yetiştirilmesi amaçlanmıştır. Yasa'nın 55. maddesinde, aday memurun verilecek eğitimlerle ne şekilde yetiştirileceği düzenlenmekte olup; 56. maddede ise, eğitimler ve staj devreleri sonucunda başarısız olanların yanısıra, hal ve hareketlerinde memuriyetle bağdaşmayacak durumları ile göreve devamsızlıkları tespit edilenlerin ilişkilerinin kesileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla aday memurun denenmesi ile ilgili olarak burada, adayın hal ve hareketlerinde memuriyetle bağdaşmayacak durumunun bulunup bulunmadığı ile göreve devamlığı hususlarının kıstas olarak getirildiği anlaşılmaktadır.

Diğer yandan 657 sayılı Yasa'nın 125. maddesinde, Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller sayılmış; bu cezaların en ağırı olarak Devlet memurluğundan çıkarma cezası getirilmiştir.

İtiraz konusu kuralın; 6111 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle ve aynı Kanun değişikliğiyle memurlar hakkında sicil raporu doldurulmasından vazgeçilmesi nedeniyle, maddede yer alan sicildeki olumsuzluk kıstasının yerine getirildiği görülmektedir. Anılan madde hükmü, aday memurun, almış olduğu disiplin cezasının türüne veya ağırlığına bakılmaksızın ilişiğinin kesilmesi sonucunu doğurmaktadır.

İtiraza konu kural, gereklilik ilkesine göre değerlendirildiğinde; aday memurun denenmesi süreciyle ilgili olarak 657 sayılı Yasa'nın 56. maddesinde düzenleme getirilmiş ve yaptırımı ilişiğinin kesilmesi olan durumlar ortaya konulmuştur. Ayrıca Yasa'nın 125. maddesinde yer alan disiplin cezalarının da, sayılan fiillerin işlenmesi halinde aday memura uygulanacağı muhakkak olup, dolayısıyla aday memurun uyarma cezasından devlet memurluğundan çıkarılmasına kadar yaptırımlarla karşılaşabileceği de bellidir. Hal böyle iken, Yasa'nın 56. maddesinde aday memurun ilişiğinin kesilmesi sonucunu doğuran hal ve durumların zaten sayılmış olması, ayrıca aday memurun işlemiş olduğu

bir fiili nedeniyle disiplin cezası yaptırımıyla karşılaşmasının yanında bir de memuriyetten ilişiğinin kesilmesi sonucunu doğurması karşısında, itiraza konu hükümde yer alan önlemin, ulaşılmak istenen amaç yönünden gerekli bulunmadığı sonucuna varılmaktadır.

Bunun yanında, itiraza konu kuralın, aday memurun adaylık sırasında alabileceği her türlü disiplin cezası sonrasında uygulanacağı görülmekte olup; uyarma, kınama gibi az kusurlu eylem ve fiillerin karşılığında uygulanacak olan disiplin cezalarının sonrasında da aday memurun ilişiğin kesilmesi gibi ağır bir yaptırıma meydan verilmesi nedeniyle, bu hüküm orantılılık ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Bu durumda yukarıda aktarılan açıklamalar ışığı altında, itiraza konu Yasa hükmünün ölçülülük ilkesine ve bu bağlamda Anayasa'nın 2. maddesine uygun olmadığı ve iptali gerektiğinden başvuru zorunluluğu doğmuştur.

Açıklanan nedenlerle, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 57. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir" hükmünün, Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu kanaati ile iptalinin talep edilmesine, başvuru kararının aslıyla birlikte, dava dosyasındaki ilgili belgelerinin onaylı suretlerinin oluşturularak Anayasa Mahkemesi'ne sunulmasına, 09/01/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

657 sayılı Kanun'un, 2670 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralı da içeren 57. maddesi şöyledir:

"***Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir.*** *İlişkileri kesilenler ilgili kurumlarca derhal Devlet Personel Başkanlığına bildirilir.*

Adaylık devresi içinde veya sonunda, 56 ncı ve bu madde hükümlerine göre ilişikleri kesilenler (sağlık nedenleri hariç) 3 yıl süre ile Devlet memurluğuna alınmazlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 6.2.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ömer DURAN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde düzenlenen disiplin suç ve cezalarının aday memurlar için de uygulanacağı, Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren hâllerin neler olduğunun Kanun'da ayrıca belirtildiği, dava konusu kuralda adaylık süresi içinde hiçbir ayrım yapılmadan disiplin cezası almış olanların memuriyetle ilişiklerinin kesilmesinin öngörüldüğü, kuralın bu hâliyle uyarma cezası alanların dahi memuriyetlerine son verilmesine imkan sağladığı, bu durumun hukuk devleti olmanın bir gereği olan orantılılık ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural, aday olarak görev yapmakta olan devlet memurlarının adaylık süresi içerisinde disiplin cezası almış olmaları hâlinde disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile memuriyetten ilişiklerinin kesilmesini öngörmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup

güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Kanun koyucu hukuk devletinde kamu hizmetlerinin uyum ve düzen içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla hizmeti sunan kamu görevlileri için disiplin düzenlemeleri içeren kurallar öngörebilir ve bu kurallara uyulmasını temin etmek amacıyla çeşitli disiplin yaptırımları benimseyebilir. Ancak disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, "*ölçülülük ilkesi*" olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır.

"*Elverişlilik ilkesi*", öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "*zorunluluk ilkesi*" öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve "*orantılılık ilkesi*" ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir.

İtiraz konusu kuralda disiplin cezası gerektiren farklı fiiller için ayrım yapılmaksızın tek bir yaptırım benimsenmiştir. Diğer bir ifadeyle uyarma cezasını gerektirecek bir fiil karşılığında uygulanacak yaptırım ile daha ağır bir disiplin cezasını gerektirecek bir davranış aynı sonuca bağlanmıştır. Buna göre bireyin kamu hizmetinde kalmasının, disiplin cezası gerektiren eylemlerin ağırlığına uygun herhangi bir kademelendirme yapılmayarak, adil ve makul bir denge gözetilmeksizin ölçüsüz bir biçimde memuriyetten çıkarılma yaptırımına tabi tutulmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

14.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 57. maddesinin birinci fıkrasının *"Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir."* biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 14.11.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

657 sayılı Kanunun 57. maddesinin birinci fıkrasının "Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir" şeklindeki birinci cümlesinin, Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

İptal kararında, kanun koyucunun, kamu hizmetlerinin uyum ve düzen içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla hizmeti sunan kamu görevlileri için disiplin düzenlemeleri içeren kurallar öngörebileceği ve disiplin yaptırımları getirebileceği, ancak disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında ölçülülük ilkesinin gözetilmesinin de hukuk devleti ilkesinin bir gereği olduğu, itiraz konusu kuralda disiplin cezası gerektiren

farklı fiiller için ayrım yapılmaksızın tek bir yaptırım benimsendiği, disiplin cezası gerektiren eylemlerin ağırlığına uygun herhangi bir kademelendirme yapılmayarak, adil ve makul bir denge gözetilmeksizin ölçüsüz bir biçimde memuriyetten çıkarma yaptırımı uygulanmasının hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı, bu nedenle Anayasanın 2. maddesine aykırı olduğu belirtilmiştir.

İtiraz konusu hükmün de yer aldığı 57. madde, 657 sayılı Kanunun, "Devlet Memurluğuna Alınma" başlıklı Üçüncü Kısmının "Adaylık" başlıklı Üçüncü Bölümünde bulunmaktadır. Bu Bölümde "Adaylık devresi içinde göreve son verme" başlıklı 56. madde ile "Adaylık süresi sonunda başarısızlık" başlıklı 57. maddede öngörülen hükümler, Kanunun Dördüncü Kısmının "Disiplin" başlıklı Yedinci Bölümünde yer alan 125. maddenin (E) bendindeki memurluktan çıkarma cezasından farklı olarak, çıkarma disiplin cezalarını değil, maddelerde sayılan sebeplerle aday memurlukla ilişik kesme işlemlerini düzenlemektedir. Bu sebeple, itiraz konusu kuralın bir disiplin düzenlemesi olarak görülmesine ve ilişik kesilmesinin disiplin yaptırımı gibi değerlendirilmesine imkân bulunmamaktadır.

İtiraz konusu kural, adaylık süresi içinde disiplin cezası alanların durumunu (bir önceki maddede, adaylık süresi içinde başarısız olanlarla hâl ve hareketlerinde memuriyetle bağdaşmayacak durumları ve göreve devamsızlıkları tespit edilenlerin durumlarında olduğu gibi) düzenleyerek idareye, adaylık süresi içinde ilişik kesme yetkisi vermektedir.

Her iki hükümde de bu durumdaki adayların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişiklerinin kesilmesi öngörülmektedir. Kuşkusuz, anılan maddelerde ilişik kesme işleminin sebep unsuru olarak öngörülen "başarısızlık", "hâl ve hareketlerdeki memuriyetle bağdaşmayacak durumlar", "göreve devamsızlık" veya "disiplin cezaları"ndan hangilerinin somut olaya uyduğunun ve ilişik kesmeyi gerektirdiğinin idarece değerlendirilerek işlem tesis edilmesi gerekir.

Kanunlar idarî işlemin sebep unsurunu genel, esnek ve belirsiz kavramlarla belirlediğinde, idarenin somut olay ve durumda sebep unsuruna ilişkin bir değerlendirme yaparak, kanunda öngörülen sebep unsurunun bulunup bulunmadığını ve işlem tesis edildiği takdirde sebep ve konu unsurları arasında ölçüsüzlük olup olmayacağını tespit etmesi gerekmektedir.

İtiraz konusu kuralda ilişik kesme işleminin sebep unsuru olarak öngörülen "disiplin cezası almış" olmanın da, ilişik kesme işlemi tesis edilirken aynı değerlendirmeye tâbi tutularak somut olayda aday memurun aldığı disiplin cezası ile işlemin konusu arasında ölçüsüzlük bulunup bulunmayacağının değerlendirilmesi gerekmektedir. İtiraz konusu kurala göre, idare, memur adayına verilen disiplin cezasının ilişik kesmeyi gerektirecek önem ve ağırlıkta olup olmadığını değerlendirerek ulaşacağı sonuca göre ilişik kesme kararı alıp almama konusunda takdir yetkisine sahiptir. İlişik kesme işleminin hukuka ve bu çerçevede "ölçülülük ilkesi"ne uygunluğunun idarî yargı denetimine tâbi olduğunda da kuşku bulunmamaktadır. Somut olayda, idarî işlemin sebep unsurunu oluşturan disiplin cezası ile konu unsurunu oluşturan ilişik kesme arasında bir ölçüsüzlük olduğu kabul edilse bile, bunun itiraz konusu kuralı değil, söz konusu idarî işlemi ölçülülük ilkesine aykırı hâle getireceği açıktır.

Bu sebeplerle, itiraz konusu kuralın Anayasaya aykırı olmadığını ve itirazın reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/18
Karar Sayısı : 2013/132
Karar Günü : 14.11.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Antalya 10. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 22.1.1986 günlü, 3256 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Hazine avukatlığı görevinden ayrılan sanık müdafii, bu görevden ayrıldığı tarihten itibaren itiraz konusu kuralda belirtilen iki yıllık sürenin dolmamış olması nedeniyle yargılamaya katılamadığını, bu nedenle itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri sürmüş, Anayasa'ya aykırılık iddiasını ciddi bulan Mahkeme ise iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

" (…)

Antalya'da hazine vekili olarak görev yaparken bu görevinden istifa sonucu ayrılan Antalya Barosu avukatlarından Av. ….'nin sanık …. müdafii sıfatıyla dosyaya vekaletname sunduğu, sunulan bu vekaletnameden ve Av. ….'nin, Antalya Vergi Dairesi Başkanlığının, suçtan zarar gören ve yargılama aşamasında davaya katılmasına karar verilen taraf olduğu kamu davasında, sanık müdafii sıfatıyla aldığı görevden haberdar olan ve katılan tarafı temsil eden hazine vekili

Av. ... tarafından, bu kişinin vekil olarak dosyada görev yapmasının Avukatlık Yasasının 14. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile itiraz edilmiştir.

Katılan hazine vekili ayrıca Av. ….'nin hazine avukatlığı görevinden 05/09/2011 tarihinde ayrıldığına ilişkin belgeyi de itiraz dilekçesine ekleyerek dosyaya sunmuştur.

Av. …'nin temsil ettiği dosyamız sanığı …. Mersin Nöbetçi Asliye Ceza Mahkemesi aracılığı ile dosyamıza UYAP sisteminden gönderdiği dilekçe ile, kendisinin Av. …. tarafından davada temsil edilmesini talep ettiği, avukatının, bu davada görev yapamayacağına dair yasal bir engelden bahseden karşı tarafın itirazına yönelik olarak, Avukatlık Kanununun 14. maddesinin, kendisini davada temsil etmesini istediği Av …'nin davaya katılmasını engellemesi nedeniyle savunma hakkının kısıtlanmasına yol açtığını, bu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu bildiren dilekçesini sunmuştur.

Sanık … müdafi Av. ..., hazine vekilinin, kendisinin dosyada vekil olarak görev alamayacağına ilişkin beyanlarına karşılık sunduğu yazılı ve sözlü beyanlarında özetle; kendisinin Antalya Muhakemat Müdürlüğü bünyesinde yürüttüğü hazine avukatlığı görevinden 05/09/2011 tarihinde ayrıldığını, bu yönde okunan hazine vekilinin itiraz dilekçesine ekli belgeler ve itirazının doğru olduğunu, Avukatlık Kanununun 14. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen 2 yıl süre ile idareye karşı dava alma yasağının devam ettiğinin de doğru olduğunu, bu yasak kapsamında yürürlükteki yasaya göre davada vekillik yapamayacağının da bir gerçek olduğunu, söz konusu duruma yol açan Avukatlık Kanununun 14/3 maddesinin daha önce hakim ve savcılarla ilgili iki kez Anayasa Mahkemesince iptali de göz önüne alındığında, kalan ve yürürlükte olan ve kendisini ilgilendiren çalışma özgürlüğünü kısıtlayan ve sanığın savunma hakkını, adil yargılanma hakkını kısıtlayan 14/3 maddesindeki düzenlemenin, Anayasanın 10., 13., 36. ve 48. maddelerinde düzenlenen ilkelerine açık aykırılık içerdiğinin ve iptalinin gerektiği yasal kanısında olduğunu, bu kapsamda mahkemeye Anayasaya aykırılık iddiasında bulunuyor olduğunu, mahkemece bu iddiasını ciddiye alarak itiraz mahiyetinde Anayasaya Mahkemesine başvurulmasını talep ettiğini, zira 2 Kasım 2011 günü Resmi Gazete'de yayımlanan 659 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında Devlet tarafından avukatlık hizmetlerinin satın alma yoluyla yapılabileceği hükme bağlanmış olması, bu şekilde avukat temini halinde görev yapan serbest avukatlara Avukatlık Yasası'nın 14. maddesinde belirtilen iki yıllık yasak uygulanmadığı halde kamudan ayrılan avukatlara bu hükmün uygulanması Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesine, temel haklar içerisinde

yer alan çalışma özgürlüğünü ölçüsüz bir şekilde kısıtlanması ve kamudan ayrılan avukatların kurumları aleyhine iki yıl boyunca dava almalarına engel olması sebepleriyle Anayasa'nın 13. ve 48. maddelerine ve hak arama hürriyeti içinde temel hak ve ödevler arasında sayılan savunma hakkının herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ve adil yargılanma hakkına sahip olmasına ilişkin maddeden hareketle kendini savunmak amacıyla istediği avukatı veki1 tayin etme hakkına sahip olması yönünden de Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğunu, ayrıca müvekkilinin mahkemenize sunmuş olduğu dilekçeden de savunmasının bizzat kendisi tarafından yapılmasını istediği yönündeki açık beyanı karşısında, müvekkilinin savurma hakkının kısıtlandığını bu yönüyle de Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık teşkil ettiğini, Anayasa Mahkemesinin 2001/309 esas-2002/91 karar ve 2009/67 esas-2009/119 karar sayılı kararlarının bulunduğunu, bu kararlara nazaran iptalini talep ettiği madde metninin evleviyetle Anayasaya aykırı olduğunu, dosyadaki avukatlık görevinin sürdürülmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Öncelikle somut dosya açısından davaya devam edilip adil yargılama ilkeleri çerçevesinde yargılamayı sonuçlandırıp bir karar vermek için söz konusu itirazın bir karara bağlanmasının gerekip gerekmediği, dolayısıyla Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen sanık müdafiinin geçmişte yapmış olduğu mesleğinden kaynaklı itirazın dayanağı Avukatlık Kanununun 14/3. maddesinin somut kamu davasının adil bir biçimde yargılamasının yapılmasını engeller nitelikte bir düzenleme olup olmadığı hususunda bir değerlendirme yapılmasının gerektiği anlaşılmaktadır. Zira Anayasa'mızın 36. maddesi "herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükümlerini içermektedir. Bu hükümler çerçevesinde ve Anayasa'mızın diğer ve yer yer gerektiğinde aşağıda değinilecek hükümleri çerçevesinde adil yargılanma hakkının uygulanması sürecinde yürürlüğe giren yasalardan biri olan 5271 sayılı CMK hükümlerinden özellikle CMK nun 149 ve devam eden maddeleri göz önüne alındığında, bir ceza davasında sanık sıfatıyla yargılanan kişinin, kendisini, istediği bir avukat aracılığı ile temsil ettirmesi hakkının bulunduğu değerlendirilmiştir.

Dosyadaki yukarıda değinilen sanık …'nin mahkememize Mersin Nöbetçi Asliye Ceza Mahkemesi aracılığı ile gönderdiği dilekçesinde, kendisini Av. ….'nin temsil etmesini istediği göz önüne alındığında, özellikle müvekkil ve avukatı arasındaki "güven" ilişkisi göz önüne alındığında bu sanığın kendisini, Av. ….'nin daha iyi temsil edeceğine dair inancını dosyaya yansıttığı mahkememizce

değerlendirilmiştir. O halde hazine vekilinin, bu avukatın sanık müdafi olarak görev yapamayacağına, Avukatlık Kanununun 14/3. maddesinin buna engel olduğuna ilişkin, dayanağı bir yasa hükmü olmakla mahkememizce göz önünde bulundurulmak zorunda olan itiraz hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermeden davanın yargılamasını sürdürmenin olanaklı olmadığı yasal ve vicdani kanısına varılmıştır. Eldeki kamu davasının sonuçlandırılmasına engel olduğu değerlendirilen Avukatlık Kanununun 14/3. maddesinin Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin sanık ... ve vekili Av. ....'nin beyanları bu kapsamda mahkememizce ciddi bulunmuştur. Şöyle ki;

Av. …'nin 05/09/2011 tarihine kadar Antalya bölgesinde hazine avukatı olarak görev yaptığı konusunda somut dosyada bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Hal böyle olunca hazine avukatlarının istifa ya da emeklilik sonrasında 2 yıl süre ile hazine avukatı olarak çalıştıkları bölgede hazine avukatı oldukları süreçte temsile hak ve yetkilerinin bulunduğu devlet, belediye, il özel idare ve kamu iktisadi teşebbüsleri, iktisadi devlet teşekkülleri, kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerine yönelik açılmış davalarda taraf olarak, karşı taraf vekili sıfatıyla avukatlık yapamayacakları yönündeki düzenlemeleri içeren Avukatlık Kanununun öncesindeki 14/3 maddesi olmakla birlikte 1. fıkranın Anayasa Mahkemesinin 15/10/2002 tarihinde vermiş olduğu kararla iptali sonucu fiilen 14/2. fıkrası haline dönüşen hükümleri çerçevesinde ve yine hazine avukatlarının görev alanının genişletilmesine ilişkin ve yine devlet tarafından avukatlık hizmetlerini satın alma yoluyla serbest avukatlar ile yapılabilecek anlaşmalar çerçevesinde başka avukatlara da yaptırılabileceği hükümlerini de içeren 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümleri dikkate alındığında, hazine avukatlarının temsil ettikleri kamu kurumlarının son derece yaygınlaşmış olması ve bu kapsamda örneğin Antalya'da neredeyse tüm kamu kurumlarını hazine avukatı olarak temsil etme yetkisini taşıdığı halde bu görevden 05/09/2011 tarihinde istifa etmesi sonrasında kamu kurumları kamu iktisadi kuruluşları, özel idare, kamu iktisadi teşebbüsleri, belediye ve devlet aleyhine 2 yıl süreyle avukatlık görevini ifa edemeyecekleri anlaşılmaktadır. Bu sonucu doğuran avukatlık Avukatlık Kanununun 14/3. maddesinin Anayasamızın 36. maddesindeki düzenlemeye aykırı olduğu açıktır. Bunun yanı sıra Anayasamızın l0. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu açıktır. Çünkü sanık ..., kendisini, güven duyduğu avukatı …'nin temsil etmesini istemekte, kutsal olan savunma hakkının bu şekilde kullanılmak istendiğini bildirmekte ancak anılan Yasanın 14/3. maddesi sanık … açısından bir diğer vatandaşa oranla "eşitsizlik" yaratmakta, dolayısıyla CMK.nun 149 ve devam eden maddeleri çerçevesinde özgürce seçme hakkı olan avukatının seçimine kısıtlama getirilmektedir.

Yine Anayasamızın 13. maddesinde belirtilen "Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması" ilkesine düzenlendiği sınırlama ölçütlerinin demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düzeyde bir sınırlama getirdiğine inanılan Avukatlık Kanununun 14/3. maddesi ölçüsüz bir sınırlamayı Av. … açısından da getirmektedir, nitekim Anayasamızın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin temel hak ve özgürlüğü sınırlanmaktadır. Zira bir diğer serbest avukata göre ve özellikle 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 5/3. fıkrasına göre devlet tarafından satın alınan avukatlık hizmetini ifa eden kişiye böylesine bir sınırlama getirilmemesine rağmen hazine avukatına bu tip bir sınırlamanın getirilmiş olması, 48. maddede düzenlenen bu hürriyetin Av. … açısından ölçüsüz sınırlanmasına yol açmaktadır ve yine aynı Anayasa hükmünde düzenlenen sözleşme hürriyeti açısından bir diğer vatandaşa oranla sanık … açısından da ölçüsüz bir sınırlama getirmekte, avukatlık sözleşmesini … ile yapmasını somut dosya açısından önlemektedir.

Tüm bu nedenlerle, Anayasamızın yukarıda belirtilen gerekçelerle 36, 10, 13 ve 48. maddelerine aykırı düzenlemeler içeren Avukatlık Kanununun, 1. fıkrası Anayasa Mahkemesince iptali edilmezden önceki hali ile 3. fıkrasında yer alan, "Devlet, belediye, il özel idare, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Kapsamına giren iktisadi Devlet Teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren 2 yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar" biçimindeki düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu yönünde mahkememizde de ciddi yasal kanı oluştuğundan, aşağıdaki gibi Anayasaya aykırılık itirazında bulunmak gerekmiştir.

(…)"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un 14. maddesinin itiraz konusu üçüncü fıkrası şöyledir:

"Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin kapsamına giren iktisadi Devlet Teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanlar, buralardan ayrıldıkları

tarihten itibaren iki yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamaz ve takipte bulunamazlar."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 48. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 6.2.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, bir ceza davasında sanık sıfatıyla yargılanan kişinin, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 149. ve devamı maddelerine göre, kendisini istediği avukatla temsil ettirme hakkının bulunmasına rağmen, itiraz konusu kuralın sanığın istediği avukatı müdafi olarak seçmesine engel olduğu, 659 sayılı KHK hükümleri dikkate alındığında, hazine avukatlarının neredeyse görev yaptıkları illerdeki tüm kamu kurumlarını temsil ettikleri, sanığın daha önce hazine avukatlığı yapmış bir avukatı itiraz konusu kural nedeniyle müdafi olarak tayin edememesinin, diğer vatandaşlara oranla eşitsizlik yarattığı, 659 sayılı KHK'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre Devlet tarafından satın alınan avukatlık hizmetini ifa eden avukata böyle bir sınırlama getirilmemiş olmasına rağmen hazine avukatına bu tip bir sınırlama getirilmiş olmasının Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve

sözleşme hürriyetinin hazine avukatları açısından ölçüsüz sınırlanmasına yol açtığı gibi yasaklı olan hazine avukatını müdafi olarak tayin etmek isteyen sanık açısından da diğer vatandaşlara oranla sözleşme hürriyeti açısından ölçüsüz bir sınırlama getirdiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin kapsamına giren iktisadi Devlet Teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanların, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl geçmeden ayrıldıkları idare aleyhine dava alamayacakları ve takipte bulunamayacakları hükme bağlanmıştır.

Kanun'un 1. maddesinde avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olarak tanımlanarak, avukatın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği belirtilmiş; 2. maddesinde ise avukatlığın amacının, hukuki münasebetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmî ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Kanun'daki bu hükümler karşısında, avukatlık görevini yapacak kişilerde bazı nitelikler aranması ve avukatlık mesleğinin adalet ve hakkaniyet ilkelerinin gerektirdiği bir takım kurallara bağlı kılınması zorunludur.

Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu; 48. maddesinde, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu; 13. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabileceği; temel hak ve özgürlüklerde yapılacak sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, çalışma ve sözleşme hürriyetleri için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunların hiçbir şekilde sınırlandırılamayan mutlak haklar olduğu söylenemez. Özel

sınırlama nedeni öngörülmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, bu hakların Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olmamak koşuluyla, Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak sınırlandırılması mümkün olabilir.

Çalışma ve sözleşme hürriyetlerine itiraz konusu kuralla getirilen sınırlama, Anayasa'da güvence altına alınan adil yargılanma hakkının alt kavramlarından biri olan silahların eşitliği ilkesinden kaynaklanmaktadır. Adil yargılanma hakkının ulusal üstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan silahların eşitliği ilkesi, davanın tarafları arasında yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunma, taraflardan birine dezavantaj diğerine avantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını içermekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır.

Devlet, belediye, il özel idare ve Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin kapsamına giren iktisadi Devlet teşekkülleri ile kamu iktisadi kuruluşları ve bunların müessese, bağlı ortaklık ve iştiraklerinde çalışanların, buralardan ayrıldıktan sonra belli bir süre geçmeden, ayrıldıkları idare aleyhine dava almaları ya da takipte bulunmaları, karşı tarafa nazaran avantajlı duruma gelmelerine, davanın tarafları arasındaki hakkaniyete uygun dengenin kendileri lehine bozulmasına, bunun sonucunda da karşı tarafta ve toplumda kuşku ve rahatsızlık meydana getirerek adalet duygusunun zedelenmesine yol açabilecek niteliktedir. Nitekim, Kanun'un gerekçesinde yer verilen "… *görevleri icabı, anılan teşekküllerin yabancısı olan kimseler tarafından bilinemiyecek hususiyetlerine vâkıf bulunan ve çok defa kendisi tarafından yapılmış işleri mevcudolan bir teşekkül aleyhine muayyen süre içinde dâva kabul eden avukat, diğerlerine göre rüçhanlı durumda olacağı gibi, bir dâvada iki tarafın da vekâletini alarak hakkın kötüye kullanılmasına yol açar bir duruma girmiş olacaktır…"* biçimindeki açıklamadan da, itiraz konusu kuralın bu olumsuzluklara meydan verilmemesi amacıyla kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Kanun'da belirtilen kamu kurumlarında çalışanların, buralardan ayrıldıkları tarihten itibaren kanun koyucu tarafından takdir edilen iki yıllık süre geçmeden, ayrıldıkları idare aleyhine dava almaları ve takipte bulunmalarına engel olan kuralın çalışma ve sözleşme hürriyetine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

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

İtiraz konusu kural, kamuda çalışan kişilerin buradan ayrıldıktan sonra avukat olarak çalışmalarıyla ilgili olup kuralın, şüpheli ya da sanığın istediği avukatı müdafi olarak seçerek onunla avukatlık sözleşmesi yapma hakkına doğrudan sınırlama getirdiği söylenemez. Şüpheli ya da sanığın bu kişileri müdafi olarak tayin edememesi, bu haklarının sınırlandırılmasından değil, avukatın daha önce görev yaptığı kurum aleyhine belli bir süre için dava almasına yönelik sınırlamadan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, kuralın şüpheli ve sanığın hak arama ve sözleşme hürriyetlerine aykırı olduğundan söz edilemez.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu kural ile kamuda görev yapanların, bu görevlerinden ayrıldıkları tarihten itibaren iki yıl geçmeden, ayrıldıkları idare aleyhine dava alamayacakları ve takipte bulunamayacakları belirtilerek, bu kişilerin müdafi olarak tayin edilmeleri yasaklanmıştır. Bunun doğal sonucu olarak, yasak kapsamına giren avukatı kim seçmek isterse istesin, kanun hükmü buna engel olacaktır. Dolayısıyla kural, sadece bazı kimseler için getirilmiş olmayıp, kamudan ayrılan avukatın görev yaptığı kurumu aleyhine dava ya da takip almasını isteyen herkes için geçerlidir. Bu nedenle, kuralın kişiler arasında hak arama ve sözleşme hürriyetleri bakımından eşitsizlik yaratan bir yönü de bulunmamaktadır.

Ayrıca, başvuru kararında, hazine avukatlarına getirilen yasağın, 659 sayılı KHK'nin 5. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre Devlet tarafından satın alınan avukatlık hizmetini ifa eden avukatlara getirilmediği ileri sürülmüş ise de, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararname'nin 5. maddesinin (4) numaralı fıkrasında *"Hizmet satın alınarak kendisine vekalet verilen serbest avukatlar ve avukatlık ortaklıkları kendilerine vekalet verilen dava ve icra işlemlerinin takibiyle ilgili olarak, ilgili mevzuatla idareleri vekil sıfatıyla temsile yetkili olan görevlilerle aynı yetki ve sorumlulukları haizdir."* denildiğinden, serbest avukatlar ve avukatlık ortaklıklarının da itiraz konusu kural ile getirilen yasağa tabi olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, bu kişiler arasında avukatlık yapma yasağı bakımından herhangi bir eşitsizlik bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

19.3.1969 günlü, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 22.1.1986 günlü, 3256 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 14.11.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/24
Karar Sayısı : 2013/43 (Yürürlüğü Durdurma)
Karar Günü : 14.11.2013

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNDE BULUNANLAR : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Muharrem İNCE ile birlikte 127 milletvekili

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN KONUSU : 6.12.2012 günlü, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun;

1- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… gibi..."* ibaresinin,

2- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan *"…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…"* ibaresinin,

3- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

4- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ve *"…ilgili Bakana…"* ibarelerinin,

5- 130. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"…her yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ibaresi ile (6) numaralı fıkrasının,

6- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…grev ve…"* ibaresinin,

7- 138. maddesinin;

a- (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin,

b- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin,

c- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

d- (13) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 38., 49., 54., 87., 90., 153., 160. ve 165. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN İNCELENMESİ

Yürürlüklerinin durdurulması istemini de içeren iptali istenilen kuralların yer aldığı dava dilekçesi ve ekleri, bu konudaki Raportör Ayşegül ATALAY tarafından hazırlanan yürürlüğü durdurma ve esas inceleme raporu, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

6.12.2012 günlü, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun;

A- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… gibi..."* ibaresi, 14.11.2013 günlü, E.2013/24, K.2013/133 sayılı kararla iptal edildiğinden, bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 138. maddesinin (13) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 1- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan *"…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…"* ibaresine,

2- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine,

3- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ve *"…ilgili Bakana…"* ibarelerine,

4- 130. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"…her yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ibaresi ile (6) numaralı fıkrasına,

5- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…grev ve…"* ibaresine,

6- 138. maddesinin;

a- (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerine,

b- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine,

c- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

d- (13) numaralı fıkrasının,

yönelik iptal istemleri, 14.11.2013 günlü, E.2013/24, K.2013/133 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkraya, bentlere, cümlelere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

14.11.2013 gününde karar verildi.

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

Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/24
Karar Sayısı : 2013/133
Karar Günü : 14.11.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M.Akif HAMZAÇEBİ ve Muharrem İNCE ile birlikte 127 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 6.12.2012 günlü, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun;

1- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… gibi..."* ibaresinin,

2- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan *"…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…"* ibaresinin,

3- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin,

4- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ve *"…ilgili Bakana…"* ibarelerinin,

5- 130. maddesinin;

a- (5) numaralı fıkrasında yer alan *"…her yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ibaresinin,

b- (6) numaralı fıkrasının,

6- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…grev ve…"* ibaresinin,

7- 138. maddesinin;

a- (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin,

b- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin,

c- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

d- (13) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 38., 49., 54., 87., 90., 153., 160. ve 165. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"...

II. GEREKÇELER

1) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 110 uncu Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendindeki "gibi" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6362 sayılı Kanunun "Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik" başlıklı 110 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde "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 halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak" fiilinin güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturacağı hükme bağlanmıştır.

Yapılan bu düzenlemede suç teşkil eden fiilin tanımı yapılırken belirtilen örtülü işlemler "gibi" işlemlerde bulunmak da suç kapsamına alınmıştır.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun ve bu Kanunun yürürlükten kaldırdığı 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun suç saydığı "örtülü kazanç dağıtımı" bir vergi hukuku kavramıdır. 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu bu kavramı Kurumlar Vergisi Kanununundan almıştır. Bu kavramın yer aldığı yürürlükteki 13.06.2006 tarihli ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesinde "örtülü kazanç dağıtımı", "gibi" ibaresi yer verilmeksizin açık bir şekilde tanımlanmıştır. Bu maddedeki tanıma göre "Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla dağıtılmış sayılır". Görüldüğü üzere bu tanımda "gibi" ibaresi kullanılmamıştır. Ancak 2499 sayılı Kanun "örtülü kazanç dağıtımı" kavramını 5520 sayılı Kanundan değil, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 03.06.1949 tarihli ve 5422 sayılı eski Kurumlar Vergisi Kanunu'ndan almıştır. 5422 sayılı Kanunda da "örtülü kazanç dağıtımı", "gibi" ibaresi kullanılmaksızın açık bir şekilde tanımlanmıştır. 5422 sayılı Kanunun "Örtülü Kazanç" başlıklı 13 üncü maddesinde "şirket kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı, vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunursa kazanç örtülü olarak dağıtılmış sayılır" hükmü yer almaktadır. Bu hükümde de "örtülü kazanç dağıtımı"nın tanımı, "gibi" ibaresi kullanılmaksızın yapılmıştır. Mehaz Kanun olarak isimlendirebileceğimiz Kanunda bile yer almayan iptali istenilen ibarenin, ceza hükmü olarak bir başka kanunda kullanılması "kanun yapma tekniği"ne aykırılığın zorunlu bir sonucu olarak "hukuk devleti ilkesi" ile bağdaşmadığından Anayasanın 2 nci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasanın 38 inci maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek "suçların kanuniliği", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezaların kanuniliği" ilkesi öngörülmüştür. Anayasanın 38 inci maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2 nci maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığı ve bu fiillere verilecek cezaların hiçbir şüpheye yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi, ceza hukukuna hâkim olan anayasal ilkelerden olup temel hak ve özgürlüklerin önemli güvencelerinden birini

oluşturmaktadır. Kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan bu ilkeyle ceza sorumluluğu bireylerin bilinçli tercihlerine bağlanmakta ve birey özgürlüğünün güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Zira bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşması, bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayacaktır.

İptali istenilen "gibi" ibaresi ile bireylerin hangi örtülü işlemin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağının öngörmesinin mümkün olmadığı kuşkusuzdur.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin hukuk güvenliği ilkesini tanımladığı 07.02.2008 günlü ve E.2005/38 K.2008/53 sayılı kararında, "Hukuk güvenliği ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar." denilmiştir.

Anayasanın 153 üncü maddesinde açıkça "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından söz edilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyle karşılanamaz (Anayasa Mahkemesinin 22.03.2006 gün ve E.2006-22, 2006-40 sayılı Kararı).

Bu nedenle de iptali istenilen "ibare", Anayasanın 153 üncü maddesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Kanunun 110 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki "gibi" ibaresi Anayasanın 2 nci, 38 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

2) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 123 üncü Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasındaki "... ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar ..." İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 123 üncü maddesi "Kurul Karar Organının Çalışma Esasları" başlığını taşımakta ve Kurul Karar Organının Çalışma Esaslarını 6 fıkra hâlinde tadat etmektedir.

(7) numaralı fıkra ise, Kurul üyeleri dâhil personelin uyacakları mesleki ve etik ilkeleri düzenlemek üzere yönetmelik çıkarılacağını öngörmektedir. Ancak bunun yanısıra Kurul üyeleri, Kanunun aynı maddesinde çalışma usul ve esasları sayılmasına rağmen, kendi çalışma usul ve esaslarına ilişkin, "diğer hususlar" adı altında Kanunda açıkça sayılmamış olan bazı hususları da, kendi kararı ile çıkarılacak yönetmelik kapsamında belirleyeceğine dair bir tür "yetki" almaktadır.

Anayasanın 7 nci maddesinde yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği kuralı yer almaktadır. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci 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, özel ihtisas ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasaya aykırılık oluşturmaz. Ancak iptali istenilen kuralla verilen yetki, çerçevesi çizilmiş, esasları belirlenmiş, objektif bir düzenleme yetkisi olmayıp, yasama yetkisinin devri niteliğindedir.

Dolayısıyla 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 123 üncü maddesinin (7) numaralı fıkrasındaki "... ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar ..." ibaresinin Anayasanın 7 nci maddesine aykırılığı nedeniyle iptali gerekir.

3) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 126 ncı Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 126 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki düzenlemenin ilk cümlesindeki kesin ifadenin, yeni yasal düzenlemenin gerektirdiği ihtiyaçlardan çok, mevcut durumu kapsadığı görülmektedir. Zira Sermaye Piyasası Kurulu hâlihazırda on iki daire başkanlığı ile faaliyetini sürdürmektedir. Sermaye Piyasası Kurulunun, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile kendisine verilmiş görevlerini yerine getirmek üzere, daire başkanlığı sayısı dışında, yapacağı teşkilatlanmanın esaslarının belirlenmediği, mevcut daire sayısının yarısı olan 6 daire başkanlığının daha ihdas edilebileceği, ancak ihtiyacın ne zaman ortaya çıkacağının belli olmadığı, mevcut daire başkanlıklarının yanısıra, kurulacak olanlarının da faaliyet alanları ile görev ve yetkilerinin neye göre belirleneceğinin açıkça ifade edilmediği de görülmektedir.

Özel kanunlarla kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında teşkilatlanmaya ilişkin esaslar, hizmet özelliklerine göre (danışma, denetim ve yardımcı) kurulacak birimler, görev, yetki ve sorumlulukların kuruluş kanununda açık ve kesin biçimde belirlenmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesinin bu konuda muhtelif tarihlerde verdiği çok sayıda kararları bulunmaktadır. Bunlardan 18.01.1996 günlü ve E: 1995/25, K: 1996/2 sayılı kararda, "... yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasada öngörülen ayrık durumlar dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakmaması gerekir" denilmiş; 24.01.2007 günlü ve E: 2005/95, K: 2007/5 sayılı bir başka kararında da,

"Anayasanın 124 üncü maddesine göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik çıkarabilirler.

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.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci 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, Anayasanın 7 nci maddesine aykırı düşer"

denilmiştir.

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 126 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının "Kurul Karar Organının teklifi ve ilgili Bakanın onayı ile bu sayının yarısını geçmemek kaydıyla yeni daire

başkanlıkları oluşturulabilir, sayısı on ikinin altına düşmemek kaydıyla mevcut daire başkanlıkları kapatılabilir, birleştirilebilir veya görev ve yetkilerinin bir kısmı yeni kurulacak daire başkanlıklarına verilebilir. Hizmet birimleri, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilere uygun olarak Kurul Karar Organının teklifi ve Bakanlar Kurulu Kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir" şeklindeki ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 129 uncu Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasındaki "…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…" İbaresi ile "…ilgili bakana…" İbaresinin ve 130 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki "…her yılın haziran ayı sonuna kadar…" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, 5018 sayılı Kanunun "Stratejik planlama ve performans esaslı bütçeleme" başlıklı 9 uncu maddesi ile "Faaliyet raporları" başlıklı 41 inci maddesi hükümlerine tâbi olmadıklarından, uzun sureli stratejik plan, yıllık performans programı ve idarelerinin yıllık faaliyet sonuçlarını gösteren faaliyet raporu hazırlamaları zorunlu tutulmamış; dolayısıyla Sayıştay'ın düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet raporlarını denetlemesi öngörülmemişti.

Ancak, 06.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun "Şeffaflık ve hesap verebilirlik" başlıklı 129 uncu maddesinde,

"(1) Yıllık faaliyet raporu, raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar Kurulun internet sitesinde yayınlanır ve ilgili Bakana gönderilir. Kurul, faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verir.

(2) Kurul, ilgili Bakanlığın gerekli gördüğü hâllerde Bakanlar Kuruluna bilgi verir.

(3) Kurul tarafından yapılan düzenlemeler, değişiklikleri de içerecek şekilde sürekli olarak güncellenmek suretiyle Kurulun internet sayfasında yayınlanır.

(4) Kurulca hazırlanacak süreli raporların biçim ve içerikleri ile usul ve esasları Kurulca belirlenir."

denilirken;

"Kurulun bütçesi, harcama ve işlemlerinin denetimi başlıklı 130 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrası,

"Kurul, faaliyetlerine ilişkin olarak her yılın haziran ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait kararları, yaptığı ikincil düzenlemeler ile bunların ekonomik ve sosyal etkilerini analiz eden bir faaliyet raporu hazırlar. Faaliyet raporu, ayrıca Kurulun performans hedefleri ile uygulama sonuçlarının karşılaştırılmasını ve değerlendirilmesini de içerir."

şeklinde kurallaştırılmıştır.

Yukarıdaki hükümlere göre, Sermaye Piyasası Kurumunun faaliyetlerine ilişkin olarak Haziran ayının sonuna kadar, önceki yıla ait aldığı kararlar ile yaptığı ikincil düzenlemelerin ve bunların ekonomik ve sosyal etkilerinin analiz edildiği ve Kurulun performans hedefleri ile uygulama sonuçlarının karşılaştırılarak değerlendirildiği faaliyet raporu hazırlayarak Kurulun internet sitesinde yayınlaması ve ilgili Bakana göndermesi öngörülmektedir. Kurul ayrıca, faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Plan ve Bütçe Komisyonuna ve ilgili Bakanlığın gerekli gördüğü hâllerde ise Bakanlar Kuruluna bilgi verecektir.

Bu bağlamda, SPK'nın şeffaflık ve hesap verebilirliğinin sağlanabilmesi için performans programı ve faaliyet raporları hazırlaması öngörülmesine rağmen, hesap verme yükümlülüğü TBMM'ye değil, yürütme organına karşı imiş gibi söz konusu faaliyet raporunu yasama organı yerine ilgili Bakanlığa sunması öngörülmüş ve faaliyet raporunun internet sitesinde yayınlanması öngörülmekle birlikte, Kurulun faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Plan ve Bütçe Komisyonuna vereceği bilgiler kapsamında, Sayıştay tarafından denetlenmiş faaliyet raporları üzerinden denetlenmesinin önüne geçilmesi için faaliyet raporunun, diğer kurumlarda olduğu üzere Nisan yerine, Haziran ayı sonunda düzenlenmesi öngörülmüştür.

Anayasanın 87 nci maddesinde TBMM'ye Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek görevi verilirken; 160 ıncı maddesinde ise Sayıştaya, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak görevleri verilmiştir.

5018 sayılı Kanunun 2 nci maddesinin birinci fıkrasında, 5018 sayılı Kanunun merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü kapsayacağı; 12 nci maddesinin ikinci fıkrasında, merkezî yönetim bütçesinin 5018 sayılı Kanuna ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerinin bütçelerinden oluşacağı; beşinci fıkrasında ise, düzenleyici ve denetleyici kurum bütçesinin, özel kanunlarla kurul, kurum veya üst kurul şeklinde teşkilatlanan ve 5018 sayılı Kanuna ekli (III) sayılı cetvelde yer alan her bir düzenleyici ve denetleyici kurumun bütçesi olduğu kurallarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, Sermaye Piyasası Kurulu, merkezi yönetim bütçesi kapsamındadır ve Anayasanın 160 ıncı maddesine ve 6085 sayılı Sayıştay Kanununun 4 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine göre, Sayıştay denetimine tabidir.

Sermaye Piyasası Kurulunun hesap verme yükümlülüğünün gereği olarak performans programı ile "Faaliyet Raporu" düzenlemesi öngörülüyor ise, faaliyet raporunun ilgili Bakanlığa sunulmak üzere değil, TBMM'ye karşı olan hesap verme yükümlülüğünün gereği olarak Sayıştaya sunulmak üzere Nisan ayının sonuna kadar düzenlenmesi ve Kurulun faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Plan ve Bütçe Komisyonuna vereceği bilgiler kapsamındaki "bütçe hakkı" kapsamındaki denetiminin, "denetimin bütünlüğü ilkesi" bağlamında Sayıştay tarafından denetlenmiş faaliyet raporları üzerinden gerçekleştirilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle, 06.12.2012 tarihli ve 6362 sayılı Kanununun 129 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar …" ibaresi ile "… ilgili Bakana …" ibaresinin ve 130 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki, "… her yılın haziran ayı sonuna kadar …" ibaresinin Anayasanın 87 nci ile 160 ıncı maddelerine aykırı olduğundan iptal edilmeleri gerekir.

5) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 130 uncu Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun "Bu Kanunun amacı, 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 mali saydamlığı sağlamak üzere, kamu mali yönetiminin yapısını ve işleyişini, kamu bütçelerinin hazırlanmasını, uygulanmasını, tüm mali işlemlerin muhasebeleştirilmesini, raporlanmasını ve mali kontrolü düzenlemektir" şeklinde ifade edilen amaca ilişkin 1 inci maddesinden de anlaşılabileceği gibi, 5018 sayılı Kanun kamu mali yönetiminin işleyişi ve kontrolünü düzenlemektedir.

Bu Kanunun kapsamına ilişkin 2 nci maddesi,

"Bu Kanun, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin mali yönetim ve kontrolünü kapsar. ...

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, bu Kanunun sadece 3, 7, 8, 12, 15, 17, 18, 19, 25, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 68, 76 ve 78 inci maddelerine tabidir"

hükmünü içermekte ve Kanunun sayılan maddeleri bakımından düzenleyici ve denetleyici kurumları kapsadığı görülmektedir.

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu" ile kurulan Sermaye Piyasası Kurulu'nun 5018 sayılı yasaya tabi olup olmadığı hususu açık ve belli edilmiş değildir. 5018 sayılı Kanuna sadece Kurul bütçesinin hazırlanması ile kabulüne ilişkin olarak 130 uncu maddenin birinci fıkrası ile aynı maddenin altıncı fıkrasında atıf yapılmaktadır.

130 uncu maddenin "Kurulun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esasları, 5018 sayılı Kanununun Kurulun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir" şeklinde düzenlenen altıncı fıkrasının kurgusu son derece ilginçtir. "Kurulun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esasları"nın düzenleneceği ve Kurulca çıkarılacak olan yönetmelikte "5018 sayılı Kanununun Kurulun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere" kaydından da anlaşılabileceği gibi, 5018 sayılı Kanunun Kurulun tabi olduğu hükümlerinin dikkate alınacağı izlenimi yaratılmıştır. Ancak bu fıkrada sözü edilen "demirbaş ve varlık satışı" hususunun 5018 sayılı Kanunun 46, "bütçe uygulaması" hükümlerinin 20-29,

"giderlerin yapılması"nın 31-35 ve iç denetim ile ilgili hususların da 55-67 nci maddelerinde düzenlendiği, bu maddelerden sadece kamu yatırım projelerine ilişkin 25 inci madde hariç, hiçbirine düzenleyici ve denetleyici kurumların, dolayısıyla Sermaye Piyasası Kurulunun da tabi olmadığı görülmektedir. Bu durumda 5018 sayılı Kanunun bu fıkra kapsamındaki herhangi bir düzenleme için geçerli olmadığı; aslında 130 uncu maddenin birinci fıkrası da göz önüne alınarak yapılacak bir değerlendirmede Sermaye Piyasası Kurulunun 5018 sayılı Kanunun sadece Kurul bütçesinin hazırlanması ile kabulüne ile ilgili 12 nci, 15 inci, 17 nci ve 19 uncu maddelerine tabi olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda (3) numaralı başlık altında da belirtildiği üzere; Anayasa Mahkemesinin 24.01.2007 günlü ve E: 2005/95, K: 2007/5 sayılı kararında,

"Anayasanın 124 üncü maddesine göre Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak koşuluyla yönetmelik çıkarabilirler.

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.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasanın 7 nci 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, Anayasanın 7 nci maddesine aykırı düşer"

denilmiştir.

Bu nedenle temel kuralları koymadan, ölçüsünü belirlemeden ve sınırı çizmeden yürütmeye yönetmelik ile düzenleme yetkisi veren 130 uncu maddenin (6) numaralı fıkrası, Anayasanın 7 nci maddesine ve Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesine aykırı bir düzenleme olduğu için de Anayasanın 153 üncü maddesine aykırı olup iptali gerekir.

6) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 137 nci Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasındaki "grev ve" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunun iptali istenilen 137 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "Bu kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamaz" hükmü ile borsalar ve diğer teşkilatlanmış pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ve MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yasağı getirilmiştir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda borsalar ve sermaye piyasaları için grev yasağı yer almazken, Sermaye Piyasası için çıkarılan özel bir kanunda böyle bir yasağa yer verilmesinin; işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına, uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözümlemeleri, bu çözüme ulaşmak için de işçilerin gerektiğinde greve başvurma hakkının ellerinden alınması anlamını taşıdığı çok açıktır.

Uluslararası sözleşmelerde de işçilerin en etkin mücadele aracı olan grev ve lokavt hakkı Anayasanın 54 üncü maddesinde düzenlenmiş ve işçilerin "Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması hâlinde grev hakkına sahip" olduğu kabul edilmiştir. Bu maddenin ikinci fıkrasında, "grev ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz" denilerek kullanma yasakları tüketici biçimde sayılmış, dördüncü fıkrasında ise, "Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Grev uygulaması iş sözleşmesinden doğan bir edimin işçiler tarafından toplu olarak belirli bir süre için yerine getirilmemesidir. Bu eylem Anayasanın 54 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında kaldığı sürece, Anayasal güvenceden yararlanmaktadır.

6362 sayılı Kanunun 137 nci maddesinin (2) numaralı fıkrası ile bu Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve diğer teşkilatlanmış pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ve MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grevin yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller gösterilmeden söz konusu kuruluşlar, yerler ve faaliyetler

için grev yasağı getirilesi özgürlüklere yönelik bir sınırlama olduğundan iptali istenilen "grev ve" ibaresi Anayasanın 54 üncü maddesine açıkça aykırıdır.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen sosyal devlet, bireyin huzur ve gönencini gerçekleştiren ve güvenceye alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma yaşamının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, ekonomik ve mali önlemleri alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve ulusal gelirin adalete uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı önlemleri alan devlettir.

Anayasa Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarına egemen olan görüşe göre de, sosyal devletin görevi, kişinin onurlu bir yaşam sürdürmesi ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirmesi için gerekli koşulları oluşturmak, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği, yani sosyal adaleti, sosyal gönenci, sosyal güvenliği ve toplumsal dengeyi sağlamaktır.

Anayasanın 49 uncu maddesinde öngörülen "çalışma hakkı", bir temel hak ve özgürlük olarak anayasal güvenceye bağlıdır. Devlet, çalışanların yaşam düzeyini yükseltmek, çalışma yaşamını geliştirmek için çalışanları korumak, çalışmayı desteklemekle yükümlüdür. Sözü edilen maddenin gerekçesinde "Çalışmanın hak ve ödev olması, sadece ulusal planda Devletin çalışmak isteyenlere iş temin etmek için gereken tedbirleri alacağını ve çalışanların da ancak çalışmak suretiyle gelir temin edeceklerini ifade etmekle kalmaz; ferdi planda da çalışmanın bir hak ve ödev olarak telakki edilmesini gerektirir." denilmiştir.

Bu kurallar, çalışanların ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini koruma mücadelelerinin temel bir anayasal değer olarak kabul edildiğini göstermektedir. Bu mücadelenin temel araçlarından biri olan grev hakkı sınırlanırken yukarıdaki Anayasal kurallar gözetilmemiştir. Bu nedenle iptali istenilen "grev ve" ibaresi Anayasanın 2 nci ve 49 uncu maddelerine aykırıdır.

Diğer taraftan Anayasanın 13 üncü maddesinde öngörülen ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkeleri iptali istenen ibare bakımından da geçerlidir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin 15.10.2002 tarih ve E.2001/309, K.2002/91 sayılı kararında "…sınırlamaların da temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması, demokratik toplum düzeninin gerekli kıldığından fazla olmaması ve ulaşılmak istenilen amacı aşmaması, başka bir anlatımla ölçülülük ilkesiyle uyum içinde bulunması zorunludur" denilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne koşut olarak çoğu zaman ölçülülük ve demokratik toplumun gereklerine uygunluk ilkelerini bir arada kullanmakta ve meşru bir nedene dayansa bile yasal sınırlamanın "demokratik bir toplumda zorunlu bir tedbir niteliği taşımasını" aramaktadır. Bu ilkeler bizim Anayasamızda temel hak ve özgürlüklere ilişkin genel bir koruma maddesi olan 13 üncü madde içinde yer aldığına göre, AİHM'nin bu yaklaşımının, temel hak ve özgürlükleri sınırlayıcı tüm yasal düzenlemelerde gözönünde tutulması, insan hakları kavramının evrensel niteliğine de uygun düşer.

Diğer taraftan kısıtlama ile yürütülen hizmet arasında günün koşullarına ve gerçeklerine uyan ve zorunlu bir neden sonuç bağının kurulması gerekmektedir. Böyle bir bağ kurulmadan getirilen grev yasağının, temel hakkın özüne dokunulamayacağını öngören Anayasanın 13 üncü maddesine de uyarlık göstermeyeceği de açıktır.

Bakanlar Kurulu'nun 11.08.2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 10.07.2003 tarih ve 2003/5923 sayılı kararnamesi ile yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 8 inci maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde bu Sözleşme'ye taraf Devletlerin "Her ülkenin yasalarına uygun olarak kullanılmak kaydıyla, grev hakkı"nı güvence altına almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere grev hakkı, tüm çalışanları kapsayan bir hak olarak Türkiye'nin de onayladığı uluslararası bu sözleşme ile güvence altına alınmış, sadece bu hakkın kullanılmasının her ülkenin yasalarına uygun olması ve dolayısıyla "anayasanın üstünlüğü ilkesi" uyarınca devletin hukuk kuralları içinde en yüksek kural olan Anayasaya uygun olarak kullanılması öngörülmüştür. Anayasanın 54 üncü maddesinin ikinci fıkrasında ise "Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz" denilerek grev hakkının kullanılma yasakları tüketici biçimde sayılmıştır.

Hal böyle iken iptali istenilen ibare ile, borsalar ve diğer teşkilatlanmış pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ve MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grev tümüyle yasaklanmıştır. Bu nedenle İptali istenen ibare, grev hakkını güvenceye alan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile bağdaştırılması mümkün

bulunmayan bir düzenleme olduğundan Anayasanın 90 ıncı maddesine de aykırı düşmektedir.

Uluslararası hukuk açısından durum açık ve tartışmasızdır: Sermaye Piyasalarında ve finans sektöründe grev yasaklanamaz. Kesin ve toptan yasak, sendika özgürlüğünün uluslararası ilke ve kurallarıyla bağdaşmaz.

Açıklanan nedenlerle 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 137 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "grev ve" ibaresi Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 49 uncu, 54 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir.

7) a) 06.12.2012 Tarih ve 6362 Sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun 138 inci Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının İlk Paragrafı ile (a), (b) ve (c) Bentlerinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

138 inci maddesinin (6) numaralı fıkrası ile (a), (b) ve (c) bentlerinin tamamına ilişkin düzenlemenin, milli gelirin kullanılması ve dağılımında adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini karşılamadığı, "sosyal hukuk devleti" ilkesine aykırı olduğundan ve Hazineye ait kaynakların satış, bedel vb. bir karşılığa bağlamaksızın özel hukuk tüzel kişilerine "bedelsiz" olarak aktarılmasında herhangi bir kamu yararının da bulunmaması nedenleriyle Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olup iptali gerekmektedir.

b) 138 inci Maddesinin (11) Numaralı Fıkrasının "Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payı yüzde ellinin altına düşünceye kadar kendisinin ve iştiraklerinin her türlü hesap ve işlemlerinin denetimi yalnızca, Kurulun listesindeki bağımsız denetim kuruluşları arasından Hazine Müsteşarlığı tarafından seçilecek bir bağımsız denetim kuruluşunca yapılır. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eş zamanlı olarak Kurula ve Hazine Müsteşarlığına sunulur" Şeklindeki Birinci ve İkinci Cümlelerinin Anayasaya Aykırılığı

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 138 inci maddesinin (4) numaralı fıkrasında, "Bu Kanunla mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre kurulan İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının ve bu Kanunla mülga 2499 sayılı Kanunun 40/A maddesi uyarınca kurulan İstanbul Altın Borsasının tüzel kişilikleri Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescili ile son bulur" hükmü yanında, beşinci ve altıncı fıkralarında da;

"(5) Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edilmesi ile İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının ve İstanbul Altın Borsasının her türlü varlıkları, borçları ve alacakları, hakları ve yükümlülükleri, elektronik ortamdakiler de dâhil olmak üzere her türlü kayıtları ve diğer belgeleri bir bütün olarak, bu maddede yer alan istisnalar dışında, herhangi başka bir işleme gerek kalmaksızın Borsa İstanbul Anonim Şirketine devrolunmuş sayılır. Şu kadar ki, mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (2) sayılı listede belirtilen taşınmaz mal ve üzerindeki muhdesatı Kurula devredilmiştir. Mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (3) sayılı listede belirtilen taşınmazlar bedelsiz olarak tapuda resen Hazine adına tescil edilir ve Milli Eğitim Bakanlığına tahsis edilmiş sayılır. Ekli (3) sayılı listedeki taşınmazların kullanım amacı hususunda Maliye Bakanlığının uygun görüşü aranır. Mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (4) sayılı listede belirtilen taşınmazlar bedelsiz olarak tapuda resen Hazine adına tescil edilir. Ekli (4) sayılı listedeki taşınmazlar, üzerindeki yapılar ile birlikte, ilk on beş yılı bedelsiz olmak üzere yirmi dokuz yıllığına doğrudan Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kullanımına bırakılır. Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kullanımına bırakılan taşınmazların kullanım amacı, kullanım bedeli, yapım, inşaat ve tadilat esasları ile diğer hususlara ilişkin olarak Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile protokol yapmaya Hazine Müsteşarlığı yetkilidir. Bu fıkranın birinci cümlesi uyarınca yapılacak devir sonrasında, Hazine ve Kurula devredilen gayrimenkuller dışındaki varlıklar ile yükümlülükler arasındaki müspet fark, Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kuruluş sermayesini oluşturur. Bu fıkra kapsamında yapılacak işlemler veraset ve intikal vergisinden, harçtan ve düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır.

(6) Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesinde paylarının yüzde kırk dokuzu, bu pay sahipliği ile ilgili her türlü işlem Hazine Müsteşarlığınca yürütülmek üzere Hazine, yüzde elli biri ise öncelikle aşağıda belirtilen amaçlarla değerlendirilmek üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi adına kaydolunur:

a) Esas sözleşmenin tescil ve ilanını müteakip sermayenin yüzde dördü İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının mevcut üyelerine, binde üçü İstanbul Altın Borsasının mevcut üyelerine eşit ve bedelsiz olarak; yüzde birine tekabül eden kısmı ise Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine bedelsiz olarak devredilir.

b) Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edildiği tarihten itibaren bir ay içinde Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinin mevcut ortaklarının talepleri hâlinde, Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinde sahip oldukları paylar karşılığında, sahip oldukları pay oranının 0,05 ile çarpılması suretiyle bulunacak oranda Borsa İstanbul Anonim Şirketi payları verilir. Bu pay devrinde, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanunun 7 nci maddesi uygulanmaz.

c) Borsa İstanbul Anonim Şirketine ait payların bir kısmı gerektiğinde stratejik ortaklıklar kurulması karşılığında ilgili taraflara ve/veya teknoloji, teknik bilgi ve yetkinlik aktarılması karşılığında diğer borsalara ve piyasa veya sistem işleticilerine Kurulun onayı ile devredilebilir.

ç) Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde Borsa İstanbul Anonim Şirketinin elinde pay kalması hâlinde, bu paylar bedelsiz olarak Hazineye intikal eder"

hususları düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemeden de anlaşılabileceği gibi, Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kuruluş sermayesinin kaynağı İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ile İstanbul Altın Borsasının varlıklarından oluşmaktadır.

İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının Sayıştayca düzenlenen 2010 yılı Raporunun 2. sayfasında "2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 40 ıncı, 91 sayılı KHK'nin 3 üncü maddeleri çerçevesinde İMKB, kamu yararı sağlamak amacıyla, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş olup, kamu gücü ayrıcalıklarına ve tüzel kişilik özelliklerine sahip olup, 2499 sayılı Kanunun 22 nci maddesi ile 91 sayılı KHK'nin 3 üncü maddesine göre Menkul Kıymetler Borsaları SPK'nın gözetim ve denetimi altındadır" denilerek İMKB'nin kamu tüzel kişiliği ile kamu görevine işaret edilmiş; 4. sayfasında da;

"Başbakanlığın 10.05.2007 tarih ve 10671 sayılı yazısına ekli, TBMM Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonunca alınan 17.04.2007 tarihli ve 78 sayılı karar ile İMKB'nin denetlenmesi ve 1997 yılından başlamak üzere rapor düzenlenmesi

kabul edilmiş, Yüksek Denetleme Kurulu denetimi de bu karar doğrultusunda başlamıştır. 19.12.2010 tarih ve 27790 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6085 sayılı Sayıştay Kanununun geçici 4 üncü maddesinin 1 inci fıkrası ile Yüksek Denetleme Kurulu Sayıştaya devredilmiş, 5 inci fıkrasında 6085 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu tarafından başlatılan denetimlerin 72 sayılı Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine göre Sayıştay tarafından sonuçlandırılacağı belirtilmiş, 6 ncı fıkrasında 233 sayılı KHK, 3346 sayılı Kanun ve diğer kanunlarda Başbakanlık Yüksek Denetleme Kuruluna yapılmış olan atıfların Sayıştaya yapılmış sayıldığı hükme bağlanmıştır. Sonuç itibariyle Kurum, 3346 ve 6085 sayılı kanunlar uyarınca denetlenmektedir"

düzenlemelerine yer verilmiştir. Aynı şekilde Sayıştay'ın düzenlediği İstanbul Altın Borsası 2010 yılı Raporunun 7. sayfasında "2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 40 ıncı maddesi çerçevesinde İstanbul Altın Borsası, kamu yararı sağlamak amacıyla, kanunun verdiği yetkiye dayanılarak kurulmuş, kamu gücü ayrıcalıklarına ve tüzel kişilik özelliklerine sahip olup, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık tarafından yürürlüğe konulmuş bulunan Kıymetli Madenler Borsalarının Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Genel Yönetmeliğin 31 inci maddesi uyarınca Borsalar ve üyelerinin her türlü işlem, hesap, kayıt ve defterleri ile gözetim ve denetimi Sermaye Piyasası Kuruluna verilmiştir" denilmiş ve yukarıda İMKB için açıklanan denetim sürecinin İstanbul Altın Borsası bakımından da geçerli olduğu ifade edilmiştir.

Gerek sermaye yapısı, gerekse iki borsanın birleştirilerek aynı fonksiyonların tek kuruluş altında birleştirilmesi suretiyle tek elden hizmet verilmesi dışında mevcut durumda bir değişiklik olmamasına rağmen, parasal kaynağını Hazinenin sağladığı bir kamu kuruluşunun TBMM denetimi dışına çıkarılarak, bağımsız denetim kuruluşlarına denetlettirilmesinde bir kamu yararı bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle sermayesinin tamamını kamunun sağladığı bir şirketin TBMM denetimi dışına taşınması sonucunu doğuran (11) numaralı fıkranın söz konusu cümlelerinin Anayasanın 165 inci maddesine aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

c) 138 inci Maddesinin (12) Numaralı Fıkrasının "Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile bağlı ortaklıkları ve iştirakleri, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayelerinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu

kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi değildir" Şeklindeki Birinci Cümlesinin Anayasaya Aykırılığı

Anayasanın 165 inci maddesi sermayesinin yarısından fazlasını devletin sağladığı kamu kuruluşlarının TBMM tarafından denetlenmesini, sermaye ilişkisinin doğrudan ya da dolaylı surette doğmuş olduğuna bakmaksızın düzenlediğinden, (12) numaralı fıkranın birinci cümlesi Anayasanın 165 inci maddesine aykırı olup iptali gerekir.

d) 138 inci Maddesinin (13) Numaralı Fıkrasının Anayasaya Aykırılığı

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 138 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasında;

"(13) 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 657 sayılı Kanun, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5018 sayılı Kanun, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 9/11/1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile Borsa İstanbul Anonim Şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak pay sahipliği nedeniyle bunlara tabi hâle gelen bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında uygulanmaz. Bu fıkranın birinci cümlesi, bu Kanunla mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve bu Kanunla mülga 2499 sayılı Kanunun 40/A maddesi uyarınca kurulmuş olan borsalar ile bunların bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında da, hükmi

şahsiyetleri teşekkül ettiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere, hüküm ifade eder; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemler için bu fıkranın birinci cümlesinde adı geçen kanunlara ve kararnamelere tabiiyet gerekçesi veya iddiasıyla işlem tesis edilemez, edilmiş olanlar kendiliğinden işlemden kalkar."

hükmüne yer verilmiştir.

Başlangıç sermayesinin tamamı Hazinece konulan ve belirli bir zaman içerisinde belirli şartların tahakkuk etmesi ile bu sermayenin yarısından fazlasının, herhangi bir karşılık ödenmeksizin, özel hukuk tüzel kişilerine devredilen ve 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte kamu tüzel kişisi niteliği taşıyan bir şirketin dolaylı ya da doğrudan, kamu veya TBMM denetiminin öngörüldüğü bütün yasal düzenlemelerin dışına çıkarılması Anayasanın 165 inci maddesine aykırılık teşkil etmektedir.

Öte yandan bu fıkranın ikinci cümlesi, fıkra kapsamında sözü edilen kuruluşlarla ilgili olarak, Anayasanın 165 inci maddesi uyarınca TBMM KİT Komisyonu kararı ile başlatılan ve 1997 yılından bu yana sürdürülen faaliyetlerin Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu ve sonradan Sayıştay tarafından düzenlenen raporlar üzerinden genel görüşme konusu yapıldığı bütün KİT Komisyonu toplantı ve görüşmeleri ile düzenlenen raporlarda istenen, yapılmış ve yapılmakta olan bütün soruşturmaları ve bunlarla ilgili olarak idare lehine verilmiş olan yargı kararlarını (Beyoğlu İş Mahkemesi 07.04.2006 tarih ve K: 2006/186-Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 20.06.2006 tarih ve K: 2006/18123 sayılı Karar gibi, sürmekte olan diğer davaları da) geriye doğru yürümek suretiyle ortadan kaldıran, yok sayan bir hüküm ihtiva etmektedir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda, hukuk devletinde yasa koyucu, yalnız yasaların Anayasaya değil, evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle,

hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürümesi söz konusu değildir.

İlke olarak, herhangi bir kanun veya düzenleyici kural, hukuksal sonuçlarını yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için doğurmaya başlar. Bunun doğal sonucu da, yasaların yürürlüğe girmelerinden önceki olayları etkilememeleri, yani, geçmişe etkili olmamalarıdır. Hakkın özünü ortadan kaldıran bir hükmün aleyhteki kanun hükmü olduğu açıktır.

Hukuk devletinin temel özelliği, bütün vatandaşlar, hatta vatandaş olmasa bile- ülkesindeki tüm insanlara hukuki güvence sağlamasıdır.

Hukuki güvencenin ilk ve en basit şartı ise aleyhteki kanunların geriye yürümemesidir.

Anayasa Mahkemesi'nin de bu yönde verilmiş birçok kararı vardır. Nitekim Yüksek Mahkeme 'geriye yürümezlik' ilkesini incelerken 7.2.2008 tarihli ve E.2005/128, K.2008/54 sayılı kararında aynen şöyle demiştir:

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

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

Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak yasaların geriye yürütülmemesini gerekli kılar.

"Yasaların geriye yürümezliği ilkesi" uyarınca yasalar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği, kazanılmış hakların korunması, mali haklarda iyileştirme gibi kimi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren yasaların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir"

denilmiştir.

Anayasanın 153 üncü maddesinde açıkça "Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme ve yargı organlarıyla idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağladığından söz edilip kesinliği vurgulandığına göre, bu kararların gerekçesine aykırı düzenlemelere ve girişimlere geçerlik tanınamayacağı gibi, kararları etkisiz ve sonuçsuz kılacak yolların izlenmesi de hoşgörüyle karşılanamaz (Anayasa Mahkemesinin 22.03.2006 gün ve E.2006-22, 2006-40 sayılı Kararı).

Açıklanan nedenlerle 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 138 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının ikinci cümlesi Anayasanın 2 nci ve 153 üncü maddelerine aykırıdır.

Anayasanın 153 üncü ve 165 inci maddelerine aykırı bir düzenleme Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile hukuk devleti ilkesi ile de bağdaşmadığı için iptali istenen kurallar Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

138 inci maddesinin (13) numaralı fıkrasının; birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 165 inci maddelerine, ikinci cümlesinin de Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 165 inci maddelerine aykırı olduğundan iptalleri gerekir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Kanunun 110 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki "gibi" ibaresi, bireylerin hangi fiilin suç oluşturacağını öngörememesi ya da bu konuda çeşitli sürprizlerle karşılaşmasını öngören ve bireyin özgürlüğünü önemli ölçüde kısıtlayan bir düzenleme olduğundan uygulanması hâlinde sonradan giderilmesi güç durum ve zararların doğabileceği kuşkusuzdur.

Sermaye Piyasası Kurulunun yeni yasal duruma göre bir teşkilatlanmaya giderek mevcut daire başkanlıklarının sayısını artırması ve atama yapması ve bu atamaların bir iptal kararına bağlı olarak yargıya taşınması hem ilgili personel, hem de tazmin niteliğindeki ödemeler bakımından idare için giderilmesi güç durumlar ve zararlar doğabilecektir.

Sermaye Piyasası Kurulunun faaliyetlerini "denetimin bütünlüğü ilkesi" bağlamında Sayıştay tarafından denetlenmiş faaliyet raporları üzerinden gerçekleştirilmesinin sağlanmasını engeller nitelikte olan 6362 sayılı Kanunun 129 uncu ve 130 uncu maddesinin iptali istenilen fıkraları ile yapılan düzenlemelerin uygulanması hâlinde, Devletin üstlendiği önemli görevlerden olan "sermaye piyasaları"na ilişkin faaliyetlerin organizasyonu ile bu konudaki denetimi de gerçekleştirmek üzere oluşturulmuş bulunan Sermaye piyasası Kurulu'nun denetiminin tam ve sağlıklı olarak yapılamamasının sonradan giderilmesi güç durum ve zararlar doğuracağı çok açıktır.

Sermaye piyasaları ve borsalar için getirilen grev yasağının da buralarda çalışanlar için ileride giderilmesi mümkün olmayan ekonomik zararlara yol açacağı kuşkusuzdur.

Hazineye ait sermaye kaynakları, 06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 138 inci maddesinin (6) numaralı fıkrasında öngörülen kısa süreler içerisinde el değiştirerek, özel hukuk tüzel kişilerinin tasarrufuna konu olacağından idare için giderilmesi güç durumlar ve zararlar doğabilecektir.

6362 sayılı Kanunun 138 inci maddesinin (139 numaralı fıkrası ile yapılan, Sermaye Piyasası Kanununun yürürlüğe girdiği tarihte kamu tüzel kişisi niteliği taşıyan bir şirketin dolaylı ya da doğrudan, kamu veya TBMM denetiminin öngörüldüğü bütün yasal düzenlemelerin dışına çıkaran ve "Hukuk güvenliği ilkesi"ni zedeleyen bir düzenlemenin uygulanması hâlinde sonradan giderilmesi güç durumlar ve zararlar doğabileceği çok açıktır.

Öte yandan, Anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti olmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasaya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

06.12.2012 tarih ve 6362 sayılı "Sermaye Piyasası Kanunu"nun;

1) 110 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendindeki "gibi" ibaresinin Anayasanın 2 nci, 38 inci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

2) 123 üncü maddesinin (7) numaralı fıkrasındaki "... ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar ..." ibaresinin Anayasanın 7 nci maddesine aykırı olduğundan,

3) 126 ncı maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırı olduğundan,

4) 129 uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki "…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar …" ibaresi ile "… ilgili Bakana …" ibaresinin ve 130 uncu maddesinin (5) numaralı fıkrasındaki, "… her yılın haziran ayı sonuna kadar …" ibaresinin Anayasanın 87 nci ile 160 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

5) 130 uncu maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasanın 7 nci ve 153 üncü maddelerine aykırı olduğundan,

6) 137 nci maddesinin (2) numaralı fıkrasındaki "grev ve" ibaresi Anayasanın 2 nci, 13 üncü, 49 uncu, 54 üncü ve 90 ıncı maddelerine aykırı olduğundan,

7) 138 inci maddesinin;

a) (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin Anayasanın 2 nci ve 5 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b) (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasanın 165 inci maddesine aykırı olduğundan,

c) (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Anayasanın 165 inci maddesine aykırı olduğundan,

d) (13) numaralı fıkrasının;

- Birinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 165 inci maddelerine aykırı olduğundan,

- İkinci cümlesinin Anayasanın 2 nci, 11 inci, 153 üncü ve 165 inci maddelerine aykırı olduğundan,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenen Yasa Kuralları

Kanun'un iptali istenilen fıkra, bent, cümle ve ibareleri içeren maddeleri şöyledir:

*"**MADDE 110-** (1) Aşağıdaki fiiller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda 5237 sayılı Kanunun 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz:*

a) Yatırım kuruluşuna, 58 inci madde kapsamındaki fon kuruluna ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumlularına; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satmak, kullanmak, rehnetmek, gizlemek veya inkâr etmek

*b) 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 halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak*

c) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek

(2) Yatırım kuruluşu, 58 inci madde kapsamındaki fon kurulu ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumluları bünyesinde tutulan kayıtları bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak 5237 sayılı Kanunun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerinden mahkûmiyete bağlanan kanuni sonuçlar, bu suçtan mahkûm olanlar hakkında da uygulanır.

(3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi, etkin pişmanlık göstererek 21 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye;

a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz,

b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir,

c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

MADDE 123- *(1) Kurul Karar Organının, en az iki haftada bir defa olmak üzere, gerekli hâllerde gündemli olarak toplanması esastır. Kurul Başkanı tarafından belirlenen toplantı gündeminde yer alan öneri yazıları ve ekleri toplantı tarihinden üç gün önce üyelere ulaştırılır, toplantıya katılan üyelerin çoğunluğunun kabulü şartıyla toplantı gündeminde yer almayan hususlar da Kurul toplantısında görüşülebilir. Böyle bir durumda verilen karar bir tutanak ile tespit edilir. Kurul toplantıları Kurul merkez ve temsilcilikleri ile Kurul tarafından kararlaştırılmak üzere yurt içinde başka merkezlerde de yapılabilir. Geçerli mazareti olmayan tüm üyelerin katılımı ile gündemsiz toplantı yapılması, Kurul toplantılarına mesafeli katılım ve toplantılara ilişkin sair hususlar Kurul*

tarafından çıkarılacak bir iç yönetmelik ile belirlenir. Kurul Karar Organı, üyelerin talebi hâlinde Kurul merkezi dışında Kurul temsilciliklerini de ilgili üyenin daimi çalışma yeri olarak belirleyebilir.

(2) Görev, izin ve hastalık gibi geçerli mazereti olmaksızın bir takvim yılında toplam beş toplantıya katılmayan Kurul üyesi üyelikten çekilmiş sayılır. Bu durum, Kurul kararı ile tespit edilir ve ilgili Bakana bildirilir.

(3) Kurul Karar Organı, en az beş üye ile toplanır ve en az dört üyenin aynı yöndeki oyuyla karar alır. Üyeler çekimser oy kullanamaz. Oyların eşitliği hâlinde Başkanın, Başkanın yokluğunda İkinci Başkanın oyu doğrultusunda karar alınmış sayılır.

(4) Kurul Başkan ve üyeleri kendisi, eşi, evlatlıkları ve üçüncü derece dâhil kan ve ikinci derece dâhil kayın hısımlarıyla ilgili konularda müzakere ve oylamaya katılamazlar. Bu durum karar metninde ayrıca belirtilir.

(5) Kurul Karar Organının toplantılarının gizliliği esastır. İhtiyaç duyulması hâlinde görüşlerinden yararlanılmak üzere Kurul personeli ve Kurul Karar Organı tarafından toplantıya katılmasında fayda görülen Kurul dışından kişiler Kurul Karar Organı toplantısına davet edilebilir. Ancak, Kurul kararları toplantıya dışarıdan katılanların yanında alınamaz.

(6) Bu Kanunda öngörülen hükümler saklı kalmak üzere, Kurul Karar Organı, yayımlanması ülke ekonomisi ve kamu düzeni açısından sakıncalı görülenler dışındaki kararlarını internet ortamı başta olmak üzere uygun vasıtalarla kamuoyuna duyurur.

(7) Kurul üyeleri ile Kurul personelinin uyacakları mesleki ve etik ilkeler ***ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar*** *Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.*

MADDE 126- *(1) Kurulun hizmet birimleri, daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış on iki hizmet biriminden oluşur.* ***Kurul Karar Organının teklifi ve ilgili Bakanın onayı ile bu sayının yarısını geçmemek kaydıyla yeni daire başkanlıkları oluşturulabilir, sayısı on ikinin altına düşmemek kaydıyla mevcut daire başkanlıkları kapatılabilir, birleştirilebilir veya görev ve yetkilerinin bir kısmı yeni kurulacak daire başkanlıklarına***

verilebilir. Hizmet birimleri, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilere uygun olarak Kurul Karar Organının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.

(2) Yurt içinde gerekli görülen yerlerde Kurul Karar Organının kararıyla, sermaye piyasaları açısından yoğun ilişki içinde bulunulan ülkelerde ise Bakanlar Kurulu kararıyla temsilcilik açılabilir. Yurt dışı temsilciliklerin açılacağı yerler ve süresi ile temsilciliklerin çalışma usul ve esasları, bu temsilciliklerde görev yapacak personelin niteliği, sayısı, görev süresi ve bunlara ödenecek ücretlerin belirlenmesi, personele yapılacak ödemeler dışında kalan diğer harcamaların neler olacağı ve harcamaya ilişkin usul ve esaslar Bakanlar Kurulunca belirlenir.

(3) Kurul Karar Organı 128 inci maddenin birinci fıkrasının (ı) bendinde düzenlenen bilimsel araştırmaların yapılmasını sağlamak üzere Araştırma Merkezi Müdürlüğü kurabilir.

MADDE 129- *(1) Yıllık faaliyet raporu,* ***raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar*** *Kurulun internet sitesinde yayınlanır ve* ***ilgili Bakana*** *gönderilir. Kurul, faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Türkiye Büyük Millet Meclisi Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi verir.*

(2) Kurul, ilgili Bakanlığın gerekli gördüğü hâllerde Bakanlar Kuruluna bilgi verir.

(3) Kurul tarafından yapılan düzenlemeler, değişiklikleri de içerecek şekilde sürekli olarak güncellenmek suretiyle Kurulun internet sayfasında yayınlanır.

(4) Kurulca hazırlanacak süreli raporların biçim ve içerikleri ile usul ve esasları Kurulca belirlenir.

MADDE 130- *(1) Kurulun gelirlerinin giderlerini karşılaması esastır. Kurul bütçesi, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununun ilgili hükümlerinde belirlenen usul ve esaslara göre hazırlanır ve kabul edilir.*

(2) Kurulun gelirlerinin giderlerini karşılamaması durumunda açık, genel bütçeden yapılacak Hazine yardımlarından karşılanır.

(3) İhraççılar veya halka arz edenler, Kurul bütçesine gelir kaydedilmek üzere, satışı yapılacak sermaye piyasası araçlarının varsa nominal değerinden aşağı olmamak üzere ihraç değerinin binde üçü tutarında ücret yatırmak zorundadır. Yatırım fonlarının ve değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının üçer aylık dönemlerin son iş gününde, net varlık değerlerinin yüz binde beşi tutarındaki ücret, izleyen on iş günü içinde Kurul hesabına yatırılır. Bu fıkrada belirtilen oranları aşmamak kaydıyla, sermaye piyasası aracının niteliği, vadesi veya ihraççısı dikkate alınmak suretiyle Kurul Karar Organı tarafından farklı oranlar belirlenebilir. Bakanlar Kurulu alınacak ücretleri kanuni oranlarının iki katını aşmamak üzere artırmaya veya kanuni oranlarına indirmeye yetkilidir.

(4) Kurul tarafından düzenlenen ve denetlenen borsaların ve diğer teşkilatlanmış piyasaların, merkezî takas kurumlarının, merkezî saklama kurumlarının ve MKK'nın faiz gelirleri hariç tüm gelirlerinin azami yüzde onu Kurul bütçesine Kurul tarafından gelir olarak kaydedilebilir. Ancak, bu maddeye göre yapılacak ödemelerin zamanı ve tutarları, gelirin elde edildiği yılı izleyen takvim yılında Kurulun nakit durumu dikkate alınarak Kurul tarafından en az otuz gün öncesinden ilgili kurumlara bildirilir. Bir takvim yılı içinde talep edilmeyen tutarlar izleyen yıllarda ödenecek tutara eklenir ve Kurul tarafından aynı usul ile talep edilebilir. Bu gelirlerin hangi kurumdan ne oranda tahsil edileceği her takvim yılı için Kurul tarafından belirlenir.

(5) Kurul, faaliyetlerine ilişkin olarak ***her yılın haziran ayı sonuna kadar*** *bir önceki yıla ait kararları, yaptığı ikincil düzenlemeler ile bunların ekonomik ve sosyal etkilerini analiz eden bir faaliyet raporu hazırlar. Faaliyet raporu, ayrıca Kurulun performans hedefleri ile uygulama sonuçlarının karşılaştırılmasını ve değerlendirilmesini de içerir.*

(6) Kurulun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esasları, 5018 sayılı Kanunun Kurulun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

MADDE 137- *(1) 47 nci madde, Bakanlar Kurulu kararı ile MKK nezdinde kayden izlenmeyen tüm veya bazı sermaye piyasası araçlarını konu alan teminat sözleşmelerine de uygulanabilir.*

(2) Bu Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde ***grev ve*** *lokavt yapılamaz.*

(3) Halka açık ortaklıkların borsada gerçekleştirilen işlemler neticesinde satın alınan paylarının pay defterine kaydedilmesinden imtina edilemez. Bu ortaklıkların borsada işlem görmeyen payları için ise 6102 sayılı Kanunun 493 üncü ve 494 üncü maddeleri uygulanır.

MADDE 138- *(1) Bu Kanun hükümlerine tabi olarak ve 67 nci maddede belirtilen borsacılık faaliyetlerinde bulunmak üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi unvanıyla bir anonim şirket kurulmuştur. Söz konusu Şirket, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın ticaret siciline resen tescil olunur. Borsa İstanbul Anonim Şirketi, bu maddenin ikinci fıkrası kapsamında hazırlanacak esas sözleşmesinin ticaret siciline tescil edilmesiyle bu Kanunun 65 inci maddesinde yer alan borsaların ve piyasa işleticilerinin kuruluşuna ve faaliyetine ilişkin izni almış sayılır.*

(2) Borsa İstanbul Anonim Şirketinin faaliyet konusu ve amacı, sermaye miktarı, payları, payların devir esasları, 6102 sayılı Kanunun 478 inci maddesinin dördüncü fıkrasına tabi olmaksızın paylara tanınacak imtiyazlar, tasfiye, devir, birleşme, fesih, halka arz sınırlamaları, organları, komiteleri, bunların oluşumu, görev yetki ve sorumlulukları ile çalışma usul ve esasları, hesapları ve kârlarının dağıtımı ile teşkilatına ilişkin esaslar ile sair hususların yer aldığı esas sözleşmesi Kurul tarafından hazırlanarak ilgili Bakanın onayını müteakip bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç altı ay içinde genel hükümlerle bağlı olmaksızın doğrudan tescil ve ilan edilir. Bu süre ilgili Bakanın kararıyla en çok üç aya kadar uzatılabilir. Esas sözleşme tescil ve ilan edilinceye kadar Menkul Kıymetler Borsalarının kuruluş ve organlarına ilişkin mevcut düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanmaya devam olunur.

(3) Bu madde uyarınca Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kuruluşu ve tescili ile esas sözleşmesinin hazırlanması, tescili ve ilanı kapsamında yapılacak işlemler harçtan, düzenleyeceği kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır. Ticaret siciline tescil işlemlerinden ücret alınmaz.

(4) Bu Kanunla mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye göre kurulan İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının ve bu Kanunla mülga 2499

sayılı Kanunun 40/A maddesi uyarınca kurulan İstanbul Altın Borsasının tüzel kişilikleri Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescili ile son bulur.

(5) Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edilmesi ile İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının ve İstanbul Altın Borsasının her türlü varlıkları, borçları ve alacakları, hakları ve yükümlülükleri, elektronik ortamdakiler de dâhil olmak üzere her türlü kayıtları ve diğer belgeleri bir bütün olarak, bu maddede yer alan istisnalar dışında, herhangi başka bir işleme gerek kalmaksızın Borsa İstanbul Anonim Şirketine devrolunmuş sayılır. Şu kadar ki, mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (2) sayılı listede belirtilen taşınmaz mal ve üzerindeki muhdesatı Kurula devredilmiştir. Mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (3) sayılı listede belirtilen taşınmazlar bedelsiz olarak tapuda resen Hazine adına tescil edilir ve Milli Eğitim Bakanlığına tahsis edilmiş sayılır. Ekli (3) sayılı listedeki taşınmazların kullanım amacı hususunda Maliye Bakanlığının uygun görüşü aranır. Mülkiyeti İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ait ekli (4) sayılı listede belirtilen taşınmazlar bedelsiz olarak tapuda resen Hazine adına tescil edilir. Ekli (4) sayılı listedeki taşınmazlar, üzerindeki yapılar ile birlikte, ilk on beş yılı bedelsiz olmak üzere yirmi dokuz yıllığına doğrudan Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kullanımına bırakılır. Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kullanımına bırakılan taşınmazların kullanım amacı, kullanım bedeli, yapım, inşaat ve tadilat esasları ile diğer hususlara ilişkin olarak Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile protokol yapmaya Hazine Müsteşarlığı yetkilidir. Bu fıkranın birinci cümlesi uyarınca yapılacak devir sonrasında, Hazine ve Kurula devredilen gayrimenkuller dışındaki varlıklar ile yükümlülükler arasındaki müspet fark, Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kuruluş sermayesini oluşturur. Bu fıkra kapsamında yapılacak işlemler veraset ve intikal vergisinden, harçtan ve düzenlenecek kâğıtlar damga vergisinden müstesnadır.

(6) Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesinde paylarının yüzde kırk dokuzu, bu pay sahipliği ile ilgili her türlü işlem Hazine Müsteşarlığınca yürütülmek üzere Hazine, yüzde elli biri ise öncelikle aşağıda belirtilen amaçlarla değerlendirilmek üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi adına kaydolunur:

a) Esas sözleşmenin tescil ve ilanını müteakip sermayenin yüzde dördü İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının mevcut üyelerine, binde üçü İstanbul Altın Borsasının mevcut üyelerine eşit ve bedelsiz olarak; yüzde

birine tekabül eden kısmı ise Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine bedelsiz olarak devredilir.

b) Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edildiği tarihten itibaren bir ay içinde Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinin mevcut ortaklarının talepleri hâlinde, Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinde sahip oldukları paylar karşılığında, sahip oldukları pay oranının 0,05 ile çarpılması suretiyle bulunacak oranda Borsa İstanbul Anonim Şirketi payları verilir. Bu pay devrinde, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanunun 7 nci maddesi uygulanmaz.

c) Borsa İstanbul Anonim Şirketine ait payların bir kısmı gerektiğinde stratejik ortaklıklar kurulması karşılığında ilgili taraflara ve/veya teknoloji, teknik bilgi ve yetkinlik aktarılması karşılığında diğer borsalara ve piyasa veya sistem işleticilerine Kurulun onayı ile devredilebilir.

ç) Bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç yıl içinde Borsa İstanbul Anonim Şirketinin elinde pay kalması hâlinde, bu paylar bedelsiz olarak Hazineye intikal eder.

(7) Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kamuya ait paylarının bu Kanun çerçevesinde halka arzı veya sair yöntemlerle satışı, Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın önerisi üzerine Bakanlar Kurulunca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde gerçekleştirilir.

(8) Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesi uyarınca yönetim kurulu başkanı ve üyeleri seçilinceye kadar İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının mevcut başkanı Borsa İstanbul Anonim Şirketi yönetim kurulu başkanı olarak; İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının yönetim kurulu üyeleri de Borsa İstanbul Anonim Şirketi yönetim kurulu üyeleri olarak görev yaparlar. Borsa İstanbul Anonim Şirketi yönetim kurulu başkanı en yüksek icra amiri sıfatıyla şirketi sevke, idareye ve tek başına temsile ve ilzama yetkilidir. Borsa İstanbul Anonim Şirketinin yönetim kurulu başkanlığına ve üyeliklerine seçim yapılıncaya kadar yönetim kurulu başkanlığının ya da üyeliklerinin herhangi bir nedenle boşalması hâlinde Hazine Müsteşarlığı tarafından yerlerine görevlendirme yapılır. İstanbul Altın Borsası Başkanı ve yönetim kurulu üyelerinin görevleri Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edildiği tarih itibarıyla son bulur.

(9) a) İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ve İstanbul Altın Borsasına ilişkin mevcut düzenlemelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri, bu Kanun uyarınca yapılacak düzenlemeler yürürlüğe girene kadar uygulanmaya devam olunur.

b) Mevzuatta İstanbul Menkul Kıymetler Borsasına ve İstanbul Altın Borsasına yapılan atıflar ilgisine göre Borsa İstanbul Anonim Şirketine yapılmış sayılır.

(10) İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ile İstanbul Altın Borsasının tüzel kişiliklerinin sona ermesiyle yürütülmekte olan borsacılık faaliyetleri ile devam eden diğer tüm iş, işlem ve faaliyetleri Borsa İstanbul Anonim Şirketi tarafından yürütülür. Bu borsalar leh ve aleyhine açılmış ve açılacak davalarda ve icra takiplerinde Borsa İstanbul Anonim Şirketi kendiliğinden taraf sıfatını kazanır.

(11) Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payı yüzde ellinin altına düşünceye kadar kendisinin ve iştiraklerinin her türlü hesap ve işlemlerinin denetimi yalnızca, Kurulun listesindeki bağımsız denetim kuruluşları arasından Hazine Müsteşarlığı tarafından seçilecek bir bağımsız denetim kuruluşunca yapılır. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eş zamanlı olarak Kurula ve Hazine Müsteşarlığına sunulur. *Bu Kanunun 72 nci maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları Borsa İstanbul Anonim Şirketi hakkında da uygulanır.*

(12) Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile bağlı ortaklıkları ve iştirakleri, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi değildir. *Hazine Müsteşarlığı ve 4749 sayılı Kanun uyarınca kurulan varlık kiralama şirketleri, ihraç etmiş oldukları menkul kıymetlere ilişkin, ihraççıların tabi olduğu Borsa İstanbul Anonim Şirketine ödenmesi gereken kayıt ücreti ve kotasyon ücretinden muaftır.*

(13) 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 22/1/1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 657 sayılı Kanun, 4/7/2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali

ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 10/2/1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 3/12/2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 2/4/1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4/1/2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5/1/2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 8/9/1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5018 sayılı Kanun, 5/1/1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 9/11/1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 24/11/1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 18/5/1994 tarihli ve 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 7/12/1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümler Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile Borsa İstanbul Anonim Şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak pay sahipliği nedeniyle bunlara tabi hâle gelen bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında uygulanmaz. Bu fıkranın birinci cümlesi, bu Kanunla mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve bu Kanunla mülga 2499 sayılı Kanunun 40/A maddesi uyarınca kurulmuş olan borsalar ile bunların bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında da, hükmi şahsiyetleri teşekkül ettiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere, hüküm ifade eder; bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemler için bu fıkranın birinci cümlesinde adı geçen kanunlara ve kararnamelere tabiiyet gerekçesi veya iddiasıyla işlem tesis edilemez, edilmiş olanlar kendiliğinden işlemden kalkar.

(14) Bu maddenin uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek tereddütleri gidermeye ilgili Bakan yetkilidir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 38., 49., 54., 87., 90., 153., 160. ve 165. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 123. maddesi ise ilgili görülmüştür.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 28.2.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kanun'un 110. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan *"…gibi…"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 110. maddesinin iptali istenilen ibarenin de bulunduğu birinci fıkrasında güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlinin gösterildiği, yapılan bu düzenlemede suç teşkil eden fiilin tanımı yapılırken, *"..gibi.."* örtülü işlemlerde bulunmanın da suç kapsamına alındığı, kişilerin yasaklanmış olan fiilleri önceden bilmeleri ve kendi hareketlerini buna göre ayarlamalarına imkân tanınması düşüncesine dayanan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesiyle ceza sorumluluğunun bireylerin bilinçli tercihlerine bağlandığı ve birey özgürlüğünün güvence altına alınmasının amaçlandığı, iptali istenilen *"..gibi…"* ibaresi ile bireylerin hangi örtülü işleminin güveni kötüye kullanma suçunu oluşturacağını öngörmelerinin mümkün olmadığı belirtilerek iptali istenilen ibarenin, Anayasa'nın 2., 38. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlleri gösterilmiş ve bu durumda 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 155. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre

hükmolunacak cezanın üç yıldan az olamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu (1) numaralı fıkranın iptali istenilen ibarenin bulunduğu (b) bendinde de, 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 halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak, güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâli olarak öngörülmüştür. Kuralda belirtilen güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâli, örtülü kazanç aktarma suçudur.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, *"Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *"suçun kanuniliği"*, üçüncü fıkrasında da *"ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek, *"cezanın kanuniliği"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak 5237 sayılı Kanun'un 2. maddesinde yer alan *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Bu ilke, aynı zamanda temel hak ve özgürlükleri en

geniş biçimiyle gerçekleştirip güvence altına almakla yükümlü olan hukuk devletinin esas aldığı değerlerden olup, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunmaktadır.

Ceza yaptırımına bağlanan fiilin, kanunun "*açıkça*" suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara dair düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılması yeterli değildir. Bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi eyleme hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir.

Genel olarak ifade edilecek olursa *"örtülü kazanç aktarımı yasağı"*, mevzuat hükümlerine uygun olarak borsada işlem gören şirketlerin basiretli ve dürüst bir tacir gibi faaliyette bulunmalarını ve şirket menfaatlerini hiçe sayarak ilişkili olduğu özel/tüzel kişilere kazanç aktarımı yapmamalarını gerektirmektedir. Kanun'un 21. maddesinde örtülü kazanç aktarma yasağı, örtülü kazanç aktarımı sayılabilecek hâller ve bunların tespit edilmesi hâlinde yapılması gereken hususlar düzenlenmiştir. Bununla birlikte örtülü kazanç aktarımı sayılabilecek hâller belirlenirken, söz konusu maddede de "*…gibi…*" ibaresi kullanılarak örtülü kazanç aktarımı sayılabilecek durumlar açık ve net bir şekilde belirlenmemiştir.

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda, halka açık anonim ortaklığın ihraç ettiği hisse senedini satın alan yatırımcıların korunması ve bir takım örtülü işlemlerle kazanç ilişkisi içinde olunan bir başka ortaklık veya şahsa aktarılmasının önüne geçilmesi ve piyasanın güvenilirliğinin korunması amacıyla örtülü kazanç aktarma suçunun gerçekleşmesi hâlinde

yaptırım öngörülmesi, kanun koyucunun sahip olduğu takdir yetkisinin kapsamındadır.

Ancak kuralda, örtülü işlemlerin kapsamı belirlenirken *"…gibi…"* ibaresi kullanılmak suretiyle, hangi eylemlerin gerçekleşmesi hâlinde örtülü kazanç aktarımı suçunun oluşacağı yani hangi eylemlerin yasaklandığı gösterilmemekte, böylece ceza yaptırımı uygulanmasını sağlayacak eylemler belirsiz kılınmaktadır. Kaldı ki, iptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda yer alan *"emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunma"* fiili, somutlaştırmaya elverişli de değildir. Bu nedenle, söz konusu ibare, belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun kanuniliği ilkesine de uygun değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen ibare Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 153. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 123. Maddesinin (7) Numaralı Fıkrasında Yer Alan *"…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kanun'un 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, Kurul üyeleri dâhil personelin uyacakları mesleki ve etik ilkeleri düzenlemek üzere yönetmelik çıkarılacağının öngörüldüğü, ancak Kanun'un aynı maddesinde Kurul üyelerinin çalışma usul ve esaslarının sayılmasına rağmen kendi çalışma usul ve esaslarına ilişkin *"diğer hususlar"* adı altında Kanun'da açıkça sayılmamış bazı hususları da kendi kararı ile çıkarılacak yönetmelik kapsamında belirleyeceğine dair bir tür yetki alındığı, iptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralla verilen yetkinin, çerçevesi çizilmiş, esasları belirlenmiş, objektif bir düzenleme yetkisi olmayıp, yasama yetkisinin devri niteliğinde olduğu belirtilerek iptali istenilen ibarenin, Anayasa'nın 7. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 123. maddesinin iptali istenilen ibarenin de yer aldığı (7) numaralı fıkrasında, Sermaye Piyasası Kurulu (Kurul) üyeleri ile Kurul personelinin uyacakları mesleki ve etik ilkeler ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususların Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez*." denilmektedir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesinden ne anlaşılması gerektiği hususu açıklanmıştır. Buna göre, kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen konudan yalnız kavram, ad ve kurum olarak söz edilmesi değil, bunların kanun metninde kurallaştırılmasıdır. Kurallaştırma ise düzenlenen alanda temel ilkelerin konulmasını ve çerçevenin çizilmiş olmasını ifade eder. Ancak bu koşulla uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi yürütme organının takdirine bırakılabilir.

Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir kanun hükmünün Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Kanun'un 117. ve 135. maddeleri arasında Kurula ilişkin esaslar öngörülmüş bulunmaktadır. Kanun'un 118. maddesinde, Kurul Karar Organı düzenlenmiş, görev ve yetkileri ise 122. maddesinde açıklanmıştır. Kurul Karar Organının çalışma esaslarına ise Kanun'un 123. maddesinde yer verilmiştir. İptali istenen ibarede Kurul tarafından yönetmelikle belirlenmesi öngörülen hususların Kanun'un 123. ve diğer maddeleri göz önüne alınarak yapılacağı şüphesizdir. Bu bağlamda, iptali istenen ibarenin bulunduğu kuralda yönetmelik ile belirlenecek olan hususlar mutlaka kanun ile düzenlenmesi gerekmeyen, teknik konulara ilişkin kurallardır. Bu nedenle, Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususların çerçevesi Kanun'un 123. ve diğer maddelerinde ayrıntılı olarak belirtildikten sonra, teknik ve uygulamayı esas alan detayların belirlenmesi konusunda Kurula yetki verilmesi yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen ibare Anayasa'nın 7. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

C- Kanun'un 126. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının İkinci ve Üçüncü Cümlelerinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, özel kanunlarla kurulan kamu kurum ve kuruluşlarında teşkilatlanmaya ilişkin esaslar, hizmet özelliklerine göre kurulacak birimler, görev, yetki ve sorumlulukların kuruluş kanununda açık ve kesin biçimde belirlenmesi gerektiği, Kurulun Kanunla kendisine verilmiş görevleri yerine getirmek üzere, daire başkanlığı sayısı dışında, yapacağı teşkilatlanmanın esaslarının belirlenmediği, mevcut daire başkanlığı sayısının yarısı olan altı daire başkanlığının daha ihdas edilebileceği, ancak ihtiyacın ne zaman ortaya çıkacağının belli olmadığı, mevcut daire başkanlıklarının yanı sıra kurulacak olanların da faaliyet alanları ile görev ve yetkilerinin neye göre belirleneceğinin açıkça ifade edilmediği belirtilerek iptali istenilen kuralların, Anayasa'nın 7. ve 8. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle dava konusu kurallar Anayasa'nın 123. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 126. maddesinin iptali istenilen kuralların da bulunduğu (1) numaralı fıkrasında, Kurulun hizmet birimlerinin, daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış on iki hizmet biriminden oluştuğu, Kurul Karar Organının teklifi ve ilgili Bakanın onayı ile bu sayının yarısını geçmemek kaydıyla yeni daire başkanlıklarının oluşturulabileceği, sayısı on ikinin altına düşmemek kaydıyla mevcut daire başkanlıklarının kapatılabileceği, birleştirilebileceği veya görev ve yetkilerinin bir kısmının yeni kurulacak daire başkanlıklarına verilebileceği, hizmet birimlerinin, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilere uygun olarak Kurul Karar Organının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 7. maddesinde yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinin olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği belirtilmektedir. Anayasa'nın 8. maddesinde de, "*Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir.*" denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise "*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*" hükmü yer almaktadır. Bu maddede yer alan düzenleme, idarenin kanuniliği ilkesine vücut vermektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin hiçbir duraksamaya yer vermeyecek şekilde, açık bir biçimde kanunla düzenlenmesini gerekli kılar.

Sermaye Piyasası Kurulunun da içinde yer aldığı düzenleyici ve denetleyici kurumlar, kanunla kurulmuş olan kamu tüzel kişileridir. Bunlar, Anayasa'nın 123. maddesinde ifade edildiği üzere, idarenin bütünlüğü içinde yer alırlar ve kanunla düzenlenmeleri gerekir.

Temel amacı, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi olan Kurul da, Kanunla kurulmuş, idarenin bütünlüğü içinde yer alan, kamu tüzel kişiliğine sahip, görev alanına ilişkin sektörde kamu hukuku ilke ve düzenlemelerine bağlı olarak, kamu yararı amacıyla düzenleyici işlemler yapan, genel idare esaslarına göre faaliyet gösteren, gördüğü hizmet sürekli ve asli nitelik taşıyan bir kuruluştur.

Kanun'un 126. maddesinin iptali istenilen kuralların bulunduğu (1) numaralı fıkrasında, hizmet birimlerinin daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanacağı, hizmet birimlerinin sayısı, hangi biçimde ve hangi sayıda yeni daire başkanlıklarının oluşturulabileceği, kapatılabileceği, birleştirilebileceği veya görev ve yetkilerinin bir kısmının yeni kurulacak daire başkanlıklarına verilebileceği belirtilmiş ve Kanun'un ekinde verilen kadro listesinde de buna ilişkin düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, kanunla düzenlenmiş olma koşulu yerine getirilmiştir. Ayrıca hizmet birimlerinin, Kurulun Kanun'da belirtilen faaliyet alanı ile görev ve yetkilerine uygun olarak düzenleneceği de açıktır. Bu nedenle, Kanun'un 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istenilen ikinci cümlesinde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Kanun'un 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının iptali istenilen üçüncü cümlesinde ise hizmet birimlerinin Kurul Karar Organının teklifi ve Bakanlar Kurulunun kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği öngörülürken, söz konusu yönetmeliğin Kurulun Kanun'da

belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilerine uygun olarak yürürlüğe konulması gerektiği belirtilmiştir. Kanun'da, belirtilen faaliyet alanı ile görev ve yetkiler ise ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Hizmet birimlerinin belirlenmesinde bu hususların göz önüne alınacağı ise şüphesizdir. Bu nedenle, Kanun'da belirtilen genel çerçeve ve esaslar doğrultusunda, teknik ve uygulamayı esas alan detayların belirlenmesi konusunda idareye yetki verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kurallar Anayasa'nın 7., 8. ve 123. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

D- Kanun'un 129. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasında Yer Alan *"… raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ve *"…ilgili Bakana…"* İbaresi ile 130. Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasında Yer Alan *"…her yılın haziran ayı sonuna kadar…"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kurulun şeffaflık ve hesap verebilirliğinin sağlanabilmesi için performans programı ve faaliyet raporları hazırlaması öngörülmesine rağmen, hesap verme yükümlülüğünün Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) değil, yürütme organına karşıymış gibi söz konusu faaliyet raporunu yasama organı yerine ilgili Bakanlığa sunmasının öngörüldüğü, faaliyet raporunun internet sitesinde yayınlanması öngörülmekle birlikte Kurulun, faaliyetleriyle ilgili olarak en az bir defa Plan ve Bütçe Komisyonuna vereceği bilgiler kapsamında Sayıştay tarafından denetlenmiş faaliyet raporları üzerinden denetlenmesinin önüne geçilmesi için faaliyet raporunun, diğer kurumlarda olduğu üzere Nisan ayı yerine, Haziran ayı sonunda düzenlenmesinin belirtildiği, Kurulun, merkezi yönetim bütçesi kapsamında olduğu ve Anayasa'nın 160. maddesine ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu'nun 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendine göre Sayıştay denetimine tabi olduğu, Kurulun hesap verme yükümlülüğünün gereği olarak performans programı ile *"Faaliyet Raporu"* düzenlemesi öngörülüyor ise de faaliyet raporunun ilgili Bakanlığa sunulmak üzere değil, TBMM'ye karşı olan hesap verme yükümlülüğünün gereği olarak Sayıştaya sunulmak üzere Nisan ayı sonuna kadar düzenlenmesi ve Kurulun faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa Plan ve Bütçe Komisyonuna vereceği bilgilerin *"bütçe hakkı"* kapsamındaki denetiminin, *"denetimin bütünlüğü*

ilkesi" bağlamında Sayıştay tarafından denetlenmiş faaliyet raporları üzerinden gerçekleştirilmesinin sağlanması gerektiği belirtilerek iptali istenilen ibarelerin, Anayasa'nın 87. ve 160. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 129. maddesinin iptali istenilen ibarelerin yer aldığı (1) numaralı fıkrasında, yıllık faaliyet raporunun, raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın Haziran ayı sonuna kadar Kurulun internet sitesinde yayınlanacağı ve ilgili Bakana gönderileceği, Kurulun faaliyetleriyle ilgili olarak yılda en az bir defa TBMM Plan ve Bütçe Komisyonuna bilgi vereceği belirtilmiştir. Kanun'un 130. maddesinin iptali istenilen ibarenin yer aldığı (5) numaralı fıkrasında ise Kurulun, faaliyetlerine ilişkin olarak her yılın Haziran ayı sonuna kadar bir önceki yıla ait kararları, yaptığı ikincil düzenlemeler ile bunların ekonomik ve sosyal etkilerini analiz eden bir faaliyet raporu hazırlayacağı, faaliyet raporunun ayrıca Kurulun performans hedefleri ile uygulama sonuçlarının karşılaştırılmasını ve değerlendirilmesini de içereceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 87. maddesinde, *"Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak; Bakanlar Kurulunu ve bakanları denetlemek; Bakanlar Kuruluna belli konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi vermek; bütçe ve kesin hesap kanun tasarılarını görüşmek ve kabul etmek; para basılmasına ve savaş ilânına karar vermek; milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile genel ve özel af ilânına karar vermek ve Anayasanın diğer maddelerinde öngörülen yetkileri kullanmak ve görevleri yerine getirmektir."* denilerek, TBMM'nin görev ve yetkileri açıkça belirtilmiştir.

Anayasa'nın 160. maddesinde de, merkezi yönetim bütçesi kapsamındaki kamu idareleri ile sosyal güvenlik kurumlarının bütün gelir ve giderleri ile mallarını TBMM adına denetlemek ve sorumluların hesap ve işlemlerini kesin hükme bağlamak görevi Sayıştaya verilmiştir.

Yasama organının, halk adına kamu gelirlerini toplama ve yine halk adına bu gelirleri harcama konusunda yürütme organına sınırları belirleyerek yetki vermesi ve sonuçlarını denetlemesine bütçe hakkı denilmektedir. *"Bütçe hakkı"*, vergi ve benzeri gelirlerle kamu harcamalarının

çeşit ve miktarını belirleme ve onaylama hakkıdır. Bu hak, demokratik parlamenter yönetim sistemini benimsemiş olan ülkelerde, halk tarafından seçilen temsilcilerden oluşan ve en yetkili organ olan yasama organına ait bulunmaktadır. Bütçe, hükümetin Meclis'e karşı temel sorumluluk mekanizmasıdır. Meclis, bütçe ile hükümete gelir toplama ve gider yapma yetkisi vermekte, bu yetkinin uygun kullanılmasını da bütçe sürecinin bir parçası olan kesin hesap faaliyeti ile denetlemektedir. Parlamenter sistemin özü ve demokratik hukuk devleti ilkesi, halkın kamu yönetimi üzerindeki denetimini temsilcileri vasıtasıyla gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın 87., 160., 162. ve 164. maddelerine göre bütçe hakkı TBMM'nindir.

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 2. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun'un, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri, sosyal güvenlik kurumları ve mahallî idarelerden oluşan genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin malî yönetim ve kontrolünü kapsadığı, 3. maddesinin (b) bendinde, merkezî yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin, 5018 sayılı Kanun'a ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idarelerini, aynı maddenin (c) bendinde ise düzenleyici ve denetleyici kurumların, 5018 sayılı Kanun'a ekli (III) sayılı cetvelde yer alan kurumları ifade ettiği belirtilmiştir. Söz konusu Kanun'a ekli (III) sayılı cetvelin üçüncü sırasında ise Sermaye Piyasası Kuruluna yer verilmiştir. 5018 sayılı Kanun'a göre merkezi yönetim kapsamındaki kamu idarelerinden ve düzenleyici ve denetleyici kurumlardan olan Kurul, Anayasa'nın 160. maddesinin birinci fıkrası ile 6085 sayılı Kanun'un 4. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca da Sayıştay denetimi kapsamındadır.

Düzenleyici ve denetleyici kurumlar ve bu kapsamda Kurul, 5018 sayılı Kanun'un 2. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, bu Kanun'un sadece 3., 7., 8., 12., 15., 17., 18., 19., 25., 42., 43., 44., 47., 48., 49., 50., 51., 52., 53., 54., 68. ve 76., 78. maddelerine tâbi kılınmıştır. Kanun'un faaliyet raporuna ilişkin 9. ve 41. maddeleri ise Kurulun tâbi olduğu hükümler arasında değildir. Dolayısıyla Kurulun faaliyet raporu düzenleme zorunluluğu bulunmamaktadır.

Kurul, Sayıştay denetimi kapsamındadır. Ancak, bu denetim kesin hesap kanunu ve genel uygunluk bildirimi şeklindeki uygulamalara tabi tutularak yapılmaktadır. Kanun koyucu, malî özerkliklerinin korunması

amacıyla düzenleyici ve denetleyici kurumların dolayısıyla Kurulun 5018 sayılı Kanun'un sadece belirli maddelerine tâbi olmalarını hükme bağlamıştır. Bu bağlamda, Sayıştay denetimi kapsamında olan Kurulun ne şekilde denetleneceğine ilişkin usulleri belirleme görevi ise kanun koyucunun takdirindedir. Bu nedenle, dava konusu ibarelerde Anayasa'ya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen ibareler Anayasa'nın 87. ve 160. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

E- Kanun'un 130. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Kurul tarafından çıkarılacak olan yönetmelikte, 5018 sayılı Kanun'un Kurulun tabi olduğu hükümlerinin dikkate alınacağı izleniminin yaratıldığı, ancak Kurulun, konu ile ilgili olarak 5018 sayılı Kanun'un sadece Kurul bütçesinin hazırlanması ve kabulü ile ilgili 12., 15., 17. ve 19. maddelerine tâbi olduğunun anlaşıldığı belirtilerek, temel kuralları koymadan, ölçüsü belirlenmeden ve sınırı çizilmeden yürütmeye yönetmelik ile düzenleme yetkisi veren iptali istenilen kuralın, Anayasa'nın 7. ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, Kurulun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esaslarının, 5018 sayılı Kanun'un Kurulun tâbi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür.

Yönetmeliğin kapsamında yer alacak konulara ilişkin temel ilkeler 5018 sayılı Kanun'da düzenlenmiş bulunmaktadır. İptali istenilen kuralda da yönetmelikle belirlenecek olan hususlarda 5018 sayılı Kanun'un Kurulun tâbi olduğu hükümlerinin saklı tutulacağı bildirilmiştir. Bu nedenle, kanun ile çizilen bu çerçeve içinde temel kurallar saptandıktan sonra, uzmanlık gerektiren ve teknik ayrıntılara ilişkin konuların düzenlenme yetkisinin idareye verilmesi, yasama yetkisinin devri niteliğinde değildir.

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

Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ve Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın, Anayasa'nın 153. maddesiyle bir ilgisi görülmemiştir.

F- Kanun'un 137. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "… ***grev ve…*****" İbaresinin İncelenmesi**

Dava dilekçesinde, iptali istenilen ibarenin bulunduğu kuralda grev ve lokavt yasağı getirildiği, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda borsalar ve sermaye piyasaları için grev yasağı yer almazken, Sermaye Piyasası için çıkarılan özel bir kanunda böyle bir yasağa yer verilmesinin işçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını belirlemek üzere toplu iş sözleşmesi yapmalarına, uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözümlemeleri, bu çözüme ulaşmak için de işçilerin gerektiğinde greve başvurma haklarının ellerinden alınması anlamını taşıdığı belirtilerek iptali istenilen ibarenin, Anayasa'nın 2., 13., 49., 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 137. maddesinin iptali istenilen ibarenin bulunduğu (2) numaralı fıkrasında, 6362 sayılı Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile Merkezî Kayıt Kuruluşu A.Ş. (MKK) tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamayacağı öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen sosyal devlet, mülkiyet hakkının toplum yararına kullanılması ve ekonomik yaşama müdahale yoluyla sosyal barışı sağlama amacına dönük olarak emek-sermaye dengesini kuran, zayıfları güçlüler karşısında koruyan, bireysel girişim ve sorumluluğu esas almakla birlikte bireylerin kendi güçleriyle üstesinden gelemeyecekleri sosyal riskleri üstlenen, bu yolla sosyal adaleti kuran devlettir. Bu ilke Anayasa'nın birçok maddesinde somutlaştırılmıştır.

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

Anayasa'nın 49. maddesinde, çalışmanın, herkesin hakkı ve ödevi olduğu, Devletin çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları, işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı belirtilmektedir.

Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrasında grev hakkı, toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması hâlinde kabul edilmiş, ancak grev hakkını sınırlayacak nedenler gösterilmemiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise *"Grev hakkı ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve millî serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz."* denilerek grev hakkı kullanılırken göz önüne alınacak hususlar gösterilmiş, üçüncü fıkrasında da *"Grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir."* denilerek, grev hakkının kimi yasaklamalar ve sınırlamalara tabi tutulabileceğine işaret olunmuş ve bu konuda kanun koyucuya yetki tanınmıştır.

Grev, işçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarıdır. Bu eylemler Anayasa'nın 54. maddesinin birinci fıkrası kapsamında kaldığı sürece, işçiler bu güvenceden yararlanmakta ve herhangi bir yaptırımla karşılaşılmamaktadır.

Demokratik bir ülkede işçi ve işveren kuruluşları arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın çözümünde taraflara grev ve lokavt hakkının tanınması rejimin gereği olmakla beraber, yerine göre başvurulan bu mücadele araçlarının ulusal ekonomi ve kamu düzenine olumsuz yönde etkileri, yapılacak grevden bu hakla ilgisi olmayan üçüncü kişilerin haklarının da etkilenmesi göz önüne alındığında, bazı sınırlama ve kısıtlamalara tabi tutulabileceği şüphesizdir.

İptali istenilen ibare ile kuralda belirtilen yerlerde grev yasağı getirilirken söz konusu sektörün bir bütün olarak ülkeye sağladığı ekonomik yararların ve milli ekonomiye katkısının dikkate alındığında kuşku bulunmamaktadır. Kanun koyucu tarafından sermaye piyasalarının işleyişi bakımından kritik önem arz ettiklerinden bahisle bu kurum ve kuruluşların faaliyetlerinin sürekliliğini sağlamak ve üçüncü kişilerin haklarını korumak amacıyla borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri,

merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetler bakımından grev ve lokavt yasağı getirilmiştir.

Çalışanların haklarını aramasında grev çok etkili bir yol olmasına karşın, toplumun ekonomik refahını sürdürebilme hakkı ile bu sektördeki grevlerin milli ekonomi, şirketler, bankalar ve vatandaşlar üzerindeki olumsuz etkileri göz önüne alındığında, stratejik öneme sahip olan sermaye piyasasında yer alan faaliyetlerin grev yapılamayacak işler kapsamına alınmasında kamu yararına aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenle, kanun koyucu tarafından borsalar, teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev yasağı getirilmiş olması demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediği, ölçülülük ilkesine aykırı olmadığı gibi Anayasa'nın 54. maddesine de aykırı değildir.

Öte yandan, 6362 sayılı Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev yapılmasının yasaklanması, grev sebebiyle bu kurumlardaki işlerin aksaması durumunda meydana gelebilecek ekonomik olaylar ve etkileri göz önüne alındığında, Anayasa'nın 49. maddesi uyarınca Devlete verilen görev kapsamında kamu yararı amacına yönelik bir düzenleme niteliğindedir.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen ibare Anayasa'nın 2., 13., 49. ve 54. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 90. maddesi ile ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

G- Kanun'un 138. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının İlk Paragrafı ile (a), (b) ve (c) Bentlerinin, (11) Numaralı Fıkrasının Birinci ve İkinci Cümlelerinin, (12) Numaralı Fıkrasının Birinci Cümlesinin ve (13) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

1- Genel Açıklama

6362 sayılı Kanun, sermaye piyasaları alanındaki mevcut düzenlemelerin Avrupa Birliği müktesebatına uyumlu hâle getirilmesi ve Türk sermaye

piyasalarının küresel pazarlara entegrasyonunu sağlayarak rekabet gücünü artırmak amacıyla 30.12.2012 günlü, 28513 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsasını da (İMKB) Borsa İstanbul Anonim Şirketi olarak yeniden yapılandırmıştır. Borsa İstanbul Anonim Şirketinin açılmasıyla birlikte, İMKB ve İstanbul Altın Borsası (İAB) ortadan kalkmış; İMKB, İAB ve Vadeli Opsiyon Borsası (VOB) tek bir isim altına toplanmıştır.

Kanun'a göre borsalar, Kurulun uygun görüşü üzerine kuruluşuna Bakanlar Kurulu tarafından izin verilen, sermaye piyasası araçlarının, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işlem görmesini sağlamak üzere kurulan özel hukuk tüzel kişileridirler. Bu doğrultuda Borsa İstanbul Anonim Şirketi, paylarının bir kısmı Hazineye ait olan ve özel hukuk hükümlerine tâbi bir anonim şirket olarak yapılandırılmıştır.

Borsa İstanbul Anonim Şirketi, Kanun'un 138. maddesi çerçevesinde, Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.12.2012 tarihinde kurulmuş ve esas sözleşmesinin Kurulca hazırlanıp ilgili Bakanın onayı sonrasında 3.4.2013 tarihinde doğrudan tescil ve ilan edilmesiyle faaliyet izni almıştır.

Türk sermaye piyasalarının kanuni çerçevesini, özellikle iki temel kanun olan Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu belirlemektedir. Bu alandaki Sermaye Piyasası Kurulu tebliğleri ve Borsa düzenlemeleri ise uygulamaya ışık tutmaktadır.

Borsa İstanbul Anonim Şirketi, Kanun'a dayanılarak kurulan, sermaye piyasasında faaliyet gösteren banka ve aracı kurumlara saklama ve takas hizmeti veren, özel hukuk tüzel kişiliğine sahip bir kuruluştur.

Borsa İstanbul Anonim Şirketinin başlıca amacı ve faaliyet konusu, esas sözleşmesinin 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, *"Kanun hükümleri ve ilgili mevzuat çerçevesinde, sermaye piyasası araçlarının, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Sermaye Piyasası Kurulunca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde, şeffaf, etkin rekabetçi, dürüst ve istikrarlı bir ortamda alınıp satılabilmesini sağlamak, bunlara ilişkin alım satım emirlerini*

sonuçlandıracak şekilde bir araya getirmek veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştırmak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere piyasalar, pazarlar, platformlar ve sistemler ile teşkilatlanmış diğer pazar yerleri oluşturmak, kurmak ve geliştirmek, bunları ve başka borsaları veyahut borsaların piyasalarını yönetmek ve/veya işletmektir." şeklinde belirtilmiştir.

Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesinin ticaret siciline tescili ile birlikte, mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'ye göre kurulan İMKB ve mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 40/A maddesi uyarınca kurulan İAB'nin tüzel kişilikleri son bulmuştur.

Ayrıca, Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesinin tescil edilmesi ile İMKB'nın ve İAB'nin her türlü varlıkları, borçları ve alacakları, hakları ve yükümlülükleri, elektronik ortamdakiler de dâhil olmak üzere her türlü kayıtları ve diğer belgeleri bir bütün olarak, Kanun'un 138. maddesinde yer alan istisnalar dışında, herhangi başka bir işleme gerek kalmaksızın Borsa İstanbul Anonim Şirketine devrolunmuş sayılmıştır.

Kanun'un 138. maddesinin (10) numaralı fıkrası uyarınca İMKB ile İAB'nin tüzel kişiliklerinin sona ermesiyle birlikte yürütülmekte olan borsacılık faaliyetleri ile devam eden diğer tüm iş, işlem ve faaliyetleri Borsa İstanbul Anonim Şirketi tarafından yürütülecektir.

Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas amacı, borsa işlemlerinin tek bir çatı altında gerçekleştirilmesidir.

2- (6) Numaralı Fıkranın İlk Paragrafı ile (a), (b) ve (c) Bentleri

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralların tamamına ilişkin düzenlemenin, milli gelirin kullanılması ve dağılımında adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini karşılamadığı, *"sosyal hukuk devleti"* ilkesine aykırı olduğu ve Hazineye ait kaynakların satış, bedel v.b. bir karşılığa bağlanmaksızın özel hukuk tüzel kişilerine *"bedelsiz"* olarak aktarılmasında herhangi bir kamu yararının da bulunmadığı belirtilerek iptali istenilen kuralların, Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 138. maddesinin (6) numaralı fıkrasının iptali istenilen birinci paragrafında, Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesinde paylarının yüzde kırk dokuzunun, bu pay sahipliği ile ilgili her türlü

işlem Hazine Müsteşarlığınca yürütülmek üzere Hazine, yüzde elli birinin ise kuralın (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtilen amaçlarla değerlendirilmek üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi adına kaydolunacağı belirtilmiş; (a) bendinde, esas sözleşmenin tescil ve ilanını müteakip sermayenin yüzde dördünün İMKB'nın mevcut üyelerine, binde üçünün İAB'nin mevcut üyelerine eşit ve bedelsiz olarak; yüzde birine tekabül eden kısmının ise Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine bedelsiz olarak devredileceği, (b) bendinde ise Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edildiği tarihten itibaren bir ay içinde Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinin mevcut ortaklarının talepleri hâlinde, Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinde sahip oldukları paylar karşılığında, sahip oldukları pay oranının 0,05 ile çarpılması suretiyle bulunacak oranda Borsa İstanbul Anonim Şirketi paylarının verileceği, bu pay devrinde, 7.12.1994 günlü, 4054 sayılı Kanun'un 7. maddesinin uygulanmayacağı, (c) bendinde de, Borsa İstanbul Anonim Şirketine ait payların bir kısmının gerektiğinde stratejik ortaklıklar kurulması karşılığında ilgili taraflara ve/veya teknoloji, teknik bilgi ve yetkinlik aktarılması karşılığında diğer borsalara ve piyasa veya sistem işleticilerine Kurulun onayı ile devredilebileceği öngörülmüştür.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

"Hukuk devleti" ilkesi gereğince, yasama işlemlerinin kişisel yararları değil kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla yapılması zorunludur. Bir kuralın Anayasa'ya aykırılık sorunu çözümlenirken *"kamu yararı"* konusunda Anayasa Mahkemesinin yapacağı inceleme yalnızca kanunun kamu yararı amacıyla yapılıp yapılmadığı ile sınırlıdır. Kanun ile kamu yararının ne kadar gerçekleşip gerçekleşmeyeceğini denetlemenin anayasa yargısıyla bağdaşmayacağı, bunun kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Anayasa'nın 5. maddesinde de, kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak üzere siyasal, ekonomik ve sosyal engellerin kaldırılması devletin temel görevleri arasında sayılmıştır. Sosyal devlet,

sosyal adaletin, sosyal refahın ve sosyal güvenliğin gerçekleşmesini sağlayan devlettir. Ekonomik ve malî politikalar sosyal devletin gerçekleşmesini sağlayan araçlardır.

Sosyal hukuk devleti ise insan hak ve özgürlüklerine saygı gösteren, ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve güvence altına alan, kişiyle toplum arasında denge kuran, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışma hayatının gelişmesi için sosyal, iktisadi ve mali önlemler alarak çalışanları koruyan, milli gelirin adil biçimde dağılmasını temin eden, hukuka bağlı ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlettir.

İptali istenilen (6) numaralı fıkranın ilk paragrafı uyarınca Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesinde paylarının yüzde kırk dokuzu Hazine, yüzde elli biri ise öncelikle Kanun'da belirtilen amaçlarla değerlendirilmek üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi adına kaydolunmuştur. Kanun koyucu tarafından Borsa İstanbul Anonim Şirketine Hazine katkısı öngören iptali istenen kural, menkul kıymetler borsasının gelişmesine yönelik bir teşvik niteliğinde olup borsacılık faaliyetlerinin piyasalar açısından taşıdığı önem dikkate alınarak, ilk defa Anonim Şirket şeklinde kurulan kuruluşla ilgili bu süreçte Hazine'ye etkin bir rol verilerek, yatırımcılar bakımından ortaya çıkabilecek olumsuz etkilerin giderilmesi ve bu suretle kamu menfaatlerinin korunması amacıyla yapılmıştır. Kaldı ki, İMKB ve İAB'nin birleşmesi ile kurulan Borsa İstanbul Anonim Şirketinde herhangi bir kamu kaynağı bulunmamasına rağmen yukarıda belirtilen sebeplerle Hazine'ye yüzde kırk dokuzluk bir pay verilmiştir.

İptali istenilen (6) numaralı fıkranın (a) bendi uyarınca, İMKB ve İAB'ye verilen paylar ise kuruluşunda herhangi bir kamu sermayesi bulunmayan İMKB ve İAB'nin kendi sermayeleri ile Borsa İstanbul Anonim Şirketinin oluşması nedeniyle katkılarının karşılığı olarak verilmiştir. Dolayısıyla verilen paylar, bedelsiz ve karşılıksız değildir. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine verilen bedelsiz pay ise Birliğin, sermaye piyasasında faaliyet gösteren tüm aktörlerin temsiline imkân sağlaması, mevcut durumdaki parçalı yapının tek bir noktada toplanmasını mümkün kılan bir niteliğe sahip olup, sermaye piyasalarında önemli bir fonksiyon ifa etmesi nedeniyle, bu Kurumun önemi gözetilerek kamu yararı amacıyla öngörülmüştür.

İptali istenilen (6) numaralı fıkranın (b) bendi uyarınca Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketi'ne verilen paylar ise borsacılık faaliyetlerinin tek çatı altında yürütülmesi anlayışı çerçevesinde kamu yararı amacıyla, mevcut durumda özel hukuk tüzel kişiliğini haiz Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketi'nin ortaklarına bir hisse değişim opsiyonu olarak verilmiştir. Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinin mevcut ortaklarına verilecek olan paylar, bedelsiz ve karşılıksız olmayıp bu ortakların Vadeli İşlem ve Opsiyon Borsası Anonim Şirketinde sahip oldukları paylar gözetilerek, yapılan hesaplama karşılığında verilmiştir.

İptali istenilen (6) numaralı fıkranın (c) bendinde, Borsa İstanbul Anonim Şirketine ait payların bir kısmının diğer borsalara ve piyasa veya sistem işleticilerine Kurulun onayı ile devredilmesine ilişkin kural ise kanun koyucu tarafından, Borsa İstanbul Anonim Şirketinin teknolojisini yenilemek, uluslararası en iyi uygulama örnekleri doğrultusunda işlem kurallarını güncelleyebilmek için ihtiyaç duyulan üretim yöntemlerini ya da teknolojisini temin etmek, küresel yatırım ağına erişimi artırmak ve likidite sağlayıcılığı sistemi oluşturmak için kamu yararı amacıyla öngörülmüştür. Kurala bakıldığında, söz konusu devir karşılıksız olmayıp, stratejik ortaklıkların kurulması ve/veya teknoloji, teknik bilgi ve yetkinlik aktarılması karşılığında yapılacaktır. Ayrıca söz konusu devir, Kurulun onayına tâbi olup Kurulun bu onaylama yetkisini kamu yararı ilkesine uygun olarak kullanması gerektiği de açıktır.

Bunun yanında iptali istenilen kuralların tamamı, kamu yararını gerçekleştirmek, ülkemizin ve Borsa İstanbul Anonim Şirketinin tüm dünyada faaliyet gösteren diğer borsalar gibi gelişmesini sağlamak, gelişen teknoloji ve küreselleşme göz önüne alındığında, değişen ortama ayak uydurabilmek ve rekabet gücünü koruyabilmek için mali güç, finansman çeşitliliği ve yönetim esnekliğini sağlayabilmek için çıkarılmıştır.

Öte yandan, yapılan somut düzenlemelerin bu amacı etkin bir şekilde gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı yönündeki bir değerlendirme ise anayasallık denetiminin kapsamı dışındadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kurallar Anayasa'nın 2. ve 5. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

3- (11) Numaralı Fıkranın Birinci ve İkinci Cümleleri

Dava dilekçesinde, Kanun'da yer alan düzenleme ile Borsa İstanbul Anonim Şirketinin kuruluş sermayesinin kaynağının İMKB ile İAB'nin varlıklarından oluştuğu, gerek sermaye yapısı, gerekse iki borsanın birleştirilerek aynı fonksiyonların tek kuruluş altında birleştirilmesi suretiyle tek elden hizmet verilmesi dışında mevcut durumda bir değişiklik olmamasına rağmen parasal kaynağını Hazinenin sağladığı bir kamu kuruluşunun TBMM denetimi dışına çıkarılarak, bağımsız denetim kuruluşlarına denetlettirilmesinde bir kamu yararı bulunmadığı belirtilerek iptali istenilen kuralların, Anayasa'nın 165. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kurallarda, Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payının yüzde ellinin altına düşünceye kadar kendisinin ve iştiraklerinin her türlü hesap ve işlemlerinin denetiminin yalnızca, Kurulun listesindeki bağımsız denetim kuruluşları arasından Hazine Müsteşarlığı tarafından seçilecek bir bağımsız denetim kuruluşunca yapılacağı, bağımsız denetim neticesinde hazırlanan raporun eş zamanlı olarak Kurula ve Hazine Müsteşarlığına sunulacağı öngörülmüştür.

Anayasa'nın 165. maddesinde, *"Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir."* denilmektedir. Anayasa'nın 165. maddesi, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının TBMM'ce denetlenmesi gerektiğini açık bir şekilde hükme bağlamıştır. Kanunla düzenlenecek olan ise denetleme esaslarıdır. Denetleme sonucunda da hazırlanacak rapor TBMM'ye sunulmalıdır.

Kanun'un 138. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca, Borsa İstanbul Anonim Şirketinin esas sözleşmesinin tescil edilmesi ile İMKB'nın ve İAB'nin her türlü varlıkları, borçları ve alacakları, hakları ve yükümlülükleri, elektronik ortamdakiler de dâhil olmak üzere her türlü kayıtları ve diğer belgeleri bir bütün olarak, Kanun'un 138. maddesinde sayılan istisnalar dışında, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın Borsa İstanbul Anonim Şirketine devrolunmuş sayılmaktadır. Kanun'un 138. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, Borsa İstanbul Anonim Şirketi esas sözleşmesinde paylarının yüzde kırk dokuzunun bu pay sahipliği ile

ilgili her türlü işlem Hazine Müsteşarlığınca yürütülmek üzere Hazineye, yüzde elli birinin ise Borsa İstanbul Anonim Şirketi adına kaydolunacağı belirtilmektedir. Borsa İstanbul Anonim Şirketi, kendisine verilen yüzde elli birlik payı Kanun'un 138. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde belirtildiği üzere değerlendirecektir. Yine aynı maddenin aynı fıkrasının (ç) bendi uyarınca, Kanun'un yayımı tarihi olan 30.12.2012 tarihinden itibaren üç yıl içinde Borsa İstanbul Anonim Şirketinin elinde pay kalması hâlinde, bu payların bedelsiz olarak Hazineye intikal edeceği belirtilmiştir. Şu an itibariyle Borsa İstanbul Anonim Şirketinde yer alan kamu payı yüzde kırk dokuzdur. İptali istenilen kuralın uygulanabilmesi için ise Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payının yüzde elli ve üzerinde olması gerekmektedir.

1961 Anayasası'nın 127. maddesinin son fıkrasında sadece kamu iktisadi teşebbüslerinin (KİT) TBMM'ce denetlenmesi öngörülmüşken, 1982 Anayasası'nın 165. maddesinde KİT'lerle yetinilmemiş, *"Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının"* da denetlenmesi öngörülerek kapsam genişletilmiştir. Bu nedenle, her ne kadar Anayasa'nın 165. maddesi *"Kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimi"* başlığını taşıyorsa da, bütçe içi ya da bütçe dışı kamu kaynaklarından oluşan, tüzel kişiliğe sahip ve bir kamu hizmeti yapmak üzere bir amaca tahsis edilen ortaklıkların, TBMM'ce denetlenmesi gereken kamu ortaklıkları arasında bulunduğu kuşkusuzdur. Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payı da şu an itibariyle yüzde kırk dokuz olduğundan Anayasa'nın 165. maddesi kapsamında değildir. Ancak, Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payının yüzde ellinin üzerine çıkması hâlinde Anayasa'nın 165. maddesi kapsamında olduğu ve kamu ortaklığı olarak değerlendirileceği şüphesizdir.

Anayasa'nın 165. maddesindeki denetim, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıkları için geçerlidir. Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payı şu an itibariyle yüzde kırk dokuz olup bu kapsam dışında kaldığından, iptali istenilen kurallarda Anayasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kurallar Anayasa'nın 165. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

4- (12) Numaralı Fıkranın Birinci Cümlesi

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 165. maddesinin sermayesinin yarısından fazlasını Devletin sağladığı kamu kuruluşlarının sermaye ilişkisinin doğrudan ya da dolaylı surette doğmuş olduğuna bakılmaksızın TBMM tarafından denetlenmesini öngördüğü belirtilerek iptali istenilen kuralın, Anayasa'nın 165. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İptali istenilen kuralda, Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile bağlı ortaklıkları ve iştiraklerinin, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tâbi olmadığı öngörülmüştür**.**

Anayasamızda sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarına bu kurum, kuruluş ve ortaklıklar hakkında özel olarak düzenlenen mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların uygulanmasının zorunlu olduğuna dair Anayasa'nın 165. maddesinde düzenlenen denetimle ilgili hüküm dışında bir kural bulunmamaktadır. Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payı da şu an itibariyle yüzde kırk dokuz olup, Anayasa'nın 165. maddesi kapsamında sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan bir kamu kuruluş ve ortaklığı değildir. Bu nedenle, Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tâbi olmamasının Anayasa'ya aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Öte yandan, şu an itibariyle o kapsam içinde bulunmasa da, Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payının %50'nin üzerine çıkması durumunda Anayasa'nın 165. maddesi uyarınca yapılacak denetime ilişkin mevzuat, uygulama ve kısıtlamaların Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile bağlı ortaklıkları ve iştirakleri için geçerli olacağı da açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 165. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

5- (13) Numaralı Fıkra

a- Birinci Cümle

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kural ile başlangıç sermayesinin tamamı Hazinece konulan ve belirli bir zaman içerisinde belirli şartların tahakkuk etmesi ile bu sermayenin yarısından fazlasının, herhangi bir karşılık ödenmeksizin, özel hukuk tüzel kişilerine devredildiği ve Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kamu tüzel kişisi niteliğini taşıyan bir şirketin doğrudan ya da dolaylı olarak kamu veya TBMM denetiminin öngörüldüğü bütün yasal düzenlemelerin dışına çıkarıldığı belirtilerek iptali istenilen kuralın, Anayasa'nın 2., 11. ve 165. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 138. maddesinin iptali istenilen (13) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde, 233 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 22.1.1990 tarihli ve 399 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Personel Rejiminin Düzenlenmesi ve 233 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname, 657 sayılı Kanun, 4.7.2001 tarihli ve 631 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Mali ve Sosyal Haklarında Düzenlemeler ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 190 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 10.2.1954 tarihli ve 6245 sayılı Harcırah Kanunu, 3.12.2010 tarihli ve 6085 sayılı Sayıştay Kanunu, 2.4.1987 tarihli ve 3346 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, 4.1.2002 tarihli ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 5.1.2002 tarihli ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, 8.9.1983 tarihli ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 5018 sayılı Kanun, 5.1.1961 tarihli ve 237 sayılı Taşıt Kanunu, 9.11.1983 tarihli ve 2946 sayılı Kamu Konutları Kanunu, 2.1.1961 tarihli ve 195 sayılı Basın İlân Kurumu Teşkiline Dair Kanun, 24.11.1994 tarihli ve 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun, 18.5.1994 tarihli ve 527 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümlerin Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile Borsa İstanbul Anonim Şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak pay sahipliği nedeniyle bunlara tâbi hâle gelen bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında uygulanmayacağı belirtilmektedir.

İptali istenilen kural, Kanun'un 138. maddesinin (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesi ile aynı niteliktedir. Bu nedenle, Kanun'un 138. maddesinin (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin incelenmesi kapsamında yapılan değerlendirmeler, belirtilen gerekçeler ve ulaşılan sonuç, iptali istenilen kural bakımından da geçerli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 165. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

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

b- İkinci Cümle

Dava dilekçesinde, iptali istenilen kuralın fıkra kapsamında sözü edilen kuruluşlarla ilgili olarak Anayasa'nın 165. maddesi uyarınca TBMM KİT Komisyonu kararı ile başlatılan ve 1997 yılından bu yana sürdürülen faaliyetlerin Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu ve sonrasında Sayıştay tarafından düzenlenen raporlar üzerinden genel görüşme konusu yapıldığı, kuralın bütün KİT Komisyonu toplantı ve görüşmeleri ile düzenlenen raporlarda istenen, yapılmış ve yapılmakta olan bütün soruşturmaları ve bunlarla ilgili olarak idare lehine verilmiş olan yargı kararlarını geriye doğru yürütmek suretiyle ortadan kaldıran, yok sayan bir hüküm ihtiva ettiği, hukuki güvencenin ilk ve en temel şartının ise aleyhteki kanunların geriye yürümemesi olduğu belirtilerek iptali istenilen kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 153. ve 165. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 138. maddesinin (13) numaralı fıkrasının iptali istenilen ikinci cümlesinde, bu fıkranın birinci cümlesinin, 6362 sayılı Kanunla mülga 91 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ve bu Kanunla mülga 2499 sayılı Kanun'un 40/A maddesi uyarınca kurulmuş olan borsalar ile bunların bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında da, hükmi şahsiyetleri teşekkül ettiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere hüküm ifade edeceği; Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önceki dönemler için bu fıkranın birinci cümlesinde adı geçen kanunlara ve kararnamelere tâbiiyet gerekçesi veya iddiasıyla işlem tesis edilemeyeceği, edilmiş olanların kendiliğinden işlemden kalkacağı belirtilmektedir.

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

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

Daha önce tesis edilmiş bulunan işlemlerin doğurduğu hukuki sonuçları ortadan kaldıracak şekilde yasama tasarrufunda bulunulması, hukuk güvenliği ilkesine aykırılık oluşturur. Hukuk devletinin gereği olan hukuk güvenliğini sağlama yükümlülüğü, kural olarak kanunların geriye yürütülmemesini gerekli kılar. *"Kanunların geriye yürümezliği ilkesi"* uyarınca kanunlar, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirmesi, kazanılmış hakların korunması, mali hakların iyileştirilmesi gibi ayrıksı durumlar dışında ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılırlar. Yürürlüğe giren kanunların geçmişe ve kesin nitelik kazanmış hukuksal durumlara etkili olmaması hukukun genel ilkelerindendir.

Ayrıca, hukuk güvenliği ilkesinin bir gereği de belirliliktir. Belirlilik ilkesi, yükümlülüğün hem kişiler hem de idare yönünden belli ve kesin olmasını, yasa kuralının, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde öngörmelerini mümkün kılacak şekilde düzenlenmesini gerekli kılar.

İptali istenilen kural, İMKB'nin ve İAB'nin tüzel kişiliklerini kazandıkları andan itibaren kuralda belirtilen kanun ve kanun hükmünde kararnamelere dayanılarak yapılmış olan tüm işlemleri geçersiz kılmaktadır. Dolayısıyla iptali istenilen düzenleme, Kanun'un 138. maddesinin (13) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin Kanun'un yürürlüğe girdiği 30.12.2012 tarihinden önce gerçekleşmiş olan olaylara uygulanmasına neden

olmakta, fıkranın birinci cümlesinde belirtilen kanun ve kanun hükmünde kararnamelere dayanılarak yapılan işlemleri yok saymaktadır.

İptali istenilen kuralla belirtilen İMKB ve İAB'ye uygulanacak olan mevzuatın değiştirilmesiyle, belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ihlal edilmiş, bu borsalara tâbi bulunan kişiler, işlem tarihinde geçerli olan yürürlükteki kurallar yerine, o tarihte geçerli olmayan kurallarla karşı karşıya kalmıştır. Söz konusu kuralla, İMKB ve İAB hakkında hükmi şahsiyetleri teşekkül ettiği tarihten itibaren yapılan işlemler için kanunla geriye dönük olarak açık bir müdahale yapılmıştır.

Bu bağlamda, iptali istenilen düzenleme ile İMKB ve İAB hakkında belirtilen kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin uygulanmayacağına ilişkin olarak Kanun'un yayımı tarihinden öncesine yönelik bir düzenleme getirilmesi, bu tarihten önce söz konusu borsalarda işlem yapan yükümlülerin öngöremeyecekleri şekilde aleyhlerine sonuç doğurmuştur.

İptali istenilen kural aynı zamanda uygulanmayacağı belirtilen kanun ve kanun hükmünde kararnameler kapsamdaki kişiler yönünden hak kayıplarına yol açabilecek ve hukuki güvenliklerini ihlal edecek bir nitelik taşımaktadır.

Öte yandan, iptali istenilen kuralda belirtilen kuruluşlarla ilgili olarak, Kanunun yayımı tarihi öncesinde gerçekleştirilen denetimler sonucunda verilen tüm işlem ve kararların da kuralın geriye doğru yürütülmesi nedeniyle ortadan kaldırılması Anayasa'nın 165. maddesi ile bağdaşmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenilen kural Anayasa'nın 2. ve 165. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

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

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

6.12.2012 günlü, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun;

A- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"… gibi..."* ibaresi, 14.11.2013 günlü, E.2013/24, K.2013/133 sayılı kararla iptal

edildiğinden, bu ibarenin, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve iptal kararının sonuçsuz kalmaması için kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar YÜRÜRLÜĞÜNÜN DURDURULMASINA, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 138. maddesinin (13) numaralı fıkrasının ikinci cümlesinin yürürlüğünün durdurulması isteminin koşulları oluşmadığından REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 1- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan *"…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…"* ibaresine,

2- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerine,

3- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ve *"…ilgili Bakana…"* ibarelerine,

4- 130. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan *"…her yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ibaresi ile (6) numaralı fıkrasına,

5- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…grev ve…"* ibaresine,

6- 138. maddesinin;

a- (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerine,

b- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerine,

c- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

d- (13) numaralı fıkrasının birinci cümlesine,

yönelik iptal istemleri, 14.11.2013 günlü, E.2013/24, K.2013/133 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkraya, bentlere, cümlelere ve ibarelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

14.11.2013 gününde karar verildi.

VI- SONUÇ

6.12.2012 günlü, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun;

A- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"…gibi..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan *"…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

D- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan *"…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ve *"…ilgili Bakana…"* ibarelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

E- 130. maddesinin;

1- (5) numaralı fıkrasında yer alan *"…her yılın haziran ayı sonuna kadar…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- (6) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

F- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…grev ve…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

G- 138. maddesinin;

1- (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- a- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin,

b- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

3- (13) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, OYBİRLİĞİYLE,

14.11.2013 gününde karar verildi.

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

Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6362 sayılı Kanun'un 130. maddesinin iptali istenilen altıncı fıkrasında, Sermaye Piyasası Kurulunun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Sermaye Piyasası Kurulunun iç denetim usul ve esaslarının 5018 sayılı Kanun'un Sermaye Piyasası Kurulunun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği öngörülmüştür.

Buna göre, kuralda belirtilen konularla ilgili herhangi bir yasal düzenlemenin Kanun'da yer almadığı, bu konudaki düzenlemenin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılacak yönetmeliğe bırakıldığı anlaşılmaktadır.

5018 sayılı Kanun'un ikinci maddesinin son fıkrasında, *"(…) Düzenleyici ve denetleyici kurumlar, bu Kanunun sadece 3, 7, 8, 12, 15, 17, 18, 19, 25, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 68 ve 76, 78 ncı maddelerine tâbidir."* denilmektedir.

Sermaye Piyasası Kurulunun da düzenleyici ve denetleyici kurumlar içinde yer alması nedeniyle hakkında, 5018 sayılı Kanun'un sadece yukarıda belirtilen maddeleri uygulanacak, ancak, bunlar dışındaki diğer maddeleri uygulanmayacaktır.

Anayasa'nın 7. maddesi, kanun ile yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilebilmesine olanak tanımamaktadır. Buna göre, esasa ilişkin ilkeler belirtilmeden, sınırları çizilmeden, yürütme organına düzenleme yetkisi verilmesi bu maddeye aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında yer alan idarenin kanuniliği ilkesi, idarenin ve organlarının görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu bir kamu tüzel kişisi olup, idarenin bütünlüğü içinde yer almakta ve idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca da görev ve yetkilerinin kanunla düzenlenmesi gerekmektedir.

İptali istenilen kuralda yer alan, Sermaye Piyasası Kurulu'nun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile iç denetimine ilişkin usul ve esasların, idarenin kanuniliği ilkesi uyarınca kanunla düzenlenmesi gerekir.

Kuralda yönetmelik ile düzenleneceği belirtilen esaslara ilişkin hükümler 5018 sayılı Kanun'da bulunmasına rağmen, bu Kanun'un 2. maddesinin son fıkrasına yapılan yollama uyarınca söz konusu bu hükümler Sermaye Piyasası Kurulu hakkında uygulanamayacaktır.

Kuralda, yönetmelikle düzenlenecek olan konularla ilgili esasa ilişkin ilkelerin ve sınırları belirlenmiş bir çerçevenin yer aldığı yasal bir düzenleme de bulunmamaktadır.

Esas ilişkin ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden, sınırsız, belirsiz bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakan kural, Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırıdır.

Açıklanan nedenle kuralın iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. Kanun'un 130. maddesinin (6) numaralı fıkrasıyla, Kurulun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esaslarının, 5018 sayılı Kanunun Kurulun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi öngörülmüştür.

Her ne kadar yönetmeliğin kapsamında yer alacak temel ilkelerin 5018 sayılı Kanunda düzenlenmiş ve yönetmeliğin çerçevesinin bu şekilde belirlenmiş olduğu ileri sürülebilirse de, 5018 sayılı Kanun'un sadece Kurul bütçesinin hazırlanması ve kabulü ile ilgili maddelerine tabi olduğu, bunun dışındaki hususların tümüyle yönetmeliğe bırakıldığı anlaşılmaktadır.

Bu durumda, yasa ile temel kuralları konulmadan, ölçüsü belirlenmeden ve çerçevesi çizilmeden yürütmeye yönetmelik ile düzenleme yetkisi veren kuralın Anayasa'nın 7. maddesine uygun olmadığı sonucuna varmak gerekir.

2. Kanun'un 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, Kanun uyarınca kurulmuş ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazaryerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ile MKK tarafından yürütülen hizmetlerde grev yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

Kuralla, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda düzenlenen grev yasağı halleri, daha da genişletilmiş olmaktadır.

Anayasanın 54. maddesinde grev hakkı düzenlenmiş olup, grev hakkının toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamayacağı, grevin yasaklanabileceği hallerin ve işyerlerinin kanunla düzenleneceği belirtilmiş, 90. maddesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların hükümlerinin esas alınacağı ilkesi kabul edilmiştir.

Her grev, doğası gereği, toplumsal hayatta geçici bazı aksaklıklara ve kısa vadede bazı ekonomik kayıplara yol açabilecektir. Grev yasağı için ancak kamu düzenini ve ulusal ekonomiyi ciddi biçimde riske sokan, telafisi güç ve ağır sonuçların söz konusu olması gerekir. Kuralla grev yasağı konulan yerlerin böyle bir duruma yol açmaları mümkün değildir. Anayasanın 2. maddesinde ifade olunan sosyal hukuk devleti ve Türkiye'nin taraf olduğu, çalışma hayatına ilişkin uluslar arası sözleşmeler (ILO sözleşmeleri) birlikte değerlendirildiğinde, kuralla getirilen yasağın çalışma ve grev hakkına ölçüsüz bir müdahale olduğu görülmektedir.

Yukarıdaki nedenlerle, grev hakkına ölçüsüz bir müdahale getiren kuralın Anayasanın 2, 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğu düşüncesindeyim.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞIOY GEREKÇESİ

6.12.2012 günlü, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun

1) 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin incelenmesi;

İptali istenilen kuralları içeren 126. maddenin (1) numaralı fıkrası aynen şöyledir:

MADDE 126- (1) Kurulun hizmet birimleri, daire başkanlıkları şeklinde teşkilatlanmış on iki hizmet biriminden oluşur. **Kurul Karar Organının teklifi ve ilgili Bakanın onayı ile bu sayının yarısını geçmemek kaydıyla yeni daire başkanlıkları oluşturulabilir, sayısı on ikinin altına düşmemek kaydıyla mevcut daire başkanlıkları kapatılabilir, birleştirilebilir veya görev ve yetkilerinin bir kısmı yeni kurulacak daire başkanlıklarına verilebilir. Hizmet birimleri, bu Kanunda belirtilen faaliyet alanı, görev ve yetkilere uygun olarak Kurul Karar Organının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe konulan yönetmelikle belirlenir.**

Anayasa'nın 7. maddesinde "Yasama Yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." hükmü yer almıştır.

Anayasa'nın 123. maddesinin birinci fıkrasında ise "İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir." denilmektedir. İdarenin kanuniliği ilkesi gereği, idarenin hizmet birimleri ile bu birimlerin kadro ve görev ünvanlarının ve görevlerinin yasa ile düzenlenmesini gerektirmektedir.

Kuralda ise birinci cümlede, ilgili Bakan'ın onayı ile daire başkanlıkları oluşturma, kapatabilme, birleştirme, görev ve yetkilerinde değişiklik yapma yetkisi verilmekte, ikinci cümlede ise hizmet birimlerinin neler olacağı faaliyet alanı görev ve yetkilere uygun olarak Kurul karar organının teklifi ve Bakanlar Kurulu kararı ile yürürlüğe konulan yönetmelikle belirleneceği öngörülmek suretiyle hizmet birimlerinin görev ve yetkilerinin belirlenmesi idareye bırakılmaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulunun Kanunla kurulmuş kamu tüzel kişisi olduğu ve idarenin bütünlüğü içinde yer aldığı ve kanunla düzenlenmesi gerektiği gözetildiğinde; iptali istenilen kurallar Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğundan, iptali gerekmektedir.

2) 130. maddesinin (6) numaralı fıkrasının incelenmesi;

Kurulun bütçesi, harcama ve işlemlerinin denetimi başlıklı 130. maddenin iptali istenilen (6) numaralı fıkrası şöyledir.

(6) Kurulun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esasları, 5018 sayılı Kanun'un Kurulun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Maddede sözü geçen 5018 sayılı Kanun, kamu mali yönetiminin işleyişini ve kontrolünü düzenlemektedir. İptali istenilen kuralda yönetmelik ile düzenlenmesine ilişkin maddelere bakıldığında, Kanun'un 25. maddesi hariç diğer maddeler Sermaye Piyasası Kurulunun tabi olmadığı konular hakkında olup, dolayısıyla yönetmelikle düzenleneceği belirtilen hususlar hakkında herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Sermaye Piyasası Kurulu kanunla kurulmuş kamu tüzel kişisi olup Anayasa'nın 123. maddesinde belirtildiği üzere idarenin bütünlüğü içinde yer aldığından kanunla düzenlenmesi gerekir. Buna göre Sermaye Piyasası Kurulunun demirbaş ve varlık satışı ve benzeri işlemlerine, bütçe uygulamasına ve giderlerin yapılmasına ilişkin esaslar ile Kurulun iç denetim usul ve esaslarına ilişkin hususlar İdarenin kanuniliği ilkesi gereği kanunla düzenlenmesi gereken hususlardır.

Kuralda "… 5018 sayılı Kanun'un Kurulun tabi olduğu hükümleri saklı kalmak üzere…" ibaresi yer almakta ise de Kurulun tabi olduğu hükümler arasında konu ile ilgili hükümler bulunmadığından 5018 sayılı Kanun'un Sermaye Piyasası Kurulu yönünden uygulanmayacağı açık olup, kuralda Sermaye Piyasası Kurulu tarafından belirlenecek hususlar hakkında herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.

Netice olarak kuralda yönetmelikle düzenleneceği belirtilen hususlar hakkında herhangi bir yasal düzenleme bulunmadığından, belirsiz bir alanın yönetmelikle düzenlenmesine ilişkin kural Anayasa'nın 7. ve 123. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

3) 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "grev ve" ibaresinin incelenmesi;

İptali istenilen ibarenin yer aldığı kuralda 6362 sayılı Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ile MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamayacağı öngörülmektedir.

Uluslararası sözleşmelerde işçilerin en önemli mücadele aracı olarak gösterilen grev hakkı Anayasal güvenceden de yararlanmaktadır. Anayasa'nın 54. maddesinde toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde işçilerin grev hakkına sahip oldukları belirtilmektedir. Aynı maddede "grev ve lokavt iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılamaz" denilmek suretiyle, grev hakkını kullanma yasakları tadadi bir şekilde sayılmış olup, aynı maddenin son fıkrasında ise "grev ve lokavtın yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller ve işyerleri kanunla düzenlenir." denilmektedir.

İptali istenilen kuralda ise bu Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezi takas kuruluşları, merkezi saklama kuruluşları ve MKK (Merkezi Kayıt Kuruluşu) tarafından yürütülen hizmetlerde grevin yasaklanabileceği veya ertelenebileceği haller gösterilmeden söz konusu yerler ve faaliyetler için grev yasağı getirilmesi Anayasal bir hakkın kullanılmasına yönelik bir sınırlama olduğu açıktır.

Açıklanan nedenle kuralda sözü geçen "grev ve" ibaresi Anayasa'nın 54. ve 90. maddelerine aykırı olduğundan iptali gerekir.

4) 138. maddesinin (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin incelenmesi;

Kuralda şöyle denilmektedir.

(11) Borsa İstanbul Anonim Şirketindeki kamu payı yüzde ellinin altına düşünceye kadar kendisinin ve iştiraklerinin her türlü hesap ve işlemlerinin denetimi yalnızca, Kurulun listesindeki bağımsız denetim kuruluşları arasından Hazine Müsteşarlığı tarafından seçilecek bir bağımsız denetim kuruluşunca yapılır. Bağımsız denetim neticesinde hazırlanan rapor eş zamanlı olarak Kurula ve Hazine Müsteşarlığına sunulur.

İptali istenilen kural BİST'te kamu payının yüzde elli ve üzerinde olması durumunda yapılacak denetime ilişkin usulü düzenlemektedir.

Kamu iktisadi teşebbüslerinin denetimini düzenleyen Anayasa'nın 165. maddesinde sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla Kanunla düzenlenebilecek husus sadece denetlemenin esaslarıdır.

Dava konusu kuralda ise Anayasa'nın 165. maddesinde belirtilen Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi zorunluluğu dışına çıkılarak, BİST'in kamu payının yüzde ellinin altına düşünceye kadar Kurul'un listesindeki bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılmasına ve hazırlanan raporun eş zamanlı olarak Kurula ve Hazine Müsteşarlığına sunulması öngörülmektedir.

Açıklanan nedenle kural Anayasa'nın 165. maddesine aykırı olup, iptali gerekir.

5) 138. maddesinin (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin incelenmesi;

Sözü geçen cümle şöyledir.

(12) Borsa İstanbul Anonim Şirketi ile bağlı ortaklıkları ve iştirakleri, kamu iktisadi teşebbüsleri de dâhil, sermayesinin yarısından fazlası kamuya ait olan veya özel kanunla kurulan kamu kurum, kuruluş ve ortaklıklarına uygulanan mevzuat, uygulama ve kısıtlamalara tabi değildir.

Her ne kadar BİST'teki kamu payı şu an itibariyle yüzde kırkdokuz ise de BİST'teki kamu payının yüzde elliye çıkma ihtimali olduğu gibi, mevcut kuralın soyut olarak Anayasa'ya aykırılık yönünden incelenmesi gerekmektedir.

Anayasa'nın 165. maddesinde; "Sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi esasları kanunla düzenlenir." denilmektedir. Anayasa'nın 165. maddesi, sermayesinin yarısından fazlası doğrudan doğruya veya dolaylı olarak Devlete ait olan kamu kuruluş ve ortaklıklarının Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi gerektiğini açık bir şekilde hükme bağlamıştır. Kanunla düzenlenecek olan ise denetleme esaslarıdır.

Bu durumda, Anayasa'nın 165. maddesi uyarınca denetimin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından yapılması gerekmektedir. İptali istenilen düzenleme ise 6085 sayılı Sayıştay Kanunu uyarınca yapılacak denetimi de engellemekte olup, bu haliyle Anayasa'nın 165. maddesine aykırı olduğu cihetle iptali gerekmektedir.

6) 138. maddesinin (13) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin incelenmesi;

İptali istenilen (13) numaralı fıkranın birinci cümlesinde, kuralda belirtilen Kanun ve Kanun Hükmünde Kararname ile bunların ek ve değişikliklerine ilişkin hükümlerin BİST ile BİST'in doğrudan veya dolaylı olarak pay sahipliği nedeniyle bunlara tabi hale gelen bağlı ortaklıkları ve iştirakleri hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir.

138. maddenin (11) nolu ve (12) nolu fıkrası ile ilgili karşı oy gerekçesinde belirtilen nedenlerle, 138. maddenin (13) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan **"… 3.12.2010 tarihli ve 6085 Sayılı Sayıştay**

Kanunu …" ibaresi yönünden Anayasa'nın 165. maddesine aykırı olduğundan iptali gerekmektedir.

Açıklanan nedenlerle yukarıda belirtilen kural ve ibarelerin Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği düşüncesi ile çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

1. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, (b) bendinde yer alan "…gibi…" kelimesinin anayasaya aykırı olmadığı yönündeki karşı oy görüşüne aynen katılıyorum.

2. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, "Bu Kanun uyarınca kurulan ve faaliyet gösteren borsalar ve teşkilatlanmış diğer pazar yerleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları ile Merkezi Kayıt Kuruluşu Anonim Şirketi tarafından yürütülen hizmetlerde grev ve lokavt yapılamaz", hükmü yer almaktadır. Bu fıkra, yukarıda bahsedilen kuruluş ve hizmetlerde çalışanların toplu iş görüşmelerinin uyuşmazlıkla sonuçlanması durumunda ekonomik ve toplumsal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla greve çıkmalarını yasaklamaktadır.

Temel ekonomik ve sosyal haklardan biri olan ve demokratik toplum düzeninin olmazsa olmaz gerekleri içinde yer alan grev hakkının tanınması ve korunmasının kural, yasaklanması ve sınırlandırılmasının ise istisna teşkil etmesi gerekmektedir. Anayasa'nın 54. maddesinde grev hakkı kural olarak işçilere tanınmış ancak bu hakkın kullanımının kanunla yasaklanabileceği ve ertelenebileceğini de hükme bağlamıştır.

Çalışanların ekonomik, siyasi ve toplumsal çıkarlarını korumak ve geliştirmek amacıyla üretimden ve hizmet sunumundan kaynaklanan güçlerini toplu bir şekilde kullanmaları anlamına gelen grev hakkının

yasaklanması ve sınırlandırılması meşru amaç taşısa bile, demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine aykırılık taşımamalıdır.

İptali istenilen düzenlemede belirtilen sermaye piyasasıyla ilgili finansal hizmetleri, kesilmeleri halinde toplumun tümü veya bir kısmının hayatını, güvenliğini ve sağlığını tehlikeye sokacak yaşamsal nitelikte hizmetler olarak değerlendirmek mümkün değildir. Nitekim, 87 sayılı ILO Sözleşme'sinin 3. maddesi kapsamında değerlendirilen grev hakkıyla ilgili olarak ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi de grev yasaklarının toplumsal yaşam için hayati öneme haiz can ve mal kurtarma, güvenlik güçleri, ordu, itfaiye gibi alanlarla, hastane, elektrik üretim, dağıtım, şehir suyu şebeke ve telefon hizmetleri gibi temel hizmet kolları için geçerli olabileceğini kabul etmiştir.[1] Burada, grevin nüfusun tamamının veya bir bölümünün yaşamına, kişisel güvenlik ve sağlığına yönelik açık ve yakın bir tehdit oluşturup, oluşturmadığına bakılmakta ve temel hizmetlerin kapsamı dar bir şekilde yorumlanmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi iptal davasının konusu olan sermaye piyasası sektörünü temel hizmetler arasında saymamıştır.

Çoğunluk, "toplumun ekonomik refahını sürdürebilme hakkı" gibi bir "hakka" atıfla, "grevlerin milli ekonomi, şirketler, bankalar ve vatandaşlar üzerindeki olumsuz etkilerini göz önüne alarak stratejik öneme sahip sermaye piyasasında yer alan faaliyetlerin", grev yasağı kapsamına alınmasının demokratik toplum düzeninin gerekleri ile çelişmediği, ölçülük ilkesine aykırılık taşımadığı ve kamu yararına olduğu gerekçesiyle anayasaya aykırılık teşkil etmediği sonucuna ulaşmıştır. Elbette, grev hakkı, niteliği gereği ulusal ekonomi ve uyuşmazlıkla ilgili olmayan üçüncü kişilerin hakları üzerinde olumsuz etkilere sahip olabilir ancak bu nedenlerle temel hizmet sayılamayacak bir alanda grev yasağını anayasaya uygun görmek, grev hakkının içinin boşaltılmasıyla eş anlamlıdır.

Çoğunluk kararı grevin ekonomi ve vatandaşlar üzerindeki olumsuz etkilerini sermaye piyasası sektöründeki grev yasağı için meşrulaştırıcı bir gerekçe olarak kullanmaktadır. Burada vurgulanması gereken ilk nokta, her grevin olumsuz iktisadi ve toplumsal sonuçlar doğurmadığıdır. Çeşitli nedenlerle, herhangi bir grev iktisadi ve toplumsal hayatı

1 FREEDOM OF ASSOCIATION - Digest of Decisions And Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_090632.pdf, para. 576, 582, 585, erişim tarihi 15 Temmuz 2014.

olumsuz etkilemeyebilir. Bunun da ötesinde, grev hakkının bir anlam ifade edebilmesinin biraz can yakmasına bağlı olduğu da bilinen bir gerçektir. Kaldı ki, yukarıda da değindiğimiz gibi toplum için hayati önem taşıyan temel hizmetlerde grevlerin yasaklanmasına pek fazla kimse itiraz etmemektedir ve uluslararası düzenlemeler de bu yöndedir. Sorun ekonomi ve toplum için stratejik öneme haiz olduğu iddiasıyla sermaye piyasaları sektöründe grevin yasaklanmasından kaynaklanmaktadır. İlginç olan nokta, ekonomileri ve sermaye piyasaları Türkiye'den çok daha ileri ve karmaşık özellikler içeren, dolayısıyla stratejik önemi çok daha fazla olan sermaye piyasalarının bulunduğu ülkelerde böyle bir yasağın öngörülmemesidir.

ILO Örgütlenme Özgürlüğü Komitesinin de vurguladığı gibi bir sektördeki grevin olumsuz iktisadi etkilerinin olması, tek başına o sektörü temel hizmet yapmamaktadır.[2] Grev hakkının yasaklanabilmesi için meşru bir amaç içermesi ve demokratik bir toplumda gerekli olması ölçütlerinin karşılanması gerekir. İptali istenen kural meşru bir amaç taşısa bile, ki o noktada da yukarıda anlatmaya çalıştığım gibi şüphelerim var, her halukarda demokratik toplum düzeninin sağlanması ve korunması için gerekli olan bir yasak değildir. Demokratik bir toplumda temel hizmet sayılamayacak bir sektörde sırf iktisadi kaygılarla anayasanın tanıdığı grev hakkının yok edilmesi kabul edilemez. Üstelik grev hakkı olmadığında toplu sözleşme hakkının ve örgütlenme özgürlüğünün de bir anlamı kalmamaktadır.

Belirtilen gerekçelerle iptali istenen kuralın Anayasa'nın 13. ve 54. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılarak, Çoğunluk kararına muhalif kalınmıştır.

Üye
Engin YILDIRIM

2 FREEDOM OF ASSOCIATION - Digest of Decisions And Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_090632.pdf, para. 592, erişim tarihi 15 Temmuz 2014.

KARŞIOY GEREKÇESİ

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 110. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde yer alan "…gibi…" kelimesinin iptaline karar verilmiştir.

"Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik" başlıklı söz konusu maddenin birinci fıkrasının (b) bendinde "*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 halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak*" da güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâllerinden biri olarak düzenlenmiştir.

Kanunun genel gerekçesinde, 2499 sayılı Kanunda da düzenlenen söz konusu suçun aynen muhafaza edildiği belirtilerek, Türk Ceza Kanunundaki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâli olarak düzenlenen bu suç "örtülü kazanç aktarma suçu" olarak tanımlanmıştır.

Bu suçun maddî unsuru örtülü işlemlerle halka açık ortaklığın kârının veya mal varlığının azaltılmasıdır. Bu azaltma çeşitli suretlerde gerçekleştirilebilir. Birinci fıkranın (b) bendindeki "gibi" edatı, kendisinden önce gelen "*… emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak*" ibaresindeki örtülü işlemlerin sınırlı sayıda olmadığını ve bunların örtülü kazanç aktarmanın gerçekleştirilme yolları ile ilgili örnekleri oluşturduğunu göstermektedir. Suçun, maddede örnekleri sayılan örtülü işlemler veya bunlara benzer işlemlerle gerçekleşmiş olup olmadığının da her somut olayda yargı mercilerince tespit edilmesinde zorunluluk bulunmaktadır.

İptal kararında, "gibi" kelimesi kullanılmak suretiyle ceza yaptırımı uygulanacak fiillerin belirsiz hâle getirildiği ve "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunma" fiilinin somutlaştırmaya elverişli olmaması sebebiyle söz konusu ibarenin belirli ve öngörülebilir olmadığı gibi suçun kanuniliği ilkesine de aykırı olduğu belirtilmiştir.

Oysa yukarıda da belirtildiği üzere, örtülü kazanç aktarma suçunu oluşturan fiil örtülü işlemlerle halka açık ortaklığın kârını veya malvarlığını azaltmaktır. "Gibi" kelimesi ile örnekleri sınırlı bir şekilde belirlenmeyen

"örtülü işlemlerde" bulunmak, suçu oluşturan fiil olan "halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltma"nın gerçekleştirilme suretini ifade etmektedir. Bu itibarla, öncelikle örtülü kazanç aktarma suçunun gerçekleştiriliş suretleri ile ilgili örnekleri oluşturan "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde" bulunmanın, suçu oluşturan "fiil" olarak nitelendirilmesinde isabet bulunmamaktadır.

Diğer taraftan "gibi" kelimesinin anılan hükmü belirli ve öngörülebilir olmaktan çıkardığı ve suçun kanuniliği ilkesine uygun olmadığı yönündeki görüşe de katılmak mümkün değildir.

Anılan hükümde, örtülü işlemlerin, iptal kararında belirsizliğe yol açtığı belirtilen ibareye yer verilmeden örtülü kazanç aktarma suçunun gerçekleştirilme yöntemi olarak öngörülmesi, başka bir ifadeyle (b) bendinin "Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak" şeklinde düzenlenmesi, hükmü daha belirli ve öngörülebilir hâle getirmezdi. Hükümde "gibi" edatının kullanılmasının gerekliliği tartışılabilirse de belirsizliğe yol açtığı yönündeki tesbite katılmak mümkün değildir. Aksine, kazanç aktarma suçunun maddî unsurunu oluşturan "halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak" fiilinin gerçekleştirilme yöntemlerinin örnek olarak belirtildiğini gösteren mezkûr edat, hükmü daha belirli ve daha öngörülebilir hâle getirmektedir.

Diğer taraftan, suçların kanuniliği ilkesi suç oluşturan "fiillerin" kanunla belirlenmesi zorunluluğunu ifade etmektedir. Örtülü kazanç aktarma suçunu oluşturan fiil halka açık ortaklığın kârını veya malvarlığını azaltmak olduğundan, "gibi" edatı fiilin bir unsuru olarak kullanılmamakta; yukarıda açıklandığı üzere, suçun işlenme yolları ile ilgili örtülü işlemlerin sınırlı sayıda olmadığını ve sayılanların örnek olarak belirtildiğini göstermektedir. Bu itibarla "gibi" kelimesinin suçların kanuniliği ilkesine aykırılığı da söz konusu değildir.

Değişen şartlara uyarlama ihtiyacı ve kanunların genelliği ilkesi kanunların belli ölçüde yoruma açık benzer hükümler içermesini gerektirmekte; Türk Ceza Kanununda ve çeşitli kanunlardaki özel ceza hükümlerinde uzun ve sınırlı listeler yapılması yerine hükmün daha iyi

anlaşılmasına hizmet eden "gibi", "ve sair", "veya sair", "ve benzeri", "ya da başka bir" şeklinde ifadelere yer verilmek suretiyle kanunların değişen şartlara yargı kararıyla uyum sağlaması mümkün olmaktadır.

Sermaye piyasasının özellikleri dikkate alındığında, örtülü kazanç aktarma suçunun hangi örtülü işlemlerle işlenebileceğinin kanunla tadadî olarak belirlenmesi hemen hemen imkânsız olduğu gibi, yasama organının yapacağı sınırlı bir saymanın sık sık değişen durum ve ihtiyaçlar karşısında kısa zamanda yetersiz hâle geleceği de açıktır. Yasama organının yapısı bakımından, bu tür ihtiyaçları zamanında karşılayacak düzenlemeleri yapmasındaki güçlüğü dikkate alarak sayma yolunu tercih etmemesi ve kanunda esaslı hükümleri tespit ettikten sonra ceza hükümlerini uygulayacak yargı mercilerine yetki tanıması da kanunla düzenleme zorunluluğunun yerine getirilmesi anlamına gelmektedir (AYM, E.1973/12, K.1973/24, K.T: 6.7.1973).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, kanunların genelliği ilkesi sonucu kanunlarda kullanılan ifadelerin her zaman mutlak bir şekilde açık olmadıklarını, düzenleme yapmanın standart tekniklerinden birinin, uzun ve sınırlı listeler yapmak yerine genel sınıflar belirlemek olduğunu, aşırı katılıktan kaçınmak ve değişen şartlara uyum sağlayabilmek için kanunların az ya da çok muğlak ifadeler içerdiğini, zaten yargı yetkisinin günlük uygulamadaki değişiklikleri de gözönüne alarak kuralların yorumuna ilişkin tereddütleri ortadan kaldırmak için var olduğunu belirterek, suç oluşturan fiiller bakımından bile kanunilik ilkesini geniş yorumlamaktadır (Örn. *Kononov/Letonya*, B.No: 36376/04, 17.05.2010, par.185).

Aynı gerekçelerin, suçun gerçekleştiriliş yollarını ifade eden örtülü işlemlerin sınırlı sayıda değil, örnek olarak sayıldığı dava konusu kural için evleviyetle geçerli olduğu açıktır.

Bu sebeplerle, "…gibi…" kelimesinin Anayasaya aykırı olmadığı düşüncesiyle iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Üye Hicabi DURSUN	Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN
Üye Muammer TOPAL	Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/40
Karar Sayısı : 2013/139
Karar Günü : 28.11.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Edirne İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sosyal Güvenlik Kurumunca verilen idarî para cezasını peşin ödeyen davacının bu cezaya karşı açtığı davanın reddedilmesi üzerine, idarece para cezasının peşin ödeme nedeniyle tahsil edilmemiş dörtte birlik kısmı için düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı şirket yetkilisi mahkememize vermiş olduğu dava dilekçesi ile, davalı idarenin davacı firma hakkında düzenlemiş olduğu 08/02/2012 tarihli idari para cezası işlemi ile 12.928,00 TL idari para cezası ile cezalandırılmasına karar verdiğini, anılan para cezası işlemi nedeniyle haksız çıkmaları halinde %25 indirim haklarının zayi olmaması amacıyla 15 günlük yasal süresi içinde %25 indirimli olarak para cezasını kuruma ödediklerini ve bu işleme karşı kuruma itirazda bulunduklarını, itirazın reddedilmesi nedeniyle Edirne 2. Sulh Ceza

Mahkemesine başvurduklarını, ancak davanın reddedildiğini, davanın reddinden sonra davalı idarenin para cezası işlemine karşı dava açılması nedeniyle %25 indirim hakkından yararlanamayacakları gerekçesi ile dava konusu edilen ödeme emri ile davacı firmadan 3.941,77 TL nin gecikme faizi ile birlikte ödenmesi için takip başlattığını belirtmiştir.

Davacı, davalı idarenin 5510 sayılı Yasanın 140. maddesinin 4. fıkrasına göre söz konusu paranın tahsilini talep ettiğini, söz konusu değişik (09/05/2007 tarih ve 5655 sayılı Kanunun 2.md ile) dördüncü fıkranın, "Ancak, Kurumca itirazın reddedilmesi veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörtte birlik ceza tutarı, 80 inci madde hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir." kısmının ödeme yapıldığı halde, yargı yoluna başvurulması durumunda indirim hakkını ortadan kaldıran düzenlemenin, kişinin Anayasal güvence altına alınmış "Hak arama hakkı ve hürriyetini" kısıtladığından başta Anayasa olmak üzere Avrupa İnsan Haklan Sözleşmesinin "Hak arama hakkını" güvence altına alan hükümlerine de aykırı olduğunu ifade ederek Anayasa'ya aykırı olduğunun tespiti amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine ve ön mesele yapılarak Anayasa'ya aykırılık iddiasının giderilmesinden sonra esas hakkında karar verilmesini talep etmiştir.

Davalı kurum vekili Anayasaya aykırılık iddiasının giderilmesi yoluna başvurulmadan davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Davacı tarafından işbu davada 5510 sayılı Yasanın 140. maddesinin değişik 4. fıkrasının Anayasaya aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de 5510 sayılı Yasanın 140. maddesinin bulunmadığı, söz konusu düzenlemenin 506 sayılı Mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesinin 4. fıkrası olduğu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ile Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 106/1 (Değişik madde: 17/04/2008-5754 S.K./64. mad) ile yürürlükten kaldırıldığı, olayda davacıya 5510 sayılı Yasanın 102. maddesinin uygulandığı, söz konusu düzenlemenin 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ile Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesinin (1) bendinin 5. fıkrası olan "İdarî para cezalarının, Kuruma itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme idari para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemez. Ancak Kurumca veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörttebirlik ceza tutarı, 89 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir." hükmü olduğu tespit edilmiştir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, millî gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten, eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık olan devlettir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır.

"2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Maddenin tanımından bu hakkın yalnızca yargılama aşamasının adilliğinin değil, mahkemeye erişimini de kapsadığı açıktır. Kişilerin adalete erişiminin kolaylıkla sağlanması ve herhangi bir sınırlama ile karşılaşılmaması adil yargılanma hakkının gereğidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de "herkes iddialarını mahkeme önüne taşıma hakkını" adil yargılama ilkesinin bir unsuru olarak kabul etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarında belirtildiği üzere, adil yargılanma kapsamında yer alan en geniş kavramlardan biri olan mahkemeye erişim hakkının, herkesin medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi amacıyla mahkemeye erişim hakkını ve davasının adil bir yargılama ile esastan karara bağlanmasını talep etme hakkını teminat altına aldığını belirtmektedir. (Golder İngiltere, 21 Şubat 1975- 36, Seri A no. 18; ve Lichtenstein Prensi Hans-Adam II v. Almanya [GC], no.42527/98, - 43,). Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkemeye erişim hakkının mutlak olmayıp, adaletin iyi ve hızlı yönetilmesini sağlamak amacıyla ulusal otoriteler tarafından uygulamaya konulan usuli kural ve düzenlemelere tabi tutulabileceğini belirtmiştir. Ancak uygulanan sınırlamalar bireye tanınan erişim hakkının özüne etkili olacak şekilde kısıtlama ya da daraltma getirmemelidir. Meşru bir amaç taşımayan ve kullanılan yöntem ve ulaşılmak

istenen amaç arasında makul bir orantısallık olmayan bu tür bir sınırlamanın Sözleşmenin 6. maddesi 1. paragrafı ile uyum içinde olacağının söylenemeyeceğini kabul etmiştir. (Ashingdane v. İngiltere, 28 Mayıs 1985, - 57, Seri A no.93).

Mahkemeye başvurmak için kabul edilebilir harç dışında, ayrıca davacının ilk derece mahkemesine başvurduğunda davayı kaybetmesi halinde ilaveten verilen idari para cezasının 1/4'ünüde ödemeye zorlanması mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasıdır.

Mevzuatımızda idari para cezalarını düzenleyen 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 17. maddesinin 6. fıkrasında "Kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir, idarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez." şeklinde düzenleme yapılarak peşin ödeme halinde yapılan 3/4 oranındaki ödemeyi müteakip, mahkemeye başvurulması halinde kalan 1/4 miktarın tahsil edilmesi halini, mahkemeye erişimi kısıtlayacağı için düzenlememiştir. Benzer mahiyetteki idari para cezalarında farklı düzenlemeler hukuk devletinin öngörülebilirlik ve belirlilik ilkesine de aykırılık oluşturacaktır. Yasal sistemin hem bireysel hem de toplumsal açıdan adil sonuçlar doğurması gerekir. Devletin sadece hak arama ve hukuki yollara başvurulmasını düzenlemesi ve bunları açık tutması yeterli değildir; aynı zamanda bu yolların etkinliğini sağlamak mükellefiyeti vardır. İdari para cezalarını ödeyen kişileri mahkemeye başvurmayı engelleyecek şekilde caydırı miktarda 1/4 oranında ilave mali külfet yüklenmesi için meşru ve haklı bir amaç bulunmadığı gibi düzenlemenin orantılı olmadığı da değerlendirilmektedir.

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ile Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesinin (1) bendinin 5. fıkrası olan "...Ancak Kurumca veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörttebirlik ceza tutarı, 89 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir." kısmının Anayasa'nın 2. ve 36. maddesine aykırı olduğu ve iptal edilmesi gerektiği kanaati ile dava dosyasının tüm belgeleri ile onaylı suretinin dosya oluşturularak Anayasa Mahkemesine sunulmasına, iş bu karar aslı ile dosya suretinin Anayasa Mahkemesine tebliğinden itibaren 5 ay beklenilmesine, 5 ay içinde netice gelmezse mevcut mevzuata göre davanın görülerek çözümüne devam edilmesine, kararın taraflara tebliğine 28.03.2013 tarihinde karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesinin dördüncü fıkrası ile itiraz konusu cümlenin yer aldığı beşinci ve devamı fıkraları şöyledir:

"İdarî para cezaları ilgiliye tebliğ ile tahakkuk eder. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde Kuruma ya da Kurumun ilgili hesaplarına yatırılır veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebilir. İtiraz takibi durdurur. Kurumca itirazı reddedilenler, kararın kendilerine tebliğ tarihinden itibaren otuz gün içinde yetkili idare mahkemesine başvurabilirler. Bu süre içinde başvurunun yapılmamış olması halinde, idarî para cezası kesinleşir.

İdarî para cezalarının, Kuruma itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme idarî para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemez. ***Ancak Kurumca veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörttebirlik ceza tutarı, 89 uncu maddenin ikinci fıkrası hükmü de dikkate alınarak tahsil edilir.***

Mahkemeye başvurulması idarî para cezasının takip ve tahsilini durdurmaz. Tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde ödenmeyen idarî para cezaları, 89 uncu madde hükmü gereğince hesaplanacak gecikme cezası ve gecikme zammı ile birlikte tahsil edilir.

İdarî para cezaları on yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Zamanaşımı süresi, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlar.

İdarî para cezaları hakkında, bu Kanun ve 16/5/2006 tarihli ve 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanununda hüküm bulunmayan hallerde 30/3/2005 tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu hükümleri uygulanır."

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

5510 sayılı Kanun'un ilgili görülen 89. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

"Kurumun prim ve diğer alacakları süresi içinde ve tam olarak ödenmezse, ödenmeyen kısmı sürenin bittiği tarihten itibaren ilk üç aylık sürede her bir ay için % 3 oranında gecikme cezası uygulanarak artırılır. Ayrıca, her ay için bulunan tutarlara ödeme süresinin bittiği tarihten başlamak üzere borç ödeninceye kadar her ay için ayrı ayrı Hazine Müsteşarlığınca açıklanacak bir önceki aya ait Yeni Türk Lirası cinsinden iskontolu ihraç edilen Devlet iç borçlanma senetlerinin aylık ortalama faizi bileşik bazda uygulanarak gecikme zammı hesaplanır. Ancak, ödemenin yapıldığı ay için gecikme zammı günlük hesaplanır. Bakanlar Kurulu, ilk üç ay için uygulanan gecikme cezası oranını iki katına kadar artırmaya veya bu oranı % 1 oranına kadar indirmeye, yeniden kanunî oranına getirmeye ve uygulama tarihini belirlemeye yetkilidir. Dava ve icra takibi açılmış olsa bile, prim ve diğer Kurum alacaklarının ödenmemiş kısmı için gecikme cezası ve gecikme zammı tahsil edilir."

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 2.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, kişilerin mahkemeye erişiminin kolaylıkla sağlanması ve bu konuda herhangi bir sınırlamayla karşılaşılmamasının

hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkının bir gereği olduğu, herkesin iddialarını mahkeme önüne taşıma hakkının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak kabul edildiği ve bu konuda hakkın özüne etkili olmayacak şekilde yapılabilecek düzenlemelerin ölçülü olması gerektiğinin belirtildiği, açılan davanın kaybedilmesi durumunda davacının dava konusu idarî para cezasının dörtte birini ödemeye zorlanmasının mahkemeye erişim hakkını kısıtlayıcı nitelik taşıdığı, itiraz konusu kural benzeri bir düzenlemeye Kabahatler Kanunu'nda yer verilmediği hususu dikkate alındığında benzer nitelikteki idarî para cezaları yönünden farklı düzenlemeler getirilmesinin hukuk devletinin öngörülebilirlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturduğu, Devlet tarafından hak arama yollarının açık tutulmasının yeterli olmadığı, bu yolların etkinliğinin de sağlanması gerektiği, mahkemeye başvurmayı caydırıcı şekilde davacılara ek mali külfet yüklenmesinin meşru ve haklı bir amacının bulunmadığı gibi orantılı da olmadığı belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5510 sayılı Kanun'un 102. maddesinin beşinci fıkrasında, idarî para cezalarının Sosyal Güvenlik Kurumuna itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçünün tahsil edileceği ve peşin ödemenin idarî para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemeyeceği belirtildikten sonra, itiraz konusu üçüncü cümlede, Sosyal Güvenlik Kurumunca veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi halinde daha önce tahsil edilmemiş olan dörtte birlik ceza tutarının, Kanun'un 89. maddesinin ikinci fıkrası hükmü de dikkate alınarak tahsil edileceği hükme bağlanmıştır. Kanun'un 89. maddesinin ikinci fıkrası, Sosyal Güvenlik Kurumunun alacaklarının süresi içinde ödenmemesi halinde gecikme cezası ve gecikme zammı uygulanmasını öngörmektedir.

Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

Mahkemeye erişim hakkı, hak arama özgürlüğünün bir gereği olmakla birlikte, hak arama özgürlüğünün varlığının kabulü için tek başına yeterli bulunmamaktadır. Kişilere yargı mercileri önünde dava açma hakkı tanıyan bir düzenlemenin, mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı önemli ölçüde zorlaştırıcı veya caydırıcı nitelikte kurallar içermesi halinde bu düzenlemenin hak arama özgürlüğüne uygun olduğundan söz edilemez.

Kanun koyucu, idarî para cezalarının Sosyal Güvenlik Kurumuna itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde peşin ödenmesi halinde, bunun dörtte üçünün tahsil edilmesini öngörmüş ve peşin ödemenin idarî para cezalarına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemeyeceğini belirtmiştir. Peşin ödeme halinde para cezasının dörtte üçünün tahsil edilmesi, peşin ödemenin özendirilmek suretiyle alacağın bir an önce tahsili amacını gütmektedir.

Peşin ödeme sonrasında idarî para cezasına karşı idareye itiraz veya yargı yoluna başvurulması ve bu başvurunun reddine karar verilmesi durumunda, daha önce tahsilinden vazgeçilmiş olan dörtte birlik ceza tutarının tahsil edileceğinin öngörülmesi, bu cezalara karşı hak arama özgürlüğünü kullanan kişilere bir tür yaptırım uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Peşin ödedikleri idarî para cezası tutarı dışında yeni bir ödeme ile yükümlü kılınmaları, kişilerin bu cezalara karşı itiraz veya dava yoluna başvurmalarını caydırıcı bir nitelik taşımaktadır. Peşin ödeme sonrası itiraz yoluna başvurulmadığı ya da dava açılmadığı takdirde idarece hiçbir zaman istenilemeyecek olan bir tutarın, bu yollara başvuran ve başvurusu reddedilen kişilerden tahsil edileceğinin öngörülmesi, hak arama özgürlüğünün ihlaline yol açan açık bir müdahaledir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 36. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 36. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden Anayasa'nın 2. maddesi yönünden ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir.

Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ bu görüşe katılmamışlardır.

VI- SONUÇ

31.5.2006 günlü, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Erdal TERCAN ile M. Emin KUZ'un karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.11.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

5510 sayılı Kanunun 102. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesinin Anayasaya aykırılığı itirazı üzerine anılan hüküm Anayasanın 36. maddesine aykırı bulunarak iptal edilmiştir.

Beşinci fıkrada, idarî para cezalarının, Sosyal Güvenlik Kurumuna itiraz edilmeden veya yargı yoluna başvurulmadan önce onbeş gün içinde peşin olarak ödenmesi hâlinde dörtte üçünün tahsil edileceği ve peşin ödemenin idarî para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemeyeceği; aynı fıkranın iptal edilen üçüncü cümlesinde ise, Kurumca veya mahkemece Kurum lehine karar verilmesi hâlinde, daha önce tahsil edilmemiş olan dörtte birlik ceza tutarının da tahsil edileceği belirtilmiştir.

Kararda, bu hükmün hak arama özgürlüğüne uygun olmadığı gerekçesiyle iptaline hükmedilmiştir.

Anılan maddenin dördüncü fıkrasında, idarî para cezalarının tebliğ tarihinden itibaren onbeş gün içinde ödeneceği veya aynı süre içinde Kuruma itiraz edilebileceği ve itirazın takibi durduracağı; Kurumca itirazı reddedilenlerin ise otuz gün içinde mahkemeye başvurabileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, idarî para cezasına karşı Kuruma itiraz edilmesi mümkün olduğu gibi yargı yoluna gidilmesi de mümkündür. Üstelik, itirazın takibi durduracağı belirtilerek hak arama hürriyetini güçlendiren önemli bir güvence de sağlanmıştır.

Cezanın dörtte üçünü ödedikten sonra Kuruma itiraz eden veya mahkemeye müracaat eden yükümlüden, Kurumun lehine karar verilmesi hâlinde cezanın ödenmeyen dörtte birinin de tahsil edileceğinin öngörülmesi ilgiliye yeni bir yükümlülük getirmemektedir. Kaldı ki, gereksiz başvuruların önlenerek dava sayısının azaltılması ve böylece mahkemelerin fuzulî yere meşgul edilmeksizin uyuşmazlıkları makul sürede bitirebilmesi gibi kamu yararının gerektirdiği durumlarda başvuruculara yeni yükümlülükler getirilmesi de mümkündür. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurulara ilişkin çeşitli kararlarında, bu yükümlülüklerin kapsamını belirlemenin kamu otoritelerinin takdir yetkisi içinde olduğunu ve öngörülen yükümlülükler dava açmayı imkânsız hale getirmedikçe veya aşırı derecede zorlaştırmadıkça mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğinin söylenemeyeceğini hükme bağlamaktadır (Örn. B.No: 2013/1613, 2/10/2013).

Anayasa Mahkemesi, hak arama özgürlüğünü engellediği iddiasıyla Anayasaya aykırılığı iddia edilen ve kamu alacağı ile ilgili kendisine ödeme emri tebliğ edilen borçlunun itirazında tamamen veya kısmen haksız çıkması hâlinde hakkındaki itirazın reddolunduğu miktardaki kamu alacağının %10 zamla tahsil edileceğini öngören 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 58. maddesinin beşinci fıkrasına ilişkin 3/2/2011 tarihli ve E.2009/83, K.2011/29 sayılı kararında da, kişilerin yargı mercileri önünde sahip oldukları anayasal hakların engellenmediği, idarî para cezalarına karşı yargı yolunun kapatılmadığı ve mahkemelerin bu işlemlerle ilgili davaları inceleyerek gerekli kararları vermekten alıkonulmadığı gerekçesiyle kuralın hak arama hürriyetini engelleyen bir yönünün bulunmadığına hükmetmiştir. İtiraz konusu kuralda

da, idarî para cezalarına karşı itiraz edilmesi ve yargı yoluna başvurulması engellenmemiş, aksine itirazın takibi durdurması öngörülmüş, Kurumca itirazı reddedilenlerin mahkemeye başvurabilecekleri ve peşin ödemenin idarî para cezasına karşı yargı yoluna başvurma hakkını etkilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

Bu itibarla, peşin ödemenin teşvik edilmesi, tahsilâtın hızlandırılması ve dava sayısının azaltılması amacıyla getirildiği anlaşılan mezkûr kuralla, şartlı olarak tahsilinden vazgeçilen meblağın da haksız çıkma hâlinde ödeneceğinin hükme bağlanması, ilgililere getirilmiş yeni bir yükümlülük olarak değerlendirilemeyeceği gibi böyle sayılsa bile mahkemeye erişimi etkisiz kılacak veya yargı yoluna başvurmayı önemli ölçüde zorlaştırıcı veya caydırıcı nitelikte, dolayısıyla da hak arama hürriyetine uygun olmayan bir düzenleme olarak değerlendirilemez.

Açıklanan sebeplerle, itiraz konusu kuralın Anayasanın 36. maddesine aykırı olmadığı ve iptal talebinin reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Alparslan ALTAN	Burhan ÜSTÜN	Nuri NECİPOĞLU

Üye	Üye
Erdal TERCAN	M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/46
Karar Sayısı : 2013/140
Karar Günü : 28.11.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi Üyeleri Muharrem İNCE, M. Akif HAMZAÇEBİ ile birlikte 117 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 31.1.2013 günlü, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun;

1- 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan *"…ile 21 inci madde gereğince…"* ibaresinin,

2- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *"… ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller…"* ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 129. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"1) 6413 Sayılı "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu"nun 13 üncü Maddesinin Altıncı Fıkrasında Yer Alan "...ile 21 inci madde gereğince..."İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanununun 13 üncü maddesi ile, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasına ilişkin, usul ve esaslar belirlenmiştir. Kamu hizmetlerinin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi için araç olan idarenin bu hizmeti iyi yürütmesi için gerekli tedbirleri alma yetkisi ile donatılmasının zorunlu olduğu

kuşkusuzdur. Bu nedenle idarenin kamu hizmetini yürütecek olan ajanlarını statüye alırken bir takım özelliklere sahip olmasını araması ne kadar doğal ise, statüye aldıktan sonra ajanlarını verimli şekilde kullanması, hizmeti aksatacak, kamu hizmetinin yürütülmesine zarar veren ajanlarını bünye dışına çıkarması da o kadar doğaldır.

Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası, personelin tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre, Türk Silahlı Kuvvetlerden ilişiğin kesilmesi veya sözleşmenin feshedilmesidir. Silahlı Kuvvetlerden ayırma disiplin cezasını gerektiren disiplinsizlikler 20 nci maddede sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Bununla birlikte 21 inci madde uyarınca da hesaplanacak disiplin puanına ulaşan personelin, disiplinsizliği alışkanlık haline getirdiği kabul edilir ve personel hakkında savunması dahi alınmadan Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası verilebilecektir.

Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunun 13 üncü maddesinin altıncı fıkrasında, hakkında ayırma dosyası düzenlenecek personelin savunma hakkını nasıl kullanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, hakkında disiplin amirleri tarafından işlem başlatılan personelin savunmasının işlemi başlatan disiplin amiri tarafından alınması öngörülmüştür. Diğer durumlarda (ayırma dosyasının yüksek disiplin kurulları tarafından resen veya Genel Kurmay Başkanlığınca gönderilmesi üzerine gündeme alınması yüksek disiplin kurulunca ayırma dosyası görüşülecek personelin bağlı olduğu komutanlıklar vasıtasıyla savunmanın alınması öngörülmüştür. Bu şekilde yazılı savunmanın alınmasının yanında, kararın doğru ve hakkaniyetli verilmesi için gerek görülmesi durumunda ayırma dosyası görüşülecek personel, sözlü ifade vermek üzere kurul toplantısına çağırılabilecektir.

Bunun yanında, hakkında ayırma kararı verilecek personelin firar veya izin tecavüzünde bulunması veya benzeri olan savunma almayı imkansız hale getiren durumların bulunması hali ile kanunun 21 inci maddesi gereği belli bir disiplin puanına veya disiplin cezası miktarına ulaşma sonucunda verilecek ayırma cezalarında savunma alınmayacağı özel olarak belirtilmiştir. Firar veya izin tecavüzünde bulunması veya benzeri olan savunma almayı imkansız hale getiren durumların bulunması halinde kişilerin savunmasının alınması pek tabi mümkün değildir. Firar veya izin tecavüzünde bulunası veya benzeri durumlarda personelin savunmasının alınmasını imkansız kılabilecek hallerde esas olan kişilerin zaten yokluğudur. Halbuki 21 inci madde gereğince, personelin belirli bir ceza puanını doldurmuş olması nedeniyle savunmaları alınmadan otomatikman ordudan ihraç edilmesinin önünün açılması durumu farklı olup açıkça hak ihlali yaratır. Üstelik bu ibare yasanın insan hakları ihlallerini ortadan kaldırma amacı ile

de açıkça çelişmektedir. Oysa ki AİHS'nin 6 ncı maddesinde tanımlanan adil yargılanma hakkına atfedilen kavramlar, yasal, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede yargılanma, makul sürede yargılanma, açık (aleni) yargılama, vicdanilik, masumiyet karinesi, silahların eşitliği ilkesi, sanık hakları şeklinde özetlenebilir. Mevzuat hükümlerinin yorumlanmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının yön göstericisinden faydalanılması gerektiği izahtan vareste olmakla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının doğrudan iç mevzuat hükümlerini ortadan kaldırma yeteneğinin bulunmadığı, Anayasanın 90/5 inci maddesinin bu yönde bir yorumda bulunulmasına elverişli olmadığı hususunda duraksama bulunmamalıdır. Bu nedenle askeri personele sırf belirli bir ceza puanını doldurmuş olması nedeniyle kendini savunma imkanı dahi tanımadan hakkında ceza veya hak kaybına uğrayacağı bir müeyyidenin uygulanacak olması adli yargılanma hakkının ihlali olup AİHM nezdinde ülkemizin bir kez daha prestij kaybına uğramasına neden olacaktır.

Anayasanın 129/2 nci maddesindeki "....memurlara... savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilmez." kuralı, askeri disiplin suçlarında da geçerlidir. Suç işlendiği iddia edilen kimseye ceza verilmeden önce savunmasının alınması en doğal haklarından biridir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dayanmış olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1 inci maddesinde belirtilen adli yargılanma hakkı, Anayasanın 36 ncı maddesinde doğrudan düzenlenmiş bu itibarla, Anayasanın "Hak arama hürriyeti" başlıklı 36 ncı maddesinde, herkesin gerekli araç ve yollardan yararlanarak yargı organları önünde davacı ya da davalı olarak sav ve savunma hakkı bulunduğu belirtilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, savunma hakkı gibi diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birisidir. Bu nedenle hangi durum ve zamanda olursa olsun savunma almadan veya sanığa kendini savunma imkanı verilmeden ceza verilmesi hukuka açıkça aykırılık teşkil eder. Bu itibarla disiplin amirlerinin suç gözlerinin önünde işlense bile, failin kendini savunmasına izin verilmelidir. Savunma imkanı verilmeden, disiplin cezası verilmesi halinde verilen ceza, itiraz yolu ile kaldırılır ve iptal davasına konu olabilir. Nitekim Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de, savunma alınmadan ceza verilmesi halini 'yok hükmünde' saymaktadır.

Açıklanan bu nedenlerle, 13 üncü maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "...ile 21 inci madde gereğince..." ibaresi Anayasanın 36 ncı maddesinin birinci ve 129 uncu maddesinin ikinci fıkralarına aykırı olduklarından iptal edilmelidir.

2) 6413 Sayılı "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu"nun 20 nci Maddesinin Birinci Fıkrasının (c) Bendinde Yer Alan "ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller" İbaresinin Anayasaya Aykırılığı

Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma nedenleri arasında sayılan 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer alan "Hizmete Engel Davranışlarda bulunmak" disiplinsizliği "Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte tutum ve davranışlarda veya ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerde bulunmak" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda yer alan ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller ibaresinin ne olduğu belirsizdir. Yasa koyucunun esas görevi bu suçların ve disiplinsizlik hallerinin ne veya neler olduğunu açıkça, tek tek göstermek ve saymaktır. İptali istenen yasa hükmünün uygulanması halinde, tutum ve davranışların Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar vermesi yeterli olup, personelin statüsüne son verilmesini gerektiren davranış biçiminin aynı zamanda bir suça sebebiyet vermesi zorunlu olmayacaktır. Keyfi uygulamalara sebebiyet verecek nitelikteki bu düzenleme aynı zamanda isteyenin istediği davranışı "ağır suç" veya "disiplinsizlik teşkil eden fiil" şeklinde nitelendirmesine neden olabilecektir.

Anayasanın 2 nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden birisi de belirlilik' tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması gerekir. Belirlilik ilkesi, bireylerin hukuksal güvenliğinin sağlanması bakımından da önem arz etmektedir.

Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını,

bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasanın 38 inci maddesinin ilk fıkrasında da, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasada öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasanın 38 inci maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2 nci maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasanın 38 inci maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.

Henüz sosyal devletin gereklerini tam olarak yerine getirmemiş olan ülkemizde, askeri disiplin yaptırımlarının amacının Türk Silahlı Kuvvetlerde mutlak disiplinin tesisi olduğunu ortaya koyarak, aslında hukuka aykırı disiplin işlemlerinin yasalarla meşrulaştırılması Devlete duyulan saygınlığın ve güvenin zedelenmesi suretiyle yeniden hak ihlallerine yol açacak durumların gelişeceğini göz ardı etmek doğru değildir. Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Mevzuatında Silahlı Kuvvetlerden Ayırma Cezası Gerektiren Disiplinsizlik Hali içinde yer alan, ve Disiplin Kurullarına geniş ölçüde takdir yetkisi tanıyan hizmete engel davranışlarda bulunmak disiplinsizliği, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan bir disiplinsizlik hali olarak düzenlendiği açıktır. Askeri Disiplin hukukunda keyfi uygulamaların önünü açabilecek ve kıyas ilkesini getirecek bu hüküm adeta idareyi hukuka aykırı davranmaya teşvik etmektedir.

"Hizmete Engel Davranışlarda bulunmak" disiplinsizliği "Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte tutum ve davranışlarda veya ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerde bulunmak" tanımında yer alan ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller ibaresinin belirsizliği ve keyfi uygulamalara neden olacak biçimde düzenlenmiş bulunması nedeniyle, Anayasanın

2 nci maddesine ve 38 inci maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına aykırı olduğu için iptal edilmelidir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu kural hakkında yürürlüğünün durdurulması da istenerek iptal davası açılmıştır. 31.01.2013 tarihli ve 6413 sayılı "Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunun iptali istenen maddelerinin uygulanması halinde, Anayasaya, kanunlara ve Uluslararası sözleşmelere ve Anayasa Mahkemesinin kararlarına aykırı olarak geriye dönüşü imkansız biçimde ve giderilmesi olanaksız hukuki zarar ve durumlara yol açacağı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kuralın yürürlüğünün durdurulması istenilmektedir…"

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

6413 sayılı Kanun'un dava konusu ibarelerin yer aldığı;

1- 13. maddesinin (6) numaralı fıkrası şöyledir:

"Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasının verilmesine ilişkin sürecin; disiplin amirlerinin teklifi ile başlatılması hâlinde süreci başlatan disiplin amiri tarafından, diğer durumlarda ise yetkili komutanlıklar vasıtası ile yüksek disiplin kurulları tarafından hakkında karar verilecek personelin savunması alınır. Yazılı savunma haricinde, yüksek disiplin kurulu tarafından gerek görülmesi veya personelin talepte bulunması hâlinde personel sözlü olarak da ifade vermeye çağrılabilir. Firar ve izin tecavüzü gibi ilgilinin bulunamaması nedeniyle savunma almayı imkânsız hâle getiren zorunlu hâller ***ile 21 inci madde gereğince*** *verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasında savunma alınmaz."*

2- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrası şöyledir:

"Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler şunlardır:

a) Aşırı borçlanmak ve borçlarını ödeyememek: Nafaka, trafik kazası, doğal afet, personelin öngöremeyeceği şekilde ülke genelinde yaşanan olağanüstü

ekonomik dalgalanmalar, ani devalüasyonlar, sağlık ve tedavi giderleri ile kefillik ve benzeri zorunluluk hâlleri hariç olmak üzere, aşırı derecede borçlanmaya düşkün olmak ve bu borçlarını ödememeyi alışkanlık hâline getirmektir.

b) Ahlaki zayıflık: Görevine, sosyal ve aile yaşantısına zarar verecek derecede menfaatine, içkiye, kumara düşkün olmak veya Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarını sarsacak şekilde yüz kızartıcı, utanç verici veya toplumun genel ahlak yapısına aykırı fiillerde bulunmaktır.

c) Hizmete engel davranışlarda bulunmak: Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte tutum ve davranışlarda veya ***ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller****de bulunmaktır.*

ç) Gizli bilgileri açıklamak: Yetkisi olmadığı hâlde, devletin güvenliği ile iç ve dış siyasi yararlarına ilişkin elde ettiği gizli bilgileri yetkisiz kişi ve kuruluşlara vermek, ulaştırmak veya açıklamaktır.

d) İdeolojik veya siyasi amaçlı faaliyetlere karışmak: Siyasi partilere girmek, ideolojik veya siyasi faaliyetlere karışmak, ideolojik veya siyasi amaçlarla disiplini bozucu tavır ve davranışlarda bulunmaktır.

e) Uzun süreli firar etmek: Geçerli bir mazereti olmaksızın kesintisiz olarak bir yıldan fazla süre ile izin süresini geçirmek veya firar hâlinde bulunmaktır.

f) Disiplinsizliği alışkanlık hâline getirmek: Disiplini bozucu tavır ve davranışlarda bulunmayı alışkanlık hâline getirmek veya aldığı disiplin cezalarına rağmen ıslah olmamaktır.

g) İffetsiz bir kimse ile evlenmek veya böyle bir kimse ile yaşamak: İffetsizliği anlaşılmış olan bir kimse ile bilerek evlenen veya evlilik bağını devam ettirmekte veya böyle bir kimseyi yanında bulundurmakta veya karı koca gibi herhangi bir kimse ile nikahsız olarak devamlı surette yaşamakta ısrar etmektir.

ğ) Gayri tabii mukarenette bulunmak: Bir kimseyle gayri tabii mukarenette bulunmak yahut bu fiili kendisine rızasıyla yaptırmaktır."

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

6413 sayılı Kanun'un 21. maddesi şöyledir:

*"**Disiplin ceza puanına bağlı olarak ayırma cezası verilmesi***

***MADDE 21-** (1) Aşağıda belirtilen durumlar disiplinsizliği alışkanlık hâline getirme olarak kabul edilir ve sözleşmeli subay ve astsubaylar hariç subaylar, astsubaylar ve uzman jandarmalar hakkında ayırma cezası verilir.*

a) En son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son bir yıl içinde on sekiz disiplin cezası puanı veya en az iki farklı disiplin amirinden toplam on iki defa veya daha fazla disiplin cezası almak.

b) En son alınan disiplin cezasının kesinleştiği tarihten geriye doğru son beş yıl içinde otuz beş disiplin cezası puanı veya en az iki farklı disiplin amirinden toplam yirmi beş defa veya daha fazla disiplin cezası almak.

(2) Birinci fıkra kapsamında ceza puanlarının hesaplanması ekli (2) sayılı çizelgeye göre yapılır."

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 129. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 2.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kanun'un 13. Maddesinin (6) Numaralı Fıkrasının Son Cümlesinde Yer Alan *"…ile 21 inci madde gereğince…"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, askeri personele, belirli bir ceza puanını doldurmuş olması nedeniyle kendini savunma imkânı tanınmadan Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası öngören dava konusu kuralın, Anayasa'nın 36. ve 129. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 21. maddesinde, belli bir disiplin cezası puanına ulaşan personelin disiplinsizliği alışkanlık hâline getirdiği kabul edilmekte ve bu personel hakkında Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasının verileceği öngörülmektedir. Dava konusu kuralda ise Kanun'un 21. maddesi gereğince verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasında savunma alınmayacağı düzenlenmektedir.

Dava dilekçesinde her ne kadar *"…ile 21 inci madde gereğince…"* ibaresinin iptali istenilmiş ise de bu ibarede yer alan *"…gereğince…"* sözcüğü, firar ve izin tecavüzü gibi ilgilinin bulunamaması nedeniyle savunma almayı imkânsız hâle getiren zorunlu hâller gereğince verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını da kapsamakta olup dava dilekçesinde bu sözcüğe ilişkin bir iptal talebi de bulunmadığından, anayasal inceleme yalnızca *"…ile 21 inci madde…"* ibaresi yönünden yapılmıştır.

Anayasa'nın 129. maddesinin ikinci fıkrasında, *"Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez."* denilmiştir.

Kanun'un 21. maddesine göre, belli bir disiplin puanına ulaşma hâlinde verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası, Kanun'da sayılan diğer disiplin cezalarından ayrı bir ceza olarak öngörülmüş olup bu

disiplin cezalarının otomatik bir sonucu değildir. Ayrı bir ceza olarak öngörülen bu ayırma cezası, diğer disiplin cezalarından farklı bir makam tarafından ayrı bir usule göre karara bağlanmaktadır. Kanun'da ceza puanına bağlanan disiplin cezaları, cezalandırılacak personelin rütbesine göre Kanun'a ek (1) Sayılı Çizelge'de gösterilen disiplin amirleri veya üst disiplin amirleri tarafından verilmekte; Kanun'un 21. maddesi gereğince verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezası ise yüksek disiplin kurulları tarafından karara bağlanmaktadır.

Savunma hakkı, kişilerin dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelikli temel hakları arasında yer alır. Disiplin hukukunda savunma hakkının bir anlam ifade etmesi bu hakkın etkili şekilde kullanılabilmesi, savunmanın mutlak surette karar veren makam önünde yapılabilmesine bağlıdır. Yüksek disiplin kurulları tarafından 21. madde gereğince disiplin ceza puanına bağlı olarak verilen ayırma cezası, daha önce verilen disiplin cezalarının toplanmasından ibaret otomatik bir karar olmayıp, kurulların 21. maddede yer alan koşulların oluşup oluşmadığı konusunda bir değerlendirme yapma yetkileri bulunmaktadır. Bu nedenle cezalandırılacak personele bu ayırma cezasında da savunma hakkı verilmesi anayasal bir zorunluluktur. Bu bağlamda, dava konusu kuralda, cezalandırılacak personele savunma hakkı verilmesine ilişkin anayasal kuraldan ayrılmayı gerektirecek herhangi bir hukuki ve fiili bir zorunluluk da bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu olan *"…ile 21 inci madde…"* ibaresi Anayasa'nın 129. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 36. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

B- Kanun'un 20. Maddesinin (1) Numaralı Fıkrasının (c) Bendinde Yer Alan *"…ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller…"* İbaresinin İncelenmesi

Dava dilekçesinde, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler arasında sayılan hizmete engel davranışlarda bulunmak tanımında yer alan *"…ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller…"* biçimindeki dava konusu ibarelerin, belirsiz olması ve idarenin keyfi uygulamalarına yol açabilmesi nedeniyle Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlik hâlleri kural altına alınmıştır. Dava konusu kuralı da içeren anılan fıkranın (c) bendinde ise Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizliklerden olan hizmete engel davranışlarda bulunmanın, ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerde bulunmak şeklinde olacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *"suçun kanuniliği"*, üçüncü fıkrasında da *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek, *"cezanın kanuniliği"* ilkesi getirilmiştir. Buna göre, ceza hukuku bakımından genel bir değerlendirmeyle kanunilik ilkesi, hiç kimsenin kanunda suç olarak belirtilmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılamamasını ve hiç kimseye kanunda yer almayan bir cezanın verilememesini ifade etmektedir.

Dava konusu kuralda belirtilen ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller, Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasını gerektiren disiplinsizlikler arasında sayılan hizmete engel davranışlarda bulunmak tanımında yer almaktadır. Kanun'da, hizmete engel davranışlarda bulunmak, *"Devletin ve*

Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte tutum ve davranışlarda veya ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerde bulunmaktır." şeklinde ifade edilmiştir. Hizmete engel davranışlardan olan fiillerin, Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek tutum ve davranışlardan kaynaklı olması gerektiği açıktır. Bu hâlde ise dava konusu ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiillerin çerçevesinin belli olmadığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma cezası sonucunu doğuran fiillerin tespiti noktasında idarenin sınırları belli olmayan geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu söylenemez. Bu bağlamda, dava konusu ibarede geçen ağır suç veya disiplinsizlik fiilleri, tümüyle muğlâk, objektiflikten uzak ve belirsiz kavramlar olmayıp, belirlenen çerçeve içinde idarenin keyfi yorum ve uygulamalarına karşı yeterli koruma sağladığı anlaşıldığından, dava konusu kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık yoktur.

Öte yandan, Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar verecek nitelikte olan ağır suç ve disiplinsizlik fiilleri, zamana, yere, işlendiği kişiye veya yarattığı etkiye göre farklı sonuçlar doğurabilmektedir. Ceza hukuku bakımından aynı hukuki yaptırıma tâbi tutulan fiillerin disiplin hukuku bağlamında yarattığı etki ve sonuçlar farklı olabildiğinden söz konusu fiilleri sabit bir tanıma bağlamak mümkün olmadığı gibi tek tek saymak da mümkün değildir. Kanun koyucu tarafından, disiplinsizlik sayılacak tutum, davranış ve fiillerin, Devletin ve Türk Silahlı Kuvvetlerinin itibarına zarar vermesi şeklinde nitelendirilmesinden sonra, cezanın kanunda açıkça Silahlı Kuvvetlerden ayırma şeklinde belirlenmesi hakkında dava konusu kuralda kanunilik ilkesine aykırılık yoktur.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

31.1.2013 günlü, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun;

A- 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan *"...ile 21 inci madde..."* ibaresinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, koşulları oluşmadığından REDDİNE,

B- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *"… ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller..."* ibaresine yönelik iptal istemi, 28.11.2013 günlü, E.2013/46, K.2013/140 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE,

28.11.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

31.1.2013 günlü, 6413 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun;

A- 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan *"...ile 21 inci madde..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

B- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan *"… ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller..."* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE,

28.11.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/119
Karar Sayısı : 2013/141
Karar Günü : 28.11.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Çaldıran Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 8.3.2012 günlü, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Kanun'un 13. maddesi uyarınca tedbir kararına aykırı davranılması üzerine "*zorlama hapsine*" karar verilmesi için açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Çaldıran İlçe Emniyet Müdürlüğü'nün 14/08/2013 tarihli tedbir kararı ile 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca ...'nin altı ay süreyle şiddet mağduru eşi ...'ye yönelik şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama ve küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmamasına, şiddet mağdurunun bulunduğu konuta, okula ve işyerine yaklaşmamasına, şiddet mağdurunu her türlü iletişim ve telekomünikasyon aracı ile rahatsız etmemesine karar verilmiştir. Söz konusu karar Mahkememizin 22/08/2013 tarih, 2013/25 D.İş esas, 2013/26 D.İş sayılı kararı ile onanmıştır.

Çaldıran Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 06/09/2013 tarih ve 2013/559 soruşturma sayılı yazısıyla; şüpheli ...'nin 05/09/2013 tarihinde mağdur eşi ...i'ye yönelik olarak kasten yaralama ve hakaret suçlarını işlediği iddiasıyla yapılan soruşturma kapsamında kamu davası açıldığı belirtilerek şüphelinin Mahkememizin 22/08/2013 tarih 2013/25 D.İş esas, 2013/26 D.İş sayılı kararı ile onanan tedbir kararının ihlali niteliğindeki soruşturmaya konu eylemi nedeniyle ayrıca 6284 sayılı Yasa'nın 13. maddesi uyarınca tecziyesi talep edilmiştir.

Somut olayda uygulanması gereken 6284 sayılı Yasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"(1) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur.

(2) Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez.

(3) Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir. Bu kararlar Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir."

Söz konusu kuralda, hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayanın bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi halinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulacağı öngörülmüş olup somut olayda 14/08/2013 tarihinde hakkında tedbir kararı verilip tebliğ edilen kocanın bu karardan sonra 05/09/2013 tarihinde tedbir hükümlerinin ihlali sonucunu doğuracak şekilde şiddet mağduru eşine karşı hakaret ve tehdit eylemlerinde bulunduğu iddiası ile Çaldıran Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 06/09/2013 tarih ve 2013/141 esas sayılı iddianamesi ile kamu davası açılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiştir.

Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa ve yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir.

6284 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin birinci fıkrasında şiddet uygulayanın özgürlüğü bağlayıcı ceza ile cezalandırılmasını gerektiren eylem, tedbir kararının gereklerine aykırı hareket etme eylemidir. Yukarıda belirtildiği gibi hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişi aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanmaz ve cezalandırılmaz. Ancak söz konusu kural uyarınca, tedbir kararının gereklerine aykırı harekette bulunan kimse zorlama hapsi cezası ile cezalandırılmasının yanı sıra, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya ilgili diğer özel ceza kanunlarına göre tecziye edilebilecektir. Böyle bir olasılığın varlığı 6284 sayılı Yasa'nın 13. maddesinde öngörülen zorlama hapsi cezasını, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırı hale getirmektedir. Bu nedenle, 6284 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin 28/02/2008 gün, 2006/71 esas, 2008/69 sayılı kararı da benzer mahiyettedir.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki hükümlere göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır.

İzah edilen nedenle; somut olayda uygulanması gereken 6284 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına karar vermek gerekmiştir.

KARAR:

1- Somut olayda uygulanması gereken 6284 sayılı Yasa'nın 13. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına,

2- Dosyanın onaylı bir örneğinin kararla birlikte Anayasa'ya aykırılık sorunu konusunda karar verilmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kural olan 13. maddesi şöyledir:

*"**Tedbir kararlarına aykırılık***

MADDE 13- (1) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur.

(2) Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez.

(3) Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir. Bu kararlar Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. maddesine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 31.10.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuru kararında, Kanun'un 13. maddesinin tamamının iptali istenmektedir. Bakılmakta olan dava, tedbir kararına aykırı davranılması üzerine zorlama hapsine karar verilmesine ilişkindir. Kanun'un 13. maddesinin (2) numaralı fıkrası zorlama hapsi kararı verildikten sonra tedbir kararına aykırı eylemin tekrar etmesi durumunda verilecek zorlama hapsi kararlarını, (3) numaralı fıkrası da zorlama hapsine ilişkin kararların, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirileceğini ve bu kararların Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, Kanun'un 13. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkraları zorlama hapsi kararı verilmesinden sonraki aşamalara ilişkin olup davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Bu nedenlerle, 8.3.2012 günlü, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 13. maddesinin;

A- (2) ve (3) numaralı fıkralarının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- (1) numaralı fıkrasının ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatma BABAYİĞİT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralı ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, hukuk devleti ve ceza hukuku ilkeleri gereği kişinin aynı eylem nedeniyle birden fazla yargılanıp cezalandırılamayacağı, ancak itiraz konusu kural uyarınca, tedbir kararının gereklerine aykırı davranan kimsenin zorlama hapsi ile cezalandırılmasının yanı sıra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya ilgili diğer özel ceza kanunlarına göre de cezalandırılacağı, bu durumun hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, tedbir kararına aykırı davranılması durumunda uygulanacak yaptırım düzenlenmektedir. Buna göre, 6284 sayılı Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen kimse, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulacaktır.

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

Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun temel ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, ahlaki değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir.

İtiraz konusu kuralda yer alan zorlama hapsi, bir suç karşılığı uygulanan ceza değildir. Zorlama hapsi, hukuki niteliği itibariyle tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlali hâlinde öngörülen bir disiplin hapsidir. Bu nedenle zorlama hapsi, bir hapis cezası olmayıp, şiddet uygulayanı tedbirlere uymaya zorlayarak neticesi ağır suçların işlenmesinden önce suçun önlenmesini amaçlayan bir yaptırım olduğundan ceza kavramı dışında değerlendirilmesi gerekir. İtiraz konusu kuralda, zorlama hapsi yaptırımına bağlanan eylem, tedbir kararına uymama eylemi olup tedbir kararına aykırı davranan kişi kamu otoritesi tarafından verilen bir karara aykırı davrandığı için zorlama hapsi yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Kişinin tedbir kararına aykırı davranışı, aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise bu durum, hukuk düzeninin koruduğu farklı hukuksal menfaatlerin ihlali sonucunu doğuracağından mükerrer cezalandırmadan söz edilemez.

Tedbir kararlarının gereklerine uymaya zorlayarak şiddet mağdurunu etkin biçimde korumaya ve Kanun'un amacını gerçekleştirmeye yönelik itiraz konusu kural, kanun koyucunun takdir alanı içerisindedir ve itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

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

Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

8.3.2012 günlü, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 13. maddesinin (1) numaralı

fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.11.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY

İptali istenen 6284 sayılı Yasa'nın 13. maddesi uyarınca hakim tarafından verilen önleyici tedbir kararı gerekleri ile yükümlü kişinin karar gereklerine aykırı hareket etmesi halinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve ağırlığına göre "ZORLAMA HAPSİ" ne tabii tutulacağı hüküm altına alınmıştır.

Mahkememiz kararında, zorlama hapsinin bir suç karşılığı uygulanan ceza olmadığını, neticesi ağır suçun önlenmesine yönelik bir disiplin yaptırımı olduğunu, tedbire aykırı davranış aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise farklı hukuksal menfaatlerin ihlali haline verilen ceza için mükerrer bir cezalandırmadan bahsedilemeyeceği ayrı ayrı cezalandırılmanın kanunun amacını gerçekleştirmeye yönelik olduğu ve kanun koyucunun takdir alanı içinde kaldığı ve kuralın hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönünün bulunmadığını söylemektedir.

Bu gerekçeden bakıldığında, Türk Ceza Kanunu kapsamında bir suç da oluşturan tedbire aykırı davranış, Türk Ceza Kanunu'nca verilecek ceza yanında ayrıca zorlama hapsine de tabii tutulacaktır.

Örneğin, konuttan uzaklaştırılma yaptırımı alan şahıs konutuna gelip ev eşyasına zarar verdiği ya da eşine karşı tehdit, hakaret ya da müessir fiil suçu işlemiş olduğunda hem eve gelmiş olmasından hem de sair fiili yüzünden cezalandırılacaktır.

Her neticenin bağımsız bir suç teşkil etmesi, kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır şeklindeki gerçek içtima ilkesinin doğal olarak Türk Ceza Kanunu'nun 42., 43., 44. maddelerinde ceza hukuku temel prensiplerine uygun istisnaları da bulunmaktadır.

Sanığın fikri, tedbiren uzak tutulduğu eve girerek ve evde bir zarar vermek ise failde amacın "konuta ulaşmış olma" suçu tamamlayıcı maddi unsurunda " konut " olduğu, eyleminde netice zarar (eşya veya insan) olduğu söylenebilecektir. Konuta ulaşmadıkça, konutta zarar eylemi gerçekleşmedikçe tedbirin ihlal edildiği failin amacının da gerçekleştiği söylenemeyecektir. Yani, fiilin maddi sonuç yaratan suç kapsamında değerlendirilecek eylemi (evde zarar oluşmadıkça eve yaklaştığının tespiti düşünülemeyeceği için) tek bir iradi hareket sonucuna münhasırdır.

İşlediği fiil ile somut olayda ki gibi korunma altındaki eşine hakaret ve tehdit de bulunan fail, bir suç işleme icrasından olacak bir saikle amacına ulaşmaya çalışmış ve fiili hakaret hamiz sözler sarf etmekten ibaret kalmıştır.

6284 sayılı Kanun'un 5. maddesi mucibince, önleyici tedbir kararı ile amacı eşin aşağılanma ve küçük düşürülme davranışına muhatap olmasının engellenmesi olduğu düşünüldüğünde tek fiil, yani sanığın hakaret etme fiili hem tedbir kararı ile korunan amacı ihlal etmiş hem de muhatabını hakaretle karşı karşıya bırakmakla Türk Ceza Kanunu karşısında bir suç işlenmiş olmasına sebebiyet vermiştir. Burada failde amacın eşe hakaret dışında, gizlenmiş ayrıca "önleyici tedbiri ihlal etmek" suçu da işlemek sonucunu doğuracak bir kasıt içerdiğini ve tek fiilden başka bir hareket bulunduğunu da söylemek zordur. Somut olayın mahiyeti karşısında eylemin eşe karşı hakaret suçu işleme kasdı icrası kapsamında olduğu ve kanunun muhtelif ahkamını ihlal etse de tek bir eylem olduğu açıktır.

Kişi işlediği tek bir fiil ile birden farklı suçun oluşmasına sebep olabilecekse de "non bis in idem" kuralı gereğince Türk Ceza Kanunu 44.

maddesindeki gibi bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suç yönünden veya ağırlaştırılarak cezalandırılması ceza adaletinin bir gereğidir.

Mahkememiz çoğunluk görüşü, kuralın getirdiği zorlama hapsinin bir suç karşılığı uygulanan ceza olmayıp disiplin hapsi olduğu bu nedenle Türk Ceza Kanunu kapsamındaki diğer suçun ceza niteliği ile aynı kapsamda mütalaa edilemeyeceği değerlendirme yapmış ise de Türk Ceza Kanunu 45. maddesinde, suç karşılığı uygulanan yaptırım olarak cezaların, hapis ve adli para cezaları olduğu ifade edilmektedir. Bu durumda yaptırımı "zorlama hapsi" olan bir eylemin kanunsuz suç ve ceza olmayacağına göre bir suç karşılığı olmadığını ve hapis cezası olmadığını söylemeye olanak yoktur.

Hapis, kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasıdır. Amaç, suç teşkil eden haksızlığa kusuru ile sebep olanın eylemin kefaretini ödetmek, sorumluluğun kendi uhdesinde olduğunu hissettirmek, toplumun diğer fertleri üzerinde ikaz ve suç işleyeni toplum için yeniden zararsız güvenilir hale getirmek ise, adı ne olursa olsun tek hareketle ulaşılan suç teşkil eden karşılığında sonucu hapis olan cezaların toplanarak netice suça iki ayrı hapis cezasının öngörülmesi Türk Ceza Kanunu fikri içtima kuralının uygulanabilirliğini de ortadan kaldırır niteliktedir. Somut olayda eşine hakaret eyleminden yargılanan sanık netice fiili ile ortaya çıkan cezaya müstelsim eylemi karşısında tek bir fiili ile adeta "evde hakaret" suçuyla birden fazla ceza ile karşı karşıya bırakılmaktadır.

Mahkememizin E. 2006/71 – K. 2008/69 sayılı kararında, mal beyanında bulunmama eylemini, İcra İflas Kanunu'nun 76. maddesince özgürlüğü bağlayıcı ceza yanında, 337. maddesi ile de tazyik hapsi ile cezalandıran kuralın hukuk devletinde aynı kişinin birden fazla cezalandırılamayacağı gerekçesiyle oybirliği ile iptal ettiği düşünüldüğünde, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesine aykırı bu kurala karşı çoğunluğun red görüşüne katılınmamıştır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

6284 sayılı Kanun'un *"Tedbir kararına aykırılık"* başlıklı 13. maddesinin itiraz davasına konu olan (1) numaralı fıkrasında;

"Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur." denilmektedir.

İtiraz edilen kuralda, tedbir kararının gereklerine aykırı hareket edilmesi hâlinde, fiil bir suç oluştursa bile tedbir kararına uymayanın hâkim kararıyla zorlama hapsine tabi tutulacağı öngörülmektedir. Buna göre, tek bir fiille meydana gelen her iki sonuçtan da kişi cezalandırılacaktır.

Anayasa Mahkemesinin 28.2.2008 günlü, E.2006/71, K.2008/69 sayılı Resmî Gazete'nin 26849 sayı ve 16.4.2008 günlü nüshasında yayımlanan kararının, ESASIN İNCELENMESİ başlıklı bölümünün 2- numaralı kısmında açıklanan gerekçeyle itiraza konu kural Anayasa'ya aykırıdır. İptali gerekir.

Açıklanan nedenle çoğunluğun redde ilişkin görüşüne katılmadık.

Üye	Üye
Mehmet ERTEN	Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2013/64
Karar Sayısı : 2013/142
Karar Günü : 28.11.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Söğüt Asliye Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 8.3.2012 günlü, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un;

1- 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"…tedbir kararlarına…"* ibaresinin,

2- 10. maddenin (5) numaralı fıkrasının,

3- 13. maddenin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin,

Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 19., 36. ve 40. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Kanun uyarınca verilen tedbir kararına aykırı davranılması nedeniyle Kanun'un 13. maddesinde düzenlenen "*zorlama hapsine*" karar verilmesi için açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki, "tedbir kararlarına" şeklindeki ibareler YÖNÜNDEN;

Mahkememizce verilecek zorlama hapsi uygulanmasına veya uygulanmamasına ilişkin tesis olunacak kararda yasa yolunun gösterilmesi ve ilgililere bildirilmesi zorunlu olup, verilecek karara karşı itiraz merciinin belirli olmaması sonucu doğurduğundan anılan hükmün somut olayda uygulanması söz konusudur.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 9. maddesinin birinci fıkrası ile, "Bu Kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebilir." hükmü getirilmiştir. Buna göre, bu Kanunun 3., 4. ve 5. maddelerine göre verilen tedbir kararları ile aynı Kanunun 13. maddesine göre verilecek zorlama hapsi kararlarına itiraz edilebilmesi mümkündür. Ancak aynı Kanunun 9. maddesinin ikinci fıkrasında, yalnızca; Hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz mercii düzenlenmiş, gerek aynı Kanunun 3. maddesindeki mülki amir tarafından verilen tedbir kararlarına gerekse de Hakim tarafından verilmesi öngörülen aynı Kanunun 13. maddesindeki zorlama hapsi kararlarına karşı itiraz mercii düzenlenmemiştir. Bu durumda, mülki amir tarafından verilen tedbir kararları ile zorlama hapsi kararlarına karşı itiraz yolu açık bırakılmış, ancak itiraz mercii hususunda yasal bir boşluk doğmuştur. Bunu giderebilecek kıyasen uygulanması muhtemel bir düzenleme de mevcut değildir. Her ne kadar anılan Kanunun uygulamasına dair yönetmelik ile bu kararların da aynı merci yoluna tabi olduğu belirtilmiş ise de, Anayasa'nın 142. maddesindeki, "Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir." hükmü karşısında yönetmelik ile mahkemelerin görev ve yetkilerinin belirlenmesi de mümkün değildir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Devletin temel nitelikleri arasında hukuk devleti olma ilkesi de sayılmış, yine Anayasa'nın 19/1. maddesinde de, herkesin, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasa'nın 36/1. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." denilmiş, Anayasa'nın 40/2. maddesinde de, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır," hükmü getirilmiştir.

Diğer bir deyişle, mahkememizce şüpheli hakkında zorlama hapsi kararı verilmesi halinde şüphelinin başvuracağı yasa yolu ile öngörülen merciin neresi olduğu belirli değildir. Bu nedenle, kişinin somut olayda olduğu üzere zorlama hapsi ile yani hürriyeti bağlayıcı sonuç doğuracak bir ceza ile karşı karşıya olduğu bir durumda yasa yolu öngörülmekle birlikte bu yasa yolunun ne olduğunun düzenlenmemiş olması evrensel hukuk ilkelerine, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine, dolayısıyla Anayasa'nın 2. maddesinde öngörülen hukuk devleti olma ilkesine açıkça aykırılık teşkil ettiği gibi Anayasa'nın 36/1. ve 40/2. maddelerine de aykırılık söz konusudur.

2- 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 10. maddesinin beşinci fıkrası olan, "Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez." hükmü YÖNÜNDEN;

Mahkememizce verilen tedbir kararının şiddet uygulayana tebliğ edilmemesi nedeniyle tedbir kararına tebliğ edilmeyen dönemde tedbire aykırılıklar bakımından anılan hükmün uygulanması söz konusudur.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 10. maddesinin beşinci fıkrasına göre tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Somut olayda, şüpheliye mahkememizin kararı tebliğ edilmeden şüphelinin tedbire aykırılığı ileri sürülmektedir. Bu durumda, henüz mahkeme kararı kendisine tebliğ edilmeyen şüphelinin verilen tedbir kararına aykırı davrandığından söz edilmemesi gerekirken anılan Kanun maddesi nedeniyle kişiye karar tebliğ edilmediği halde kişi hakkında tedbire aykırılıktan zorlama hapsi cezası uygulanması söz konusu olabilmektedir. Bunun ise, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 12. ve 13. maddeleri ile koruma altına alınan "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." hükmüne, 17. maddeye ve 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği ilkesi; ile Anayasa'nın 36/1. ve 40/2. maddelerine ve hukuk devletinin temel öğeleri olan evrensel hukuk ilkelerinden hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği açıktır.

3- 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 13. maddesinin üçüncü fıkrasının, "Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet Başsavcılığınca yerine getirilir," hükmü YÖNÜNDEN;

Mahkememizce zorlama hapsi kararı verilmesi halinde bunun kesinleşmesine gerek olup olmadığı bakımından anılan hükmün somut olayda uygulanması söz konusudur.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 13. maddesinin üçüncü fıkrasında, zorlama hapsine ilişkin kararların, Cumhuriyet Başsavcılığınca yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak anılan hükümde yasa yoluna tabi kılınan bu zorlama hapsi kararlarının kesinleştikten sonra mı yoksa kesinleştirilmeden, yani derhal mi uygulanacağı hususunda bir açıklık getirilmemiştir. Uygulamada, bazı adliyelerde zorlama hapsi kararları niteliği gözetilerek ve hemen uygulanmaması halinde doğacak zarar dikkate alınmak suretiyle derhal, çoğu adliyede ise verilen kararın kişinin hürriyetini kısıtladığı düşünülerek kesinleşmesi beklenildikten sonra infaz edilmektedir. Bu eksik düzenleme nedeniyle yasal bir boşluk olduğu açıktır. Bu yasal boşluğun yasa ile bir düzenleme yapılmadığı sürece uygulamada giderilebilmesi de mümkün değildir. Bu nedenle anılan hükümde hangi mercii zorlama hapsi kararının infaz edeceği belirtilmiş ise de zorlama hapsi kararının hangi aşamada infazına başlanacağı açık olarak düzenlenmediği ve bu nedenle kişilerin hürriyetini kısıtlayıcı nitelik taşıyan zorlama hapsi kararlarının mahiyeti de dikkate alındığında, anılan hükmün Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 12. ve 13. maddeleri ile koruma altına alınan "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir." hükmüne, 17. maddeye ve 19. maddesindeki kişi hürriyeti ve güvenliği ilkesi ile hukuk devletinin temel öğeleri olan evrensel hukuk ilkelerinden hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği açıktır.

Bu itibarla, bir tepki yasası niteliğinde olan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun daha iyi ve doğru şekilde uygulanabilmesi ve bu suretle gerek kadına karşı gerekse de aile içi şiddetin önüne geçilebilmesine katkı sağlanabilmesi bakımından son derece önemli olan yukarıda izah edilen hükümlerin Anayasa'ya aykırılıkları nedeniyle İPTALİNE karar verilmesi için Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği kanaatine varılmıştır.

KARAR : Yukarıda açıklanan ve Yüksek Mahkemece gözetilecek diğer nedenlerle,

1- a) 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 9. maddesinin ikinci fıkrasındaki, "tedbir kararlarına" şeklindeki ibarelerin;

b) Aynı Kanunun 10. maddesinin beşinci fıkrası olan, "Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez." hükmünün,

c) Yine aynı Kanunun 13. maddesinin üçüncü fıkrasının, "Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir." hükmünün,

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2., 12., 13., 17., 19., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğunun yine Anayasa'nın 152. maddesi uyarınca TESPİT EDİLEREK anılan hükümlerin İPTALİNE karar verilmesi için Anayasa Mahkemesine BAŞVURUDA BULUNULMASINA,

2- İşbu dosyanın onaylı bir suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

3- Anayasa'nın 152/1-3. madde ve fıkraları uyarınca tedbire aykırılık yönündeki talebin değerlendirilmesinin Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar GERİ BIRAKILMASINA, beş ay içinde bir karar verilmemesi durumunda re'sen ele alınarak yürürlükteki mevzuata göre istemin DEĞERLENDİRİLMESİNE,

Dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

6284 sayılı Kanun'un itiraz konusu ibare, cümle ve fıkranın da yer aldığı 9., 10. ve 13. maddeleri şöyledir:

"***İtiraz***

MADDE 9- *(1) Bu Kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebilir.*

*(2) Hâkim tarafından verilen **tedbir kararlarına** itiraz üzerine dosya, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderilir.*

(3) İtiraz mercii kararını bir hafta içinde verir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.

Tedbir kararlarının bildirimi ve uygulanması

***MADDE 10-** (1) Bu Kanun hükümlerine göre alınan tedbir kararları, Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlükleri ile verilen kararın niteliğine göre Cumhuriyet başsavcılığına veya kolluğa en seri vasıtalarla bildirilir.*

(2) Bu Kanun kapsamında ilgili mercilere yapılan başvurular ile bu başvuruların kabul ya da reddine ilişkin kararlar, başvuru yapılan merci tarafından Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine derhâl bildirilir.

(3) Korunan kişinin geçici koruma altına alınmasına ilişkin koruyucu tedbir kararı ile şiddet uygulayan hakkında verilen önleyici tedbir kararlarının yerine getirilmesinden, hakkında koruyucu veya önleyici tedbir kararı verilen kişilerin yerleşim yeri veya bulunduğu ya da tedbirin uygulanacağı yer kolluk birimi görevli ve yetkilidir.

(4) Tedbir kararının, kolluk amirince verilip uygulandığı veya korunan kişinin kollukta bulunduğu hâllerde, kolluk birimleri tarafından kişi, Bakanlığın ilgili il veya ilçe müdürlüklerine ivedilikle ulaştırılır; bunun mümkün olmaması hâlinde giderleri Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak üzere kendisine ve beraberindekilere geçici olarak barınma imkânı sağlanır.

(5) Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez.

(6) Hakkında barınma yeri sağlanmasına karar verilen kişiler, Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altında bulunan yerlere yerleştirilir. Barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hâllerde korunan kişiler; mülkî amirin, acele hâllerde

kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde geçici olarak barındırılabilir.

(7) İşyerinin değiştirilmesi yönündeki tedbir kararı, kişinin tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre yetkili merci veya kişi tarafından yerine getirilir.

Tedbir kararlarına aykırılık

MADDE 13- *(1) Bu Kanun hükümlerine göre hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan, bu kararın gereklerine aykırı hareket etmesi hâlinde, fiili bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur.*

(2) Tedbir kararının gereklerine aykırılığın her tekrarında, ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre zorlama hapsinin süresi onbeş günden otuz güne kadardır. Ancak zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez.

(3) Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir. *Bu kararlar Bakanlığın ilgili il ve ilçe müdürlüklerine bildirilir."*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 19., 36. ve 40. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 11.6.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde

kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuru kararında Kanun'un 13. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin iptali istenilmektedir. Bakılmakta olan dava, tedbir kararına aykırı davranılması üzerine zorlama hapsine karar verilmesine ilişkindir. Kanun'un 13. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi zorlama hapsine ilişkin kararların, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirileceğini yani kim tarafından infaz edileceğini düzenlemektedir. Dolayısıyla, Kanun'un 13. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi zorlama hapsi kararı verilmesinden sonraki aşamaya yani zorlama hapsi kararının infazı aşamasına ilişkin olup davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Bu nedenlerle, 8.3.2012 günlü, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un;

A- 13. maddesinin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu cümleye ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- 1- 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"...tedbir kararlarına..."* ibaresinin,

2- 10. maddesinin (5) numaralı fıkrasının,

esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Kanun'un 9. Maddesinin (2) Numaralı Fıkrasında Yer Alan "... *tedbir kararlarına...*" İbaresinin İncelenmesi

Başvuru kararında, Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasında bu Kanun uyarınca verilen tüm kararlara karşı itiraz yolunun öngörüldüğü, ancak aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında itiraz başvurusuna bakacak mahkemeyi gösterirken yalnızca hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz merciinin düzenlendiği, gerek aynı Kanun'un 3. maddesindeki mülki amir tarafından verilen tedbir kararlarına gerekse hâkim tarafından verilmesi öngörülen aynı Kanun'un 13. maddesindeki zorlama hapsi kararlarına karşı itiraz merciinin düzenlenmediği, bu hususta yasal boşluk bulunduğu, bu durumun ise hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 9. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Kanun hükümlerine göre verilen tüm kararlara karşı tefhim veya tebliğden itibaren iki hafta içinde aile mahkemesine itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Türkiye'nin her yerinde aile mahkemesi olmadığından, bazı yerlerde de birden fazla aile mahkemesi bulunduğundan, maddenin itiraz konusu ibarenin de yer aldığı (2) numaralı fıkrasında, hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına yapılan itiraza hangi mahkemede bakılacağı hususu düzenlenmiştir. Buna göre, itiraz üzerine dosya, o yerde aile mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde aile mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde asliye hukuk mahkemesine, aile mahkemesi hâkimi ile asliye hukuk mahkemesi hâkiminin aynı hâkim olması hâlinde ise en yakın asliye hukuk mahkemesine gecikmeksizin gönderilecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup

güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa'nın 40. maddesi uyarınca diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası, "*Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*" şeklindedir. Bu maddenin gerekçesinde ise bireylerin, yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanmasının amaçlandığı, son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, merci ve sürelerin belirtilmesinin hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk hâline geldiği belirtilmektedir.

Kanun'un "*İtiraz*" başlıklı 9. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca, bu Kanun hükümlerine göre verilen tüm kararlara tefhim veya tebliğden itibaren iki hafta içinde aile mahkemesine itiraz edilebilecektir. Maddenin

(2) numaralı fıkrasında itiraz edilen kararların hangi mahkemelerce karara bağlanacağına ilişkin itiraz usulü düzenlenirken, "*hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına*" ifadesi kullanılmıştır. Ancak maddenin bütünü göz önüne alındığında, (1) ve (2) numaralı fıkraların birbirini tamamlayan hükümler olduğu, (2) numaralı fıkrada itiraz usulünün düzenlendiği, Kanun'un 3., 4. ve 5. maddelerine göre verilen bütün tedbir kararları ile zorlama hapsi kararları için aile mahkemesi nezdinde itiraz hakkı tanınmış olduğu açıkça görülmektedir.

Diğer taraftan, belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla kanunlar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Bu çerçevede, "*6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği*"nin 33. ve 34. maddelerinde bu husus açığa kavuşturulmuş olup mülki amir tarafından verilen tedbir kararları ile hâkim tarafından verilen zorlama hapsi kararlarına yapılacak itirazı inceleyecek merciin hangi aile mahkemesi olacağı açıkça belirtilmiştir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

B- Kanun'un 10. Maddesinin (5) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararında, Kanun'un 10. maddesinin (5) numaralı fıkrası uyarınca tedbir kararlarının ilgililere tebliğ veya tefhim edilmemesinin kararın uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği ancak bu durumda kişi hakkında karar tebliğ edilmediği hâlde tedbire aykırılıktan zorlama hapsi cezası uygulanmasının söz konusu olabildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 19., 36. ve 40. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralda, tedbir kararlarının uygulanması için ilgililere tefhim veya tebliğ edilmesinin gerekmediği belirtilmiştir.

Kanunla ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi için etkili ve süratli bir yöntem izlenmesi, şiddete maruz kalanın gecikmeksizin

korunması amaçlandığından, Kanun uyarınca verilen tedbir kararlarının uygulanması için ilgililere tebliğ edilmesini beklemek, Kanun'un amacı ile bağdaşmayacaktır. Ancak, tefhim veya tebliğ edilme şartı, verilen tedbir kararına itiraz ve tedbir kararına uymama durumunda Kanun gereğince zorlama hapsi verilebilmesi için gereklidir. Zira, ilgili kişiye karar tefhim veya tebliğ edilmemiş ise iki haftalık itiraz süresi başlamayacak ve tedbire aykırı davranılması durumunda zorlama hapsi kararı verilemeyecektir. Nitekim, Kanun'un "*Tedbir kararının verilmesi, tebliği ve gizlilik*" başlıklı 8. maddesinin (4) numaralı fıkrasında, tedbir kararının, korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edileceği ifade edilmiş; (5) numaralı fıkrasında da tedbir kararının tefhim ve tebliğ işlemlerinde, tedbir kararına aykırılık hâlinde şiddet uygulayan hakkında zorlama hapsinin uygulanacağı ihtarının yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, başvuru kararında ileri sürüldüğü gibi hakkında verilen tedbir kararından haberdar olmayan kişinin zorlama hapsi ile karşı karşıya kalması söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 36. ve 40. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 12., 13., 17. ve 19. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

8.3.2012 günlü, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un;

1- 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan *"...tedbir kararlarına..."* ibaresinin,

2- 10. maddesinin (5) numaralı fıkrasının,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 28.11.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/74
Karar Sayısı : 2013/143
Karar Günü : 28.11.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Bakırköy 13. İş Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 11.1.2011 günlü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin birinci fıkrasının *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez."* biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sigortalı işçi olarak çalışan davacının, iş kazasından kaynaklanan zararlarının tazmini istemiyle işveren aleyhine açtığı tazminat davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

İtiraz başvurusunun gerekçe bölümü şöyledir:

"Her ne kadar dava BK'nun yürürlük zamanında açılmış ise de, TBK'nun yürürlük ve uygulama kanunu nedeniyle davada TBK uygulanacağından Mahkememiz iptal başvurusu yapmaya yetkilidir.

TBK genel bir kanun olduğundan, bu Kanun'un 55. maddesi iş mahkemelerinde bakılan iş kazası türündeki haksız fiile dayanan tazminat davalarında uygulandığı gibi, genel mahkemelerde görülen her türlü haksız

fiile dayanan bedensel zararların tazmini ve destekten yoksun kalma tazminatı davalarında da uygulanmaktadır. Bu farklı durumlardaki uygulamalar sırasında TBK'nun 55. maddesinin "Kısmen veya tamamen rûcu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez. Zarar veya tazminattan indirilemez." hükmü, yaş, cinsiyet, gelir, kusur ve sürekli işgöremezlik oranları açısından aralarında bir fark olmadığı halde sigortalı mağdurların zararlarının sigortalı olmayan mağdurlara göre daha fazla tazmin edilmesine, işveren konumundaki davalıların ise SGK'ya iş kazası ve meslek hastalığı primi ödedikleri halde sigortalının zararının tamamı kadar tazminatı sigortalıya veya SGK'ya ödemek zorunda kaldığı için işveren olmayan davalılara göre daha fazla tazminat ödemelerine neden olduğundan, yani olayın mağdurlarının zararlarının giderilmesinde eşitsizliğe neden olduğu gibi, işveren konumunda olan ve olmayan davalıların ödemek zorunda kaldıkları tazminat açısından da eşitsizliğe neden olduğundan Anayasanın 2 ve 10. maddelerine aykırıdır.

TBK'nun yürürlüğünden önce bu tür davalarda hesap bilirkişisi kazalının sürekli işgöremezlik oranı ile işverenin kusurunu dikkate alarak kazalının hak ettiği maddi tazminat miktarını tespit ettikten sonra, SGK tarafından kazalıya bağlanan gelirlerin son peşin sermaye değerinin tamamı ile kazalıya ödenen geçici işgöremezlik ödeneğinin tamamı mahsup edilerek hükmedilecek maddi tazminat belirleniyordu. TBK'nun yürürlüğünden sonra ise, 55. madde gereğince kazalıya bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değeri ile geçici işgöremezlik ödeneğinin SGK tarafından işverene rücu edilebilen miktarları indirilerek tazminat miktarları belirlenmektedir. Öncekinden farklı olarak peşin sermaye değerlerinden son peşin sermaye değeri yerine ilk peşin sermaye değeri indirilmekte, öncekinde son PSD ile GİÖ'nin tamamı indirilirken bu defa ilk PSD ile GİÖ'nin rücu edilebilecek miktarları indirilmektedir.

TBK'nun yürürlüğünden önceki uygulamayı bu olaya uyguladığımızda indirimsiz maddi zarar olan 45.920,53-TL'den 23.193.09-TL son peşin sermaye değeri 2.565,50-TL geçici işgöremezlik ödeneğinin mahsubu sonucu kazalının hükmedilebilecek maddi zararı 20.161,94-TL olacaktı. Sigortalı mağdur 20.161,94-TL alırken, zarar hesabının unsurları aynı olan sıradan haksız fiilin sigortalı olmayan mağduru bu durumda 45.920,53-TL tazminat alacaktı. Aradaki fark 25.758,59-TL olup, bu fark SGK tarafından bağlanan peşin değerli gelirle ve kazadan sonra SGK tarafından ödenen GİÖ ile karşılanmış olmaktadır. Sigortalı olan kazalı daha az tazminat almış gibi görünse de; kendisine aylık 124,40-TL

gelir bağlanmıştır. Bu aylık gelirin şimdiki değerine son peşin sermaye değeri denilmektedir. Bağlanan gelirin son peşin sermaye değeri de zararın o miktarda tazmini demektir. Son peşin sermaye değeri ile kazadan sonra sigortalıya ödenen geçici işgöremezlik ödeneği eklendiğinde sigortalının alacağı tazminat sigortalı olmayan mağdurun alacağı tazminatla eşitlenmektedir. Yani her iki kazalının zararları eşit olarak tazmin edilmiş olmaktadır.

TBK'nun yürürlüğünden sonra ise, 55. madde gereğince indirimsiz olarak hesaplanan 45.920,53-TL tazminattan ilk peşin sermaye değeri olan 13.749,15-TL ile geçici işgöremezlik ödeneği olan 2.565,50-TL'nin SGK tarafından işverene rücu edilebilen miktarları indirilmektedir. SGK ilk peşin değer ve GİÖ'nin toplamından işverenin %85 kusur oranına denk gelen 13.867,45-TL'si için işverene rücu edebileceğinden bu miktarın 45.920,53-TL'den mahsubu sonucu kazalının nihai zararı 32.053,08-TL olmaktadır. Böylece kazalı TBK'nun 55. maddesinin yürürlüğünden sonra, öncekine göre 32.053,08-20.161,94 = 11.891,14-TL daha fazla tazminat almış olmakta, işveren de 11.891,14-TL daha fazla tazminat ödemek zorunda kalmaktadır. Bu farka TBK'nun 55. maddesi sebep olmaktadır. Nasıl sebep olduğuna gelince; TBK'nun 55. maddesi sigortalıya bağlanan gelirin son peşin sermaye değerini ve kazalıya kazadan sonra SGK tarafından ödenmiş GİÖ'ni zararın tazmini olarak saymadığı için, sadece ilk peşin değerin ve GİÖ'nin SGK tarafından işverene rücu edilebilen kısmını zararın tazmini olarak saydığı için sebep olmaktadır. Tam da bu sırada bu uygulama ile eşitsizliğe neden olunmakta ve maddenin Anayasa'ya aykırılığı sorunu ortaya çıkmaktadır. TBK'nun 55. maddesinin yarattığı bu eşitsizlik işverenin kusuru azalıp sigortalının kusuru arttıkça daha da belirgin hale gelmektedir. Bu olayı işverenin %10 sigortalının %90 kusurlu olduğunu kabul ederek ve iş kazası olmayan aynı durumdaki bir haksız fiille karşılaştırdığımızda konu daha iyi anlaşılacaktır.

Şimdi bu olayda davalının %10 kazalının da %90 kusurlu olduğunu varsayalım. %15 sürekli işgöremezlik ve %100 kusura göre tazminat miktarı 54.024,15-TL olacağına göre, %10 kazalı kusuruna isabet eden indirimsiz tazminat miktarı 5.402,41-TL olacaktır. Şayet bu durum TBK'dan önce olsaydı, % 10 davalı kusuruna göre hesaplanan 5.402,41-TL indirimsiz tazminattan kazalıya bağlanan gelirin son peşin sermaye değeri olan 23.193,09.TL ile geçici işgöremezlik ödeneği olan 2.565,50-TL'nin tamamı indirilmesi gerekeceğinden ve indirilmesi gereken miktarlar da hesaplanan tazminattan daha fazla olduğundan, bir başka ifadeyle sigortalının zararları SGK tarafından bağlanan peşin değerli gelirler ve GİÖ ile fazlası ile karşılanmış olduğundan sigortalı herhangi bir maddi tazminat

alamayacaktı. Sigortalı olmayan bir mağdurun alabileceği tazminatı ise sigortalı mağdurun indirimsiz tazminatı olan 5.402,41-TL kadar olacaktı. Aynı duruma TBK 55. maddesi tatbik edildiğinde indirimsiz maddi zarar olan 5.402,41-TL'den ilk peşin değer ve GİÖ'nin SGK tarafından işverene rücu edilebilecek miktarları indirilmesi gerekecektir. İlk peşin değer ve GİÖ'nin toplamı 16.314,65-TL olup, SGK tarafından bunun %10 olan 1.631,46-TL'si rücu edilebileceğinden bu miktarın mahsubu sonucu sigortalının hesaplanan nihai maddi zararı 5.402,41-1.631,46=3.770,95-TL olacaktır.

Bu olayda her iki tarafın %50 kusurlu olmaları halinde ise, TBK'dan önce sigortalı kazalı son peşin sermaye değerinin ve GİÖ'nin tamamının indirilmesi sonucu 1.253,48-TL, sigortalı olmayan kazalı ise herhangi bir indirim yapılmayacağı için 27.012,07-TL alacaktı. TBK'dan sonra ise sigortalı kazalı ilk peşin değerin ve GİÖ'nin SGK tarafından rücu edilebilecek kısımları indirileceği için 18.854,75-TL alacak, sigortalı olmayan kazalı ise yine 27.012,07-TL alacaktır. Sigortalı olmayan kazalının alacağı tazminatlar değişmezken sigortalının TBK'dan önceki ve sonraki alacağı tazminatlar arasında 17.601,27-TL gibi bir fark ortaya çıkmaktadır.

Sigortalı olmayan kazalının karşılanan zararı, toplam zarara göre kusur oranları değiştikçe karşılanan zararın oranı hiç değişmediği halde, sigortalı kazalının karşılanan zararının oranı kusur oranına göre daha fazla artmaktadır. Karşılanan zarar davalı işverenin kusurundan hep daha fazla olmakta, işçinin kendi kusuru arttıkça karşılanan zararı aynı oranda azalacağı yerde tersine karşılanan zararının oranı artmaktadır. Başka bir ifadeyle işverenin az da olsa bir kusuru varsa sigortalının işverenden alacağı bir tazminat mutlaka olmaktadır. TBK'dan önce özellikle işverenin kusurunun az olduğu durumlarda sigortalının zararlarının tamamı SGK tarafından bağlanan gelirlerin son peşin sermaye değeri ve ödenen GİÖ ile tamamen karşılanmakla maddi tazminat davasının reddedildiği durumlar olmakta idi. TBK 55. maddesinden sonra ise işverenin az da olsa bir kusuru varsa sigortalının alacağı mutlaka bir tazminat olacağından maddi tazminat davasının peşin değerli gelir nedeniyle reddedilmesi artık söz konusu olmayacaktır.

TBK 55. maddesinin tatbiki sonucunda yukarıda verdiğimiz farklı kusur oranlarına göre, sigortalının karşılanan zararlarının %15 maluliyet ve %100 kusura göre indirimsiz olarak belirlenen 54.024,15-TL tazminata oranı şu şekilde olmaktadır.

İşveren %85, işçi %15 kusurlu iken işçinin alacağı tazminat oranı, hesaplanan 32.053,07-TL tazminata son peşin sermaye değeri ile ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilen kısımları arasındaki fark olan 11.506,31-TL ile peşin aldığı GİÖ'nin ilave edilmesi sonucu işçinin karşılanan zarar toplamı 46.124,90-TL olmaktadır. Bu miktar %100 kusura göre hesaplanan 54.024,15-TL tazminata oranı %85.38 olup davalı işverenin %85 kusur oranını aşmakta, işçinin zararı ise gerçek zararından %0.38 oranında daha fazla tazmin edilmiş olmaktadır.

İşveren %50, işçi %50 kusurlu iken işçinin alacağı tazminat, 54.024,15-TL'nin yarısı olan 27.012,07-TL'den ilk PSD ile GİÖ'nin rücu edilebilecek %50 olan 8.157,32.TL'yi düştüğümüzde 18.854,75-TL olmaktadır. Bu tazminata son peşin sermaye değeri ile ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilen kısmı arasındaki fark olan 16.318,52.TL ile peşin aldığı GİÖ'nin ilave edilmesi sonucu işçinin karşılanan zarar toplamı 37.738,77-TL olmaktadır. Bu miktar %100 kusura göre hesaplanan 54.024,15-TL tazminata oranı %69.85 olup davalı işverenin %50 kusur oranını aşmakta, işçinin zararı ise gerçek zararından % 19.85 oranında daha fazla tazmin edilmiş olmaktadır.

İşveren %10, işçi %90 kusurlu iken işçinin alacağı tazminat, 54.024,15-TL'nin %10'u olan 5.402,41-TL'den ilk PSD ile GİÖ'nin rücu edilebilecek %10'u olan 1.631,46.TL'yi düştüğümüzde 3.770,90-TL olmaktadır. Bu tazminata son peşin sermaye değeri ile ilk peşin sermaye değerinin rücu edilebilen kısımları arasındaki fark olan 21.818,18-TL ile peşin aldığı GİÖ'nin ilave edilmesi sonucu işçinin karşılanan zarar toplamı 28.154,58-TL olmaktadır. Bu miktar %100 kusura göre hesaplanan 54.024,15-TL tazminata oranı %52.11 olup davalı işverenin %10 kusur oranını aşmakta, işçinin zararı ise gerçek zararından %42.11 oranında daha fazla tazmin edilmiş olmaktadır.

Görüldüğü gibi işçinin kusuru arttıkça karşılanan zararı oransal olarak daha fazla artmaktadır. Halbuki sigortalı olmayan bir mağdurun zararının karşılanmasında böyle durum söz konusu değildir. Sigortalı olmayan bir mağdurun zararı her kusur durumunda da kusur oranı kadar ve gerçek zararı kadar tazmin edilmektedir.

TBK'nun 55. maddesinin getirdiği yeni duruma bir de GİÖ açısından bakalım. 5510 sayılı Yasa'nın 17. maddesine göre sigortalıya kazadan sonra istirahatli kaldığı günler için SGK tarafından kazadan önce çalışırken aldığı ücretin 2/3'ü kadar geçici işgöremezlik ödeneği ödenmektedir. Somut olayda SGK

tarafından sigortalıya kazadan sonra 2.565,50-TL GİÖ ödenmiştir. Hesap bilirkişisi raporunda sigortalının istirahatli kaldığı günler için çalışsaydı alabileceği ücret olarak 2.789,61-TL hesaplanmıştır. Bu miktar davacının geçici işgöremezlik süresi için tam zararıdır. Ancak işverenin %85 kusuru olduğuna göre bu miktarın %85'i olan 2.371,17-TL hesaplanıp davacının indirimsiz net zararına dahil edilmiştir. Yani sigortalının %85 kusura göre hesaplanan 45.920,53-TL toplam zararının içinde geçici işgöremezlik süresine ilişkin zararı olan 2.371,17-TL de vardır. 55. madde gereğince GİÖ'nin rücu edilebilen kısmı düşülünce rücu edilemeyen %15'lik kısmı olan 384,82-TL hesaplanan %85'lik geçici işgöremezlik süresine ilişkin zarara eklemek gerekmektedir. Böylece sigortalının geçici işgöremezlik süresine ilişkin zararı 2.755,99-TL olarak tazmin edilmiş olmaktadır. Geçici işgöremezlik süresine ilişkin zararı 2.371,17-TL olduğu halde zararı 384,82-TL fazla tazmin edilmiş olmaktadır. Sigortalı çalışsaydı zaten 2.789,61-TL ücret alacaktı. İstirahatli iken, hem de %15 kusurlu iken çalışırken almış olduğu ücretin %98.79'u kadar zararı karşılanmış olmaktadır. Şayet işveren %10, sigortalı %90 kusurlu olsaydı bu defa sigortalının geçici işgöremezlik süresine ilişkin zararı 278,96-TL olacağından, bu döneme ilişkin karşılanan zararı GİÖ'nin rücu edilemeyen %90'lık kısmı ile birlikte 2.587,91-TL olmaktadır. Bunun geçici işgöremezlik süresine ilişkin zarar toplamı olan 2.789,61-TL'ye oranı %92.76 olmaktadır. Sigortalının kusuru arttıkça karşılanan zarar oranı kusur oranına göre daha fazla artması burada da söz konusu olmaktadır.

GİÖ sigortalının geçici işgöremezlik süresi içerisinde gelirden mahrum kaldığı için zor durumda kalmaması amacıyla SGK tarafından kendisine yapılan bir ödemedir. Sigortalı GİÖ ile geçici işgöremezlik dönemine ilişkin zararlarının bir kısmını peşin olarak almış olmaktadır. Sigortalının geçici işgöremezlik dönemine ilişkin zararı hesaplanan toplam maddi zarar içinde zaten vardır. Sigortalı 55. madde gereğince SGK'dan aldığı GİÖ'nin rücu edilemeyen kısmı kadar da işverenden almaktadır. Burada zararın gerçek zarardan fazla tazmini söz konusu olup, böyle bir durumun ortaya çıkmasına TBK'nun 55. maddesinin GİÖ'nin rücu edilemeyen kısmını zararın giderimi olarak saymaması neden olmaktadır.

Ortaya konulmaya çalışılan bu durumlar gösteriyor ki, zarar görenin kusuru arttıkça karşılanan zararının gerçek zarardan daha fazla arttığı bir durum söz konusudur. SGK ilk peşin sermaye değeri ile GİÖ'nin rücu edilemeyen kısımlarını işverene neden rücu edemiyor? Sigortalının kusuru nedeniyle rücu edemiyor. Bu ödemelerin rücu edilemeyen kısımları 55. madde gereğince tazminattan indirilemeyeceğine göre sigortalının alacağı tazminata eklenmiş oluyor. Böylece

sigortalı ilk peşin değer ile GİÖ'nin de kendi kusuruna denk gelen miktarı kadar daha fazla tazminat almış olmaktadır. Hatta kendi kusuru arttıkça ilk peşin değer ve GİÖ'nden rücu edilemeyen kısım daha fazla olacağından alacağı tazminat daha da artacak demektir.

TBK'nun 55. maddesinin meydana getirdiği bu durumun sigortalının oldukça yararına olduğu ortadadır. Herhangi bir sosyal güvenliği olmayan kazalının zararı da tazminat hukuku kuralları çerçevesinde tam olarak karşılanmaktadır. Peki zararlı çıkan kimdir? TBK'nun 55. maddesi sigortalıya gelir bağlayan SGK'nın durumunda herhangi bir değişiklik meydana getirmediğine göre zararlı çıkan bir taraf kalmaktadır. O da işverendir.

Peki işveren nasıl zararlı çıkmaktadır? Şimdi bunu açıklamaya çalışalım. Davalı işverenin kusuru ne olursa olsun kusur oranına denk gelen miktarı şu veya bu şekilde işçiye ve SGK'ya ödemektedir. Davalı, işveren olmasaydı kusur oranına denk gelen miktarın tamamını bu defa sadece kazalıya ödeyecekti. Burada işveren olan ve işveren olmayan her iki davalı arasında bir fark ve bir eşitsizlik yok gibi görünmekte ise de; işveren olan davalının işveren olmayan davalıdan bir farkı vardır. İşveren, 5510 Sayılı Yasa'nın 81. maddesi gereğince SGK'ya çalıştırdığı her işçi için her ay işyerinin tehlike sınıfına göre değişen %1.5 ile %7 oranında iş kazası ve meslek hastalığı primi ödemektedir. İşveren bu primi ödemekle iş kazası ve meslek hastalığı risklerine karşı kendisini sigorta ettirmiş olmaktadır. İşveren bu primi iş kazası ve meslek hastalığı meydana geldiği takdirde sorumluluktan kurtulmak için ödemektedir. İşverenin ödediği bu primin kendisine bir faydası yok mudur? Faydası olmayacaksa bu primi neden ödesin ki? İşveren hem iş kazası ve meslek hastalığı primi ödeyip, hem de kazalının gerçek zararı kadar miktarı kazalıya veya SGK'ya ödeyecekse iş kazası ve meslek hastalığı primi ödemesinin ne anlamı var? İşveren olmayan davalı gibi zararın tamamını işçiye veya SGK'ya ödeyip sorumluluktan kurtulur. Ayrıca iş kazası ve meslek hastalığı primi ödemeye gerek duymazdı. İşveren olmayan davalı da gerçek zararı kazalıya ödemekle kurtulmuyor mu?

İşveren TBK'ndan önce bu primler nedeniyle sigortalıya ve rücu davası nedeniyle SGK'ya ilk peşin sermaye değerli gelirlerin rücu edilebilen kısmı ile son peşin sermaye değerli gelir arasındaki fark kadar daha az tazminat ödüyordu. Yani iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının işverene hiç değilse bu kadar faydası oluyordu. TBK'nun 55. maddesinden sonra bu madde gereğince, işveren ilk peşin sermaye değerli gelirlerin rücu edilebilen kısmı ile son peşin sermaye

değerli gelir arasındaki farkı sigortalıya ödemek zorunda kaldığı için ödediği primin bir faydasını görmemektedir. Sigorta hukukunun temeli prim karşılığı riskleri sigorta ettirmektir. Arabanızı değerinin %2 veya %3'ü kadar prim ödeyerek sigorta ettirirseniz arabanın tamamı zarar görse dahi bedelin tamamını sigorta şirketinden alarak zararınız tazmin edilmiş olur. İşveren aşağı yukarı aynı oranda iş kazası ve meslek hastalığı primini SGK'ya ödediği halde bunun bir karşılığını görememektedir. Halbuki işveren aynı oranda primi bir özel sigorta şirketine ödeyerek iş kazası ve meslek hastalığı sigortası yaptırmış olsaydı, sigortalı ve SGK'ya ödeyeceği tazminatların tamamını veya önemli bir kısmını sigorta şirketinden karşılayabilirdi.

TBK'nun 55. maddesinin sigortalı mağdurların gerçek zararlarının üzerinde zararlarının giderilmesine neden olması ekonomik açıdan zayıf durumdaki işçiler açısından kuşkusuz sevinilecek bir durumdur. Ancak bu hukukun genel ilkeleri çiğnenmeden yapılmalıdır. İşçi lehine pozitif bir ayrımcılık yapılacaksa bunun külfetini özel hukuk açısından eşit olması gereken işveren olan diğer tarafa yüklemek doğru değildir. Devlet bu külfeti yüklenerek işçi lehine pozitif ayrımcılık yaparsa buna kimsenin bir diyeceği olamaz.

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi'nin 23/11/2006 tarih ve 2003/10 Esas ve 2006/106 sayılı kararından önce iş kazaları nedeniyle SGK tarafından işverenler aleyhine açılan rücu davalarında 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere" cümlesi gereğince kazalının veya hak sahibi kimselerin maddi zararlarının işverenin kusur oranına isabet eden miktarına karar veriliyordu. Son peşin sermaye değerleri bu miktara ulaşıncaya kadar işveren aleyhine birden fazla rücu davaları açılıyordu. Anayasa Mahkemesi 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere" cümlesini iptal ettikten sonra iş mahkemelerince rücu davalarında sigortalı veya hak sahibi kimselere bağlanan gelirlerin ilk peşin sermaye değerinin işverenin kusur oranına isabet eden miktarına göre karar verilmeye başlanmıştır.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi'nin 23/11/2006 tarih ve 2003/10 Esas ve 2006/106 sayılı kararından önce de işveren iş kazası ve meslek hastalığı primi ödemesine rağmen bu primin bir faydasını görmüyor ve sigortalının veya hak sahiplerinin zarar tavanına kadar son peşin sermaye değerini Kurum'a ödemek zorunda kalıyordu. Anayasa Mahkemesi bu düzenlemeyi Anayasa'ya aykırı bulup iptal ettikten sonra, işverenler ilk peşin değerin işverenin kusuruna isabet

eden kısmı kadar Kurum'a ödeyerek sorumluluktan kurtuluyordu. Yani işveren, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından TBK yürürlüğe girinceye kadar Kurum'a ödediği iş kazası ve meslek hastalığı priminin faydasını görmüştü. TBK'dan sonra işverenin durumu bir bakıma Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından önceki duruma dönmüş oldu.

Anayasa Mahkemesi'nin 506 Sayılı Yasa'nın 26. maddesindeki "sigortalı veya hak sahibi kimselerin işverenden isteyebilecekleri miktarla sınırlı olmak üzere" cümlesini iptal gerekçelerinin TBK 55. maddesi için de geçerli olması gerekir. Çünkü işveren, iptal kararından önce son peşin sermaye değeri kadar SGK'ya sorumlu iken, TBK'dan sonra ise son peşin sermaye değerine kadar olan kısmı bu defa sigortalıya ödemek zorunda kaldığından her iki düzenleme de işveren açısından aynı sonucu doğurmaktadır. Tek farkı işveren aynı parayı Anayasa Mahkemesi kararından önce SGK'ya öderken şimdi ise sigortalıya ödemektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin sosyal bir hukuk devleti olduğu vurgulanmıştır. Anayasa'da benimsenen hukuk devleti bütün faaliyetlerinde hukukun egemen olduğu devlettir. Bir devlette hukuk güvenliğini sağlayan bir düzen kurulması asıldır. Devlette hukuk güvenliğinin ve düzeninin sağlanması asıldır. Hukuk düzeninde de devlete güven ilkesi vazgeçilmez öğelerdendir. Devletin yaptığı düzenlemelerde haksız bir edinime yol açılması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesinde de belirtildiği gibi devletin yaptığı düzenlemelerde haksız bir edinime yol açılması ve kişilerin haksızlığa uğratılması kabul edilemez. İşveren işçiye bağlanan gelirin sermaye değerini Kurum'a ödediğine göre, işverenin peşin sermaye değeri kadar işçiye ve Kurum'a ödeyeceği tazminattan kurtulması gerekir. Bunun aksinin savunulması sosyal güvenlik kuruluşlarına ait olması gereken risklerin işverene yükletilmesi anlamına gelir. Böyle bir durum hakkaniyet ve sorumluluk ilkeleri ile bağdaşmadığı gibi hukuk devleti ilkesine de aykırıdır.

SGK'ya iş kazası ve meslek hastalığı primi ödeyen işverenin kazalıya veya hak sahiplerine bağlanan gelirlerin en azından son peşin sermaye değeri kadar riski sigorta ettirdiğinin kabul edilmesi gerekir. İşveren hem SGK'ya prim ödeyerek hem de dava açan kazalı veya hak sahiplerine tazminat ödeyerek mükerrer ödemede bulunması, başka bir ifadeyle işverenin hem sigorta priminden hem de tazminattan sorumlu tutulması Anayasa'nın 2. maddesinde düzenlenen

sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığından söz konusu hüküm Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır.

Türk Borçlar Kanunun 55. maddesinin "Kısmen veya tamamen rûcu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez. Zarar veya tazminattan indirilemez." hükmü Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine de aykırıdır.

Anayasa'nın 10. maddesi "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." hükmünü getirmiştir. Bu hükümle Anayasa'nın 10. maddesi kanun koyucuya yasama yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine uygun yasa yapma yükümlülüğünü getirmektedir. Aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır.

Eşitlik ilkesi, kanunların genel ve soyut nitelik taşıması, yani kapsadığı herkese eşit olarak uygulanmasıdır. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme tabi tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Eşitlik, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir.

Anayasanın eşitlik ilkesi, bu ilkeden yararlananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayrım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu tartışmasızdır.

Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Kişisel nitelikleri ve durumları aynı olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.

Eşitlik her yönüyle aynı hukukî durumda olanlar arasında söz konusudur. Başka bir ifadeyle eşit durumdakiler eşit olmalıdır. Farklı durumlarda olanlara, yani eşit olmayanlara, farklı kurallar uygulanması, yani 'eşit olmayanların eşitsizliği' eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder.

TBK 55. maddesindeki düzenleme ile Anayasa'nın eşitlik ilkesi de zedelenmiştir. Yukarıda anlatılmaya çalışıldığı gibi yaş, cinsiyet, gelir, kusur ve sürekli işgöremezlik oranları açısından aralarında bir fark olmayan mağdurlar, sigortalı olsun veya olmasın bir haksız fiile maruz kalmakla aynı konumdadırlar. Dolayısıyla zararlarının tazmini de eşit olmalıdır. Fakat TBK 55. maddesindeki düzenleme nedeniyle sigortalı mağdurun zararının tazmini, sigortalı olmayan ve iş kazası şeklinde olmayan bir haksız fiil mağdurunun zararının tazminine göre daha fazla olduğundan Anayasa'nın eşitlik ilkesi zedelenmiş olmaktadır.

Yine aynı olaya davalının işveren olup olmamasına göre baktığımızda, haksız fiile dayalı tazminat davasının davalısı olmaları açısından aynı konumdadırlar. Karşı tarafın zararının giderimi açından eşit olarak tazminat ödemeleri gerekirken, işveren olan davalı işveren olmayan davalı gibi mağdurun hesaplanan zararı kadar tazminatı mağdura veya SGK'ya ödediği halde, bir de SGK'ya iş kazası ve meslek hastalığı primi ödemekle işveren olmayan davalıya göre daha fazla tazminat ödemiş olduğundan Anayasa'nın eşitlik ilkesi yine zedelenmiş olmaktadır.

Böylece TBK'nun 55. maddesi, durumları aynı olmadığı halde, işveren olan davalı ile işveren olmayan davalıyı ve sigortalı mağdur ile sigortalı olmayan mağduru aynı kurala tabi tutup, olayın mağdurları arasında nimet eşitsizliğine, olayın davalıları arasında da külfet eşitsizliğine neden olduğundan Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırı olup iptali gerekir.

SONUÇ VE İSTEM : Yukarıda açıklanan nedenlerle;

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 55. maddesinin "Kısmen veya tamamen rûcu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez. Zarar veya tazminattan indirilemez." cümleleri Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğundan iptaline karar verilmesi arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 55. maddesi şöyledir:

"Belirlenmesi

Madde 55- *Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır.* ***Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez.*** *Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.*

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 49. ve 60. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 4.7.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Sınırlama Sorunu

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

Kanun'un 55. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu ikinci cümlesinde, destekten yoksun kalma ve bedensel zararların tazmini davalarında, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacı taşımayan ödemelerin, zararın belirlenmesinde gözetilemeyeceği; zarar veya tazminattan indirilemeyeceği belirtilmiştir.

Buna göre, destekten yoksun kalma ve bedensel zararlara ilişkin tazminat davalarında, Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu gereğince iş kazası geçiren sigortalıya yapılan ödemelerin işveren veya üçüncü şahıslara rücu edilemeyen kısmı ile haksız fiil nedeniyle zarar gören şahsa ifa amacı taşımadan yapılan bağış veya yardımların, tazminat hesabında indirim konusu yapılması mümkün değildir.

Mahkemede görülmekte olan dava, iş kazası geçiren sigortalı işçinin, iş kazasından kaynaklanan zararlarının tazmini istemiyle işveren aleyhine açtığı tazminat davasıdır. Mahkemenin Anayasa'ya aykırılık iddiası, 5510 sayılı Kanun gereğince SGK tarafından sigortalı işçiye yapılan ödemelerden işverene rücu edilemeyen kısmın, tazminat hesabında indirim konusu yapılamamasına yöneliktir.

SGK'nın sigortalı işçiye yaptığı ödemelerin işverene rücu edilemeyen kısmının, işverene karşı açılan tazminat davasında indirim konusu

yapılamaması ise kuralda yer alan *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…"* ibaresinden kaynaklanmakta olduğundan, itiraz konusu kuralın kalan bölümünün davada uygulanma imkânı bulunmamaktadır.

Bu nedenle, Kanun'un 55. maddesinin birinci fıkrasının, *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez."* biçimindeki ikinci cümlesine ilişkin esas incelemenin *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…"* ibaresiyle sınırlı olarak yapılması gerekir.

B- Anayasa'ya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, Kanun'un, her türlü haksız fiile dayanan bedensel zararların tazmini davalarının yanısıra, iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında da uygulandığı, itiraz konusu kuralın, iş kazası nedeniyle mağdur olan sigortalı işçiye, aralarında bir fark olmadığı hâlde sigortalı olmayan haksız fiil mağdurlarına nazaran daha fazla tazminat ödenmesine sebebiyet verdiği, işveren konumundaki davalıların da işveren olmayan davalılara göre daha fazla tazminat ödemesine neden olduğu, bu durumun eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı, öte yandan işverenin, işyerinde meydana gelebilecek her türlü kaza için SGK'ya iş kazası ve meslek hastalığı primi ödemesine rağmen iş kazasından dolayı işçi veya hak sahibi yakınları tarafından aleyhine açılan tazminat davasında da ayrıca tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin sosyal hukuk devleti ilkesi ile çeliştiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 49. ve 60. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

5510 sayılı Kanun'un 18., 19. ve 20. maddelerinde, hizmet akdi ile bir işverene bağlı olarak çalışırken iş kazası geçiren veya meslek hastalığına maruz kalan sigortalı işçi ile hak sahibi yakınlarına yapılacak yardımlar düzenlenmiştir. Buna göre, sigortalı işçi, iş kazası sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 10 veya daha fazlasını yitirecek şekilde bedence veya ruhça bir arızaya uğradığı takdirde kendisine, ölümü halinde hak sahibi yakınlarına SGK tarafından gelir bağlanacağı gibi çalışamadığı dönem için de geçici iş göremezlik ödeneği ödenecektir.

İş kazası veya meslek hastalığı işveren veya üçüncü bir kişinin kusurlu davranışı sonucu meydana gelirse SGK, işçiye veya hak sahibi yakınlarına yaptığı ödemeleri 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinde belirtilen esaslar çerçevesinde iş kazasında sorumluluğu bulunanlara karşı açacağı rücu davası yoluyla geri alma hakkına sahiptir. Ancak, kazanın oluşumunda sigortalı işçinin de kusuru varsa, işçinin kusuruna yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri rücu edilemeyecektir.

Kanun'un 55. maddesinin birinci fıkrasının itiraz konusu ibarenin de yer aldığı ikinci cümlesi ise rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, iş kazası nedeniyle zarara uğrayan sigortalı işçi veya hak sahibi yakınları tarafından iş kazasında sorumluluğu bulunanlar aleyhine açılan destekten yoksun kalma ve bedensel zararların tazmini davalarında, tazminattan indirim konusu yapılamayacağını düzenlemektedir. Buna göre, SGK tarafından iş kazası geçiren sigortalıya 5510 sayılı Kanun gereğince yapılan ödemelerin iş kazasında sorumluluğu bulunanlara rücu edilebilen kısmı tazminattan indirilebilecek, rücu edilemeyen kısım ise tazminat hesabında dikkate alınmayacaktır.

Anayasa'nın 2. maddesinde nitelikleri belirtilen sosyal hukuk devleti, insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleriyle kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, çalışma hayatını geliştirmek ve ekonomik önlemler alarak çalışanlarını koruyan, onların insan onuruna uygun hayat sürdürmelerini sağlayan, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, sosyal güvenlik hakkını yaşama geçirebilen, sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasa'nın 49. maddesinde, Devletin, 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 alacağı; 60. maddesinde de, herkesin, sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra Devletin bu güvenliği sağlayacak gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı ifade edilmiştir.

Sosyal güvenlik, bireylerin istek ve iradeleri dışında oluşan sosyal risklerin, kendilerinin ve geçindirmekle yükümlü oldukları kişilerin üzerlerindeki gelir azaltıcı ve harcama artırıcı etkilerini en aza indirmek,

ayrıca sağlıklı ve asgari hayat standardını güvence altına alabilmektir. Bu güvencenin gerçekleştirilebilmesi için sosyal güvenlik kuruluşları oluşturularak kişilerin, yaşlılık, hastalık, malûllük, kaza ve ölüm gibi sosyal risklere karşı asgari yaşam düzeylerinin korunması amaçlanmaktadır. Kişilere sağlanan bu anayasal güvencelerin yaşama geçirilebilmesi için Devlet tüm çalışanlara sosyal güvenlik hakkını sağlamak ve bunun için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

Devlet, vatandaşların sosyal güvenliğini sağlamaya ilişkin görevlerinin bir kısmını SGK aracılığıyla yerine getirmektedir. SGK yaptığı yardımlarla, Anayasa'nın 60. maddesinin, tüm yurttaşlar yararına Devlete yüklediği sosyal güvenlik hakkını sağlama ödevini yerine getirdiği gibi Anayasa'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasıyla, çalışma hayatı ve çalışanlar yararına Devlete yüklenen ödevlerin de bir bölümünün gerçekleşmesini sağlamaktadır. SGK'nın bu işlevlerini yerine getirebilmesi ve sosyal sigorta yardımlarının yetersiz kalmaması için, 5510 sayılı Kanun'un 81. maddesinde sigortalı ve işveren primleri yönünden Devlet tarafından desteklenmesinin usul ve esaslarına yer verilmiştir.

Bu bağlamda, bir iş kazası nedeniyle belirli bir süre çalışamayacak olan sigortalı işçiye ekonomik bir güvence sağlamak amacıyla 5510 sayılı Kanun gereğince yapılan yardımlar sosyal devlet olmanın gereği olup işveren veya üçüncü kişilerin iş kazası nedeniyle işçiye karşı sorumlu oldukları tazminat borcunu ikame amacı taşımamaktadır. Bu nedenle, iş kazasından zarar gören sigortalı işçi veya hak sahibi yakınlarınca, kazada sorumluluğu bulunanlar aleyhine açılan tazminat davalarında, işveren veya üçüncü şahıslara rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin zarar veya tazminattan indirilmemesine yönelik itiraz konusu kuralda sosyal hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

İş kazası ve meslek hastalığı primi işveren tarafından karşılanmakta ise de hiç kimse kendi kastı veya kusuru ile başkasının ölmesi veya sakat kalması sonucunda meydana gelen zararlara karşı, sosyal sigorta yoluna başvurarak tazminat sorumluluğundan kurtulamaz. Böyle bir tutum, sosyal sigorta sisteminin amacına aykırı düşeceği gibi sigorta primi ödeyerek zararı karşılama yoluna başvuran işverenin, işçinin canına veya sağlığına zarar gelmesini önleme ödevini yerine getirmede gerekli özeni göstermekten kaçınması sonucunu da doğurabilir.

Diğer yandan, SGK'nın iş kazası geçiren sigortalı işçi veya hak sahibi yakınlarına yaptığı ödemelerin 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca işverene rücu edilebilen kısmı tazminat davasında indirim konusu yapılabildiğinden, işverenin aynı kaza nedeniyle SGK'ya ve sigortalı işçiye mükerrer tazminat ödemesi de söz konusu değildir.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen *"kanun önünde eşitlik"* ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu kuralla, iş kazası nedeniyle zarara uğrayan sigortalı işçiler tarafından açılan tazminat davalarında, sigortalı olmayan haksız fiil mağdurlarınca açılan tazminat davalarına göre farklı düzenlemeler öngörülmesi tamamen mağdurların hukuksal durumundan kaynaklanmaktadır.

Bilindiği üzere işçi statüsündeki sigortalılar, çalışmalarında 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olup işçi ile işveren arasındaki hak ve yükümlülükler tarafların özgür iradesi ile belirlenen iş akdine dayanmaktadır. İşçilerin sosyal güvenlikleri ise kısmen sosyal sigorta kapsamında yer alan kimseler tarafından prim ödemek suretiyle finanse edilen ve Devlet eliyle yürütülen zorunlu sigorta sistemiyle sağlanmaktadır. Dolayısıyla, belirli bir sosyal güvenlik sistemine tâbi olarak çalışan sigortalı işçilerin içinde bulundukları hukuksal durum ile diğer haksız fiil mağdurlarının hukuksal durumları farklı olduğundan bunların ayrı kurallara tâbi tutulması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 49. ve 60. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- SONUÇ

11.1.2011 günlü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin birinci fıkrasının;

A- "Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez." biçimindeki ikinci cümlesine ilişkin esas incelemenin, *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…"* ibaresi ile sınırlı olarak yapılmasına,

B- İkinci cümlesinde yer alan *"Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile…"* ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE,

28.11.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/76
Karar Sayısı : 2013/144
Karar Günü : 28.11.2013

İPTAL DAVASINI AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri M. Akif HAMZAÇEBİ ve Engin ALTAY ile birlikte 122 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 17.4.2013 günlü, 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

III. GEREKÇE

6460 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesinin Anayasaya Aykırılığı:

Ülkemizin birliğini, bütünlüğünü, barış ortamını tehdit eden ve eğitim birliğimize büyük darbe niteliğinde olan son yasal düzenleme 30 Nisan 2013 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş olan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun olmuştur. Bu düzenleme ile eğitim sistemimiz tamamen denetimsiz kalacak, her türlü illegal örgütün körpecik beyinleri kendi ideolojileri ile rahatlıkla biçimlendirebileceği tarzda okul, kurs, dershane açmasına imkan verilecektir.

Bu yasa ile eğitim birliğini sağlayan, laikliği teminat altına alan, eğitim kurumlarına kalite ve denetim getiren, Türk Ceza Kanunu'nun 263. maddesi tamamen ortadan kaldırılmıştır.

Ayrıca, 6460 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun ile değişiklik yapılan maddelerin hemen hemen tamamına yakını HUMK maddelerinin henüz yürürlükten kalkmamış maddelerindeki değişikliği içermesine karşın kanunun m.13 ile Türk Ceza Kanunun 263. maddesinin yürürlükten kaldırılması da öngörülmüştür. Türk Ceza Kanunun 263. maddesinin yürürlükten kaldırılmasına ilişkin maddesinin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda değişiklik öngören 6460 sayılı Yasaya monte edilmesi yasa yapma tekniği açısından kesinlikle doğru değildir.

765 sayılı Ceza Kanununun 261. maddesinde düzenlenen "Kanuna aykırı eğitim kurumu" suçu 2004 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda 263. maddede düzenlenmiştir.

2004 yılında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile 263. maddede yapılan düzenleme son derece yerinde bir hükümle, " Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açanlara, bunları çalıştıranlara ve bu kurumlarda kanuna aykırı olarak açıldığını bildiği halde öğretmenlik yapanlara altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verileceğine" ilişkin bir düzenlemeyi içermekteydi.

İktidar ilk olarak, 29.6.2005 tarihli 5377 sayılı Yasa ile yapılan değişiklikle yasa dışı eğitim kurumları açanlara verilecek hapis cezalarını azaltmış, ayrıca hapis cezalarının paraya çevrilme yolunu da açmıştır. O dönemde 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda 263. maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

29.6.2005 tarihli 5377 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik

(l) Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişi üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

O tarihte yapılmak istenen bu değişiklik Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer tarafından bir daha görüşülmek üzere TBMM ne iade edilmiştir. İade gerekçesinde yasaya aykırı eğitim kurumu açmak ve işletmek suçunun cezasının bu kadar hafifletilmesinin ayrılıkçı terör örgütlerinin, misyonerlerin ve din devleti yanlısı tarikatların yasadışı bir şekilde açacakları eğitim kurumlarının önünü

açacağı belirtilerek bu türden kurumların kontrolünün sadece yöneticilerin yetkisine bırakılmasının yasaya aykırılığa süreklilik kazandırabileceğine işaret edilmiştir.

Yapılmak istenen değişikliğin,

- Anayasanın 42. maddesinde belirtilen eğitim ve öğretimin Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre devletin denetim ve gözetimi altında olması ilkesine aykırı olduğu,

- Anayasanın 2. maddesinde belirtilen laiklik ilkesine aykırı olduğu,

- Anayasanın 3. maddesinde belirtilen Türkiye devletinin ülkesi ve ulusuyla bölünmez bir bütün olduğu ilkesine aykırı olduğu

- Anayasanın 174. maddesinde korumaya alınan devrim kanunlarına ve öğretim birliği yasasına aykırı olduğu belirtilerek; TBMM'ne Cumhurbaşkanı tarafından yasa iade edilmiş, ancak o dönemde de iktidar olan Adalet ve Kalkınma Partisinin çoğunluk oylarıyla yasada hiçbir değişiklik yapmaksızın yeniden TBMM'de yasalaşması sağlanmıştır.

Siyasi iktidar şimdi ise, yaklaşık sekiz yıl sonra daha radikal bir değişiklik yaparak, 6460 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi ile Kanuna aykırı eğitim kurumu açmak ve işletmek tamamen suç olmaktan çıkartılmıştır. TBMM Alt Komisyon görüşmeleri sırasında Anamuhalefet Partisi'nin gösterdiği tepkiler üzerine Adalet ve Kalkınma Partisi mensubu komisyon üyeleri tarafından bu maddenin yürürlükten kaldırılmasıyla kanuna aykırı eğitim kurumlarının yaptırımsız kalmadığı ve 5442 İl İdaresi Kanununun 9. ve 32. maddeleri uyarınca Vali ve Kaymakamların bu konuda yetkili oldukları, gerektiğinde bu kurumları kapatabilecekleri, Kabahatler Kanununa göre de ceza verebileceklerini belirtmişlerdir.

Ancak İl İdaresi Kanununun 9. maddesindeki Valilerin görev ve yetkilerine, 31. maddesindeki Kaymakamların görev ve yetkilerini düzenleyen maddelere baktığımızda Vali ve Kaymakamlara hiçbir şekilde kanuna aykırı eğitim kurumlarının denetlenmesi, kapatılması vb. konularda açık bir yetki verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla bu suç yaptırımsız hale getirilmekte ve terör örgütlerinin, tarikatların kanuna aykırı eğitim kurumu açmasının yolu tam anlamıyla açılmaktadır.

Yine bazı siyasi iktidar yetkilileri Eğitim Kanununda zaten bu konuda yaptırım ve cezaların olduğundan, bu nedenle Türk Ceza Kanununda her hangi bir düzenlemeye ihtiyaç olmadığından bahsetmektedir. Ancak durum hiç de sanıldığı gibi değildir.

Her ne kadar İlköğretim ve Eğitim Kanununun 59. maddesinin üçüncü fıkrasında "İlköğretim çağında bulunan ve mecburi ilköğretim kurumlarına devam eden çocukların bu kanunda gösterilen ve Milli Eğitim Bakanlığınca açılmasına izin verilmiş olunanlar dışında, her ne ad altında kurulmuş olursa olsun, özel kurs ve dershanelere kabulü yasaktır." hükmüne yer verilmişse de maddenin devamında,

MEB'denizin almadan bu tarz eğitim kurumu açanlara, yaptırım olarak sadece, "dörtyüz Türk Lirasından bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası verileceğinin" belirtilmesi bu yasağı tamamen anlamsız kılmaktadır. Yaptırımı caydırıcı olmayan bir kanun maddesinin hiç bir geçerliliği bulunmayacağı gibi, Milli Eğitim Bakanlığı'nın izni haricinde, kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açıldığı takdirde, artık yasalarımızda bu kurumların kapatılacağına ilişkin bir düzenleme olmadığından, bu kurumlar yalnızca mülki amire 400-1000 TL arası bir idari para cezası ödeyerek, faaliyetlerine devam edebilecekler, kapatılamayacaklardır.

Özetle, bir taraftan her türlü yasa dışı örgütün kendi propagandalarını yapacakları, ideolojilerini yayabilecekleri, eğitim kurumları açmaları yaptırımsız hale getirilirken, diğer taraftan da bölücü hatta yasa dışı tarikat ve cemaatlerin kontrolsüz eğitim vermelerinin önü tamamen açılmıştır. Bunların yanında, kaçak Kuran kurslarının, tekke, zaviye, türbe gibi yerlerin fiili olarak serbest bırakılmasına, her isteyenin izin almadan eğitim kurumu açmasına, eğitim kurumlarında yeterli formasyona sahip olmayan öğretmenlerin görev almasına ve eğitim kalitesinin düşmesine de zemin hazırlanmış olmaktadır.

Artık anne-babalar, çocuklarını gönderdikleri eğitim kurumlarının kanuna aykırı olup olmadığını ya da öğretmenlerinin gerekli yeterliliklere sahip olup olmadıklarını bizzat denetlemek zorundadır. Çünkü Devlet Anayasanın 42 inci ve 174 üncü maddesine aykırı olarak bu denetimi kendi üzerinden atmış, dolayısı ile eğitim sistemimiz tamamen korumasız bırakılmıştır.

Söz konusu 263 üncü maddenin yürürlükten kaldırılması ile, yasaya aykırı eğitim kurumlarının açılıp işletilmesi özendirilmekte ve çalışmalarını sürdürmelerine olanak sağlanmaktadır.

Kuşkusuz buradaki "yasalara aykırı" kavramı, yasalarla birlikte Anayasayı da kapsamakta ve anayasal ilke ve kurallara aykırı eğitim kurumlarını da işaret etmektedir.

765 ve 5237 sayılı yasalarda yasaya aykırı eğitim kurumu açma, işletme eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Bunun amacı, eğitim kurumlarını Devlet'in gözetim ve denetimi altında tutarak, eğitim ve gözetim hakkının kötüye kullanılıp, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerlerinin açılmasını önlemektir.

Anılan yasaların hedefinin, ayrılıkçı terör örgütlerinin, misyonerlik etkinliklerinin, din devleti oluşturmaya çalışan tarikatların, yasa dışı yollarla okul, eğitim kurumu, kurs açmalarının olanaksızlaştırılması; böylece gençliğimizin çağ dışı, bölücü ve Türkiye Cumhuriyetinin kuruluş felsefesine aykırı biçimde eğitilmesinin önlenmesi olduğu açıktır.

6460 sayılı Yasada ise bu hedefin açıkça çiğnendiği ve gözetilmediği görülmektedir.

Bu durum öncelikle laik eğitim ilkesi açısından bir tehlikedir.

Anayasamızın başlangıç bölümünde,

- Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa'nın, Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda anlaşılması, sözünün ve ruhunun bu yönde mutlak sadakatle yorumlanıp, uygulanması gerektiği,

- Hiçbir etkinliğin Atatürk ilke ve devrimleri karşısında koruma göremeyeceği,

- Laiklik ilkesi gereği kutsal din duygularının Devlet işlerine ve politikaya kesinlikle karıştırılmayacağı,

belirtilmiştir.

Böylece Cumhuriyetin niteliklerinin en önemlisi ve diğer niteliklerinin temeli olan laiklik, Anayasamıza yön veren ilkeler arasındaki yerini almış ve tanımını bulmuştur.

Bu tanıma göre laiklik, dinin, sosyal, siyasal ve hukuksal bir güç ve düzenleyici olmasını önleyen temel ilkedir. Bu işlevine uygun olarak Anayasa'nın 24 üncü maddesinde de,

- Devlet'in sosyal, ekonomik, siyasal ve hukuksal temel düzeninin kısmen de olsa din kurallarına dayandırılamayacağı,

- Dinin ya da din duygularının yahut dince kutsal sayılan şeylerin, siyasal ya da kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla kötüye kullanılamayacağı,

açıkça belirtilmiştir.

Anayasa'nın 13 üncü maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin laik Cumhuriyet'in gereklerine uygun olarak yasayla sınırlanabileceği; 14 üncü maddesinde de, Anayasa'da yer verilen hak ve özgürlüklerin laik cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan etkinlikler biçiminde kullanılamayacağı ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin 07.03.1989 gün ve E.1989/1, K.1989/12 sayılı Kararında (R.G.7.3.1989, Sa. 25);

"Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.1971 günlü, 53/76 sayılı; 03.07.1980 günlü, 19/48 sayılı; 25.10.1983 günlü, 2/2 sayılı ve 04.11.1986 günlü, 11/26 sayılı kararlarında laikliğin hukuksal, sosyal, siyasal tanımları yanında, ulusal ve hukuksal değeri geniş biçimde belirtilmiş, özenle korunması gereken anayasal ilke niteliği vurgulanmış, Türk Ulusu'nun yücelmesi bakımından laikliğin Anayasa'da öngörülen kimi sınırlamaları zorunlu kılan bir neden, Anayasa'da benimsenmiş bütün temel ilkelere egemen bir düşünce olduğu yinelenerek ortaya konulmuştur.

Bu kararlara göre:

a) Dinin devlet işlerinde etkili ve egemen olmaması,

b) Dinin, bireyin manevi yaşamına ilişkin olan dini inanç bölümünde, aralarında ayrım gözetilmeksizin, sınırsız bir özgürlük tanınarak dinlerin anayasal güvence altına alınması,

c) Dinin, bireyin manevi yaşamı aşarak toplumsal yaşamı etkileyen eylem ve davranışlara ilişkin bölümlerinde, kamu düzenini, güvenliğini ve yararını

korumak amacıyla sınırlamalar yapılması ve dinin kötüye kullanılmasının ve sömürülmesinin yasaklanması,

ç) Kamu düzeninin ve haklarının koruyucusu sıfatıyla, dinsel hak ve özgürlükler konusunda devlete denetim yetkisi taranması,

laiklik ilkesinin gereği olarak anlaşılmaktadır.

Yine Anayasa Mahkemesinin bu kararında,

"Hukukun ikiliğini, ayrıcalık ve eşitsizlikleri kaldıran, dinsel sömürüyü önleyen, siyasal ve sosyal kurumları güçlendiren laiklik, öğretim ve eğitime de ışık tutmuştur. Laik öğretim ve eğitim bilimsel çalışmaların en olumlu ortamıdır. Dine karşı yansızlık nasıl dine karşıtlık olarak alınamazsa, laik öğretim-eğitim de inanç özgürlüğü engeli sayılamaz. Öğretim ve eğitimin zorunluluk koşulları, inanç özgürlüğünü ortadan kaldırmaz. Bu özgürlük de anayasal güvenceye bağlanmıştır. Ancak, din ve ahlak eğitim ve öğretimi devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.

Devlete, dinsel konularda denetim ve gözetim hakkı tanınması, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik toplum düzeninin, gereklerine aykırı bir sınırlama sayılamaz. Devlet-din özdeşliğinin, yol açtığı zararlar laiklikle önlenmiş, çağdaş uygarlık yolu laiklik ilkesiyle açılmış, bağımsız bir hukuk kurumu olarak yeni yapısına kavuşmuştur. Demokrasiye geçişin de aracı olan laiklik, Türkiye'nin yaşam felsefesidir. Laik devlette, kutsal din duyguları politikaya; dünya işlerine, hukuksal düzenlemelere kesinlikle karıştırılamaz. Bu tür düzenlemeler; dinsel gerekler ve düşüncelerle değil, bilimsel verilerden yararlanılarak kişi ve toplum gereksinimlerine göre yapılır. Bireyin özgür iradesine bağlı din duygularının zorlamadan korunması da bu biçimde sağlanmış olmaktadır. Eğitsel ve kültürel yaşantıyı yönlendirmek amacıyla laikliğe aykırı eğitim ve öğretim de gerçekleştirilemez."

Anayasa'nın 130 uncu maddesinde öngörülen "çağdaş eğitim-öğretim esaslarına dayanan" düzen, laiklik ilkesinin göz ardı edildiği bir ortam da olamaz. Devletin varlığı ve bağımsızlığı, ulusun ve ülkenin, bütünlüğü ve bölünmezliği aleyhine davranılamayacağını da içeren bu maddenin, ulusallık, bağımsızlık ve ulusal birlik için katkılarının laikliği dışarıda bırakması düşünülemez. Aklın ve gözlerin yönlendirdiği bilimsel çalışmaya katılacak kimselerin bilimsel gerekler dışında bir etkiyle karşılaşmaksızın yetiştirilmeleri, gerekir. Eğitim, yalnız bilimsel

istemler doğrultusunda yapılması, doğmalardan ve bilime ters düşen etkilerden uzak tutulmasıyla sağlanır."

denilmiştir.

Açıklanan bu duruma ve verilere göre, laik bir Devletten söz edilebilmesi için bütün kuruluşlarında ve işlevlerinde olduğu gibi Devletin temel işlevlerinden olan eğitimin de laiklik ilkesi esas alınarak yapılması Anayasa ve kanunlarımızın, gereğidir.

Eğitimde laik Devlet ilkesinin tanınmaması ve eğitimin bu ilke doğrultusunda yapılmaması, bu alanın cemaatlere terkedilmesi sonucunu doğurur. Din eğitimi de laik Devlet anlayışına, Türk inkılabının temel ilkelerine, çağdaş bilime, bilimsel düşünce kurallarına aykırı şekilde yapılamaz.

Yukarıda etraflıca açıklandığı üzere, Devletin temel işlevlerinden olan eğitimin laiklik ilkesi esas alınarak yapılması, Anayasa ve kanunlarımızın gereğidir. Bu gereğe aykırı yasa dışı eğitim kurumu açılması, kuşkusuz toplumun önem verdiği ağır bir suç oluşturmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 19.9.2000 gün ve E.1999/39 K.2000/23 sayılı kararında,

"Yasa koyucu, kuşkusuz, Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla cezalandırmada güdülen amacı da gözeterek hangi eylemlerin suç sayılacağını ve bunlara verilecek cezanın türü ve miktarı ile artırım ve indirim nedenlerini saptayabileceği gibi kimi suçları işleyenler için "erteleme" adı altında bir düzenleme de öngörebilir."

denilmiş ve Yüksek Mahkemenin 19.7.1991 gün ve E.1991/15, K.1991/22 sayılı kararında da,

"Suçlu, topluma uyum zorlukları gösteren ve uyumsuzluğunu suç işlemekle açığa vuran kimsedir. Cezanın caydırıcılığı ve suçlunun toplumla uyum sağlayabilmesi başka bir deyişle topluma yeniden kazandırılması, ceza politikasının temel ilkesini oluşturur. Toplumun suça verdiği önem ve suçun ağırlığı, cezanın farklılaştırılmasına ya da ağırlaştırmasına esas olur. Bu husus, devletin cezalandırma politikasına uygun olarak Yasa koyucunun bu konudaki değerlendirmesine ve takdirine göre belirlenir."

görüşüne yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesinin bu görüş ve değerlendirmeleri karşısında kanuna aykırı eğitim kurumu açılıp çalıştırılması suçuna verilecek cezanın da; cezalandırmada güdülen amaca ve ceza politikasının temel ilkesine uygun olarak tespit edilmesi, Anayasa'nın 2 inci maddesinde ifade edilen "Hukuk Devleti" olmanın bir gereğidir.

6460 sayılı yasanın 13 üncü maddesi ile, yasaya aykırı eğitim kurumlarının açılıp işletilmesi ve bu tür kurumları adeta özendirilmesi, beceri kursu, okul, yurt gibi kurumları paravan yapan terörist ve bölücü yuvalarının da serbest bırakılması anlamına gelmektedir. Yasanın uygulanmasıyla birlikte, suç için öngörülen ceza, cezalandırmada güdülen amaca ve ceza politikasının temel ilkesine uygun olarak tespit edilemeyecektir. Bu durum da Anayasa'nın 2 inci maddesinde ifade edilen "laiklik" ve " "Hukuk Devleti" ilkelerine aykırıdır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 42 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, "Eğitim ve öğretim, Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz" hükmüne amirdir. Anayasa'da "bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağının açıkça vurgulanması, bu esaslara aykırılığı saptananların kapatılmasının da zorunluluğunu göstermektedir.

Kaldı ki,

Devlet'in görevi yasalara aykırı eğitim kurumlarını yaşatmak değil, temelli ortadan kaldırmaktır. Devlet, yasaya aykırı eğitim kurumlarının açılmasını, yapacağı düzenlemelerle başından önlemek zorundadır. Anayasa'nın 42 inci maddesinin üçüncü fıkrasında, Devlet'e bu amaçla gerekli yasal ve yönetsel düzenlemeleri yapma görevi verilmiştir. Bu, başta yasama organı olmak üzere tüm Devlet organlarının yükümlülüğüdür.

Kanuna aykırı olarak açılan eğitim kurumlarının hiç bir cezai yaptırıma tabi tutulmaksızın faaliyet göstermesinin önünün açılması, yasalara aykırı eğitim kurumlarını yapacağı düzenlemelerle başından önleme, açılanları da kapatma konusunda Devlete verilen yükümlük ile bağdaşmadığından iptali istenen bu düzenleme, Anayasa'nın 42 inci maddesinin üçüncü fıkrasına de aykırı düşmektedir.

Öte yandan, Anayasa'nın 174 üncü maddesinde, Türk toplumunu çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin laiklik niteliğini

koruma amacı güden devrim yasaları tek tek sayılarak anayasal güvenceye alınmıştır.

Ülkemizde laik öğretime geçiş, Anayasa'nın 174 üncü maddesiyle korumaya alınan 03 Mart 1924 günlü, 430 sayılı Öğretim Birliği Kanunu ile gerçekleştirilmiştir. Bu Kanun ile,

- Türkiye'deki tüm okullar, Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlanmış,

- Şeriye ve Evkaf Bakanlığı ile vakıflarca yönetilen medreseler ve dini eğitim veren okullar kapatılmış,

- Diyanet uzmanları yetiştirmek üzere ilahiyat fakültesi, imam ve hatip gibi din hizmetlerini yürüteceklerin yetiştirilmesi amacıyla okullar açılması için Milli Eğitim Bakanlığı'na görev ve yetki verilmiştir.

Öğretim birliği ilkesinin amacı, akla ve bilime dayalı programlarla çağdaş uygarlık hedefine yönlendirilmiş yurttaşlar yaratmaktır.

İkili öğretim, yani bir yanda akla ve bilime, öte yanda dinsel öğretiye dayalı öğretim toplumda ikiliğe yol açacak, kaos ve karmaşa yaratacaktır. Bunun çağdaşlaşma hedefine ve ulusal birliğe zararı açıktır.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun "İmam Hatip Liseleri" başlıklı 32 inci maddesinde, "İmam - hatip liseleri, imamlık, hatiplik ve Kur'an kursu öğreticiliği gibi dini hizmetlerin yerine getirilmesi ile görevli elemanları yetiştirmek üzere, Milli Eğitim Bakanlığınca açılan ortaöğretim sistemi içinde, hem mesleğe hem yüksek öğrenime hazırlayıcı programlar uygulayan öğretim kurumlarıdır." denilmek suretiyle bir yandan eğitim kurumlarının, bu bağlamda Kuran kurslarının Atatürk ilke ve devrimleri ile çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim verip vermediği Devlet'in gözetimi ve denetimine bırakılırken, öte yandan da Kuran kursu öğreticiliği gibi dini hizmetleri yerine getirebilecek elemanların yetiştirilmesi görevi öğretim birliği ilkesine uygun olarak Devlet okullarına verilmiştir.

Devlet gözetimi ve denetiminin olmadığı ya da sonuç vermediği ortamlarda dinsel ve bilimsel ikili eğitimin gelişip yerleşmesi kaçınılmazdır.

6460 sayılı Yasanın 13. maddesiyle kanuna aykırı eğitim kurumları açmanın suç olmaktan çıkarılması zaman içinde yasal olmayan eğitim kurumları

aracılığı ile Anayasa'nın 24 üncü maddesine aykırı biçimde dinin siyasete alet edilmesini, Öğretim Birliği Yasasına aykırı olarak eğitimin ikileştirilmesini daha da hızlandıracaktır. Yasaların izin vermediği kurumlarda ve yasaların izin vermediği biçimde eğitim yapılmasına, bu yerleri açmanın ve çalıştırmanın neredeyse teşvik edilmesine, bu kurumlara dolaylı destek verilmesine, zaman içinde ikili eğitime yol açacak nitelikteki düzenlemenin, laiklik ve öğretim birliği ilkeleriyle, çağdaş ve bilimsel eğitim anlayışıyla ve Cumhuriyet'in kuruluş felsefesiyle bağdaşmayacağı açıktır. Bu nedenle de iptali istenen düzenleme, Anayasa'nın 174 üncü maddesi ile de bağdaşmamaktadır.

Diğer taraftan, bu tür yasalara aykırı eğitim kurumlarının, terörist, bölücü eğitimleri vermek amacıyla açılması da imkan dahilinde olduğu için bu tür eğitim yerleri açmaya ve çalıştırmaya teşvik edercesine yapılan bu düzenlemenin, Devlete Anayasa'nın 5 inci maddesinde verilen "Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" olan temel amaç ve görevlerle de bağdaşmayacağı ortadadır.

Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır ve bir yasa kuralının Anayasanın herhangi bir kuralına aykırılığının tespiti, onun kendiliğinden Anayasanın 11 inci maddesine de aykırılığı sonucunu doğurur (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E. 1987/28, K. 1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225).

Açıklanan nedenlerle, 6460 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un13. maddesi ile 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 263 üncü maddesinin yürürlükten kaldırılması Anayasa'nın 2 inci maddesine;5 inci, maddesine; 11 inci maddesine; 42 inci maddesinin üçüncü fıkrasına ve 174 üncü maddesine aykırı olup, 6460 sayılı yasanın 13. maddesinin iptali gerekmektedir.

IV. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

6460 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi ile 26/9/2004 tarihli ve 5237

sayılı Türk Ceza Kanununun 263 üncü maddesinin yürürlükten kaldırılması Anayasa'nın 2 inci maddesine; 5 inci maddesine; 11 inci maddesine; 42 inci maddesinin üçüncü fıkrasına ve 174 üncü maddesine aykırı olup, Devletin temel işlevlerinden olan eğitimin, laik Devlet anlayışına, Türk inkılabının temel ilkelerine, çağdaş bilime, bilimsel düşünce kurallarına aykırı şekilde yapılmasının önünü açmakta; öğretim birliği ilkesini zedeleyerek ikili eğitim doğrultusundaki gelişmelere zemin hazırlamakta; terörist, bölücü eğitimini kolaylaştırmakta ve yaptırımsız bırakmaktadır. Bu nedenlerle, bu hükmün uygulanması halinde sonradan giderilmesi güç ya da olanaksız durum ve zararlar doğabilecektir. Arz ve izah olunan nedenlerle, söz konusu kural hakkında yürürlüğünün durdurulması istenilmektedir.

V. SONUÇ VE İSTEM

6460 sayılı "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesi Anayasa'nın 2 inci maddesine; 5 inci maddesine; 11 inci maddesine; 42 inci maddesinin üçüncü fıkrasına ve 174 üncü maddesine aykırı olduğundan iptaline ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına kararverilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralı

Kanun'un 13. maddesi şöyledir:

"***MADDE 13- 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 263 üncü maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.***"

B- İlgili Görülen Yasa Kuralı

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun dava konusu kuralla yürürlükten kaldırılan 263. maddesi şöyledir:

"***Kanuna aykırı eğitim kurumu***

MADDE 263- *Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."*

C- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 5., 11., 42. ve 174. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 10.7.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin ise esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

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

Dava dilekçesinde, kanuna aykırı eğitim kurumlarının açılıp işletilmesinin suç olmaktan çıkarılmasıyla illegal eğitim kurumlarının açılması ve çalıştırılmasının özendirildiği, Anayasayla teminat altına alınan laiklik ilkesini ihlal eden eğitim anlayışının serbest ve yaptırımsız kaldığı, böyle bir ceza politikasının Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen "*hukuk devleti*" ilkesine aykırı olduğu, söz konusu kurumlarda öğretmenlik yapanların cezadan, kurumların da kapatılmaktan kurtarıldığı, Anayasa'nın 42. maddesinde Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda ve çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağının açıkça vurgulandığı hâlde iptali istenen kuralın zaman içinde yasal olmayan eğitim kurumları aracılığı ile Anayasa'nın 24. maddesine aykırı biçimde dinin siyasete alet edilmesine zemin hazırlayacağı, düzenlemenin terörist ve bölücü eğitim vermek amacıyla eğitim kurumu açılmasına da imkan sağlayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Dava konusu kuralla 5237 sayılı Kanun'un, kanuna aykırı eğitim kurumu açma ve işletmenin suç olduğunu belirten 263. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır.

Dava konusu kurala ilişkin gerekçeden, kanun koyucunun, 5237 sayılı Kanun'un 263. maddesini çağdaş hukuki düzenleme ve uygulamalar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ve demokratik hukuk devletlerinde kanuna aykırı eğitim kurumu açma ve işletmenin ancak idari yaptırımı gerektiren fiiller olarak görülmesini gözeterek yürürlükten kaldırdığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir.

Ceza hukuku, toplumların kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla yakından ilgilidir. Devlet, tercih ettiği ceza siyasetine uygun olarak suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunabilir. Bu bağlamda kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağını belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Kanun koyucu, belirlenen suç politikası gereğince kanuna aykırı eğitim kurumu açma ve işletme eylemlerini belli bir yaptırıma bağlayıp bağlamamak veya yaptırım uygulanacaksa bu yaptırımın cezai veya idari nitelikte olup olmamasına karar verme yetkisine sahiptir. Dava konusu kural ile çağdaş hukuki düzenleme ve uygulamaları dikkate alan kanun koyucu, bu konudaki takdir yetkisini kullanarak kanuna aykırı biçimde eğitim kurumu açma veya işletme eylemlerini suç olmaktan çıkarmıştır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın *"Eğitim ve öğrenim hakkı ve ödevi"* başlıklı 42. maddesinde eğitim ve öğretimin Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre Devletin gözetim ve denetimi altında yapılacağı ve bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağı düzenlenmiştir.

Türk milli eğitiminin düzenlenmesinde esas olan amaç ve ilkelerin yer aldığı 1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu'nun "*Genel Amaçlar*" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının birinci bendinde, Türk milli eğitiminin genel amacının, Türk Milletinin bütün fertlerinin, Atatürk inkılap ve ilkelerine ve Anayasa'da ifadesini bulan Atatürk milliyetçiliğine bağlı; Türk Milletinin milli, ahlaki, insani, manevi ve kültürel değerlerini benimseyen, koruyan ve geliştiren; ailesini, vatanını, milletini seven ve daima yüceltmeye çalışan; insan haklarına ve Anayasa'nın Başlangıç'ındaki temel ilkelere dayanan demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyetine karşı görev ve sorumluluklarını bilen ve bunları davranış hâline getirmiş yurttaşlar olarak yetiştirmek olduğu belirtilmiştir. Yine anılan Kanun'un "*Özel Amaçlar*" başlıklı 3. maddesinde, Türk eğitim ve öğretim sisteminin, bu genel amaçları gerçekleştirecek şekilde düzenleneceği ve çeşitli derece ve türdeki eğitim kurumlarının özel amaçlarının, genel amaçlara ve Kanun'da sıralanan temel ilkelere uygun olarak tespit edileceği; "*Atatürk İnkılap ve İlkeleri ve Atatürk Milliyetçiliği*" başlıklı 10. maddesinin birinci fıkrasında ise eğitim sisteminin her derece ve türü ile ilgili ders programlarının hazırlanıp uygulanmasında ve her türlü eğitim faaliyetlerinde Atatürk inkılap ve ilkeleri ve Anayasa'da ifadesini bulmuş olan Atatürk milliyetçiliğinin esas alınacağı belirtilmiştir.

5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu'nun "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde kurumların, okul öncesi eğitim, ilköğretim, ortaöğretim, özel eğitim okulları ile çeşitli kursları, uzaktan öğretim yapan kuruluşları, motorlu taşıt sürücüleri kurslarını, hizmet içi eğitim merkezlerini, öğrenci etüt eğitim merkezlerini, özel eğitim ve rehabilitasyon merkezleri ile benzeri özel öğretim kurumlarını ifade ettiği; anılan Kanun'un 6. maddesinin birinci fıkrasında ise kurumlarda eğitim-öğretim ve yönetimin, 1739 sayılı Kanun'da ifade edilen Türk Millî Eğitiminin genel amaç ve temel ilkelerine uygun olarak yürütüleceği öngörülmüştür. Yine aynı Kanun'un "*Kurum Açma İzninin İptali, Kurumun Kapatılması, Devri ve Nakli*" başlıklı 7. maddesinin birinci fıkrasında, amacı dışında kullanıldığı tespit edilen kurumun, kurum açma izinlerinin iptal edileceği; ikinci fıkrasında, 1739 sayılı Kanun'un genel ve özel amaçlarıyla temel ilkelerine uymayan kurumların sürekli olarak kurum açma izni veren makam tarafından kapatılacağı, beşinci fıkrasında ise kapanan veya kapatılan kurumun, mühürlerini, yönetici, öğretmen ve öğrencilerle ilgili bütün defterlerini, dosyalarını ve diğer evrakını ilgili valiliğe devir ve

teslim etmeye mecbur olduğu, devir ve teslimden kaçınan veya bu görevi savsaklayan kurucu veya kurucu temsilcisi hakkında 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, Türk milli eğitiminin esas ve ilkelerini ve bunlara aykırılığın müeyyidelerini eğitim ve öğretime ilişkin özel kanunlarla belirlemiştir. Dolayısıyla, kanun koyucunun takdir yetkisine dayanarak yaptığı dava konusu düzenlemeyle suç olmaktan çıkarılan eylemlerin yaptırımsız bırakıldığından ve eğitimin anayasal esaslarının kaldırıldığından söz edilemez. Kaldı ki, Anayasa'da kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişiye adli ceza verileceğine ilişkin herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kural Anayasa'nın 2. ve 42. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 5., 11. ve 174. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

17.4.2013 günlü, 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesine yönelik iptal istemi, 28.11.2013 günlü, E.2013/76, K.2013/144 sayılı kararla reddedildiğinden, bu maddeye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 28.11.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

17.4.2013 günlü, 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin REDDİNE, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 28.11.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

İptali istenilen kural, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 263. maddesindeki ***"Kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır."*** biçimindeki hükmü yürürlükten kaldırmıştır.

Yürürlükten kaldırılan maddenin yasaya aykırı eğitim kurumu açma ve bunları işletme eylemlerini suç olarak tanımlamasının amacı, eğitim kurumlarını Devlet'in gözetim ve denetimi altında tutarak, eğitim ve öğretim hakkının kötüye kullanılıp, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına aykırı eğitim ve öğretim yerlerinin açılmasını önleyerek, kimi yöntemlerle gençlerin çağdışı, bölücü ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluş felsefesine aykırı biçimde eğitilmelerini engellemek olduğu açıktır.

Anayasa'nın 42. maddesinde, eğitim ve öğretimin Atatürk ilke ve devrimleri doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre yapılacağı öngörülmüş ve öngörülen bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamayacağı kurala bağlanmıştır. Buna göre, sözü edilen esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmasını Anayasa açıkça yasaklamıştır. Anayasa'da öngörülen bu yasağın etkinliğinin sağlanabilmesinin ise, ancak,

yasak olarak belirtilen fiillerin caydırıcı bir yaptırıma bağlanması ile mümkün olacağında duraksama bulunmamaktadır.

Kanunlara aykırılıkların önlenmesi Devlet'in varlık sebebi ve güven içinde bir arada yaşamanın vazgeçilmez koşuludur. Anayasa'nın 42. maddesinde de Devlet'e bu amaçla gerekli olan kanunları yapma görevi verilmiştir.

Yürürlükten kaldırılan kural, eğitim ve öğretim kurumları açılması ile ilgili kanuna aykırılıkları önlemek için getirilmiş olan ve özgürlüğü bağlayıcı nitelikte yaptırım içeren ceza hukukuna ilişkin bir düzenlemedir. Ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler de belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği konuları yasa koyucunun takdir yetkisi içinde bulunmakta ise de bu yetkinin Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla kullanılması gerekir. İptali istenilen kural ile yürürlükten kaldırılan hükmün, Anayasa'nın çağdaş bir eğitim ve öğretimin sağlanmasını temin için esaslar öngörmek ve bu esaslara aykırılıkları yasaklamak suretiyle temel bir ilke olarak belirlediği 42. maddesini, yürürlükten kaldırılan kural yerine başka bir düzenleme de yapmamak suretiyle etkisiz hale getirmektedir. Bu etkisizleştirmenin ise Anayasa'nın 42. maddesini ihlal eder nitelikte olduğunun kabulünde tereddüt bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenle kuralın iptali gerekir.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

İptal davasına konu 17.4.2013 tarih ve 6460 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Kanuna aykırı eğitim kurumu" başlıklı 263. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Anılan düzenlemenin tarihçesine bakıldığında, mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun kabulüyle birlikte 1926 tarihinden itibaren 261. madde olarak bir suç şeklinde ihdas edildiği, 3531 ve 1490 sayılı Kanunlarla suçun

öngörülen cezasında kimi değişiklikler yapıldığı, 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nda da bu kez 263. madde olarak sözkonusu suç tipinin muhafaza edildiği ve 5377 sayılı Kanunla suçun öngörülen cezasında değişiklik yapıldığı, 6460 sayılı Kanunla sözkonu fiilin suç olmaktan çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Diğer bir deyişle, "Kanuna aykırı eğitim kurumu" açmak fiili 87 yıl bir suç olarak Türk Ceza Kanunu sistematiğinde yer almış; 6460 sayılı Kanunla artık suç olmaktan çıkarılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin 15.10.2009 tarih ve E.2007/16, K.2009/147 sayılı kararında belirtildiği üzere, yasaların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi hukuk devleti olmanın bir gereğidir. Bu nedenle yasakoyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir. Önceki kuralların yeni yasayla değiştirilmesi ya da dava konusunda olduğu gibi tümüyle yürürlükten kaldırılması bir yasama tasarrufu olup, yasakoyucunun takdir yetkisindedir. Ne var ki işaret edilen Anayasa Mahkemesi kararında da vurgulandığı üzere, yürürlükten kaldırılan kurallar da yasama tasarrufu olmakla beraber, Yasakoyucu bu yetkisini kullanırken Anayasa'ya bağlı kalmak durumundadır. Nitekim sözkonusu kararda, avukatlık stajı ile ilgili düzenlemenin yürürlükten kaldırılması ile ilgili yasama tasarrufunun iptali yoluna gidilmiştir. Yine Anayasa Mahkemesinin 5.3.2009 tarih ve E.2005/79, K.2009/38 sayılı kararında işaret edildiği üzere, suç oluşturan eylemde ceza miktarı ve yaptırımlar yönünden yeni kurallar öngörülmesi, ceza siyasetine uygun olarak yasakoyucunun takdir yetkisinde olup; suça öngörülen cezada azaltma yoluna gidilmesinin yerinde olup olmadığı, bunun zararlı sonuçlara yol açıp açmayacağı hususları Anayasal denetimin konusu dışındadır. Ancak davanın somutunda bu değerlendirmelerin dışına taşıldığı görülmektedir. Gerçekten, Anayasa'nın Başlangıç'ı (3. ve 5. paragraflar), 2, 3, 5, 11, 14 (1. ve 3. paragraflar), 24 (4. ve 5. paragraflar), 27 (2. paragraf), 42 (3., 4., 8. ve 9. paragraflar) ve 174. maddeleri ile korunan müesses nizamın ceza hukuku alanındaki somut yansıması olan kural (TCK. Md. 263) tamamen yürürlükten kaldırılmak suretiyle sözkonusu fiili işleyenler yönünden ceza yaptırımına son verilmiş; böylelikle bu suçun failleri idari para cezası ya da kimi özel kanunlardaki idari tedbirler dışında ceza hukukunun ilgi alanı dışına çıkarılmışlardır. Oysa ceza hukuku Anayasa'nın öngördüğü hukuk devletinin de gerçekleşmesinde ve korunmasında çok önemli bir

işleve sahiptir. Yürürlükten kaldırılan kural da bu mahiyeti itibariyle 87 yıldır bu fonksiyonu icra etmekteyken, iptal istemine konu kuralla yürürlükten kaldırılmış; böylelikle Anayasa'nın işaret edilen ilkeleri, bu yöndeki fiiller bakımından korumasız kalmıştır.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kuralın Anayasa'nın belirtilen hükümlerine aykırı olduğu ve iptali gerektiği kanısına vardığımızdan, çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY YAZISI

6460 sayılı Kanun'un 13. maddesi ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 263. maddesi yürürlükten kaldırılmış; bu değişiklik sonucunda kanuna aykırı olarak eğitim kurumu açan veya işleten kişiler için öngörülen üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası, mevzuatımızdan çıkarılmıştır.

Yasa koyucunun Anayasal çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla kendi ceza siyasetine uygun olan yaptırımları belirleme, ceza yaptırımlarını değiştirme veya kaldırma yetkisi olduğu hususunda duraksama yok ise de;

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 5., 42. ve 174. madde hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Türkiye Cumhuriyeti'nin temel ilkelerine, milli eğitimin amaçlarına, ulusal birlik ve bütünlüğüne, kamu düzenine aykırı eğitim faaliyetlerine karşı devletin lakayıt veya tarafsız kalamayacağı açıktır. Bu nedenle anılan amaçlara aykırı sonuçlara yol açacak yasa dışı eğitim faaliyetlerine karşı az veya çok yaptırım öngörülmesi, devletin ihmal edemeyeceği görevlerindendir. Ceza siyaseti gereği suç ve cezaları ve cezaların tür ve miktarlarını belirleme yetkisi olan yasa koyucunun bu konudaki takdir alanı sınırsız değildir. Yaptırımın anlamsız ve şekli değil, gerçekten caydırıcılığa sahip olması gerekir.

İptali istenen yasa kuralı, mevcut (ve zaten yetersiz) yaptırımı tamamen ortadan kaldırmakla, devletin bu konuda Anayasal düzeni korumak konusundaki görevlerini layıkıyla yapamaz hale gelmesi sonucunu

doğurduğundan, Anayasa'ya uyarlık taşımamaktadır. Bu nedenle, her ne kadar iptal kararı üzerine eski yaptırım yeniden yürürlüğe girmeyecek ise de durumun tespiti bakımından iptal kararı verilmesi gerektiği düşüncesiyle, çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2013/51
Karar Sayısı : 2013/159
Karar Günü : 26.12.2013

İPTAL DAVASIN AÇAN : Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri Emine Ülker TARHAN ve M. Akif HAMZAÇEBİ ile birlikte 125 milletvekili

İPTAL DAVASININ KONUSU : 25.2.1998 günlü, 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 12. maddesine, 27.2.2013 günlü, 6443 sayılı Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle eklenen fıkranın birinci ve son cümlelerinin Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 45. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- İPTAL ve YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİNİN GEREKÇESİ

Dava dilekçesinin gerekçe bölümü şöyledir:

"…

II. GEREKÇE

27.02.2013 Tarihli ve 6443 Sayılı "Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 2 nci Maddesi ile 4342 Sayılı Kanunun 12 nci Maddesine Eklenen Fıkranın Anayasaya Aykırılığı

İptali istenilen fıkranın birinci cümlesinde, kiralanan alanda (mera, yaylak ve kışlaklarda) hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılayacak zorunlu hayvancılık tesislerinin kurulması öngörülmüştür. Böyle bir düzenlemenin mera, yaylak ve kışlakların yapılaşmaya açılması anlamını taşıdığı açıktır. Söz konusu tesislerin yapılması ile yetinilmeyeceği, bu tesislerin zorunlu olarak

ihtiyaç duyacağı yol, su, elektrik gibi alt yapı çalışmalarının da gündeme geleceği kaçınılmaz bir olgu olduğundan böyle bir durumda mera, yaylak ve kışlakların tahribe uğrayacağı kuşkusuzdur.

Anayasanın 45 inci maddesinin birinci fıkrasında, "Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır" hükmüne yer verilmiştir.

Bu hükümden de anlaşılacağı üzere tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek görevi Devlete verilmiştir. Hal böyle iken mera, yaylak ve kışlakların yapılaşmaya açılmasının Devlete verilen görev ile bağdaşması mümkün olmadığından iptali istenilen fıkranın birinci cümlesi, Anayasanın 45 inci maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan 4342 Sayılı Mera Kanunu'nda, hayvan otlatılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri kullanılan taşınmazlar (m. 3/a) mera olarak tanımlanmış ve kullanım hakkı bir veya birden çok köy veya belediyeye ait olan meraların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu belirtilmiştir (m. 4/1). Ayrıca meraların özel mülkiyete geçirilemeyeceği de yasada düzenlenmiştir (m. 4/3).

Mer'alar lehine tahsis edilen köy veya kasaba halkının hayvanları yayılıp otlatılmasına mahsus olup özel mülkiyete konusu olamayacağından üzerine hayvancılık tesisleri de yapılamaz. Nitekim Yargıtay 1.HD.24.06.1968 tarihli 4880 e. 4593 k. numaralı bir kararında mer'a üzerinde tesisat yapılamayacağı ilkesini kesin bir biçimde uygulayarak mer'aya bitişik olan ağıldan mer'aya kapı açılmasının caiz olmadığını, kapının açılması kabul edilmesi halinde, açılan kapıdan girip çıkan sürülerin mer'adan yararlanmasına veya mer'aya zarar vermesine göz yummak icap edeceğini, böyle bir külfetin davacıya yüklenmesi için haklı bir sebep olmadığını belirtmiştir. (Mera'nın Hukuki Rejimi-Hukuki İncelemeler Kütüphanesi, www.turkhukuksitesi.com).

Anayasa Mahkemesinin kararlarında 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, çayır ve meraların korunması için yasa koyucunun bu esası gözardı etmemesi ve bunu en iyi şekilde yansıtması zorunludur.

Tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önünü açan iptali istenen kuralın kamu yararına dayanmadığı ve dolayısıyla Anayasanın 2 nci maddesine aykırı olduğu çok açıktır.

İptali istenilen fıkrada yapılaşmaya konu olacak mera, yaylak ve kışlakların alanlarını sınırlamaya dönük bir hüküm (kiralanacak alanın yüzölçümünün yüzde biri)yer almakla birlikte, buralarda kurulacak tesislerin niteliğine, yüksekliğine ilişkin herhangi bir sınırlama hükmü getirilmemiş, bu tesislerin yapılması ve kullanılması ile usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelik ile belirlenmesi öngörülmüştür.

Anayasanın 7 nci maddesinde "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, yasa koyucunun temel ilkeleri koymadan, çerçeveyi çizmeden yürütmeye yetki vermemesi, sınırsız ve belirsiz bir alanı yürütmenin düzenlemesine bırakmaması gerekir. Yasa ile yetkilendirme Anayasanın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamına gelmez. Yasa koyucu 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.

Anayasanın 8 inci maddesinde ise yürütme yetkisi ve görevi düzenlenmiştir. Yasa koyucu belli konularda gerekli kuralları koyacak, çerçeveyi çizecek eğer uygun ve zorunlu görürse, onların uygulanması yolunda sınırları belirlenmiş alanlar bırakacak, idare ancak o alanlar içinde takdir yetkisine dayanmak suretiyle yasalara aykırı olmamak üzere bir takım kurallar koyarak Yasa'nın uygulanmasını sağlayacaktır. Esasen Anayasanın 8 inci maddesinin, yürütme yetkisi ve görevinin Anayasaya ve yasalara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir hükmünün anlamı budur. Bu kurallara göre yasa koyucunun genel kuralları koyup, düzenlenecek olan alanın esaslı konularının kanunda yeterince belli edilmiş, amaç ve hedefin açıklanmış, sınırlarının ve çerçevesinin yeterince belirlenmiş olması, yürütmenin yapacağı düzenlemenin ölçüsünü vermesi, Anayasanın öngördüğü yürütmenin yargısal denetiminin etkinliğini engellemeyecek nesnel kurallara bağlaması gerekmektedir.

Bu nedenle de hayvancılık tesislerinin yapılması ve kullanılması ile usul ve esaslar çıkarılacak yönetmelik ile belirlenme konusunda Bakanlığa yetki veren söz konusu fıkranın son cümlesi, Anayasanın 7 nci ve 8 inci maddelerine aykırıdır.

İptali istenilen fıkranın birinci ve son cümlelerinin iptali durumunda bu fıkranın ikinci ve üçüncü cümlelerinin de uygulanması mümkün olmayacaktır.

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

Diğer taraftan Anayasanın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin Anayasanın 11 inci maddesinde yer alan Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısı ile Anayasanın 2 nci maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile bağdaşması düşünülemez (Anayasa Mahkemesinin 03.06.1988 tarih ve E.1987/28, K.1988/16 sayılı kararı, AMKD., sa.24, shf. 225). Bu nedenle de 12/11/2012 tarih ve 6360 sayılı Kanunun 1 inci Maddesinin; Birinci Fıkrasındaki "sınırları il mülki sınırı olmak üzere" ibaresi ile İkinci Fıkrası Anayasanın 2 nci ve 11 inci maddelerine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle 27.02.2013 tarihli ve 6443 sayılı Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 2 nci maddesi ile 4342 sayılı Kanunun 12 nci maddesine eklenen fıkranın;

a- birinci cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 45 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b- son cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

c- ikinci ve üçüncü cümlelerinin uygulama olanağı kalmadığından,

iptal edilmeleri gerekmektedir.

III. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

27.02.2013 tarihli ve 6443 sayılı Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına DairKanunun2 nci maddesi ile 4342 sayılı Kanunun 12 nci maddesine eklenen fıkranın, Anayasanın "çayır ve meraların amaç dışı kullanılması ve tahribinin önlenmesi için devleti gerekli tedbirleri alması için görevlendiren" 45 inci maddesine açıkça aykırılığı ortadadır.

Ancak, Anayasanın 153 üncü maddesindeki "iptal kararlarının geriye yürümezliği" kuralı karşısında, mera, yaylak ve kışlakları kiralayanlar, hayvancılık tesisleri adı altında tesisler kurarak bu yerlerin tahribine yol açabileceklerdir. Bu nedenle giderilmesi olanaksız durum ve zararlar doğacağından, iptal davası sonuçlanıncaya kadar iptali istenen söz konusu fıkranın yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

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

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

IV. SONUÇ VE İSTEM

Yukarıda açıklanan gerekçelerle 27.02.2013 tarihli ve 6443 sayılı "Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"un 2 nci maddesi ile 4342 sayılı Kanunun 12 nci maddesine eklenen fıkranın;

a- birinci cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 11 inci ve 45 inci maddelerine aykırı olduğundan,

b- son cümlesinin, Anayasanın 2 nci, 7 nci, 8 inci ve 11 inci maddelerine aykırı olduğundan,

c- ikinci ve üçüncü cümlelerinin uygulama olanağı kalmadığından,

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

II- YASA METİNLERİ

A- İptali İstenilen Yasa Kuralları

Kanun'un 12. maddesine, 6443 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen ve dava konusu kuralların da yer aldığı fıkra şöyledir:

*"**Kiralanacak alanda hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılayacak zorunlu hayvancılık tesisleri kurulabilir.** Bu tesislerin taban alanı, kiralanacak alanın yüzölçümünün yüzde birini geçemez. Bu oranı bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulu yetkilidir. **Bu tesislerin yapılması ve kullanılması ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.**"*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Dava dilekçesinde, Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 45. maddelerine dayanılmıştır.

III- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 22.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

IV- ESASIN İNCELENMESİ

Dava dilekçesi ve ekleri, Raportör Hakan ATASOY tarafından hazırlanan 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, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılması ve tahribini önlemek görevinin Anayasa'nın 45. maddesiyle Devlete verildiği, hâl böyleyken mera, yaylak ve kışlakların yapılaşmaya açılmasının, Devlete verilen bu görev ile bağdaşmasının mümkün olmadığı; meraların kendilerine tahsis edilen köy veya kasaba halkının hayvanlarının yayılıp otlatılmasına mahsus olduğu, bu yerler özel mülkiyete konu olamayacağından üzerlerine hayvancılık tesisi yapılamayacağı; dava konusu kuralların kamu yararına dayanmadığı, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasının ve tahribinin önünü açtığı; kurallarda yapılaşmaya konu olacak mera, yaylak ve kışlakların alanlarını sınırlamaya dönük bir hüküm (kiralanacak alanın yüzölçümünün yüzde biri) yer almakla birlikte, buralarda kurulacak tesislerin niteliğine, yüksekliğine ilişkin herhangi bir sınırlama hükmü getirilmediği, bu tesislerin kullanılmasıyla ilgili usul ve esasların çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesi konusunda Bakanlığa sınırları ve çerçevesi belirlenmeden yetki verildiği; Anayasa'nın herhangi bir hükmüne aykırı bir düzenlemenin 11. maddesinde yer alan Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ve dolayısıyla 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmasının düşünülemeyeceği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 45. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 3. maddesinin (d) bendine göre meralar, hayvanların otlatılması ve otundan yararlanılması için tahsis edilen veya kadimden beri bu amaçla kullanılan yerlerdir. Kanun'un 4. maddesinde, meralar, yaylak ve kışlakların kullanma hakkının bir veya birden çok köy veya belediyeye ait olduğu, bu yerlerin Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunduğu, özel mülkiyete geçirilemeyeceği, amacı dışında kullanılamayacağı, sınırlarının daraltılamayacağı, zaman aşımına konu olamayacağı, ancak kullanım hakkının kiralanabileceği; 11. maddesinde, köy veya belediyenin münferiden veya müştereken yararlanacağı mera, yaylak ve kışlak ihtiyacının belirlenmesinde, bu alanların karakter ve otlatma kapasitesi, bitkisel ve

hayvansal gelişme ve otlatılacak hayvan miktarının dikkate alınacağı; 12. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, köy veya belediye tüzel kişiliğine tahsis edilen mera, yaylak ve kışlakların ihtiyaçtan fazla çıkan kısmının, ihtiyaç içinde bulunan çevre köy veya belediyelerle hayvancılık yapan özel veya tüzel kişilere kiralanabileceği, ayrıca ancak ıslah edilmek suretiyle mera olarak kullanılabilecek alanların da gerekli ıslah işlemlerini taahhüt eden özel ve tüzel kişilere kiraya verilebileceği belirtilmiş; maddenin dava konusu kuralların da yer aldığı dördüncü fıkrasında ise kiralanacak alanda hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılayacak zorunlu hayvancılık tesislerinin kurulabileceği, bu tesislerin taban alanının, kiralanacak alanın yüzölçümünün yüzde birini geçemeyeceği, bu oranı bir katına kadar artırmaya Bakanlar Kurulunun yetkili olduğu ve bu tesislerin yapılması ve kullanılmasıyla ilgili usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Kanunların kamu yararının sağlanması amacına yönelik olması, genel, objektif, adil kurallar içermesi ve hakkaniyet ölçütlerini gözetmesi de hukuk devleti olmanın gereğidir. Bu nedenle, kanun koyucunun hukuki düzenlemelerde kendisine tanınan takdir yetkisini anayasal sınırlar içinde adalet, hakkaniyet ve kamu yararı ölçütlerini göz önünde tutarak kullanması gerekir.

Anayasa'nın *"Tarım, hayvancılık ve bu üretim dallarında çalışanların korunması"* başlıklı 45. maddesinde, *"Devlet, tarım arazileri ile çayır ve meraların amaç dışı kullanılmasını ve tahribini önlemek, tarımsal üretim planlaması ilkelerine uygun olarak bitkisel ve hayvansal üretimi artırmak maksadıyla, tarım ve hayvancılıkla uğraşanların işletme araç ve gereçlerinin ve diğer girdilerinin sağlanmasını kolaylaştırır. Devlet, bitkisel ve hayvansal ürünlerin değerlendirilmesi ve gerçek değerlerinin üreticinin eline geçmesi için gereken tedbirleri alır."* denilerek, Devlete tarımsal alanlarda toplumsal ihtiyaçlar doğrultusunda düzenleme yapma ödevi verilmiş, ancak bu ödevin ne şekilde yerine getirileceği kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır.

Hayvanların yaşama ve barınma ortamlarındaki çevre koşullarının iyileştirilmesi ve optimum seviyeye getirilmesi, hayvansal üretimin artırılmasında önemli bir role sahiptir. Düzenleme ile taban alanı da belirtilmek suretiyle, kiralanacak alanda hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılayacak zorunlu hayvancılık tesisleri kurulmasına imkân tanınarak, bir yandan ulusal gelirin ve istihdamın artırılması, et, süt, tekstil, deri, kozmetik ve ilaç sanayi dallarına hammadde sağlanması, istikrarlı kalkınmaya katkıda bulunulması, kırsal alandaki açık ve gizli işsizliğin ve buna bağlı sosyal sorunların azaltılması ve önlenmesi gibi ülkede sosyo-ekonomik açıdan önemli bir işleve sahip olan hayvansal üretimin artırılmasının, diğer yandan da meraların tahsis amaçları doğrultusunda kullanılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu bağlamda, kamu yararı amacıyla öngörülen kuralların, anayasal sınırlar içinde kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği öngörülmüştür. Buna göre, kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilmesi, yasama yetkisinin devri anlamına geleceğinden Anayasa'nın 7. maddesine aykırı düşer. Ancak, kanunda temel esasların ve çerçevenin belirlenmesi koşuluyla, uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların düzenlenmesinin yürütmeye bırakılması Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz. Esasen Anayasa'nın 8. maddesinde yer alan, "*yürütme yetkisi ve görevi Anayasa'ya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir*" hükmünün anlamı da budur.

Bakanlığa verilen mera alanında hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılayacak zorunlu hayvancılık tesislerinin yapılması ve kullanılması ile ilgili usul ve esasları belirleme yetkisi, işin özelliğinden kaynaklanan, uzmanlık gerektiren, teknik konuları içeren, objektif bir düzenleme yetkisidir. Kanun koyucu, kiralanacak alanda kurulmasına izin verilen tesislerin, hayvancılık için gerekli bakım, barınma ve su ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kurulabileceğini, tesislerin taban alanının kiralanacak alanın yüzölçümünün yüzde birini geçemeyeceğini, bu oranın Bakanlar Kurulu tarafından bir katına kadar artırılabileceğini belirterek, bu tesislerin amaç ve nitelikleri ile ilgili asli düzenlemeleri yapmış ve bu şekilde Bakanlığa verilen yetkinin çerçevesini belirlemiştir. Buna göre, dava konusu kurallarla söz konusu tesislerin yapılması ve kullanılması ile

ilgili usul ve esasların Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirleneceğinin öngörülmesi, yasama yetkisinin devri olarak nitelendirilemez.

Açıklanan nedenlerle, dava konusu kurallar Anayasa'nın 2., 7., 8. ve 45. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 11. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

25.2.1998 günlü, 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 12. maddesine, 27.2.2013 günlü, 6443 sayılı Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle eklenen fıkranın birinci ve son cümlelerine yönelik iptal istemleri, 26.12.2013 günlü, E.2013/51, K.2013/159 sayılı kararla reddedildiğinden, bu cümlelere ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- SONUÇ

25.2.1998 günlü, 4342 sayılı Mera Kanunu'nun 12. maddesine, 27.2.2013 günlü, 6443 sayılı Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle eklenen fıkranın birinci ve son cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve iptal istemlerinin REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/52
Karar Sayısı : 2013/160
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Çankırı 1. Asliye Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 25.5.2005 günlü, 5352 sayılı Adlî Sicil Kanunu'na 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 38. maddesiyle eklenen 13/A maddesinin;

1- (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "*Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve…*" ibaresinin,

2- (4) numaralı fıkrasında yer alan "*…dosya üzerinde inceleme yaparak ya da…*" ibaresinin,

Anayasa'nın 2., 5., 12., 15. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine, maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "*Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve…*" ibaresinin ise yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanığın "*yasaklanmış haklarının geri verilmesi*" talebinin incelendiği davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"…

Hükümlü … vekili 22/04/2013 havale tarihli dilekçesi ile, Ankara 15. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2005/689 Esas, 25/01/2006 tarih ve 17 sayılı, 14/05/2007 tarihinde kesinleşip, 25/12/2008 tarihinde infaz edilen hükümden kaynaklanan yasaklanmış haklarının geri verilmesi talebinde bulunmuştur.

AÇIKLAMA

Talep, 5352 sayılı Adli Sicil Yasası'na, (5560 sayılı Yasa ile) 13/A maddesi olarak eklenen, "yasaklanmış hakların geri verilmesi" kapsamında incelenip değerlendirilmesi gereken bir taleptir. Dosya içeriği itibarıyla 13/A maddesinin 4 ncü fıkrası gözetilerek, iyi hal konusunun yüzyüzelik kuralı da uygulanarak tesbiti için ancak duruşma açılarak sonuca varılabileceği düşünülerek, başvuruya yönelik yargılamanın duruşmalı yapılması yoluna gidilmiştir.

765 sayılı Türk Ceza Yasasında ve 1412 sayılı Ceza Yargılaması Yöntem Yasasında, yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu düzenlenmiş iken, bu yasaların yerlerine 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Yasası ve 5275 sayılı Ceza Yargılaması Yasası'nda bu kuruma yer verilmemiştir.

01/06/2005 tarihinde yürürlüğe giren 5352 sayılı Adli Sicil Yasasında da anılan kuruma yer verilmemiş iken, 06/12/2006 tarihinde 5560 sayılı Yasa'nın 38 nci maddesi ile 5352 sayılı Yasaya 13/A maddesi eklenmiş, bu maddede yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu yeniden düzenlenmiş ve anılan kurum böylece mevzuatta tekrar yer almıştır.

Süreli hak yoksunluklarında, belirtilen sürelerin dolması ile hakların tekrar elde edilmesi olanaklıdır. Bu nedenle süreli hak yoksunluklarında, yasaklanmış hakların geri verilmesi kuralları uygulanamaz. Yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu, süresiz hak yoksunluklarında gündeme gelen bir kurumdur. Anayasa'nın 76 ncı maddesindeki düzenleme, bu konuda en iyi örnektir. Önceki düzenleme de bu doğrultuda olup, 5352 sayılı Yasa'daki düzenleme de aynı paraleldedir. (Çetin Arslan; AÜHFD, Cilt 56, sayı 4, Yasaklanmış Hakların Geri Verilmesi).

Yukarıda vurgulandığı üzere süresiz hak yoksunluklarında, örneğin olayımızdaki gibi Anayasa'nın 76 ncı maddesi kapsamında kalan, süresiz hak yoksunluğunu gerektiren bir suç konusunda, 2005 yılındaki düzenlemelerle, yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu da kaldırılmıştır. Böylece süresiz hak yoksunluğundan kurtulabilmek olanaksız kılınmıştır. Bu anlayıştan kısa bir süre sonra 2006 yılında dönülerek, tekrar 1926 yılındaki düzenlemelere paralel biçimde, çağdaş ceza hukuku anlayışından hareketle, ölçülülük kuralı da gözetilerek, yasaklanmış hakların geri verilmesi kurumu kabul edilmiştir. Ancak yapılan bu yeni düzenlemelerde, 1926 yılındaki düzenlemelerden ve çağdaş normlardan farklılık gösteren çok önemli noktalar da bulunmaktadır.

5252 sayılı Yasa'nın 13/A maddesinde yapılan düzenleme uyarınca, cezanın infaz edilmesinden sonraki 3 yıllık veya infazın hukuki bir nedenle sona ermesi durumunda ise kararın kesinleşmesinden sonraki 5 yıllık süre içerisinde, kişinin belirtilen bu deneme süreleri içinde bir suç işlememiş olması halinde, diğer koşullar da oluşmuş ise, yasaklanmış hakların geri verilmesi olanak dahilindedir.

Cezanın infaz edilmesinden sonraki 3 yıllık deneme süresinin dolduğu anda veya infazın hukuki bir nedenle sona ermesi durumunda ise hükmün kesinleşmesinden sonraki 5 yıllık deneme süresinin dolduğu anda, kişi için yasaklanmış hakların geri verilmesi talebinde bulunabilme hakkı doğmaktadır. Bu an itibariyle koşullar oluşmuş ise, talep sahibi 5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesinden yararlanabilmektedir. Talep sahibi, belirtilen deneme sürelerinin maddede ifade edildiği biçimde geçirilmesiyle, bu hakkını kullanabilme koşullarını elde edeceği için, bu deneme sürelerinin bittiği andan itibaren, başvuru yapma hakkına da sahip olacaktır. Doğal olarak, deneme süresinden sonra işlenen suçlar ise, daha önceden ortaya çıkmış ve kazanılmış olan bir hakkı ortadan kaldırmayacağı için, yeni işlenen bu suçlarla ilgili süreç ise, yeni duruma göre ayrıca ve farklı işleyecektir.

5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesi, yedi fıkradan oluşmakta olup, maddenin 1 nci ve 2 nci fıkralarında yasaklanmış hakların geri verilmesi koşulları düzenlenmiştir. Bu maddenin 13/A-l-b maddesinde, daha önce 765 sayılı TCY ve 1412 sayılı CYYY'nda yer almayan, "Kişinin, bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve" ifadesine de yer verilmiş, yasaklanmış hakların geri verilebilmesi için, bu ön koşulun da mutlaka sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Burada kastedilen süre, 13/A maddesindeki deneme süresidir. Böylece artık deneme süresinin de suç işlenmeden geçirilmesi, bu haktan yararlanabilmek için gerçekleşmesi gereken koşullar arasına alınmıştır.

Kişinin deneme süresi içinde suç işleyip işlemediği konusunun, deneme süresi bitiminde ve talep süresince kesin olarak açıklığa kavuşturulabilmesi veya ortaya çıkarılabilmesi, olanaklı değildir. Bu nedenle maddenin bu haliyle düzenlenmesi, kişiler için yararlanmaları söz konusu olan bir haklarının ellerinden alınmalarına neden olmuştur. Çünkü deneme süresi dolduğunda yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine, mahkemece araştırma yapılıp, kişinin deneme süresi içerisinde bir suç işleyip işlemediği de araştırılacak, işlediği ileri sürülen bir suç var ise, bunun akibetinin beklenmesi yoluna gidilecek, akibeti beklenen soruşturma veya yargılamanın sonucunda 5271 sayılı CMY 231 nci maddesi anlamında suçu işlemiş olduğunun kesinleşmesi halinde, talep koşullarının gerçekleşmediği gözetilecektir. Deneme süresi içinde işlendiği kaydı bulunan ve üzerine atılan suçu işlememiş olduğunun kesinleşmesi halinde ise, başka bir araştırma yapılması yoluna gidilecek midir? Ya da bu süre içerisinde herhangi bir kaydın söz konusu olmaması ve bulunamaması, kesin olarak suç işlenmemiş olmadığı anlamına gelmekte midir? İşin özü de burada yatmaktadır.

Olayımızda deneme süresi içerisinde işlenen ve deneme süresi içinde sona eren veya sonuçlanan, dosyaya yansıyan herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Bu durum, yukarıda belirtilen nedenlerle deneme süresi içinde kesin olarak suç işlenmediği anlamına gelebilir mi?

ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU

Yasaklanmış haklarının geri verilmesi talebinde bulunan herhangi bir kişi için, deneme süresi içinde bir suç işlemesi durumunda, hemen bu suçun, 5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesinde öngörülen deneme süresinde veya hemen sonrasında mutlaka ivedilikle saptanarak bir karara bağlanabileceği söylenemez. Her talep sahibi tarafından deneme süresi içinde bir suç işlenmiş olabilecek, ancak deneme süresi içerisinde veya talep tarihi itibariyle, bu suçun kaydı elde edilemeyebilecek, dolayısıyla akibeti beklenecek açılmış bir soruşturma veya dava bulunmayabilecektir. Bunun için dava zamanaşımı kurallarının da öngörüldüğü, hatta bazı suçlarda dava zamanaşımı kurallarının da bulunmadığı düşünüldüğünde, bu nitelikte herhangi bir olay, talep tarihine kadar pekala faili meçhul de kalmış olabilecektir. Bu olasılık her olay ve her talep için kesin olarak söz konusudur.

Yasaklanmış hakların geri verilmesine yönelik talep ve karardan sonra bile, bahse konu deneme süresinde işlenmiş olup, zamanaşımına tabi suçlarda zamanaşımı dolmadan veya zamanaşımına tabi olmayan suçlarda her zaman suç işlendiği

yolunda bir yargı kararı ortaya çıkabilecektir. Bu olasılıklar düşünüldüğünde, 5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesi kapsamında, mahkemelerce kişiler lehine karar verilebilmesi durumu, bu düzenleme ile bütünüyle ortadan kaldırılmıştır. Çünkü talep anında talep sahibinin kesin olarak deneme süresi içinde suç işlemediğinin kanıtlanması olanaklı değildir.

Deneme süresi içerisinde her talep sahibi tarafından işlenmiş olmasına rağmen, dava zamanaşımına tabi olan böyle herhangi bir suç, ortaya çıkmamış, faili meçhul kalmış olabilecek, dava zamanaşımı dolmadan her talep sahibi kişi hakkında (yasaklanmış hakların geri verilmesi işleminden sonra bile) açılacak bir soruşturma sonrasında, mahkumiyet kararı ile sonuçlanabilecektir. Zamanaşımına tabi olmayan suçlar da düşünüldüğünde, her talep sahibi hakkında deneme süresinde işlediği ancak faili meçhul kalan bir eylemin, yaşamı boyunca her zaman yargı kararına konu olabilmesi de olanaklıdır. 5237 sayılı Yasa'nın 66 ncı ve 67 nci maddeleri dikkate alındığında, talep sahipleri için, deneme sürelerine özgü olarak suç işlenmeden geçirilmesinin bu düzenlemeler karşısında kesin olarak saptanabilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle, deneme süresi içinde kesin olarak suç işlenmediğinin söylenebilmesi veya bu süre içinde kesin olarak suç işlenmediğinin saptanabilmesi olanaklı değildir. Aksini söylemek, hukuktan öte, akla ve mantığa bile aykırıdır. Bu nedenle yapılan düzenleme karşısında 5352 sayılı Yasadaki haktan yararlanılamayacak, mahkemeler olumlu karar veremeyecek, konulan kural amacı aşan sonuçlara neden olacaktır. Sonuçta temel hakların kullanılması durdurulmuş olacaktır. Bu olağanüstü durumlara özgü sonuç, bu şekilde ortaya çıkmış olmaktadır. Bu boyutlar, çok açıkça hukuk devleti ilke ve kurallarıyla bağdaşmamaktadır.

Bu açıklamalar karşısında, 5352 sayılı Yasa'nın 13/A-l-b maddesinde öngörülen ve daha önce 765 sayılı Yasa ile 1412 sayılı Yasalarda yer almayan ve bu davada Anayasa'nın 152 nci maddesi uyarınca uygulanacak kural niteliğinde olan "Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve" kuralı, kişinin yasaklanmış haklarının geri alınmasını talep etme hakkını elinden almaktadır.

İşlenmiş bir suçun, anında veya deneme süresinde veya talep hakkı bulunduğu sürece hemen ortaya çıkması, çıkabilmesi veya kayıtlara mutlaka girmesi yukarıda belirtildiği şekilde düşünülemez. Çünkü yukarıda belirtildiği gibi zamanaşımı kurallarının kabul edilmesi nedeniyle, deneme süresi içinde işlenmiş olmasına rağmen faili saptanamamış bir konunun deneme süresinden çok çok sonra bile zamanaşımı dolana kadar bir yargı kararı ile işlenmiş sayılabileceği,

ya da bazı suçlarda da zaman aşımının bulunmadığı dikkate alındığında deneme süresi içinde işlenmiş olmasına rağmen faili bilinemeyen bir konunun talep sahibi kişi için ölene kadarki zaman içinde her zaman fail olduğunun yargı kararı ile saptanması durumunda bu suçu işlediğine hükmedilecek olması karşısında, 5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesi bu haliyle, temel haklara aykırı bir içerik ve nitelik taşımakta, kişilerin haklarını kullanmasını adeta durdurmaktadır.

Cumhuriyet hukuk devrimleri ile konulan kurallar ve yasaların, günün koşullarına uydurulması gerekçesi ile, hızlıca ve temel yasa hazırlama yöntemlerine uygun olmayan biçimde değiştirilmesi sonucunda bunların yerlerine çıkartılan ve yürürlüğe konulan yasalar, kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırabilmekte, bu haklarından yararlanmasını engelleyebilmektedir. Bu nedenle sürekli söz konusu yasalarda değişikliklere gidildiği görülmektedir. Olayımızda ise bunun da ötesinde bir durum söz konusudur. Çünkü olayımızdaki örnekte yasa hükmü, kişi için güvence yaratan metin olmaktan çıkmış, hak ve özgürlüklerini kullanılmaz hale getiren bir araç niteliğine dönmüştür.

Yasalar hukuk devletini geliştiren araçlar olmaktan çıkmamalı, hukukun üstünlüğü gözetilmeli, üstünlüğün iradesini yansıtan metinler haline dönüşmemeli, hukuk devletini zayıflatan araçlar haline gelmemelidir.

Bir hukuk devletinde, konulan kuralların her şeyden önce bilinebilir, erişebilir, anlaşılabilir ve uygulanabilir olması gerekmektedir. Olayda söz konusu olan kural, hakkın kullanılmasını engelleyen ve durduran, uygulanınca hakkın kullanılmasını ortadan kaldıran, konuluş amacına göre uygulanabilir olmayan, hakkı kişinin elinden alan, hak ve özgürlükten yararlanmayı olanaksız kılan bir kural niteliği taşımaktadır. Bu nedenle davada uygulanacak olan ve uyuşmazlığın çözümünde dayanılması gereken 5352 sayılı Yasa'nın 13/A-l-b maddesindeki "Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve" ifadesi, hakkın kullanılmasını engellediği, orantısız ve mutlak bir yasaklılık hali yarattığı, çağdaş bir hukuk normu niteliklerinden uzak olması yönleriyle, hukuk devletine aykırı olması boyutu ile Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırıdır.

Belirtilen kural kişinin temel hak ve özgürlükleri konusunda hukuk devleti ve adalet ilkeleri ile bağdaşmayan boyutu gözetildiğinde, yine ayrıca devletin kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi için engel olan koşulları hazırlama görevi düşünüldüğünde, söz konusu boyut ve görev yönünden Anayasa'nın 5 nci maddesine de aykırılık ortaya çıkmış olup, bu aykırılığın giderilmesi gerekmektedir.

Cezalar ve cezalardan kaynaklanan hak yoksunluklarının sonsuz olması çağdaş ceza hukuku anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle 2005/689 Esas sayılı kararın Anayasa'nın 76 ncı maddesi kapsamında kalan suçlardan olduğu ve süresiz hak yoksunluğu yarattığı gözetildiğinde, bu süresiz hak yoksunluğunun kaldırılabilmesi için kişinin yasaklanmış haklarının geri verilmesi gerekmektedir ki, bu haklardan yararlanılabilmesi için de, yukarıda belirtildiği üzere hukuk devletine aykırı biçimde konulan 5352 sayılı Yasa'nın 13/A-l-b maddesindeki ifade, bu yönü ile kişinin dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve özgürlüğünden yararlanmasını engellediğinden, Anayasa'nın 12 nci maddesine aykırılık durumunu ortaya çıkarmıştır.

Kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin kullanılmasının durdurulması ancak sıkıyönetim, savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde Anayasa'nın 15 nci maddesinde belirtilen bu durumlarda sözkonusudur ki, yukarıda belirtilen şekilde hukuk devleti kurallarına aykırı bir biçimde düzenlenen ve daha önce mevzuatta yer almayan içerikteki söz konusu kural, sonuçları itibariyle Anayasa'nın 15 nci maddesinde düzenlenen bir durumu ortaya çıkarmıştır. Sivil demokratik bir hukuk devletinde böyle bir durum düşünülemez. Bu nedenle Anayasa'nın 15 nci maddesinin uygulanma koşullarının oluşmadığı bir durumda, adeta bu maddeyi süresiz bir şekilde uygulanır kılarak 5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesinde düzenlenen hakkın kullanılmasının durdurulması, açıkça Anayasa'nın 15 nci maddesinde öngörülmeyen bir durumun yaratılması nedeniyle, ortaya çıkan ve bu Anayasa maddesiyle örtüşen sonuç, çağdaş bir demokraside söz konusu olamayacağı için, Anayasa'nın bu maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 36 nci maddesinde herkesin hukuksal yollarla hak arama özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş olup, 5352 sayılı Yasa'nın 13/A maddesinde belirtilen haktan yararlanma konusunda öngörülen bu düzenleme karşısında, hiç bir talep sahibinin, deneme süresi içinde suç işlemediğini kesin olarak ispatlama şansı ve olanağı sözkonusu olmadığından, bu koşullarda mahkemelere yapılan başvurulardan herhanbir olumlu sonuç elde edilebilmesi olanaklı değildir. Bu durum hak arama özgürlüğünü ortadan kaldırmaktadır. Bu sonuçta Anayasa'nın 36 ncı maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Bu nedenle talep ve davanın incelenmesinde ve uyuşmazlığın çözümünde uygulanması gereken 5352 sayılı Yasa'nın 13/A-l-b maddesinde yer alan "kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve" ifadesini Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptali ve uygulanmasının giderilmesi olanaksız sonuçlar yaratması

karşısında yürürlüğünün de durdurulması için Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapmak gerekmiştir.

Bu başvurunun ya dosya üzerinden veya duruşma açılıp hükümlünün dinlenilmesi yoluyla iki yöntemden biriyle sonuçlandırılabileceği 5352 sayılı Yasa'nın 13/A-4 ncü maddesinde düzenlenmiş olup, kişi için talebine konu hakları ve verilecek kararın sonuçları gözetildiğinde, incelemenin evrak üzerinde de yapılabileceği yolundaki düzenleme, maddi ve hukuki gerçekliği ortaya çıkarmaya elverişli olmadığından, hukuk devleti ve hak arama özgürlüğüne yönelik Anayasa'nın 2 nci ve 36 nci maddedeki kurallarla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle 5352 sayılı Yasa'nın 13/A-4 maddesindeki "dosya üzerinde inceleme yaparak ya da" ifadesi de Anayasaya aykırılık oluşturmaktadır.

SONUÇ : Yukarıda Açıklanan Nedenlerle ;

1- Davada uyuşmazlığın çözümü için uygulanması gereken 5352 sayılı Yasa'nın 13/A-l-b maddesinde yer alan "Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve" ifadesinin Anayasa'nın 2, 5, 12, 15, 36 ncı maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,

2- Başvuru konusu kuralın açıkça Anayasa'ya aykırı olması ve uygulanması nedeniyle de giderilmesi olanaksız durumlar ortaya çıkabileceği gözetilerek yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesinin istenilmesine,

3- 5352 sayılı Yasa'nın 13/A-4 maddesindeki "dosya üzerinde inceleme yaparak ya da" ifadesinin Anayasa'nın 2 nci ve 36 nci maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,

4- Anayasa Mahkemesi kararına kadar, Anayasa'nın 152/1 maddesi uyarınca yargılamanın geri bırakılmasına,

5- Bu nedenle inceleme duruşmanın 02/07/2013 günü saat 10:00'a bırakılmasına karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 13/A maddesi şöyledir:

*"**Madde 13/A- (Ek: 6/12/2006-5560/38 md.)***

(1) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilir. Bunun için; Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları saklı kalmak kaydıyla,

a) Mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması,

*b) **Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve** hayatını iyi halli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması,*

gerekir.

(2) Mahkûm olunan cezanın infazına genel af veya etkin pişmanlık dışında başka bir hukukî nedenle son verilmiş olması halinde, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebilmesi için, hükmün kesinleştiği tarihten itibaren beş yıl geçmesi gerekir. Ancak, bu süre kişinin mahkûm olduğu hapis cezasına üç yıl eklenmek suretiyle bulunacak süreden az olamaz.

(3) Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.

*(4) Mahkeme bu husustaki kararını, **dosya üzerinde inceleme yaparak ya da** Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebilir.*

(5) Yasaklanmış hakların geri verilmesi talebi üzerine mahkemenin verdiği karara karşı, hükümle ilgili olarak Ceza Muhakemesi Kanununda öngörülen kanun yoluna başvurulabilir.

(6) Yasaklanmış hakların geri verilmesine ilişkin karar, kesinleşmesi halinde, adlî sicil arşivine kaydedilir.

(7) Yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna başvurulması nedeniyle oluşan bütün masraflar hükümlü tarafından karşılanır."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 5., 12., 15. ve 36. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 38. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 22.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Maddenin (1) Numaralı Fıkrasının (b) Bendinde Yer Alan *"Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve…"* İbaresinin İncelenmesi

Başvuru kararında, yasaklanmış hakların geri verilmesi kararının verilebilmesi için deneme süresi içerisinde *"suç işlememiş olmak"* şeklinde bir şartın konulmaması gerektiği, bu kavramın konusunun ve kapsamının belirsiz olduğu, zira kişilerin deneme süresi içerisinde suç işleyip

işlemediklerinin hemen anlaşılabilecek bir durum olmadığı, haklarında soruşturma ya da kovuşturma bulunan kişilerin, deneme süresi içerisinde bir suç işlemediklerini kanıtlama olanakları bulunmadığından dolayı yasaklanmış haklarının geri verilmesi talebinin incelenmesine engel olunacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 5., 12., 15. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 38. maddesi yönünden de incelenmiştir.

Maddenin (1) numaralı fıkrasında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu dışındaki kanunların belli bir suçtan dolayı veya belli bir cezaya mahkûmiyete bağladığı hak yoksunluklarının giderilebilmesi için, yasaklanmış hakların geri verilmesi yoluna gidilebileceği belirtilmiştir. Bunun için ise 5237 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkraları saklı kalmak kaydıyla fıkranın (a) bendinde, mahkûm olunan cezanın infazının tamamlandığı tarihten itibaren üç yıllık bir sürenin geçmiş olması; itiraz konusu kuralın da yer aldığı (b) bendinde ise kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve hayatını iyi hâlli olarak sürdürdüğü hususunda mahkemede bir kanaat oluşması gerektiği kural altına alınmıştır.

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

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ya da kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak

bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Bu bakımdan, kanunun metni, bireylerin, gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla, uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir.

Kişi hakkında soruşturma ya da kovuşturma açılması, o kişinin suç işlediği anlamına gelmez. Esasen soruşturma açılması ya da kovuşturma yapılması hususu, Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında "*Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.*" biçiminde ifade edilen masumiyet karinesinin de bir gereği olarak, *"suç işlememiş olmak"* kavramı içerisinde değerlendirilemez. Bu nedenle, ceza hukukunda *"suç işlememiş olmak"* kavramı, kişi hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararının bulunmaması anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle, bu kavram kişinin kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı sonucunda suçlu olduğunun tespitidir. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın belirsiz olduğu söylenemez.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili olması nedeniyle suç ve suçlularla mücadele amacıyla ceza, ceza muhakemesi ve ceza infaz hukuku alanında sistem tercihinde bulunulması Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği ve cezaların ne şekilde bireyselleştirilerek hangi yükümlülüklerin yerine getirileceğinin belirlenmesi gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Kanun koyucu süresiz hak yoksunluklarının neden olabileceği mağduriyetleri önlemek için, itiraz konusu kuralın da içerisinde yer aldığı düzenlemeyi kabul etmiştir. Ancak bu düzenlemeyi yaparken, kişinin

hak yoksunluğunun ortadan kaldırılabilmesi için bazı objektif koşullar öngörmüştür. Bu bağlamda, kişinin işlediği suçtan dolayı pişman olup olmadığı şeklinde bir ölçüt de benimsenmiştir. Kişi hakkında yeni bir suçtan mahkûmiyet kararı verilip verilmemesi, daha önce işlediği bir suçtan dolayı pişmanlık duyup duymadığının belirlenmesi için önemli bir karinedir. Bu nedenle kanun koyucunun, kişinin pişmanlığına işaret eden "*suç işlememiş olması*"nı, yoksun bırakıldığı haklarını yeniden elde edebilmesi için objektif bir kriter olarak benimsediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralın hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yönü bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 5., 12., 15. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

B- Maddenin (4) Numaralı Fıkrasında Yer Alan *"... dosya üzerinde inceleme yaparak ya da..."* İbaresinin İncelenmesi

Başvuru kararında, incelemenin evrak üzerinde de yapılabileceği yolundaki düzenlemenin, kişi için talebine konu hakları ve verilecek kararın sonuçları gözetildiğinde maddi ve hukuki gerçekliği ortaya çıkarmaya elverişli olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Maddenin itiraz konusu kuralın da yer aldığı (4) numaralı fıkrasında, mahkemenin, yasaklanmış hakların geri verilmesi hususundaki kararını, dosya üzerinde inceleme yaparak ya da Cumhuriyet savcısını ve hükümlüyü dinlemek suretiyle verebileceği belirtilmiştir.

Hukuk devletinde kanun koyucu, yargılama hukukuna ilişkin kurallar belirleme ve bu çerçevede mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi, yargılama usulleri ve yapısı hakkında Anayasa kurallarına bağlı olmak koşuluyla ihtiyaç duyduğu düzenlemeyi yapma konusunda takdir yetkisine sahip bulunmaktadır.

Hukuk devletinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin sağlanması ve korunması esas olduğundan, kişilere etkili hak arama imkânı sağlayan

güvencelerin de tanınması gerekmektedir. Bu çerçevede Anayasa'nın "*Hak arama hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" denilerek, herkese, adaleti bulma, hakkı olanı elde etme ve haksızlığı giderme imkânı sağlanmış, böylece kişilerin hukuki güvenlikleri etkin bir koruma mekanizmasına kavuşturulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da vurgulandığı üzere, duruşma yapılması mutlak bir hak değildir. Dava dosyasına ve tarafların yazılı görüşlerine dayanılarak yeterli şekilde çözümlenemeyecek derecede hukuki ve nesnel sorunlar ortaya koymayan dava koşulları söz konusu olduğunda, duruşma yapılmasına gerek olmayabilir (Bkz. *Gülmez/Türkiye*, B. No: 16330/02, 20/5/2008, § 30).

Ceza yargılaması mevzuatı incelendiğinde, tarafların iddia ve savunmalarını mahkeme huzurunda sözlü olarak dile getirebildikleri duruşmalı inceleme yöntemi yanında, taleplerin yazılı olarak sunularak incelendiği dosya üzerinden inceleme usulünün de kabul edildiği görülmektedir. Bu yöntemler arasındaki seçimde, talep veya davanın konusunun ölçüt alındığı, duruşmalı olarak inceleme gereği bulunmayan taleplerin, mahkemelerde iş yığılmasına neden olmamak adına dosya üzerinden inceleme yöntemiyle çözüme kavuşturulmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kuralda da kanun koyucu tarafından dosya üzerinden inceleme yapılması yöntemi tercih edilmiştir. Bu şekilde, seri bir yargılama yapılarak, ivedilikle çözümlenmesi gereken taleplerle ilgili daha kısa bir süre içerisinde karar verilmesine olanak tanınmıştır. Kaldı ki Kanun'da, yasaklanmış hakların geri verilmesi taleplerinin dosya üzerinden incelemeyle karara bağlanabileceği gibi Cumhuriyet savcısı ve hükümlü dinlenerek de karar verilebileceği düzenlenmiştir. Bu şekilde bir seçeneğin de ortaya konulması ve inceleme yapacak mahkemelere dosyanın özelliklerine göre yöntem seçimi konusunda takdir yetkisi tanınması karşısında kuralda, Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VI- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

25.5.2005 günlü, 5352 sayılı Adlî Sicil Kanunu'na, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Kanun'un 38. maddesiyle eklenen 13/A maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve..."* ibaresine yönelik iptal istemi, 26.12.2013 günlü, E.2013/52, K.2013/160 sayılı kararla reddedildiğinden, bu ibareye ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VII- SONUÇ

25.5.2005 günlü, 5352 sayılı Adlî Sicil Kanunu'na, 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 38. maddesiyle eklenen 13/A maddesinin;

A- (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan *"Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve..."* ibaresinin,

B- (4) numaralı fıkrasında yer alan *"...dosya üzerinde inceleme yaparak ya da..."* ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/54
Karar Sayısı : 2013/161
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Çankırı İnfaz Hâkimliği

İTİRAZIN KONUSU : 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 68. maddesinin Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Ceza infaz kurumu mektup okuma komisyonunun *"hükümlünün yazmış olduğu mektubun yerine gönderilmemesine"* ilişkin verdiği karara karşı yapılan itirazın incelenmesi sırasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Çankırı E Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü olarak cezasını infaz etmekte iken, İnsan Hakları Derneği'ne yönelik olarak yazmış olduğu mektup, cezaevi mektup okuma komisyonu tarafından uygun bulunmayarak anılan yere gönderilmemiş, bu durum hükümlüye bildirilmiş, hükümlü tarafından söz konusu işleme karşı süresinde infaz yargıçlığına itiraz yoluna başvurulmuştur.

AÇIKLAMALAR

Tutukluların yazılı haberleşmeleri 5275 sayılı Yasa'nın 114/3, 114/5 nci maddelerinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, tutukluların yazılı haberleşmeleri

soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise yargıç veya mahkemesince kısıtlanabilecektir. Ancak tutukluların avukatları ile olan haberleşmelerinin kurum düzeni içinde gerçekleşmesi hiç bir biçimde kısıtlanamaz. Bu konu aynı Yasanın 59 ncu maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. 5275 sayılı Yasa'nın 116 ncı maddesinde, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama, avukat ve noterle görüşme hakkı, ifade özgürlüğü, mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı ile ilgili olarak bu yasada hükümlüler hakkında öngörülen kurallardan tutuklular hakkında uzlaşır nitelikte olanların, tutuklular hakkında da uygulanacağı belirtilmiştir.

Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'nce 22.1.2007 tarih ve 45/1 sayılı genelgede de hükümlü veya tutukluların, bulundukları ceza infaz kurumundaki diğer kişilere yazdıkları mektupların posta aracılığıyla gönderilmeyeceği, bunların mektup okuma komisyonu tarafından incelenerek sonucuna göre işlem yapılacağı da ifade edilmiştir.

5275 sayılı Yasa'nın 42 nci maddesinde haberleşme ve iletişim araçlarından yoksun bırakma bir disiplin cezası olarakta öngörülmüş, mektuplar vb incelemeye tabi tutulduğu için yazılan mektuplardaki hakaret, tehdit gibi ifadeler kullanılması 39/2-a maddesinde kınama disiplin cezası olarak yer almıştır.

5275 sayılı Yasa'nın 83 ila 86 ncı maddelerinde ceza infaz kurumlarında hükümlüleri ziyaret konusundaki kurallar yer almaktadır. Ziyarette yazılı iletişimi kısıtlayıcı bir hüküm söz konusu değildir. Ayrıca ziyaret hakkı olanların ziyaretlerinin nasıl gerçekleşeceği de düzenlenmiş, bunlarla sözlü iletişime yönelik kısıtlayıcı bir hükme yer verilmemiştir. Bu hükümler uyarınca cezaevi sahası içinde sözlü iletişimin söz konusu olduğu kişilerden, cezaevi dışına çıktıklarında yazılı olarak gelen veya bu kişilere yazılı olarak giden iletişimin denetlenebilmesi ayrı bir çelişki ortaya çıkarmaktadır. 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesinde de, hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma hakkı düzenlenmiştir. Bu maddede hükümlülerin resmi makamlara, savunması için avukatına gönderdiği mektup, faks ve telgrafların denetime tabi olmadığı belirtilmiştir. Bu kapsamda kalmayan yerlere giden veya gelen mektup, faks ve telgraflar, cezaevinde varsa mektup okuma komisyonu, yoksa cezaevi yönetimi tarafından incelenmektedir. İşin ilginci, avukatlar konusunda "savunma için olma" ön koşulu konularak, savunma için olup olmadığı yolunda getirilen inceleme yetkisi, ayrıca hakkın özüne dokunmaktadır. Tek istisna resmi makamlar kalmaktadır ki, bu yönden de sonuçta hükümlüler hakkında iletişimin gizliliğinden söz etmek olanaksızdır.

Yazılı haberleşme, temel bir insan hakkıdır. Bu temel hak hem Anayasa hem de İHAS kapsamında korunmaktadır. Yazılı haberleşme hakkı cezaevinde de olsalar hükümlü ve tutuklular için de söz konusu olan haklardandır. Yasada tutukluların yazılı haberleşmelerinin hangi koşullarda nasıl kısıtlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Açıkça bu kısıtlama işlemi söz konusu olmadıkça, tutukluların yazılı haberleşmelerinin gizliliği esastır. Haberleşmede de gizlilik esas olduğu için bu gizlilik ihlal edilemez.

Hükümlülerin yazılı haberleşmeleri konusu, 5275 sayılı Yasa'da çelişkili olarak düzenlenmiştir. Davada uygulanacak nitelikte kural olan 68 nci maddeye göre resmi kurumlara gönderilenler dışındaki iletişim, mutlaka denetime tabidir. Bu görevi varsa mektup okuma komisyonu, yoksa cezaevi yönetimi yapmaktadır. Çünkü hükümlü de olsa, bir yargı kararı olmadıkça, veya bilahare süresinde yargıç onayına sunulmak üzere idare tarafından haklı gerekçesi ortaya konulup bu hakkı kısıtlanmadıkça, haberleşme hakkı ve bu hakkın gizliliği esastır. Bu durum, insan onurunun bir gereğidir. Cezaevinde olmak, bu hakkı bütünüyle ortadan kaldıramaz. Belirtilen madde de avukatla yapılan yazılı iletişim konusunda da, savunma ile ilgili olup olmadığı kuralı getirildiği için yine denetime tabidir. Bunun dışındaki, belirli bir yakınlık derecesi olsun veya olmasın, yine mensubu olsun veya olmasın, tüm gerçek veya tüzel kişi ve kurumlarla hükümlülerin yapacağı yazılı iletişimlerin denetime tabi tutulması öngörülmüştür. Oysa ziyaret durumunda sözlü iletişimde her durumda denetim söz konusu değilken, cezaevi dışından aynı kişilerce yapılacak yazılı iletişimlerin bu şekildeki kurallara bağlanması ile ayrıca tutarsızlık ve çelişkide ortaya konulmuştur. Bu durum, temel hakların dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez niteliği ile, haberleşmenin gizliliği ilkesi ile, haberleşmenin kısıtlanması halinde, bunun haklı nedenlerinin mutlaka gösterilmesi ve ancak bir yargıç kararı söz konusu olması gerektiği, yasa ile düzenlenecek kurumlarda öngörülen koşulların oluşması halinde o kurumların kararı ile kısıtlama yoluna gidildiğinde daha sonra, idare tarafından süresinde yargı kararı alınması yoluna gidilmezse, bu kurum kararının mutlaka geçersiz hale gelip uygulanamayacağı yolundaki anayasal kurallarla bağdaşmamaktadır.

Bakıldığında Anayasa'nın 2 nci maddesinde Cumhuriyetin bir hukuk devleti olduğu, 12 nci maddesinde de, temel hak ve özgürlüklerin kişiliğe bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmezliği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 13 ncü maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin hangi durumlarda, nasıl sınırlandırılabileceği düzenlenmiştir. Anayasa'nın 17 nci maddesinde, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Yine Anayasa'nın 20 nci maddesinde özel yaşamın gizliliği

ve korunması ve bu temel hakkın hangi durumlarda nasıl sınırlama konusu yapılacağı düzenlenmiş, Anayasa'nın 22 nci maddesinde de, herkesin haberleşme hakkına sahip olduğu ve bu hakkın gizliliğinin esas olduğu vurgulanmıştır. Bu hakkın hangi durumlarda ve nasıl kısıtlanabileceği anılan maddede ifade edilmiş, kısıtlamanın mutlaka yargıç kararı ile olma koşulu aranmıştır. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, yasada yetkili kılınan merciin yazılı emri ile de kısıtlama yapılabileceği, istisnaları oluşturan bu mercilerin ise yasada belirtileceği açıkça düzenlenmiş, bu merci kararlarının da Anayasa'da öngörülen süre içinde mutlaka yargıç onayından geçirilmesi gerektiği aksi halde söz konusu idare kararların hükümsüz hale geleceği açıkça ifade edilmiştir. Anayasa'nın 25 ve 26 ncı maddelerinde düşünce ve ifade özgürlüğü düzenlenmiş olup, haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması, bu özgürlüklerden yararlanmayı da doğrudan etkilemektedir. Yine Anayasa'nın 38/11 nci maddesinde idarenin kişi özgürlüğünü kısıtlayan bir yaptırım uygulayamayacağı ifade edilmiştir ki, haberleşme konusu kişisel özgürlükler kapsamında olup, bunun kısıtlanması veya engellenmesine yönelik işlemler, özde yaptırım sonucunu doğurduğundan, yargıç kararı olmadan idare tarafından gerçekleştirilmesi düşünülemez.

Anayasal kurallar gözetildiğinde, hükümlü de olsa, hakkında haberleşmenin kısıtlanması yolunda alınmış özel bir yargıç kararı olmadıkça, haberleşmenin gizliliği kuralı esas olduğundan, bu kural gereği haberleşmesi denetlenemez ve kısıtlanamaz. Olayda bu kurala uyulmamıştır. Ayrıca Anayasa'nın 22/2-3 ncü maddesinde de belirtildiği üzere cezaevi yönetimince somut olayda ancak özel ve haklı nedenler ortaya konularak haberleşme hakkı engellenebilir ve kısıtlanabilir ki, bu yoldaki kararın da mutlaka süresinde yargıç onayına sunulması gerekmektedir. 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesindeki düzenleme, böyle bir aşamayı da öngörmeyerek ayrıca aykırılık oluşturmuştur.

Olayda hükümlü hakkında alınmış bir kısıtlama kararı bulunmadığı, cezaevi mektup okuma komisyonu tarafından alınan kararın yargıç onayına sunulmadığı, hükümlünün İnsan Hakları Derneğine yönelik olarak yazmış olduğu mektuba, içeriği gerekçe gösterilerek 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi uyarınca el konulduğu anlaşılmıştır. Bu şekilde davada doğrudan uygulanan 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi hükmü Anayasa'nın yukarıda belirtilen nedenlerle 2 nci, 12 nci, 13 ncü, 17 nci, 20 nci, 22 nci, 25 nci, 26 ncı, 38/11 nci maddelerine açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Ayrıca 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi, İHAS'ın haberleşme hakkını düzenleyen 8 nci maddesi ile de çatışmaktadır. Bu yönüyle de Anayasa'nın

90/son maddesine de aykırılık söz konusudur. Şöyle ki, cezaevinde olan bir hükümlü içinde haberleşmesinin gizliliği esastır. İHAS'ın 8 nci maddesi uyarınca kişinin cezaevinde (tutuklu veya) hükümlü olarak bulunması, başlı başına bu hakkının doğrudan kısıtlanması için yeterli bir neden ve gerekçe değildir. Burada yasa ile düzenleme konusu yapılarak, demokratik toplum çerçevesinde ulusal güvenlik, kamu güvenliği, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gerekçelerine dayanılarak kamu makamlarının müdahalesi söz konusu olabilecektir. Kişinin cezaevinde bulunması durumunda haberleşmesi, mutlaka kamu güvenliği ve düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, başkalarının hak ve özgürlükleri ile çatışır nitelikte değildir. Burada açıkça gerekçe gösterilmesi durumunda kısıtlama söz konusu olabilir. Haberleşme hakkının gizliliğinden mahrumiyet ve engellenme, cezaevinde bulunmanın doğal ve zorunlu bir sonucu değildir ve olamaz. Demokratik bir toplumda bu müdahale ise her durumda yargıç kararı ile olmalıdır. Diğer ülkelerdeki uygulamalara bakıldığında da, hükümlülerde haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu hükümlü olmanın bu hakkı kendiliğinden ortadan kaldırma sonucu doğurmadığı yolunda Temel İnsan Hakları'nın niteliğine uygun düzenleme ve uygulamalar yapıldığı görülmektedir.

Bu nedenle 5275 sayılı Yasa'nın 68 nci maddesi, Anayasa'nın 152 nci maddesi uyarınca davada uygulanacak kural niteliğinde olduğundan, anılan maddenin iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak gerekmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un "*Hükümlünün mektup, faks ve telgrafları alma ve gönderme hakkı*" başlıklı 68. maddesi şöyledir:

"***Madde 68- (1) Hükümlü, bu maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir.***

(2) Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir.

(3) Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmez. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.

(4) Hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgraflar denetime tâbi değildir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 28.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralın da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak kanun kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde ve davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuru kararında, Kanun'un 68. maddesinin tamamının iptali istenilmektedir. Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasında, hükümlünün bu maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahip olduğu; (2) numaralı fıkrasında, hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgrafların; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetleneceği; (3) numaralı fıkrasında, kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgrafların hükümlüye verilmeyeceği ve hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmeyeceği; (4) numaralı fıkrasında ise, hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tâbi olmadığı kurala bağlanmıştır.

Bakılmakta olan davada, hükümlünün yazmış olduğu mektup, cezaevi mektup okuma komisyonu tarafından Kanun'un 68. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca denetime tabi tutulmuş ve (3) numaralı fıkrası gereğince de bu mektubun yerine gönderilmemesine karar verilmiştir.

Buna göre, Mahkeme, hükümlünün itirazını incelerken Kanun'un 68. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarını dikkate alarak itirazı sonuçlandıracaktır. Dolayısıyla, hükümlünün mektup gönderme hakkı ile bu hakkın denetim dışı tutulmasına ilişkin hususların düzenlendiği maddenin (1) ve (4) numaralı fıkralarının davada uygulanması söz konusu değildir.

Açıklanan nedenlerle;

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 68. maddesinin;

1- (1) ve (4) numaralı fıkralarının itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

2- (2) ve (3) numaralı fıkralarının esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, yazılı haberleşme hakkının hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alındığı ve bu hakkın cezaevinde bulunan tutuklu ve hükümlüler için de geçerli olduğu, oysa itiraz konusu kuralla belirli bir yakınlık derecesi olsun veya olmasın yine mensubu olsun veya olmasın tüm gerçek ve tüzel kişi ve kurumlarla hükümlülerin yapacağı yazılı iletişimlerin denetime tabi tutulmasının öngörüldüğü, bu durumun temel hakların dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez niteliği ve haberleşmenin gizliliği ilkesi ile bağdaşmadığı, ayrıca hükümlü de olsa hakkında haberleşmenin kısıtlanması yolunda alınmış hâkim kararı olmadıkça haberleşmenin gizliliği esas olduğundan haberleşmenin denetlenemeyeceği ve kısıtlanamayacağı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 68. maddesinin itiraz konusu (2) numaralı fıkrasında, hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgrafların, mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetleneceği; (3) numaralı fıkrasında ise kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgrafların hükümlüye verilmeyeceği ve hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmeyeceği kurala bağlanmıştır.

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

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı; "*Haberleşme hürriyeti*" başlıklı 22. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğu belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise haberleşme hürriyetine, ancak milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde yine bu sebeplere bağlı olarak kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri ile müdahalede bulunulabileceği; kararın yetkili merci tarafından verilmesi hâlinde yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de kararını kırksekiz saat içinde açıklaması gerektiği; aksi hâlde verilen kararın kendiliğinden kalkacağı hükme bağlanmıştır. Maddenin son fıkrasında da istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşlarının kanunda belirtileceği öngörülmüştür.

Haberleşme özgürlüğünün kullanılması demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde ve Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak, kanunla, belli koşullara, sınırlamalara bağlanabilir. Ancak, getirilen bu sınırlamalar hakların özüne dokunamaz, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasal açıdan dokunulamayacak özün, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık göstermekle birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesi, amaç ve araç arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eder. Ölçülülük, aynı zamanda yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olmasını, amaç ve aracın ölçülü bir oranı kapsamasını ve sınırlayıcı önlemin demokratik toplum düzeni bakımından zorunluluk taşımasını da içeren bir ilkedir.

Ceza infaz kurumlarının, özgürlüğü mahkeme kararıyla kısıtlanan hükümlülerin tutulduğu Devletin kontrolü altındaki özel alanlar olması ve dolayısıyla Devletin hem bu kurumda bulunanların güvenliklerinin korunması hem de düzen ve disiplini tesis etme yükümlülüğünün bulunmasının doğal sonucu olarak hükümlülerin sosyal ilişkilerinin ve dış dünya ile iletişimlerinin sınırlandırılması kaçınılmazdır. Bu bağlamda, itiraz konusu kuralla ceza infaz kurumunda düzenin, güvenliğin ve disiplinin sağlanması ve suç işlenmesinin önüne geçilmesi açısından hükümlülerin yazılı haberleşmelerinin denetim altına alındığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kuralla kamu düzenin sağlanması amacıyla hükümlülerin haberleşme özgürlüğüne bir sınırlandırma getirildiği, sınırlamanın kanunla ve Anayasa'nın 22. maddesinde belirtilen özel sınırlandırma nedenine bağlı kalınarak yapıldığı açıktır.

Diğer taraftan itiraz konusu kural uyarınca hükümlülerin her türlü yazılı haberleşmesinin ötesinde, bu kişilerin, asayiş ve güvenliği tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltecek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret içeren mektup, faks ve telgrafları engellenecektir. Kurala konu sınırlandırmanın hükümlülerin haberleşme özgürlüğünün kullanımını ciddi surette güçleştirip, kişinin amacına ulaşmasına engel olmadığı ve haberleşme özgürlüğünü ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımadığı, dolayısıyla hakkın özüne zarar vermediği açıktır. Zira kuralda belirtilen bu sınırlamalar dışında hükümlülerin yazılı haberleşmelerinin engellenmesi gibi bir durum söz konusu değildir.

Ayrıca itiraz konusu kuralla, cezanın infaz hukukunun amacına uygun olarak infaz edilebilmesi, başka bir anlatımla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenlerin güçlendirilmesi, toplumun suça karşı korunması, hükümlünün, yeniden sosyalleşmesinin teşvik edilmesi, kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunun kolaylaştırılması amacıyla haberleşme özgürlüğüne bir sınırlama getirilmekte olup bu sınırlama, kamu düzeninin sağlanması amacıyla demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır. Bu şekilde, hükümlülerin haberleşme özgürlüğü sınırlandırılırken, Kanun'da sınırlandırma aracının sınırlandırma amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verilmiş, böylece kamu

yararı ile kişilerin haberleşme özgürlüğü arasında makul denge de kurulmuştur.

Bu bağlamda, Kanun'un 68. maddesinin itiraz konusu (2) numaralı fıkrasında ceza infaz kurumlarında gerçekleştirilecek olan yazılı haberleşme denetimini gerektiren yasal amaçlar sıralanmış, başka bir anlatımla ceza infaz kurumu idaresinin hükümlülerin yazılı haberleşmelerini denetlemesindeki yetkisinin yasal sınırları açık ve anlaşılır bir şekilde belirlenmiştir. Öte yandan, anılan maddenin (4) numaralı fıkrasıyla da hükümlü tarafından resmî makamlara veya savunması için avukatına gönderilen mektup, faks ve telgrafların denetime tâbi olmadığı belirtilerek hükümlülerin yazılı haberleşme özgürlüğü yanında adil yargılanma hakkı da güvence altına alınmıştır. Bu yönüyle kuralda öngörülen denetim ile Kanun'da hükümlülere tanınan diğer iletişim imkânları da (avukat ve noterle görüşme, süreli veya süresiz yayınlardan yararlanma, telefon ile haberleşme, radyo, televizyon yayınları ile internet olanaklarından yararlanma) dikkate alındığında, hükümlülerin yazılı haberleşme özgürlüğü ile kuralla getirilen sınırlama arasında bulunması zorunlu adil denge korunmuştur.

Başvuru kararında, ceza infaz kurumlarında hükümlülerin yazılı haberleşmesinin hâkim kararı olmaksızın denetlenemeyeceği ileri sürülmüşse de Anayasa'nın 22. maddesinin son fıkrasında haberleşme hürriyeti ve gizliliğinin istisnai olarak kısıtlanabileceği kamu kurum ve kuruluşlarının kanunla belirtileceğinin öngörülmüş olması, aynı zamanda Kanun'da kurala konu uygulamalara karşı yargı yolu da açık tutularak idarenin sınırlandırma aracını sınırlandırma amacına ve Kanun'a aykırı şekilde kullanmasının önüne geçecek güvencenin de sağlanmış olması karşısında Anayasa'ya aykırılıktan söz etmek mümkün değildir.

Bu itibarla, kuralla tutuklu ve hükümlülerin haberleşme özgürlüğüne getirilen sınırlandırmanın, hakkın özünü zedelediğinden söz edilemeyeceği gibi demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü de söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 13. ve 22. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 12., 17., 20., 25., 26. ve 38. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 68. maddesinin (2) ve (3) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/57
Karar Sayısı : 2013/162
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Ankara 4. İcra Hukuk Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 11.1.2011 günlü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun;

1- 584. maddesinin,

2- 603. maddesinde yer alan *"…ve eşin rızasına…"* ibaresinin,

Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddelerine aykırılıkları ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Eşin rızası alınmaksızın aval verilerek kefil olunan borç nedeniyle yapılan icra takibinin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için başvurmuştur.

II- İTİRAZ GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"…

Ankara 26. İcra Müdürlüğü'nün 2013/3151 esas sayılı takip dosyasında takip alacaklısı … Taah. Tic. ve San. A.Ş'nin; 41.950 TL meblağlı çeke istinaden borçlular aleyhine başlattığı takipte ödeme emrinin müşteki / borçlu …'a tebliğ

edilmesi üzerine; … ve eşi …'ın mahkememize süresi içinde müracaat ederek, takibin dayanağı çekte …'ın lehtar - ciranta olan … Akaryakıt ve Madeni Yağ Sanayi Ticaret A.Ş lehine aval verdiğini, bu avalin 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 584 ve 603. maddelerine göre hükümsüz olduğunu belirterek, borçlulardan … aleyhine olan takibin iptaline karar verilmesini talep etmişlerdir.

Somut olayda 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 584. ve 603. maddelerinin uygulanması gerektiği anlaşılmıştır.

Mahkememiz 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. ve 603. maddelerinin 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 12, 13 ve 48. maddelerine aykırı olduğuna RES'EN kanaat getirmiştir.

ŞÖYLE Kİ;

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinde, "evli olan eşlerden birinin kefaletinin geçerliliği diğer eşin (en geç sözleşme anına kadar) yazılı rızasına bağlanmıştır."

6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinde ise, "...eşin rızasına..." ilişkin hükmün gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başkaca ad altında yapılan diğer sözleşmelerde de uygulanacağı belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen "aval" kurumunun da kefaletin bir türü olması nedeniyle somut olayda olduğu gibi 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi gereğince kefalet niteliğinde kabul edilebileceği ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin "aval verilmesi" halinde de uygulanacağı doktrin ve yargı kararlarında kabul edilmektedir.

2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 12. maddesinde "herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; Anayasa'nın 13. maddesinde ise temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunulamayacağı, kanunla yapılacak sınırlamaların Anayasa'nın sözüne, ruhuna ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı" belirtilmiştir.

Keza 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. maddesinde ise; "herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahip olduğu" emredici şekilde belirtilmiştir.

Anayasa'nın yukarıda zikredilen 12, 13 ve 48. maddelerindeki amir hükümler birlikte değerlendirildiğinde; bir sözleşme türü ve ekonomik hayatın önemli bir kurumu olan "kefalet müessesinin" ve kefalet amacı taşıyan her türlü sözleşmenin geçerliliğini EŞİN RIZASINA BAĞLANMASI bireyin temel hak ve özgürlüğü olan sözleşme yapma hürriyetine açıkça aykırılık teşkil ettiği gibi; ekonomik hayata da olumsuz tesir edeceği aşikardır. Nitekim 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden itibaren çok kısa süre sonra söz konusu hükümlerin bireylere ve topluma verdiği zarar ve sıkıntı tahammül sınırlarını aştığı için Borçlar Kanunu'nun 584. maddesine 3. fıkra ilave edilmek zorunda kalınmıştır.

Bu nedenlerle, Anayasa'nın 152. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Hakkında Kanun'un 40. maddesinin mahkememize verdiği yetkiye istinaden … ara kararı oluşturulmuştur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

Kanun'un itiraz konusu kural olan *"Eşin rızası"* başlıklı 584. ve itiraz konusu ibareyi de içeren *"Uygulama alanı"* başlıklı 603. maddesi şöyledir;

"MADDE 584- Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.

(Ek fıkra: 28/3/2013-6455/77 md.) Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım

kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.

MADDE 603- *Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine* ***ve eşin rızasına*** *ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır."*

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 35. ve 41. maddeleri ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 28.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle başvurunun yöntemine uygunluğu sorunu görüşülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "*Anayasaya aykırılığın mahkemelerce ileri sürülmesi*" başlıklı 40. maddesinde Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla yapılacak başvurularda izlenecek yöntem belirtilmiştir. Söz konusu maddenin (1) numaralı fıkrasında, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi hâlinde veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması durumunda, bu fıkrada sayılan belgeleri dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine göndereceği kurala bağlanmış; anılan fıkranın (a) bendinde de Mahkemeye gönderilecek belgeler arasında "*iptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslı*" sayılmıştır. Anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında ise açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvurularının, Anayasa Mahkemesi tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedileceği hükme bağlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 46. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde de itiraz yoluna başvuran Mahkemenin gerekçeli kararında, Anayasa'ya aykırılıkları ileri sürülen hükümlerin her birinin Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunun ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça gösterilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Yine İçtüzük'ün 49. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, Anayasa Mahkemesince yapılan ilk incelemede, başvuruda eksikliklerin bulunduğu tespit edilirse, itiraz yoluna ilişkin işlerde esas incelemeye geçilmeksizin başvurunun reddine karar verileceği; (2) numaralı fıkrasında ise anılan (b) bendi uyarınca verilen kararın, itiraz yoluna başvuran mahkemenin eksiklikleri tamamlayarak yeniden başvurmasına engel olmadığı belirtilmiştir.

Yapılan incelemede, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin, Kanun'un 584. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının da Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğunu belirttiği ancak, bu fıkraların Anayasa'nın hangi maddelerine, hangi nedenlerle aykırı olduğunu ayrı ayrı ve gerekçeleriyle birlikte açıkça göstermediği anlaşılmıştır. Dolayısıyla bu fıkralar yönünden yapılan başvurunun yöntemine uygun olmadığından esas incelemeye geçilmeksizin reddi gerekir.

Açıklanan nedenlerle;

11.1.2011 günlü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun;

A- 584. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarının iptallerine karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusunun, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından, esas incelemeye geçilmeksizin REDDİNE,

B- 1- 584. maddesinin birinci fıkrasının,

2- 603. maddesinde yer alan "*...ve eşin rızasına...*" ibaresinin,

esasının incelenmesine, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, ekonomik hayatın önemli bir parçası olan kefalet ve kefalet amacı taşıyan her türlü sözleşmenin geçerliliğinin eşin rızasına bağlandığı, avalin de kefaletin bir türü olduğu, Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde eşin rızasının aranmasının sözleşme hürriyetini ihlal ettiği, bu durumun ekonomik hayata da olumsuz etki edeceği belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Kanun'un 43. maddesi uyarınca, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 35. ve 41. maddeleri yönünden de incelenmiştir.

Kanun'un 584. maddesinin itiraz konusu birinci fıkrasıyla, evli olan kişilerin mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadığı ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadığı sürece, eşlerden birinin kefil olmasının, diğerinin sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında vereceği yazılı iznine bağlı olacağı; itiraz konusu ibarenin de yer aldığı 603. maddesiyle de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağı öngörülmüştür. Buna göre, itiraz konusu fıkra ve ibare uyarınca kadın ya da erkek ayrımı yapılmaksızın kişisel güvence doğuran tüm sözleşmelerde diğer eşin rızası aranacaktır. Ancak itiraz konusu fıkra ve ibare, kişisel borçlanmayı engellememektedir.

Anayasa'nın 48. maddesinde, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olduğu belirtilmektedir. Sözleşme özgürlüğü, özel hukuktaki irade özerkliği ilkesinin anayasa hukuku alanındaki dayanağıdır. Özel hukukta irade özerkliği, kişilerin yasal sınırlar içerisinde istedikleri hukuki sonuca bu yoldaki iradelerini yeterince açığa vurarak ulaşabilmelerini ifade etmektedir. Anayasa açısından sözleşme özgürlüğü ise Devletin, kişilerin istedikleri hukuki sonuçlara ulaşmalarını sağlaması ve bu

bağlamda kişilerin belli hukuki sonuçlara yönelen iradelerini geçerli olarak tanıması, onların iradelerinin yöneldiği hukuki sonuçların doğacağını ilke olarak benimsemesi ve koruması demektir. Sözleşme özgürlüğü uyarınca kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttir. Anayasa'nın 48. maddesinde koruma altına alınan sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma serbestisinin yanı sıra yapılan sözleşmelere dışarıdan müdahale yasağını da içerir.

Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı, temel bir insan hakkı olup bireyin eşya üzerindeki hâkimiyetini güvence altına almaktadır. Eşya üzerindeki hâkimiyet bir yönüyle bireye Devletin müdahale edemeyeceği özel bir alan yaratırken, diğer taraftan emeğinin karşılığını güvence altına almakla bireye kendi hayatını yönlendirme ve geleceğini tasarlama olanağı sunmaktadır. Bu nedenle birey özgürlüğü ile mülkiyet hakkı arasında yakın bir ilişki vardır. Bu ilişkiye rağmen mülkiyet hakkı sınırsız bir hak değildir. 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.

Anayasa'nın 41. maddesi, ailenin Türk toplumunun temeli olduğunu, eşler arasındaki eşitliğe dayandığını belirttikten sonra "*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*" diyerek aile kurumunu özel olarak düzenlemiş ve anayasal güvenceye bağlayarak koruma altına almıştır. Böylelikle Devlete, ailenin korunması bakımından pozitif yükümlülük yüklenmiştir. Ailenin toplumun temeli olması nedeniyle evlilik birliğinin kurulması, korunarak devamı gibi konuların düzenlenmesi de belirtilen pozitif yükümlülüklerin gereğidir.

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

Sınırlama, belirli bir temel hak ve özgürlüğün Anayasa'da öngörülen ya da belirlenen alanı içinde kişiye sağlanan olanakların kanun koyucu

tarafından daraltılmasıdır. Başka bir anlatımla, sınırlamada, belirli bir temel hak ve özgürlüğün kullanım olanakları sınırlamadan sonra da devam eder. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması, bunlardan belirli bir süre içinde yararlanılma veya kullanılmalarının olanaksızlığını anlatır.

Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "*elverişlilik*", sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "*zorunluluk*", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "*oranlılık*" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.

Çağdaş demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlükleri büyük ölçüde kısıtlayan ve kullanılamaz hâle getiren sınırlamalar hakkın özüne dokunur. Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi, kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi güvenceler demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmelidir. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin gerekleri için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak kanunla sınırlandırılabilirler. Demokratik bir toplumda temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olması düşünülemez. Demokratik hukuk devletinde güdülen amaç ne olursa olsun, kısıtlamaların, bu rejimlere özgü olmayan yöntemlerle yapılmaması ve belli bir özgürlüğün kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştıracak ya da ortadan kaldıracak düzeye vardırılmaması gerekir.

Anayasanın tüm maddeleri aynı etki ve değerde olup aralarında bir üstünlük sıralaması bulunmadığından, uygulamada bunlardan birine öncelik tanımak olanaklı değildir. Bu nedenle, kimi zaman zorunlu olarak birlikte uygulanan iki Anayasa kuralından biri diğerinin sınırını oluşturabilir. Bir başka ifadeyle, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan kurallara

dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu bağlamda, çalışma ve sözleşme hürriyeti Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş ve anılan maddede çalışma ve sözleşme hürriyeti için herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş ise de çalışma ve sözleşme hürriyetinin kapsamının ve mülkiyet hakkının sınırlarının belirlenmesinde ailenin korunmasına ilişkin hükümleri içeren Anayasa'nın 41. maddesinin gözetilmesi gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 41. maddesi ile toplumun temeli olan ailenin huzur ve refahı ve özellikle ana ve çocuğun korunması için gerekli önlemleri almak ve teşkilatı kurmak görevi Devlete verilmiştir. Bu yükümlülük gereği kanun koyucunun ailenin korunmasına yönelik kurallarla aldığı tedbir, sözleşme hürriyetini ve mülkiyet hakkını sınırlandırmakta ise de bu sınırlandırma Anayasa'nın 41. maddesindeki ailenin korunması için gerekli tedbirleri alma yönünde Devlete verilen görevin yerine getirilmesi gereğinden kaynaklanmaktadır. Zira ailede bireylerin, maddi ve manevi varlıklarını geliştirebilmelerinin huzur ve güven ortamının sağlanmasına bağlı olduğu, bunun için de öncelikle aile içi sorunların önlenmesi gerektiği tartışılmazdır. İtiraz konusu fıkra ve ibare, aile birliğinin ve bu birliğin huzurlu ve mutlu devam etmesini sağlamak üzere düzenlenen sınırlayıcı ancak aynı zamanda koruyucu hükümlerdir. Bu hükümlerle getirilen sınırlamaların amacı öncelikle ailenin ekonomik varlığının, bunun sonucu olarak da ailenin huzurunun korunmasıdır. Dolayısıyla itiraz konusu kurallarla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasa'nın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı açıktır. Öte yandan bu sınırlama ile aile birliğinde istenmeyen anlaşmazlıkların önüne geçerek ailenin geleceği için risk oluşturabilecek davranışların önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amacın kamu yararına olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle de Anayasa'nın 35. maddesindeki sınırlama nedenlerine uygundur. Bununla birlikte, düzenlemenin temel haklara ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.

İtiraz konusu fıkra ve ibare, kişisel borçlanma ya da ticari hayatın gereği olan kefalet ve borçlanma sözleşmelerine engel oluşturmayacak, sadece evli kişilerin üçüncü kişiler lehine kişisel güvence doğuran tüm

sözleşmelerde uygulanacaktır. Bir başka ifadeyle, evli kişilerin kişisel borçlanma haklarına müdahale edilmemektedir. Üstelik eşin hukuksal işlem ehliyetine getirilmiş bir kısıtlama da söz konusu değildir. Dolayısıyla sözleşme hürriyetine ve mülkiyet hakkına keyfi ya da hakkın özüne dokunacak bir sınırlama getirmeyen, temel hakkın kullanımını ortadan kaldırmayan ya da güçleştirmeyen itiraz konusu kurallar, istisnai bir alanda ve dar kapsamlı olduğundan sınırlı ve ölçülüdür. Diğer taraftan, Anayasa'nın 41. maddesinin verdiği önem de dikkate alınarak, aile ve ailenin korunmasının, istisnai bir alanda ve anayasal ilkelere uygun olarak asgari oranda sınırlandırılan düzenlemenin birey hakları ile kamu yararı arasında açık bir dengesizlik yarattığı da söylenemez. Dolayısıyla kurallar, ailenin ortak kararı olmaksızın üçüncü kişi lehine güvence verilmek suretiyle borçlanmasına engel olarak ailenin huzur ve refahını koruduğundan, sınırlamanın bu açıdan da ulaşılmak istenen amaç ile orantılı olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 13., 35., 41. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal istemlerinin reddi gerekir.

Kuralların Anayasa'nın 12. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

11.1.2011 günlü, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun;

A- 584. maddesinin birinci fıkrasının,

B- 603. maddesinde yer alan *"...ve eşin rızasına..."* ibaresinin,

Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasanın 152. ve 6216 sayılı Kanunun 40. maddelerine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, o hükümlerin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir.

İtiraz yoluna başvuran mahkeme, kefalet müessesesinin ve kefalet amacı taşıyan her türlü sözleşmenin geçerliliğinin eşin rızasına bağlanmasının Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürerek, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 584. maddesinin tamamı ile 603. maddesindeki "… ve eşin rızasına …" ibaresinin iptalini talep etmiştir.

İlk inceleme sonucunda Kanunun 584. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına ilişkin itirazın reddine; anılan maddenin birinci fıkrasının ve 603. maddedeki mezkûr ibarenin Anayasaya aykırılığı itirazının esasının incelenmesine karar verilmiştir.

İtiraz başvurusunda bulunan mahkemenin bakmakta olduğu dava, çeke ilişkin bir takipte ödeme emrinin tebliğ edildiği aval verenin, eşinin rızasının bulunmaması sebebiyle avalin geçersiz olduğunu iddia ederek takibin iptaline karar verilmesi talebiyle yaptığı şikâyetle ilgilidir.

Türk Borçlar Kanununun "Eşin rızası" başlıklı 584. maddesinin birinci fıkrasında, eşlerden birinin ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabileceği hükme bağlanmıştır. 603. maddede ise kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan "diğer sözleşmelere de" uygulanması öngörülmüştür.

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere, çekte aval ile ilgili olan somut olayda 603. maddenin ve bu maddede yapılan atıf dolayısıyla 584. madde hükmünün davada uygulanacak kural olduğunun kabul edilebilmesi, avalin 603. maddede belirtilen "sözleşmeler"den olduğunun kabulüne bağlıdır.

Hukukî mahiyeti tartışmalı olmakla birlikte, avalin, ticarî senetlerden doğan borçların temini maksadıyla verilen şahsî bir teminat olduğu kabul edilmekte (Jale Güral, Kefalet Akdiyle Aval Arasında Bir Mukayese, AHFD 1951, C.VIII, S. 3/4, s.437); aval, kefalete ve şahsî teminat sağlayan sözleşmelere benzetilse de (Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, 2.bs., Ankara 1977, s.792), açıkça sözleşme olarak nitelendirilmemekte; üstelik, aval ile kefalet arasındaki mahiyet farklılıklarının, "kefalete ilişkin hükümlerin aval konusunda, kıyasen olsa dahi, uygulanamayacak" derecede önemli olduğu belirtilmektedir (Öztan, age., s.794). Avalde kefalet akdinin ayırt edici özellikleri bulunmamakta ve aval kefaletten farklı olarak, bütün kambiyo borçları gibi "tek taraflı bir irade beyanıyla" verilmektedir (Güral, agm., s.448).

Bu özellikleri itibariyle tek taraflı bir hukukî muamele olduğunda tereddüt bulunmayan avalin hukukî niteliği, Türk Borçlar Kanununun 603. maddesinde belirtilen "sözleşmeler"den sayılmasına imkân vermediği gibi, 603. maddenin sözleşmeler dışındaki hukukî muamelelere uygulanmasına da imkân bulunmamaktadır.

Aksinin kabulü hâlinde, teminat fonksiyonu yanında "ticarî senetlerin tedavülünü kolaylaştırma" şeklinde ifade edilebilecek çok önemli bir ekonomik fonksiyonu da olan avalin (Güral, agm., s.437), eşin rızasının bulunup bulunmadığının belirlenmesindeki güçlük sebebiyle bu senetlerin tedavülünü zorlaştıracağı, bunun da anılan düzenlemenin getiriliş amacına uygun düşmeyeceği açıktır.

Diğer taraftan, doktrinde avalin kefalet gibi kabul edilmesi gerektiğini veya bunun kabul edilemeyeceğini savunan yazarlar bulunmakla birlikte, Yargıtay, Türk Ticaret Kanununda eşin rızası şartının düzenlenmediğini ve Türk Ticaret Kanunu hükümleri karşısında genel hüküm sayılan Türk Borçlar Kanununun 584. maddesinin aval verenin taahhüt altına girmesinde uygulanmasının mümkün olmadığını kabul etmektedir.

Bu sebeplerle, itiraz konusu kuralların başvuran mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak hükümler olmadığını ve ilk inceleme sonunda itirazın reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, işin esasına geçilmesine ilişkin çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/63
Karar Sayısı : 2013/163
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Kayseri 1. İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 11.10.2011 günlü, 666 sayılı Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in *"A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar"* bölümünün (1) numaralı sırasının (g) bendinde yer alan *"İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,"* ibaresinin Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

666 sayılı KHK'ye ekli (II) Sayılı Cetvel'de unvanlı kadroların esas alındığı ve bakanlıkların ve bazı kurumların taşradaki il müdürlerinin (II) Sayılı Cetvel'de sayıldığı, ancak il nüfus müdürlerinin bakanlık il müdürü olmasına rağmen (II) Sayılı Cetvel'e alınmayarak anılan KHK'nin (I) Sayılı Cetveli'nde yer alması nedeniyle il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin mağdur edildiği gerekçesiyle davalı idareye yapılan başvurunun zımnen reddine ilişkin işlemin iptali ve Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı … tarafından 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı

Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye ekli II sayılı cetvel oluşturulurken unvanlı kadroların esas alındığı, Bakanlıkların ve bazı kurumların taşradaki Bakanlık veya genel müdürlüklerin il müdürlerinin II sayılı cetvelde sayıldığı, ancak il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin Bakanlık il müdürü olmasına rağmen II sayılı cetvele alınmayarak söz konusu Kanun Hükmünde Kararname'nin I sayılı cetvelinde sayıldığı, I sayılı cetvelde yer alan ve Bakanlık il müdürü olmayan şube müdürü, ilçe nüfus müdürü ve ilçe müftüsü gibi kadrolarla eş değer kabul edilerek aynı cetvelde yer almaları nedeniyle mağdur edildiği gerekçesiyle davalı idareye yaptığı başvurunun zımnen (cevap verilmeyerek) reddine ilişkin işlemin iptali ile söz konusu düzenleme ile oluşturulan eşitsizliğin Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "eşitlik" ilkesine ve Anayasanın 55. maddesinde belirtilen "ücrette adalet" ilkesine 666 sayılı KHK'ya ekli özlük haklarını (maaşlarını) belirleyen I sayılı cetvelde yer alan aykırı olduğu ileri sürülerek iptali için Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesi istemiyle İçişleri Bakanlığı'na karşı açılan davada işin gereği görüşüldü.

Davacı tarafından: 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yapılan düzenleme nedeniyle her yönüyle zarara uğradığı, bu anlamda maddi haklarında azalmaya sebep olunduğu ve statü kaybının ortaya çıktığı, il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin söz konusu Kararnameye ekli I sayılı cetvelin (g) bendinde; "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü, il yazı işleri müdürü, il idare kurulu müdürü, il mahalli idare müdürü, il planlama ve koordinasyon müdürü, dernekler il müdürü, il afet ve acil durum müdürü, hukuk müşaviri, fakülte ve yüksekokul sekreteri, basın ve halkla ilişkiler müşaviri, basın müşaviri, müşavir, müdür, şube müdürü, ilçe müftüsü, başkan, daire başkan yardımcısı, kurum sekreteri, merkez sekreteri, enstitü sekreteri, genel sekreter yardımcısı, birlik sekreteri, müze başkanı, KİT'lerde başuzman, diğer belediye başkan yardımcıları ve (f) sırasında sayılanların yardımcıları "kadroları ile eşdeğer tutularak sadece ek ödeme göstergesi verildiği, diğer Bakanlık ve Genel Müdürlük İl Müdürlerine ücret ve tazminat göstergesi verildiği, bu durumun İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürleriyle diğer Bakanlık veya Genel Müdürlük İl Müdürleri arasında yaklaşık 1.250,00 TL tutarında maaş farkına neden olduğu ve 1.250,00 TL daha maaş aldığı, söz konusu 666 sayılı Kararnamenin 1. maddesinin Ek Madde 9'un birinci bendinde yer alan; "...mali haklar kapsamında yapılan her türlü ödemeler dahil almakta oldukları toplam ödeme tutarı dikkate alınmak suretiyle aynı veya benzer kadro ve görevlerde bulunan personel arasındaki

ücret dengesini sağlamak amacıyla..." hükmüne göre söz konusu düzenlemelerin yapıldığının belirtildiği, oysa Bakanlık İl Müdürü olan İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürünün diğer Bakanlık ve Genel Müdürlük İl Müdürlerinden ayrı tutularak 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin özü olan ve yukarıda yer verilen hükme uygun düzenleme yapılmadığı, bu durumun anılan Kanun Hükmünde Kararnamenin kendi içerisinde tutarsızlık göstererek Anayasa'nın "eşitlik ilkesine" aykırı olarak ücret dengesizliği yarattığı, 190 sayılı Genel Kadro Usulü Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'ye bağlı cetvellerde yapılan değişiklikle İl Müdürlerinin İl Vatandaşlık Müdürleri unvanı ile belirtildiği, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün 03.07.1997 tarih ve 109/1102 sayılı, 1997/15 sayılı genelgesinde İçişleri Bakanlığı İl Müdürlerinin kendilerine kanun, tüzük ve yönetmeliklerle verilen görevleri İçişleri Bakanlığı adına taşrada re'sen yürüttükleri ve bu hizmetleri il düzeyinde deruhte ettikleri gerekçesiyle "Bakanlık il müdürü" statüsünde olduklarına karar verildiği, ayrıca Maliye Bakanlığı'nın 10.11.1998 tarih ve BÜMKO-23190-23 sayılı yazısı ile de İçişleri Bakanlığı'na bağlı taşrada görev yapan il müdürlerinin "Bakanlık İl Müdürleri" olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtildiği, İçişler Bakanlığı Personeli Yer Değiştirme ve Atama Yönetmeliği'nin 10. maddesinin 2 (a) bendinde unvanların yeniden kazanılması ve kaybedilmesi ile ilgili bölümde; il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğünün kaybedilmesi halinde ataması valiliklerde olan Bakanlık kadrolarına ait il müdürlüklerine veya Bakanlıkta boş olan uzman kadrolarına atanabilirler denildiği, yani il ve vatandaşlık il müdürlüğünü kaybedenlerin il yazı işleri müdürü, il idare kurulu müdürü, il mahalli idareler müdürü, il basın ve halkla ilişkiler müdürü kadrolarına atanabilecekleri, bu kapsamda uygulamada örneklerin de yer aldığı, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bahsi geçen ve bir alt görev olarak nitelendirilebilecek görevler ile il nüfus ve vatandaşlık müdürleriyle aynı statüde değerlendirilerek I sayılı cetvelde gösterildiği, bahsi geçen görevlerin il genelinde teşkilatlanma, görev, sorumluluk, denetim ve atama teklifi yetkilerinin bulunmadığı, bu müdürlerin "Bakanlık il müdürü" olmadığı, ek göstergelerinin 2200 il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin ek göstergesinin ise 3000 olduğu, "Bakanlık il müdürü" olan il nüfus ve vatandaşlık müdürleri ile il yazı işleri müdürü, il idare müdürü, il mahalli idareler müdürü, il dernekler müdürü, il planlama müdürleri ile şube müdürü ilçe müftüsü gibi kadrolarla eşit değerlendirilmesinin Anayasa'nın "eşitlik" ilkesine ters olduğu, nüfus ve vatandaşlık hizmetlerinin kamu hizmetlerinin temelini oluşturduğu, e-devlet projesinin temelini oluşturan MERNİS Projesi, Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Numarası Projesi, nüfus kayıtlarını kamu kurumlarının hizmetine sunan Kimlik Paylaşım Sistemi (KPS) Projesi, Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku ve kamu hizmetlerinde hizmet

sunumunda esas alınan Adres Kayıt Sistemi (AKS) Projesi ve nüfus sayımlarının, seçmen listelerinin elektronik olarak MERNİS Projesi üzerinden yürütülmesi gibi önemli hizmetlerin nüfus hizmetleri içerisinde yerine getirildiği, İçişleri Bakanlığı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün taşra kuruluşu olan il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğünün kanunlar, yönetmelikler ve yönergelerde tanımlanan teşkilat yapısı, yürütülen hizmetin önemi ve yoğunluğu, il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğüne verilen görev, yetki ve sorumluluk değerlendirildiğinde; il nüfus ve vatandaşlık müdürlüğünün "Bakanlık il müdürlüğü" ve müdürünün de "Bakanlık il müdürü" olduğunun açık olduğu ve 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de II sayılı cetvelde sayılması gerektiği, söz konusu Kanun Hükmünde Kararname ile mağdur edildiği, söz konusu mağduriyetinin giderilmesi istemiyle 08.12.2011 tarihli dilekçesi ile yapılan bu eşitsizliğin düzeltilerek bahsi geçen Kararnamenin 1. maddesinin EK-10 madde bölümüne göre düzenlenen ücret göstergesi ve tazminat göstergesi olan II sayılı cetvele il nüfus ve vatandaşlık müdürü ibaresinin de eklenmesi istemiyle yaptığı başvurunun cevap verilmeyerek reddi üzerine zımnen red işleminin iptali ile İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürünün mali haklarının "Bakanlık il müdürü" olarak yeniden düzenlenmesi için 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin I sayılı cetvelinde yer alan "İl Nüfus ve Vatandaşlık Müdürü" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğu ve yürürlük tarihinden itibaren iptali için Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Davalı İçişleri Bakanlığı'nca; uyuşmazlık konusu 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'de yapılan düzenlemenin 06.04.2011 tarih ve 6223 sayılı Kanun'un verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu'nca 11.10.2011 tarihinde kararlaştırıldığı ve 27.06.1989 tarih ve 375 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameye eklendiği, yapılan düzenlemeye ilişkin uygulama birliğinin sağlanması ve oluşabilecek tereddütlerin giderilmesi amacıyla da Maliye Bakanlığı'nca 01.01.2012 tarih ve 28160 sayılı Resmi Gazete'de 161 nolu Devlet Memurları Genel Tebliği'nin yayınlandığı, konuya ilişkin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 43/B maddesine göre ek göstergelerin belirlenmesinde; bu Kanun'a tabi kurumların kadrolarında bulunan personelin

aylıkları, hizmet sınıfları, görev türleri ve aylık alınan dereceler dikkate alınarak bu Kanun'a ekli I ve II sayılı cetvellerde gösterilen ek gösterge rakamlarının eklenmesi suretiyle hesaplanacağı, II sayılı cetvelde yer alan unvanlarda değişiklik yapmaya ve yeni unvanlar ilave etmeye Bakanlar Kurulu'nun yetkili olduğu, İçişleri Bakanlığı'nın bu konuda belirleyici konumda olmadığı, İçişleri Bakanlığı il müdürlerinin mali haklarının düzeltilmesi hususu ile ilgili olarak Başbakanlığa 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ekli (II) sayılı ek gösterge cetvelinde değişiklik yapılmasına ilişkin teklifte bulunulduğu, Başbakanlığın 25.12.2003 tarih ve 5732 sayılı cevabi yazının ekinde gönderilen Maliye Bakanlığı'nın 31.12.2002 tarih ve 41271 sayılı yazısında; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ekli (I) sayılı ek gösterge cetvelinin 1) "Genel İdare Hizmetleri Sınıfı" Bölümünün (i) sırasında 2200 ek göstergeden yararlanmaları gerektiği belirtilerek istemlerinin reddedildiği, İçişleri Bakanlığı'nca da 09.11.1991 tarih ve 21046 sayılı Resmi Gazete'de (mükerrer) yayımlanan 91/2344 sayılı Bakanlar Kurulu Kararına istinaden "İl Müdürü" unvanını alan il nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin, 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin II sayılı cetveline eklenmeleri durumunda, illerde benzer görevleri yürüten diğer Bakanlıkların il müdürleri ile mali haklar yönünden eşitliğin sağlanacağı, uygulama birliğinin oluşturulacağı ve bahsi geçen İçişleri Bakanlığı İl Müdürlerinin gerek yazılı, gerekse sözlü olarak ifade etmeye çalıştıkları mağduriyetlerinin giderilmiş olacağı değerlendirilmekte olup, Maliye Bakanlığı'na konu ile ilgili değişiklik yapılmasına dair, teklif çalışmalarının devem ettiği ileri sürülerek işlemin hukuka uygun olduğu ve davanın reddi gerektiği savunulmuştur.

2709 Kanun numaralı 1982 Anayasası'nın 152 nci maddesinde: "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz..." hükümlerine yer verilmiş, belirtilen hükümlere paralel düzenlemeler 03/04/2011 tarih ve 27894 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Anayasaya aykırılığın Mahkemelerce ileri sürülmesi" başlıklı 40. maddesinde; "(1) Bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa;

a) İptali istenen kuralların Anayasanın hangi maddelerine aykırı olduklarını açıklayan gerekçeli başvuru kararının aslını,

b) Başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğini,

c) Dava dilekçesi, iddianame veya davayı açan belgeler ile dosyanın ilgili bölümlerinin onaylı örneklerini,

dizi listesine bağlayarak Anayasa Mahkemesine gönderir.

(2) Taraflarca ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiası davaya bakan mahkemece ciddi görülmezse bu konudaki talep, gerekçeleri de gösterilmek suretiyle reddedilir. Bu husus esas hükümle birlikte temyiz konusu yapılabilir.

(3) Genel Sekreterlik gelen evrakı kaleme havale eder ve keyfiyeti başvuran mahkemeye bir yazı ile bildirir.

(4) Evrakın kayda girişinden itibaren on gün içinde başvurunun yöntemine uygun olup olmadığı incelenir. Açık bir şekilde dayanaktan yoksun veya yöntemine uygun olmayan itiraz başvuruları, Mahkeme tarafından esas incelemeye geçilmeksizin gerekçeleriyle reddedilir.

(5) Anayasa Mahkemesi, işin kendisine noksansız olarak gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse ilgili mahkeme davayı yürürlükteki hükümlere göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse mahkeme buna uymak zorundadır." şeklinde belirlenmiştir.

Öte yandan, Anayasa'nın 2. maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk Milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir" hükmüne yer verilmektedir. Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu, adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan, bütün eylem ve işlemleri ile eşitlik ve hakkaniyeti gözeten devlettir. Bu bağlamda, yasa koyucunun yasal düzenlemeler yaparken takdiri, sınırsız ve keyfî olmayıp hukuk devleti ilkeleriyle sınırlıdır.

Bunun yanında hukuk devleti kavramı, kuralların ve müeyyidelerinin net olarak önceden belli olduğu dolayısıyla uyulmayan kararların müeyyidelerinin ne olduğunu insanların önceden bilmesini de ifade eder.

Anayasa'nın 10. maddesinde "Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar" hükmüne, "Ücrette adaletin sağlanması" başlıklı 55. maddesinde ise; "Ücret emeğin karşılığıdır. Devlet, çalışanların yaptıkları işe uygun adaletli bir ücret elde etmeleri ve diğer sosyal yardımlardan yararlanmaları için gerekli tedbirleri alır."

(Değişik fıkra: 03/10/2001 - 4709 S.K./21. md.) "Asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartları ile ülkenin ekonomik durumu da gözönünde bulundurulur." düzenlemesine yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, Anayasa'nın 10. maddesine göre yasaların uygulanmasında ayrım gözetilmeyecek ve eşitsizliğe yol açılmayacaktır. Maddede düzenlenen "Eşitlik" ilkesiyle, birbirinin aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanması ve ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasalda öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli kararlarında eşitlik ilkesi, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yasalarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde

ve sorumluluklarda, fırsatlarda, hizmetlerde eşitliğin sağlanmasını gerektiren eşit davranma ve ayrım yapmama ilkesi olarak yorumlanmıştır.

Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek ödeme oranlarının belirlendiği (I) sayılı cetvelde "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" üst başlığı altında "1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel"den ek ödeme oranı % 170 olarak tesbit edilenler arasında kadro ve görev unvanı; "g) İl nüfus ve vatandaşlık müdürü, il yazı işleri müdürü, il idare kurulu müdürü, il mahalli idare müdürü, il planlama ve koordinasyon müdürü, dernekler il müdürü, il afet ve acil durum müdürü, hukuk müşaviri, fakülte ve yüksekokul sekreteri, basın ve halkla ilişkiler müşaviri, basın müşaviri, müşavir, müdür, şube müdürü, ilçe müftüsü, başkan, daire başkan yardımcısı, kurum sekreteri, merkez sekreteri, enstitü sekreteri, genel sekreter yardımcısı, birlik sekreteri, müze başkanı, KİT'lerde başuzman, diğer belediye başkan yardımcıları ve (f) sırasında sayılanların yardımcıları" belirlemesine yer verilmiştir.

Mevzuatın incelenmesinden, 09.11.1991 tarih ve 21046 sayılı Mükerrer-Resmi Gazete'de yayımlanan 91/2344 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Genel İdare Hizmetleri Sınıfında mevcut kadro unvanı "Nüfus ve Vatandaşlık müdürü" olanların kadroları yapılması uygun görülen değişiklikle yine Genel İdare Hizmetleri Sınıfında kadro unvanı "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü" olarak değiştirildiği, bu şekilde nüfus ve vatandaşlık müdürlerinin "il müdürü" unvanını kazandığı, bu unvan ile İçişleri Bakanlığı'nın nüfus hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin olarak ildeki temsilcisi ve Bakanlığa ait birimlerin amiri konumunda bulunduğu, uyuşmazlık konusu 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 2 sayılı cetvelin 9. Bölümünde ise; "Aile ve Sosyal Politikalar, Bilim, Sanayi ve Teknoloji, Çevre ve Şehircilik, Ekonomi, Gıda, Tarım ve Hayvancılık, Gümrük ve Ticaret, Kültür ve Turizm, Milli Eğitim, Orman ve Su İşleri, Sağlık, Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlıklarının bakanlık il müdürü ve bakanlık bölge müdürü, Defterdar, İl Emniyet Müdürü, İl Müftüsü, Vergi Dairesi Başkanı, Türkiye İstatistik Kurumu ve Türkiye Yazma Eserler Başkanlıkları, Devlet Su İşleri, Karayolları, Maden Tetkik ve Arama, Meteoroloji, Orman, Tapu ve Kadastro,

Vakıflar ve Yükseköğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüklerinin bölge müdürü, Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı, Basın-Yayın ve Enformasyon, Spor, Türkiye İş Kurumu Genel Müdürlüklerinin il müdürü, Kamu İktisadi Teşebbüslerinin bölge müdürü kadrolarında bulunanlardan;

a) Ankara, İstanbul ve İzmir illerinde görev yapanların ücret göstergesinin 50.750, tazminat göstergesinin ise; 27.950,

b) Büyükşehir belediyesi bulunan illerde görev yapanların ücret göstergesinin 46.850 tazminat göstergesinin ise; 25.775,

c) Diğer illerde görev yapanlar ücret göstergesinin 45.800 tazminat göstergesinin ise; 25.200" olarak belirlendiği, bu belirleme ile "il müdürü" unvanına sahip nüfus ve vatandaşlık il müdürleri ile, yukarıda bahsi geçen ve 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin II sayılı cetvelinde sayılan diğer bakanlıkların ildeki temsilcisi konumunda bulunan il müdürleri ile aralarında mali olarak nüfus ve vatandaşlık il müdürleri aleyhine farklılıklar yaratıldığı, her şeyden önce kanun ve kanun hükmünde kararnameler ile yapılan düzenlemelerde Anayasa'nın kanun önünde eşitlik ve hukuk devleti ilkesine uygun hareket edilmesi ve eşit statüde bulunanlar arasında farklılıklar yaratılmaması gerekir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin 27.05.1999 tarih ve E. 1998/58, K.1999/19 sayılı kararında "...Hukuk devletinde, yasama organını da kapsayacak biçimde devletin bütün organları üzerinde hukukun ve Anayasa'nın mutlak egemenliği vardır. Yasa koyucu her zaman hukukun ve Anayasa'nın üstün kuralları ile bağlıdır." hükmüne yer vermek suretiyle hukuka bağlılığın Yasama organını da içerdiğini vurgulamış bulunmaktadır.

Bütün bu açıklamalardan sonra Anayasa'mızın 10 ncu maddesinde ifadesini bulan hukuk devletinin en temel öğelerinden biri olan; "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." ilkesi gereğince "il müdürü" unvanına sahip ve İçişleri Bakanlığı'nın nüfus hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu ildeki temsilcisi konumunda bulunan nüfus vatandaşlık il müdürleri ile 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin II sayılı cetvelinde sayılan diğer bakanlıkların ildeki temsilcisi konumunda bulunan il müdürleri

arasında mali haklarının düzenlenmesi açısından eşitsizlik yaratılmaması gerektiği, il nüfus ve vatandaşlık işleri müdürünün 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek ödeme oranlarının belirlendiği (I) sayılı cetvelde düzenlenmesinin Anayasa'nın 10 ncu maddesindeki "eşitlik ilkesine" ve Anayasa'nın 55. maddesindeki "ücrette adaletin sağlanması" ilkesine aykırılık teşkil ettiği iddiasının ciddi bir iddia olduğu yargısına varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, Anayasamızın 152 nci maddesinin birinci fıkrasında ifadesini bulan "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır." hükmü ile 03/04/2011 tarih ve 27894 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un "Anayasaya aykırılığın Mahkemelerce ileri sürülmesi" başlıklı 40. maddesi gereğince 02.11.2011 tarih ve 28103 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 666 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin ek ödeme oranlarının belirlendiği (I) sayılı cetvelin (g) bendinde yer alan "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü" ibaresinin iptali için konunun ilgili belgelerin birer örneği ile birlikte itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesinin beşinci fıkrası hükmü uyarınca Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar dosyanın geri bırakılmasına 20/02/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

666 sayılı KHK'nin itiraz konusu ibaresinin de yer aldığı eki (I) Sayılı Cetvel şöyledir:

(I) SAYILI CETVEL
EK ÖDEME ORANLARI

Kadro ve Görev Unvanı	*Ek Ödeme Oranı (%)*
A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar:	
1- Kadroları Genel İdare Hizmetleri Sınıfında yer alan personel ile Teknik Hizmetler, Sağlık ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri ile Avukatlık Hizmetleri sınıflarında bulunan personelden ek ödeme oranları ilgili gruplarında düzenlenmeyen ve kadro unvanları bu bölümde yer alan personel;	
a) Ek göstergeleri 7.600 veya daha yüksek tespit edilen kadrolarda bulunanlar	*200*
b) Ek göstergeleri 7.000 olarak tespit edilen kadrolarda bulunanlar	*198*
c) Genel Müdür ile ek göstergeleri genel müdür düzeyinde veya daha yüksek tespit edilen kadrolarda bulunanlar	*195*
ç) Ek göstergeleri 4.800 veya daha yüksek tespit edilen kadrolarda bulunanlar ile (b) sırasında sayılanların yardımcılarından (c) sırasında yer almayanlar	*193*
d) Genel müdür yardımcısı, büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer illerin il özel idaresi genel sekreteri, büyükşehir belediyesi genel sekreter yardımcısı, ek göstergeleri genel müdür yardımcısı düzeyinde veya daha yüksek tespit edilen I. hukuk müşaviri, başkan yardımcısı ve kurum ve kurul başkanı unvanlı kadrolarda bulunanlar	*190*
e) Daire Başkanı, kadrolu yönetim kurulu üyesi, genel sekreter, büyükşehir belediyesi bulunan illerin il özel idaresi I. hukuk müşaviri, büyükşehir belediyesi bulunmayan illerin il özel idaresi genel sekreter yardımcısı, diğer I. hukuk müşaviri, il belediye başkan yardımcısı	*185*

f) Bağlı ve ilgili kuruluş il müdürleri, milli emlak dairesi başkanı, yükseköğretim kurumları daire başkanları, bölge müdürü, Atatürk Orman Çiftliği müdürü, büyükşehirlerin merkez ilçelerinin belediye başkan yardımcıları, KİT'lerde başmüdür, kombina, fabrika, müessese ve işletme müdürleri, defterdar yardımcısı, gelir idaresi grup müdürü, il müftü yardımcısı, bakanlık, müsteşarlık, başkanlık ve bağımsız genel müdürlüklerin bölge müdür yardımcısı ve il müdür yardımcısı, (ç), (d) ve (e) sıralarında sayılanların yardımcıları	*180*
g) ***İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,*** *il yazı işleri müdürü, il idare kurulu müdürü, il mahalli idare müdürü, il planlama ve koordinasyon müdürü, dernekler il müdürü, il afet ve acil durum müdürü, hukuk müşaviri, fakülte ve yüksekokul sekreteri, basın ve halkla ilişkiler müşaviri, basın müşaviri, müşavir, müdür, şube müdürü, ilçe müftüsü, başkan, daire başkan yardımcısı, kurum sekreteri, merkez sekreteri, enstitü sekreteri, genel sekreter yardımcısı, birlik sekreteri, müze başkanı, KİT'lerde başuzman, diğer belediye başkan yardımcıları ve (f) sırasında sayılanların yardımcıları*	*170*
ğ) Savunma sekreteri, sayman, müdür yardımcısı ile başkan yardımcısı unvanlı kadrolarda bulunanlar	*165*
h) Milli Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetlerinde istisnai memur kadrolarında bulunanlardan ek ödemeleri kadro unvanları itibarıyla bu Cetvelin diğer gruplarında veya bu grubun diğer sıralarında daha yüksek belirlenmemiş olanlar, Sivil Havacılık Genel Müdürlüğünde ilgili mevzuat hükümleri uyarınca teknik denetçi olarak görevlendirilenlerden ek ödemeleri kadro unvanları itibarıyla bu Cetvelin diğer gruplarında veya bu grubun diğer sıralarında daha yüksek belirlenmemiş olanlar	*145*
ı) Büyükşehir belediyeleri ile bunlara bağlı genel müdürlüklerin başmüfettiş ve müfettiş kadrolarında bulunanlar, yükseköğretim kurumları ile mahalli idareler ve bu idarelere bağlı genel müdürlüklerde 5018 sayılı Kanun hükümlerine göre iç denetçi kadrolarına atananlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*165*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*163*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*160*
4) Bunların yardımcıları	*155*

i) Diğer belediyeler ve bunlara bağlı genel müdürlüklerin başmüfettiş ve müfettişlerinden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*155*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*150*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*145*
4) Bunların yardımcıları	*140*
j) Bakanlık, müsteşarlık, başkanlık, bağımsız genel müdürlük taşra teşkilatları ile yükseköğretim kurumlarında ve mahalli idarelerde özel yarışma sınavı sonucunda mesleğe uzman ve denetmen yardımcısı olarak alınıp belirli süreli meslek içi eğitimden sonra özel bir yeterlik sınavı sonunda uzman ve denetmen unvanlı kadrolara (mevzuatı uyarınca sözkonusu kadrolara atananlar dahil) atananlar ile belediye iktisat müfettişlerinden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*140*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*135*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*130*
4) Bunların yardımcıları	*125*
k) Raportör, mütercim, tercüman, çözümleyici, programcı, araştırmacı, muhasebeci, muhasip, kontrolör, antrenör, ayniyat saymanı, uzman, danışman, aktüer, araştırmacı, APK uzmanı, talim ve terbiye kurulu uzmanı, eğitim uzmanı, savunma uzmanı, sivil savunma uzmanı ve diğer uzman unvanlı kadrolarda bulunanlar	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*115*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*110*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*100*
l) Şef, amir ve yardımcıları, zabıta başkomiseri ve komiseri, itfaiye başçavuşu, itfaiye çavuşu ve onbaşısı kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*115*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*105*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*95*

m) Genel idare hizmetleri sınıfındaki diğer kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*110*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*100*
3) 5-7 dereceden aylık alanlar	*90*
4) Diğer derecelerden aylık alanlar	*85*
2- Kadroları Teknik Hizmetler Sınıfında yer alan personel;	
a) Başmühendis, başmimar, mühendis, mimar, bölge plancısı ve şehir plancısı kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*150*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*140*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*130*
b) Jeolog, hidrolog, hidrojeolog, jeofizikçi, kimyager, fizikçi, jeomorfolog, arkeolog, matematikçi, istatistikçi ve astronom kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*120*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*110*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*100*
c) Ek ödeme oranları 1 nolu grupta düzenlenenler hariç, bu sınıfta yer alan diğer kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*110*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*100*
3) 5-7 dereceden aylık alanlar	*90*
4) Diğer derecelerden aylık alanlar	*85*
3- Kadroları Sağlık Hizmetleri ve Yardımcı Sağlık Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Uzman tabiplerden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*200*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*190*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*180*

b) Tabipler ve tıpta uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu mevzuat hükümlerine göre uzmanlık belgesi alanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*190*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*180*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*170*
c) Diş tabiplerinden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*185*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*175*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*165*
ç) Veteriner hekim kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*165*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*155*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*145*
d) Eczacı kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*140*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*130*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*120*
e) Ek ödeme oranları 1 nolu grupta düzenlenenler hariç, bu sınıfta yer alan diğer personelden;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*115*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*105*
3) 5-7 dereceden aylık alanlar	*95*
4) Diğer derecelerden aylık alanlar	*90*
4- Kadroları Eğitim ve Öğretim Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Öğretmen kadrosunda (örgün ve yaygın eğitim kurumlarındaki öğretmen unvanlı kadrolardaki yöneticiler dâhil) bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*65*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*65*

3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*65*
5- Kadroları Avukatlık Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Ek ödeme oranları 1 nolu grupta düzenlenenler hariç, bu sınıfta yer alan kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*150*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*140*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*130*
6- Kadroları Din Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Vaiz ve eğitim görevlisi kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*66*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*66*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*66*
b) Diğer kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*65*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*65*
3) 5-7 dereceden aylık alanlar	*65*
4) Diğer derecelerden aylık alanlar	*65*
7- Mülki İdare Amirliği Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Müsteşar	*195*
b) Kurul Başkanı, Müsteşar Yardımcısı, I.Hukuk Müşaviri, Genel Müdür, Strateji Geliştirme Başkanı ile bu görevleri yürüten merkezde görevli Valiler	*180*
c) Merkezde görevli diğer Valiler	*178*
ç) (a), (b) ve (c) sıralarında sayılanlar dışında kadroları merkez teşkilatında bulunanlardan (Mülkiye Müfettişleri Dahil);	
1) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*195*
2) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*190*
3) 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*195*

4) 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*115*
5) 2 nci dereceden aylık alanlar	*155*
6) 3 üncü dereceden aylık alanlar	*130*
7) 4 üncü dereceden aylık alanlar	*130*
8) 5 inci dereceden aylık alanlar	*105*
d) Vali Yardımcısı ve Kaymakamlardan;	
1) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*200*
2) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*200*
3) 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*200*
4) 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*132*
5) 2 nci dereceden aylık alanlar	*172*
6) 3 üncü dereceden aylık alanlar	*147*
7) 4 üncü dereceden aylık alanlar	*147*
8) 5 inci dereceden aylık alanlar	*122*
9) 6 ncı dereceden aylık alanlar	*137*
10) 7 nci dereceden aylık alanlar	*117*
e) Hukuk işleri müdürlerinden;	
1) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*195*
2) Birinci sınıf olup 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*190*
3) 1 inci derecenin dördüncü kademesinden aylık alanlar	*195*
4) 1 inci derecenin diğer kademelerinden aylık alanlar	*160*
5) 2 nci dereceden aylık alanlar	*195*
6) 3 üncü dereceden aylık alanlar	*175*
7) 4 üncü dereceden aylık alanlar	*175*
8) 5 inci dereceden aylık alanlar	*150*

9) 6 ncı dereceden aylık alanlar	*165*
10) 7 nci dereceden aylık alanlar	*145*
f) Kaymakam adayı	*145*
8- Kadroları Emniyet Hizmetleri Sınıfında yer alan personel;	
a) Birinci Sınıf Emniyet Müdürleri	*74*
b) İkinci Sınıf Emniyet Müdürleri	*74*
c) Üçüncü Sınıf Emniyet Müdürleri	*74*
ç) Dördüncü Sınıf Emniyet Müdürleri	*74*
d) Emniyet Amiri kadrolarında bulunanlar	*74*
e) Başkomiser kadrolarında bulunanlar	*74*
f) Komiser kadrolarında bulunanlar	*74*
g) Komiser yardımcısı kadrolarında bulunanlar	*74*
ğ) Polis Memuru kadrolarında bulunanlardan;	
1) 1-2 dereceden aylık alanlar	*75*
2) 3-4 dereceden aylık alanlar	*75*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*75*
h) Diğer kadrolarda bulunanlardan;	*66*
1) 1-4 dereceden aylık alanlar	*66*
2) 5-7 dereceden aylık alanlar	*66*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*66*
9- Kadroları Yardımcı Hizmetler Sınıfında yer alan personel;	
a) Bu sınıfta yer alan kadrolarda bulunanlardan;	
1) 1-4 dereceden aylık alanlar	*90*
2) 5-7 dereceden aylık alanlar	*80*
3) Diğer derecelerden aylık alanlar	*70*
B- Aylıklarını 926 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu, 3269 sayılı Uzman Erbaş Kanunu ve 3466 sayılı Uzman Jandarma Kanununa Göre Alanlar:	

1- Subaylardan;	
a) Genelkurmay Başkanı	*103*
b) Kuvvet Komutanları ve Jandarma Genel Komutanı	*82*
c) Orgeneral ve Oramiral	*81*
ç) Korgeneral ve Koramiral	*79*
d) Tümgeneral ve Tümamiral	*77*
e) Tuğgeneral ve Tuğamiral	*75*
f) Kıdemli Albay	*63*
g) Albay	*59*
ğ) Yarbay	*56*
h) Kıdemli Binbaşı	*68*
ı) Binbaşı	*68*
i) Kıdemli Yüzbaşı	*68*
j) Yüzbaşı	*68*
k) Kıdemli Üsteğmen	*69*
l) Üsteğmen	*69*
m) Teğmen	*69*
n) Asteğmen	*69*
2- Astsubaylardan;	
a) II.Kad.Kd.Bçvş.	*67*
b) Kad.Kd.Bçvş.	*67*
c) Kd.Bçvş.	*67*
ç) Kad.Bçvş.	*67*
d) Bçvş.	*67*
e) Kd.Üstçvş.	*68*
f) Üstçvş	*68*
g) Kd.Çvş.	*68*
ğ) Çvş.	*68*

3- Uzman Jandarmalardan;	
a) VIII.Kad.Çvş.	*67*
b) VII.Kad.Çvş.	*67*
c) VI.Kad.Çvş.	*67*
ç) V.Kad.Çvş.	*67*
d) IV.Kad.Çvş.	*67*
e) III.Kad.Çvş.	*67*
f) II.Kad.Çvş.	*67*
g) I.Kad.Çvş.	*67*
ğ) Çvş.	*67*
4- Uzman Erbaşlardan;	
a) Uzman Çavuş	*67*
b) Uzman Onbaşı	*67*
C- Aylıklarını 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanununa Göre Alanlar:	
1- Profesörlerden Rektör, Rektör Yardımcısı ve Dekan olanlar	*72*
2- Profesörlerden Dekan Yardımcısı, Yüksekokul Müdürü olanlar ile Profesör kadrosunda üç yılını tamamlamış bulunanlar	*70*
3- Profesör kadrosunda bulunanlar(Diğer)	*63*
4- Doçent kadrosunda bulunanlar(Kazanılmış hak aylığı birinci derecede olan)	*57*
5- Doçent kadrosunda bulunanlar(Diğer)	*68*
6- Yardımcı Doçent kadrosunda bulunanlar	*67*
7- Araştırma Görevlisi kadrosunda bulunanlar	*77*
8- Diğer öğretim elemanlarından;	
a) 1-2 dereceden aylık alanlar	*66*
b) 3-4 dereceden aylık alanlar	*66*
c) Diğer derecelerden aylık alanlar	*66*

Ç- 399 sayılı Kanun Hükmünde Kararname eki (II) sayılı cetvele dahil pozisyonlarda istihdam edilen sözleşmeli personelden (527 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 31 inci maddesine göre ücretleri belirlenen sözleşmeli personel dahil);	
1- Grup başmühendisi, başmühendis, başmimar, mühendis, mimar, veteriner, şehir plancısı, müdür yardımcısı, teknik şef, atölye şefi, başeksper, eksper, teknik amir, teknik uzman, başkontrolör, kontrolör, baştabip, baştabip yardımcısı, diş tabibi, tabip, uzman tabip, uzman (Tıpta Uzmanlık mevzuatında belirtilen dallarda bu ilgili mevzuat hükümlerine göre uzmanlık belgesi alanlar), başuzman (Sümer Holding) ve şube müdürü (Sümer Holding) pozisyonlarında bulunanlar	*82*
2- Uzman, amir, ajans amiri, koruma güvenlik amiri, şef, koruma güvenlik şefi, koruma güvenlik grup şefi, itfaiye şefi, gar şefi, istasyon şefi, şeftren pozisyonlarında bulunanlar	*67*
3- Sağlık teknisyen yardımcısı pozisyonlarında bulunanlar	*53*
4- Diyetisyen ve tekniker pozisyonlarında bulunanlar	*48*
5- Teknik ressam, teknisyen, laborant, makinist (TCDD), makinist, makinist yardımcısı (TCDD), başteknisyen, konstrüktör, revizör ve sürveyan pozisyonlarında bulunanlar	*47*
6- Diğer pozisyon unvanlarında bulunanlar	*42*

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M.Emin KUZ'un katılımlarıyla 6.6.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Fatma BABAYİĞİT tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu Kanun Hükmünde Kararname kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararında, 666 sayılı KHK'ye ekli (II) Sayılı Cetvel oluşturulurken unvanlı kadroların esas alındığı ve bakanlıkların ve bazı kurumların taşradaki il müdürlerinin (II) Sayılı Cetvel'de sayıldığı, ancak il nüfus müdürlerinin bakanlık il müdürü olmasına rağmen (II) Sayılı Cetvel'e alınmayarak anılan KHK'nin (I) Sayılı Cetveli'nde sayıldığı, *"il müdürü"* unvanına sahip ve İçişleri Bakanlığının nüfus hizmetlerinin yürütülmesinden sorumlu ildeki temsilcisi konumunda bulunan nüfus vatandaşlık il müdürleri ile 666 sayılı KHK'nin (II) Sayılı Cetveli'nde sayılan diğer bakanlıkların ildeki temsilcisi konumunda bulunan il müdürleri arasında mali hakların düzenlenmesi açısından eşitsizlik oluşturulduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralın da yer aldığı 666 sayılı KHK, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu kapsamında çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerdendir. Her ne kadar başvuru kararında Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine dayanılmış ise de 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 91. maddesi yönünden de incelenmiştir.

A- Kanun Hükmünde Kararnamelerin Yargısal Denetimi Hakkında Genel Açıklama

Anayasa'nın 91. maddesinde düzenlenen kanun hükmünde kararnameler, işlevsel yönden yasama işlemi niteliğinde olduğundan yargısal denetimlerinin yapılması görev ve yetkisi Anayasa'nın 148. maddesi ile Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Yargısal denetimde kanun

hükmünde kararnamenin, öncelikle yetki kanununa sonra da Anayasa'ya uygunluğu sorunlarının çözümlenmesi gerekir. Her ne kadar, Anayasa'nın 148. maddesinde kanun hükmünde kararnamelerin yetki kanunlarına uygunluğunun denetlenmesinden değil, yalnızca Anayasa'ya biçim ve esas bakımlarından uygunluğunun denetlenmesinden söz edilmekte ise de Anayasa'ya uygunluk denetiminin içerisine öncelikle kanun hükmünde kararnamenin yetki kanununa uygunluğunun denetimi de girer. Çünkü Anayasa'da, Bakanlar Kuruluna ancak yetki kanununda belirtilen sınırlar içerisinde kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verilmesi öngörülmüştür. Yetkinin dışına çıkılması, kanun hükmünde kararnameyi Anayasa'ya aykırı duruma getirir.

Dayanaklarını doğrudan doğruya Anayasa'dan alan olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerinden farklı olarak, olağan dönemlerdeki kanun hükmünde kararnamelerin bir yetki kanununa dayanması zorunludur. Bu nedenle, kanun hükmünde kararnameler ile dayandıkları yetki kanunu arasında çok sıkı bir bağ vardır. Kanun hükmünde kararnamenin yetki kanunu ile olan bağı, kanun hükmünde kararnameyi aynen ya da değiştirerek kabul eden kanun ile kesilir. Kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun bir yetki kanununa dayanması, geçerliliğinin ön koşuludur. Bir yetki kanununa dayanmadan çıkartılan veya dayandığı yetki kanunu iptal edilen kanun hükmünde kararnamelerin içeriği Anayasa'ya aykırılık oluşturmasa bile bunların Anayasa'ya uygunluğundan söz edilemez.

Kanun hükmünde kararnamelerin Anayasa'ya uygunluk denetimi, kanunların denetiminden farklıdır. Anayasa'nın 11. maddesinde, "*Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*" denilmektedir. Bu nedenle kanunların denetiminde, onların yalnızca Anayasa kurallarına uygun olup olmadıkları saptanır. Kanun hükmünde kararnameler ise konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden hem dayandıkları yetki kanununa hem de Anayasa'ya uygun olmak zorundadırlar.

Anayasa'da kimi konuların kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenmesi yasaklanmaktadır. Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında "*Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasî haklar ve ödevler...*"in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Bu kural

gereğince, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Bakanlar Kuruluna ancak kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesi yasaklanmış alana girmeyen konularda kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi verebilir.

Anayasa'nın herhangi bir maddesinde kanunla düzenleneceği öngörülen bir konunun, Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasının açıkça yasakladığı hükümler ile ilgili olmadıkça ya da Anayasa'nın 163. maddesinde olduğu gibi kanun hükmünde kararname çıkarılamayacağı açıkça belirtilmedikçe kanun hükmünde kararname ile düzenlenmesi Anayasa'ya aykırılık oluşturmaz.

B- İtiraz Konusu Kuralın 6223 Sayılı Yetki Kanunu Kapsamında Olup Olmadığının İncelenmesi

Anayasa'nın 91. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, yetki kanununda, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin, amacının, kapsamının, ilkelerinin, kullanma süresinin ve süresi içinde birden fazla kanun hükmünde kararnamenin çıkarılıp çıkarılamayacağının gösterilmesi gerekir. Buna göre bir kanun hükmünde kararnamenin Anayasa'ya uygun olduğunun kabulü öncelikle konu, amaç, kapsam ve ilkeleri yönünden dayandığı yetki kanununa uygun olmasına bağlıdır. Bu bağlamda, Anayasa'nın ikinci kısmının "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde düzenlenen haklar içinde kalan ve Anayasa'nın 91. maddesinde belirtilen kanun hükmünde kararnameyle düzenlenemeyecek yasak alan içinde bulunmayan kamu görevlilerinin mali ve sosyal haklarının 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında kalması durumunda, kanun hükmünde kararnameyle düzenlenmesinde Anayasa'ya aykırı bir durumun olmayacağı açıktır.

6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amacını düzenleyen 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kapsamına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı aynı maddenin (2) numaralı fıkrasının (b) bendi ile bu bendin (7) numaralı alt bendinde ve son olarak ilkeler ve yetki süresine ilişkin hükümlerin yer aldığı 2. maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kamu personelinin "*atanma, nakil, görevlendirilme, seçilme, terfi, yükselme, görevden alınma ve emekliye sevk edilme usul ve esasları*"ndan söz edilmiş, ancak mali haklara ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda öngörüldüğü üzere;

- Mevcut bakanlıkların birleştirilmesine veya kaldırılmasına, yeni bakanlıklar kurulmasına,

- Mevcut bağlı, ilgili ve ilişkili kuruluşların mevcut, birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıklar bünyesinde hizmet birimi olarak yeniden düzenlenmesine,

- Mevcut bakanlıklar ile birleştirilen veya yeni kurulan bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesine, taşrada ve yurt dışında teşkilatlanma esaslarına,

ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda, mali haklara dair düzenlemelerin de yapılması mümkündür. Mevcut veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkla birleştirilen bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle ilgili olmayan hususlar 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun kapsamında bulunmadığından, kanun hükmünde kararnameyle doğrudan mali haklarda bir düzenleme yapılamaz. Bir başka ifadeyle, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amaç, kapsam ve ilkeleri bakımından kamu personelinin mali ve sosyal haklarına ilişkin olarak Bakanlar Kuruluna doğrudan bir düzenleme yapma yetkisini vermediği, ancak mali ve sosyal haklarla ilgili hükümlerin 6223 sayılı Yetki Kanunu'nun amacı ve kapsamına giren konularda yapılan düzenlemelerin doğal sonucu olması durumunda mümkün olabileceği, 6223 sayılı Yetki Kanunu'nda öngörülen amaç, kapsam ve ilkeleriyle bağlantılı olmaksızın sırf mali konularda bir düzenleme yapılamayacağı açıktır.

İtiraz konusu kural, KHK'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in "*A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar*" bölümünün (1) numaralı sırasının (g) bendinde yer alan "*İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,*" ibaresidir. 666 sayılı KHK'nin 1. maddesiyle 375 sayılı KHK'ye eklenen ek 9. maddeyle mevzuatta değişik adlar adı altında kamu personeline yapılan tüm kurumsal ek ödemeler ile genel ek ödemeler, yeni yapılan düzenlemelere paralel olarak 15.1.2012 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmakta ve yeni ek ödeme sistemindeki kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları belirtilmektedir. İtiraz konusu kuralla "*il nüfus ve vatandaşlık müdürleri*"nin kadro ve görev unvanına karşılık gelen ek ödeme oranları düzenlenmiş olup "*il nüfus ve vatandaşlık müdürleri*"nin mali haklarına ilişkin bir düzenleme yapılmaktadır. Bir başka ifadeyle, kuralda öngörülen mali haklara ilişkin hüküm, mevcut

veya yeni ihdas edilen ya da bir başka bakanlıkla birleştirilen bakanlıkların görev, yetki, teşkilat ve kadrolarının düzenlenmesiyle bağlantılı ve bunların zorunlu sonucu olmayıp doğrudan mali haklara ilişkin bir düzenleme niteliğindedir. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural, 6223 sayılı Yetki Kanunu kapsamında bulunmadığından Anayasa'nın 91. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.

Kural, Anayasa'nın 91. maddesine aykırı görülerek iptal edildiğinden, Anayasa'nın 10. ve 55. maddeleri yönünden incelenmemiştir.

VI- SONUÇ

11.10.2011 günlü, 666 sayılı Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in *"A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar"* bölümünün (1) numaralı sırasının (g) bendinde yer alan *"İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,"* ibaresi, 6.4.2011 günlü, 6223 sayılı Kamu Hizmetlerinin Düzenli, Etkin ve Verimli Bir Şekilde Yürütülmesini Sağlamak Üzere Kamu Kurum ve Kuruluşlarının Teşkilat, Görev ve Yetkileri ile Kamu Görevlilerine İlişkin Konularda Yetki Kanunu kapsamında olmadığından, bu ibarenin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

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

Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/67
Karar Sayısı : 2013/164
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Sincan İnfaz Hâkimliği

İTİRAZIN KONUSU : 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendinin Anayasa'nın 2., 7., 11., 26., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Üst aramaları yapılırken "*onursuz aramaya son*" şeklinde slogan atmaları nedeniyle haklarında "*haberleşme araçlarından yoksun bırakma ve kısıtlama*" cezalarına hükmedilen tutuklu/hükümlülerin yaptıkları itiraz başvurusunda, disiplin cezalarının dayanağını oluşturan itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırılığı iddiasını ciddi bulan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Ankara 1 Numaralı F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu'nda tutuklu ve hükümlü olarak bulunan …, …, ..., ..., …, ..., ..., …, ..., ... ve ...'in 10.10.2012 tarihinde sohbet ve spor faaliyetlerine çıkarken odalarına giriş ve çıkışlarında, odalarına dönüşlerinde üst aramaları yapılırken "onursuz aramaya son" şeklinde slogan atmaları sebebiyle haklarında disiplin soruşturması başlatıldığı anlaşılmıştır.

Disiplin soruşturması sonunda Ankara 1 Numaralı F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu Başkanlığı'nın 16.10.2012 tarihli

ve 2012/244 sayılı kararı ile "hükümlü ve tutukluların üst araması sırasında attıkları 'onursuz aramaya son' sloganının 5275 sayılı Kanun'un 42/2-e maddesi gereğince 'gereksiz slogan atmak kapsamında kaldığından bahisle ve mezkur madde gereğince ..., ..., ..., …. ve ...'nın 1 ay süreyle haberleşme araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası ile cezalandırılmalarına; ..., ..., ..., ..., ..., ... ve ...'in de mükerrir olmaları sebebiyle aynı Kanun'un 48/2. maddesi de gözetilerek 3 ay süreyle haberleşme araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası ile cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

Disiplin cezasına muhatap olan tutuklu ve hükümlüler savunmalarında genel olarak ve özetle "Biz uzun zamandır cezaevinde kalmaktayız ve yıllardır faaliyetlere başlama ve bitiş aşamasında slogan atmaktayız ancak idare kimi zaman tutanak tutuyor. Kimi zaman tutmuyor. İstediğine tutuyor istediğine tutmuyor bu nedenle verilen ceza keyfidir. Kaldı ki dedektörle arama yapılsa veya her seferinde ayakkabımız çıkarılmasa bunu protesto etmeyiz, (örneğin odadan çıkışta bu şekilde arama yapılıp gardiyanlarla bir yere beraber gidip beraber döndükten sonra da ayakkabı çıkartılması aramanın amacının başka olduğunu ortaya koymaktadır.) Bizler açık görüş, avukat görüşü ve diğer görüşlerde ayakkabı çıkarılmasının yanlış bir uygulama olduğunu düşünerek slogan atıyoruz, cezaevi de bunu bahane ederek disiplin cezası veriyor. Burada amaç iletişim ve diğer haklarımızı kullanmamızı engellemektir. Kaldı ki yaptığımız eylem şiddet isyan veya hakaret içermeyen bir eylemdir, bu sebeple uluslararası sözleşmelerle tanınan düşünce hürriyeti kapsamında kalmaktadır, yaptığımız eylem sırasında ne görevlilere ne de bir başkasına zarar vermemiz söz konusu değildir.

Öte yandan "biz sadece tutanak tarihinde değil, belki de günde 3 kez belli sebeplerle slogan atmaktayız, idare keyfi olarak, bazı hâllerde tutanak tutmakta bazen de tutmamaktadır." şeklinde beyanlarda bulunmuşlardır.

Hükümlü ... vekili Av. ... ile ... vekili Av. ... da savunmalarında "yapılan eylem şiddet içermeyen ve uluslararası sözleşmelerle koruma altına alınmış olan düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında yapılan bir eylemdir. Disiplin cezası güvenliğe yöneliktir. Bu eylemin güvenliğe karşı bir eylem olması, zaafiyet doğurması söz konusu değildir. Her ne kadar yasada böyle bir fiil düzenlenmiş ise de madde Anayasaya aykırı olduğu gibi Anayasanın 90/son maddesi gereğince iç hukuktan üstün sayılan ve Hakimliğinizin dikkate alması gereken uluslararası sözleşmelere de aykırıdır. Yapılan eylem protesto amaçlı olup cezaevinde bulunan kişinin başka bir şekilde düşüncelerini ifade etmesi mümkün değildir. Kaldı ki

hapis cezası bedenlerin hapsine yönelik olup mahkumiyet kararında bu yönde bir kısıtlama söz konusu değildir, uygulamanın pratikteki bir sonucu da cezaevlerinde sürekli sologan atılması ve buna bağlı olarak ceza verilmesi olup bu da kesintisiz olarak disiplin cezası verilmesine ve tecride yol açmaktadır. Ayrıca şartla tahliye hakkını da ortadan kaldırmaktadır, bu kadar yaygın şekilde ceza verilmesi kararların uygulanabilirliğini ve ciddiyetini de zedelemektedir" şeklinde beyanda bulunmuştur.

ANAYASAYA AYKIRILIK SORUNU VE ANAYASA MAHKEMESİ'NE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASI:

Davaya konu olayda uygulanan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 42/2-e maddesinde "(1) Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılmasıdır.

(2) Bu cezayı gerektiren eylemler şunlardır:

a) Protesto amacıyla idarece verilen yemeği topluca almama eylemine katılmak.

b) Kurum işyurdu yönetim kurulunca uygun görülen işte çalışmamak.

c) Herhangi bir şeyi protesto amacıyla veya idareye karşı toplu olarak sessiz direnişte bulunmak.

d) Odalarda, eklentilerinde ve diğer alanlarda ilâç ve gıda maddesi stoku yapmak.

e) Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak." düzenlemesi yer almaktadır.

Bu sebeple Kanun'un 42/2-e maddesi, Anayasa'nın 152/1. maddesi kapsamında "disiplin cezasının iptali davasında uygulanacak kanun" niteliğindedir. Hakimliğimizce de davada uygulanacak bu kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğu kanaatine varıldığından kanun maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne

başvurulmasına ve Anayasa'nın 152/1. maddesi gereğince de başvuru sonuçlanana kadar davanın geri bırakılmasına karar verilmiştir.

Bir diğer husus da Anayasa'nın 90/son maddesinde yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." şeklindeki düzenlemenin dikkate alınması gerektiğidir. Bu düzenleme, iç hukuktaki kanun hükmünü davada uygulanacak kural olmaktan çıkaran bir hüküm olmayıp; temel hak ve özgürlükler söz konusu olduğunda uyuşmazlığın çözümünde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla 5275 sayılı Kanun'un 42/2-e maddesi somut olayda uygulanacak kural niteliğini kaybetmemektedir. Bu sebeplerle Anayasa'nın 152/1. maddesinde öngörülen şartın oluştuğu kanaatine varılmıştır.

ANAYASAYA AYKIRILIK SEBEPLERİ:

1- ANAYASA'NIN 2., 7., 11. VE 38. MADDELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME YAPILDIĞINDA ;

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "belirlilik"tir. Bu ilkeye göre, kanun düzenlemelerinin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir tereddüde ve şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu tedbir içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuki güvenlikle bağlantılı olup birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki müeyyidenin veya neticenin bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 7. maddesinde, "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez." denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına

genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi mümkün değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen istisnai haller dışında, yürütme organına yasalarla düzenlenmemiş bir alanda genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Ayrıca, yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkelerin konulması, çerçevenin çizilmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanın bırakılmaması gerekir. (Anayasa Mahkemesi'nin 2010/69 Esas, 2011/116 Karar sayılı ve 07.07.2011 tarihli içtihadı)

Anayasa'nın 11. maddesi de; "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz." şeklindedir.

Öte yandan Anayasa'nın 38/3. maddesinde de "Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur." hükmü yer almaktadır. "Kanunsuz suç ve ceza olmaz" ya da "suç ve cezada kanunilik" olarak da adlandırılan bu ilke kişi hak ve hürriyetlerinin teminat altına alınması amacıyla hangi fiillerin suç teşkil ettiğinin kanunda açık bir şekilde belirlenmesi anlamına gelmektedir. Suç ve cezada kanunilik ilkesinin tabii bir sonucu da ceza içeren kanunların uygulanmasında kıyasa başvurulamayacağıdır. Nitekim bu kural ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2/3. maddesinde de "Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Kıyas yasağı kuralına göre suç oluşturan fiillerin kanunda açıkça tanımlanması gerekmekte olup mevcut kanunların failin aleyhine olarak genişletici bir şekilde yorumlanması veya benzetme yapılması da mümkün değildir. Suç oluşturan fiillerin kanunda açık ve belirgin bir şekilde tanımlanması gerekliliği bireyin, söz konusu düzenlemenin lafzından (gerektiğinde mahkeme kararlarının yardımıyla da olsa) hangi davranış veya ihmallerinin cezai sorumluluğuna yol açacağını teşhis edebilmesi veya öngörebilmesi ile sağlanmış olur.

Somut olayda uygulanması gereken 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 42/2-e maddesinde ise "…Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak ...fiilini işleyenler ...bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılır." düzenlemesi yer almaktadır.

Görüldüğü üzere maddede, "gereksiz" yere slogan atmak fiili suç olarak tanımlanmış ise de; hangi hallerin gerekli olduğu, hangi hallerin gereksiz olduğu gösterilmemiştir. Böylelikle gündelik hayatta suç teşkil etmeyen ve dolayısıyla ceza müeyyidesiyle karşılaşmayan slogan atmanın gerekli olup olmadığı uygulayıcının sübjektif takdirine bırakılmıştır. Bu şekilde ceza tehdidine muhatap olabilecek bir kişi hangi sloganı atması durumunda ceza alacağını ya da ceza almayacağını bilebilecek durumda değildir.

Bu bağlamda Türkiye'nin de tarafı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 7/1. maddesinde "cezaların yasallığı" başlığı altında yer alan "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez" şeklindeki kuralın da göz önünde bulundurulması gereklidir. Bu kuraldan ortaya çıkan sonuç fiilin işlenmesinden sonra yürürlüğe giren kanunların failin aleyhine olarak uygulanamayacağı, kanunların failin aleyhine olarak genişletici bir şekilde yorumlanamayacağı ve kıyas yapılamayacağıdır. Bundan başka suçların kanunda açık ve belirgin bir şekilde tanımlarının olması da gereklidir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 08.07.1999 tarihli ve 23536/94 sayılı Başkaya/Okçuoğlu-Türkiye kararında da kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak sanık aleyhine genişletici yorum yapılamayacağını belirtmiş, kanunun yaptırıma bağladığı suçun ve bu suç karşılığında öngörülen cezanın açık bir biçimde tanımlanması ve bir kimsenin hareketinin ceza sorumluluğu gerektireceğini -mahkeme kararlarından yorum yoluyla da olsa- önceden kestirebilmesi gereğini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre 'ne zaman ki, birey söz konusu düzenlemenin lafzından, gerektiğinde mahkeme kararlarının yardımıyla da olsa, hangi davranış veya ihmallerinin ceza sorumluluğuna yol açacağını teşhis edebiliyorsa bu ilkenin gereği yerine gelmiş olur.' (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tolstoy Mıloslavsky-Birleşik Krallık, No 18139/91 sayılı ve 13.07.1995 tarihli kararı ile Streletz, KessIer ve Krenz-Almanya, No 34044/96 sayılı ve 22.03.2001 tarihli kararları da benzer niteliktedir.)

Buna göre olayda uygulanması gereken 5275 sayılı Kanun'un 42/2-e maddesi Anayasanın 2., 7., 11. ve 38. maddeleri ile evrensel hukukun yukarıda açıklanan kuralları gözetildiğinde açıkça Anayasaya aykırıdır.

2- ANAYASA'NIN 26. MADDESİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRME YAPILDIĞINDA;

Anayasa'nın 26. maddesi "Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına

sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber ve fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.

(Değişik:3/10/2001-4709/9 md.) Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir." şeklindedir.

Yine Türkiye'nin tarafı olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi de "1. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

2. Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir." şeklindedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mahkûmların genel olarak özgürlük hakkı hariç İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam ettiklerini hatırlatmaktadır. (Bu yöndeki kararlardan bazıları Hirst / İngiltere (no. 2), no. 74025/01), (Messina / İtalya (no. 2), no. 25498/94; Ploski / Polonya, no. 26761/95; X / İngiltere, no. 9054/80)

Düşünceyi açıklama özgürlüğü, özgürlükçü demokratik devletlerin temelini oluşturduğu gibi toplumların ilerlemesi ve her bireyin gelişimi için temel şartlardan birisidir. Düşünceyi açıklama özgürlüğü sadece bir iç alem özgürlüğü de değildir. Bu özgürlüğün bir anlamının olabilmesi için bireyin özgürce düşünebilmesi

yanında düşündüklerini özgürce açığa vurabilmesi ve başkalarına aktarabilmesi gereklidir. Bu yönüyle bu hak aynı zamanda toplumsal bir haktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öteden beri Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı korumanın sadece olumlu karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olarak algılanan 'bilgi' ve 'fikirler' için değil; aynı zamanda devleti veya halkın bir bölümünü şok edici, zedeleyici, rahatsız edici yahut kaygı verici bilgi ve fikirler için de geçerliği olduğunun altını çizmiştir. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre şiddete çağrı ve teşvik, kin ve nefret söylemi, hakaret ise ifade özgürlüğünün koruması altında değildir. (Bu nitelikteki kararlardan bazıları Handyside / Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976, Seri A no. 24, s. 23, § 49; Lingens / Avusturya, 8 Temmuz 1986, Seri A no. 103, s. 26, §41; ve Jersild/ Danimarka, 23 Eylül 1994, Seri A no. 298, s. 26, § 37, Gündüz-Türkiye, başvuru no: 59745/00 ve Halis Doğan-Türkiye, başvuru no: 75946/01, Kızılyaprak-Türkiye, Zana-Türkiye). contrario, Sürek - Türkiye (no: 1), no: 26682/95, § 62, ve Haluk Gerger - Türkiye, no: 24919/94, § 50, 8 Temmuz 1999).

Bu hakkın sınırlanması gerek Sözleşme'nin 10/2. maddesi gerekse Anayasa'nın 26/2. maddesi ile belli şartlara bağlanmış olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uygulaması, sınırlama söz konusu olduğunda dar yorum yapılması yönündedir. Sınırlamanın meşru bir amaca yönelik olması, amaç ile sınırlama arasında orantı bulunması ve sınırlamanın demokratik toplumda zorunlu olması da şarttır. Zorunluluktan kasıt da acil bir sosyal ihtiyaç anlamındadır.

Nitekim yasakoyucu da 30.04.2013 tarihinde yürürlüğe giren 6459 sayılı Kanun'un 11. maddesi ile Türk Ceza Kanunu'nun 220. maddesini değiştirirken de "cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde" ibaresini ekleyerek aynı doğrultudaki iradesini ortaya koymuştur.

Gerek mahkûmların genel olarak özgürlük hakkı hariç İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam etmeleri ilkesi, gerek Sözleşme'nin 10. maddesi ve Anayasa'nın 26. maddesi ile bu maddelerde yer alan sınırlamaya ilişkin istisnai haller ve dar yorum yapma ilkesi, gerekse düşünceyi açıklama özgürlüğünün geniş şekilde yorumlanmasının gerekmesi birlikte değerlendirildiğide somut olayda uygulanması gereken 5275 sayılı Kanun'un 42/2-e maddesininAanayasaya aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Dikkate değer bir husus da 5275 sayılı Kanun'un 37/1. maddesinde yer alan düzenlemedir. Buna göre "Hükümlü hakkında kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması bakımından kanun, tüzük, yönetmelikler ile idarenin uyulmasını emrettiği veya gerekli kıldığı davranış ve tutumları, kusurlu olarak ihlâl ettiğinde, eyleminin niteliği ile ağırlık derecesine göre Kanunda belirtilen disiplin cezaları uygulanır" düzenlemesi yer almaktadır. Maddeden de anlaşılacağı üzere disiplin soruşturması yapılmasının ve suç işlendiğinde ceza verilmesinin amacı Kurum'da düzenli bir yaşamın sürdürülmesi ile güvenliğin ve disiplinin sağlanmasıdır.

Bununla birlikte hükümlü ve tutukluların savunmaları ile ve uygulamadan da açıkça bilindiği üzere iptali talep edilen kanun maddesi kapsamında kalacak şekilde yüksek güvenlikli ceza infaz kurumlarının açıldığı zamandan (10 yıldan fazla) itibaren hemen hergün birden fazla ve toplamda da yüzlerce ve hatta daha fazla ihlal (disiplin suçu) söz konusu olduğu halde Hakimliğimize intikal eden dosya sayısı çok sınırlıdır. Bu durum dahi Kanunla hedeflenen amacın gerçekleşmediğini, Kanun maddesinin eşit ve genel şekilde tüm tutuklu ve hükümlülere uygulanma imkanının bulunmadığını, bu durumun gerek tutuklu ve hükümlüler gerekse İdare açısından sıkıntılara yol açtığını ortaya çıkardığı gibi ileride Sözleşme'nin ihlali yorumuna varılması halinde Türkiye aleyhine de sonuç doğuracağını ortaya koymuştur.

Tüm sebeplerle şiddete çağrı ve teşvik, kin ve nefret söylemi, hakaret içermeyen, gereklilik noktasında uygulayıcıya sübjektif takdir hakkı tanıyan kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Gerekçesi yukarıda açıklandığı üzere somut olayda uygulanması gereken 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 42/2-e maddesinin Anayasa'nın 2., 7., 11., 38. ve 26. maddeleri ile Anayasa'nın 90/son maddesi delaletiyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesine açıkça aykırı olması sebebiyle maddenin iptaline karar verilmesini teminen Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmasına ve başvuru hakkında bir karar verilinceye kadar davanın geri bırakılmasına karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ;

1- Davada uygulanacak kural olan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 42/2-e maddesinin açıkça Anayasa'nın

2, 7, 11, 38 ve 26. maddelerine aykırı olması sebebiyle Anayasa Mahkemesi'ne BAŞVURULMASINA,

2- Anayasa'nın 152/1. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'nce başvuru hakkında karar verilinceye kadar davanın GERİ BIRAKILMASINA,

3- Anayasa'nın 152/3. maddesi gereğince Anayasa Mahkemesi'nce başvuru hakkında beş ay içinde bir karar verilmemesi halinde davanın yürürlükte olan kanun hükümlerine göre SONUÇLANDIRILMASINA,

4- Kararın bir örneğinin itiraz edenler ile itiraz edenlerden Ercan Akpınar ve Mahmut Soner vekillerine ayrı ayrı TEBLİĞİNE,

bu sebeplerle dosyanın 11/12/2013 günü saat 10:00'da re'sen ele alınmasına karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5275 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren *"Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama"* başlıklı 42. maddesi şöyledir:

"Madde 42- *(1) Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılmasıdır.*

(2) Bu cezayı gerektiren eylemler şunlardır:

a) Protesto amacıyla idarece verilen yemeği topluca almama eylemine katılmak.

b) Kurum işyurdu yönetim kurulunca uygun görülen işte çalışmamak.

c) Herhangi bir şeyi protesto amacıyla veya idareye karşı toplu olarak sessiz direnişte bulunmak.

d) Odalarda, eklentilerinde ve diğer alanlarda ilâç ve gıda maddesi stoku yapmak.

e) Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak.

(3) Hükümlüye gelen mektup, faks ve telgraflar, disiplin cezasının infazından sonra kendisine verilir. Aynı türden olsa bile sonraki disiplin cezasının infazına bu işlem yapılmadan başlanamaz.

(4) Anne, baba, eş, çocuk ve kardeşlerin ölüm veya ağır hastalıkları ile doğal afet hâllerinde yapılması gereken haberleşmeler ve avukat ile ilişkilerde bu madde hükmü uygulanmaz."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 7., 11., 26., 38. ve 90. maddelerine dayanılmış, Anayasa'nın 13. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 11.6.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralla, ceza infaz kurumlarında hükümlülerin "*gereksiz olarak marş söyleme ve slogan atma*" eylemlerinin disiplin suçu olarak tanımlanarak cezai müeyyideye bağlandığı, fakat

bu düzenleme yapılırken kanunda hangi eylemlerin gerekli hangilerinin gereksiz olduğu gösterilmeyerek suç teşkil eden eylemleri belirleme yetkisinin idarenin sübjektif takdirine bırakıldığı, bu durumun hukuk devletinin temel ilkelerinden olan *"belirlilik"* ve *"suçun yasallığı"* ile *"yasama yetkisinin devredilmezliği"* ilkelerini zedelediği, ayrıca ifade özgürlüğünün hukuka aykırı olarak sınırlandırılması sonucunu doğurduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7., 11., 26., 38. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

5275 sayılı Kanun'un 42. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, bir disiplin cezası olarak "*haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası*" tanımlanmış, (2) numaralı fıkrasının itiraz konusu (e) bendinde ise "*gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak*" anılan müeyyide ile cezalandırılacak eylemler arasında sayılmıştır. Buna göre, gereksiz olarak marş söyleyen veya slogan atan hükümlü bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılabilecektir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri *"belirlilik"*tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya

sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Anayasa'nın 7. maddesinde, "*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.*" denilmektedir. Buna göre, Anayasa'da kanun ile düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. 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 düzenlemesine bırakmaması gerekir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "*Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz*" denilerek *"suçun yasallığı"*; üçüncü fıkrasında da "*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek *"cezanın yasallığı"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan *"suçta ve cezada kanunilik"* ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin suç ve cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.

İnfaz hukukuna ilişkin disiplin suç ve cezaları, 5275 sayılı Kanun'un sekizinci bölümünde düzenlenmiş, bu çerçevede uygulanacak disiplin suç ve cezalarının amacı, mahiyeti, kapsamı, sınırları ve uygulanma koşulları Kanun'un 37. maddesinde açıklığa kavuşturulmuştur.

Kanun'daki disiplin suç ve cezaları yönünden genel hüküm niteliğindeki bu madde uyarınca, bu Kanun kapsamındaki bir disiplin suçunun oluşabilmesi ve cezasının uygulanabilmesi için sadece her bir disiplin suçu yönünden belirlenen özel hükümdeki şartların gerçekleşmesi yeterli olmayıp 37. maddedeki şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede Kanun'da yer alan herhangi bir disiplin suçunun oluşabilmesi için özel hükümde belirtilen eylemlerin 37. madde gereği, ceza infaz kurumunda "*düzenli bir yaşamın sürdürülmesi*"ni veya "*güvenliğin*" ya da "*disiplinin*" sağlanmasını kusurlu olarak engelleyecek şekilde işlenmesi gerekmektedir. İtiraz konusu kuralın yer aldığı 42. maddedeki "*Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama*" cezasının uygulanabilmesi için de bu koşullar geçerlidir.

Buna göre, kurala konu disiplin suçunun oluşabilmesi için sadece slogan atılması veya marş söylenmesi yeterli olmayıp bu eylemlerin cezaevindeki güvenliği veya disiplini bozacak ya da cezaevindeki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda, itiraz konusu kuralda yer alan *"gereksiz"* ibaresinin, Kanun'un 37. maddesindeki hükümle birlikte değerlendirildiğinde, cezaevindeki güvenliği veya disiplini bozacak ya da cezaevindeki düzenli yaşamın sürdürülmesini önleyecek şekilde marş söylenmesi yahut slogan atılmasını karşıladığı ve ancak bu nitelikteki eylemlerin söz konusu disiplin suçunu oluşturacağı anlaşılmaktadır. Bu niteliği taşımayan marş söyleme ve slogan atma eylemlerinin cezalandırılması ise Kanun gereği mümkün değildir.

Açıklanan nedenlerle, Kanun'da cezai yaptırımın bağlandığı eylemin açık, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olarak belirlendiği, bu yönüyle kuralda suçun unsurlarını belirleme yetkisinin idareye bırakılmadığı, idarenin bu konudaki yetkisinin sadece somut fiilin kanundaki suç tanımına uyup uymadığını belirlemekten ibaret olduğu, dolayısıyla kuralda *"belirlilik"* ve *"suçun yasallığı"* ile *"yasama yetkisinin devredilmezliği"* ilkelerine aykırı bir yön bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir…*" denilmek suretiyle temel

hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu özgürlüğün sınırlandırılması sebeplerine yer verilerek bu hakkın mutlak olmadığı ve maddede belirtilen nedenlerle sınırlandırılabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, bu özgürlüğün millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve maddede belirtilen diğer nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Ancak, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ifade özgürlüğü, Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

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

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

İtiraz konusu kuralla, ceza infaz kurumunda düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin veya disiplinin sağlanması, dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması amacıyla hükümlülerin ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirildiğinden, sınırlamanın kanunla ve Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen özel sınırlandırma nedenine bağlı kalınarak yapıldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Kuralla, cezanın infaz hukukunun amacına uygun olarak infaz edilebilmesi, hükümlülerin haklarını kullanabilmesi ve yükümlülüklerini yerine getirebilmesi amacıyla ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirilmekte olup bu sınırlama, ceza infaz kurumlarında düzenin temin edilmesi,

dolayısıyla kamu düzeninin sağlanması amacıyla demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında kalmaktadır.

Bu şekilde, demokratik toplum düzeni bakımından alınması gerekli tedbirler kapsamında hükümlülerin ifade özgürlüğü sınırlandırılırken, Kanun'da sınırlandırma aracının sınırlandırma amacına uygun ve orantılı şekilde kullanılmasını sağlayacak yasal güvencelere yer verilmiş, böylece cezaevi düzeninin sağlanması şeklindeki kamu yararı ile kişilerin ifade özgürlüğü arasında makul denge de kurulmuştur.

Bu bağlamda, cezaevi düzenini bozacak şekilde marş söyleme ve slogan atma eylemleri için öngörülen iletişim araçlarından yoksun bırakma cezasının alt sınırı, Kanun'un 42. maddesinin (1) numaralı fıkrasıyla bir ay olarak belirlenmiş ve bu cezanın Kanun'un 37. maddesi gereği eylemin niteliği ve ağırlık derecesine göre en fazla üç aya kadar uygulanabilmesine izin verilmiştir. Fıkrada ayrıca cezai müeyyide belirlenirken eylemin niteliği ve ağırlık derecesi dikkate alınarak iletişim araçlarından yoksun bırakmanın kısmen uygulanmasına da imkân tanınmış, böylece her durumda hükümlünün iletişim araçlarından tümüyle yasaklanmasının önüne geçilmiştir.

Öte yandan Kanun'da, hükümlüye gelen mektup, faks ve telgrafların, disiplin cezasının infazından sonra kendisine verileceği ve aynı türden olsa bile sonraki disiplin cezasının infazına bu işlem yapılmadan başlanamayacağı ve söz konusu cezanın anne, baba, eş, çocuk ve kardeşlerin ölüm veya ağır hastalıkları ile doğal afet hâllerinde yapılması gereken haberleşmeler ve avukat ile ilişkilerdeki iletişimi kapsamayacağı da açıkça belirtilmiştir.

Kanun'da kurala konu disiplin suçu ve cezasının uygulanmasına karşı yargı yolu da açık tutulmuş, böylece idarenin sınırlandırma aracını sınırlandırma amacına ve Kanun'a aykırı şekilde kullanmasının önüne geçecek güvence de sağlanmıştır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 7., 13., 26. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamışlardır.

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

VI- SONUÇ

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 26.12.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

5275 sayılı Kanun'un *"Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama"* başlıklı 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının itiraz konusu (e) bendinde ***"Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak."*** denilmektedir.

İtiraz konusu kural, ceza infaz kurumlarında gereksiz marş söylenmesini ve slogan atılmasını yaptırıma bağlamıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, her alanda adaletli bir hukuk düzenini egemen

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

Anayasa'nın 38. maddesinde, suç ve cezaların ancak kanunla belirlenebileceği öngörülmüştür. Kanun dışında suç veya ceza ihdas edilmesi veya buna izin verilmesi suç ve cezaların kanuniliği ilkesine aykırılık oluşturur.

Anayasa'da, idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından Anayasa'da öngörülen ilkelerin disiplin suç ve cezaları yönünden de geçerli olduğu, Anayasa Mahkemesinin birçok kararında ifade edilmiştir.

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hangi eylemlerin yasak olduğu ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların tür ve süresinin ne olduğu kuşkuya yer vermeyecek biçimde kanunda gösterilmesini, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olmasını zorunlu kılar.

Kuralda yer alan, gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak fiilinin yaptırımı, haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılması olarak gösterilmiştir.

Suç ve ceza kavramı bir bütün olduğundan, suçla ilgili Anayasal denetim yapılırken suç için öngörülen cezanın (yaptırımın) da gözetilmek suretiyle denetimin yapılması gerekir.

Suç ve cezanın belirlenmesi yasa koyucunun takdir yetkisi içinde olmakla beraber bu yetkinin Anayasa ve ceza hukukunun genel ilkelerine uygun olarak kullanılması Anayasal zorunluluktur.

İtiraz konusu kuralda öngörülen "gereksiz" ibaresinin neyi ifade ettiği açık ve anlaşılır olmadığı gibi itiraz konusu kuralda tanımlanan suçun da dâhil olduğu beş ayrı suç için öngörülen cezada birde çok yaptırıma yer verilerek bu yaptırımlar için değişik süreler belirlenmiş, ancak, bu yaptırımlardan hangilerinin hangi suç için ne kadar sürede tamamen veya kısmen uygulanacağı konusuna açıklık getirilmeyerek suç ve ceza belirsiz bırakılmıştır. Söz konusu belirsizlik, suç ve ceza arasında

bulunması gereken adil dengenin var olup olmadığının denetlenmesine olanak vermediğiz gibi suç ve cezayı da belirsiz hale getirmektedir.

Bu durum, Anayasa'da tanımlanan hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu gibi suç ve cezada kanunilik ilkesine de aykırıdır.

Kuralın iptali gerekir.

Açıklanan nedenlerle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz Mahkemesince iptali istenen kural, 5275 sayılı Ceza ve güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un "Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama" başlıklı 42. maddenin (2) numaralı fıkrasının "Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak" şeklindeki (e) bendi olmakla beraber; bu kuralın aynı yasa maddesinin (1) numaralı fıkrasından bağımsız olarak ele alınabilmesinin mümkün olmadığını değerlendiriyoruz. Gerçekten, anılan (1) numaralı fıkrada "Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama cezası, hükümlünün bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, **televizyon izlemekten, radyo dinlemekten,** telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından **tamamen veya kısmen yoksun bırakılmasıdır."** denilmektedir. İptali istenen kuralın bu kuraldan bağımsız olarak değerlendirilmesi, sadece disipline aykırı görülen fiilin anayasal denetiminin yapılması, ancak bu fiile verilecek disiplin yaptırımının anayasal denetim dışında bırakılması anlamına gelecektir. Dolayısıyla bu açıdan bir değerlendirme ve yorumun gerekliliği açıktır.

42. maddenin (1) numaralı fıkrasında sayılan fiillerden **"televizyon izlemekten"** ve **"radyo dinlemekten"** bir aydan üç aya kadar tamamen veya kısmen yoksun bırakılma hallerinin Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen "hukuk devleti"; 13. maddesindeki "ölçülülük" ve 17. maddesinde öngörülen "insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye

tâbi tutulamama" ilkeleriyle uyarlı olmadığı kuşkusuzdur. (1) numaralı fıkrada belirtilen diğer hal ve durumların, Anayasa'nın 22. maddesinin "istisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir." şeklindeki son fıkrası karşısında Anayasa'ya aykırılığından söz edilemezse de; çağdaş ölçütlere göre yemek yeme gibi, su içme gibi Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasında olan "yaşama hakkı"nın bir parçası sayılması gereken **"televizyon izleme ve radyo dinleme"** hakkının, hükümlü yönünden 1-3 ay süreyle men edilmesini öngören kuralın Anayasa'nın yukarıda işaret edilen hükümlerine açıkça aykırı düştüğü, dolayısıyla iptali istenen "Gereksiz olarak marş söylemek veya slogan atmak" şeklindeki kuralın da **"televizyon izlemekten"** ve **"radyo dinlemekten"** yaptırımları yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varmak gerekli bulunmaktadır.

Açıklanan nedenlerle; kuralın izah edilen şekilde iptaline karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaştığımızdan, sayın çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Üye	Üye	Üye
Serdar ÖZGÜLDÜR	Zehra Ayla PERKTAŞ	Engin YILDIRIM

KARŞIOY YAZISI

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un itiraz yoluyla iptali istenen 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendi *"gereksiz olarak marş söylemek ve slogan atmak"* eyleminin, aynı maddenin (1) numaralı fıkrası gereğince *"bir aydan üç aya kadar mektup, faks ve telgraf almak ve yollamaktan, televizyon izlemekten, radyo dinlemekten, telefon etmekten ve diğer iletişim araçlarından yararlanmaktan tamamen veya kısmen yoksun bırakılma"* yaptırımı ile cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu hükmüm uygulanmayacağı haller, maddenin (4) numaralı fıkrasında *"anne, baba, eş, çocuk ve kardeşlerin ölüm veya ağır hastalıkları ile doğal afet hallerinde yapılması gereken haberleşmeler ve avukat ile ilişkiler"* şeklinde belirtilmiştir. Buna göre, iptali istenen kuralın uygulandığı durumlarda, hükümlü eş ve çocukları ile (4) numaralı fıkrada sayılan haller dışında iletişim kuramayacak, eş ve çocuklarından gelen iletişim de kendisine ulaştırılmayacaktır.

Anayasa'nın 17. maddesinde kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı hükme bağlanmış, 22. maddesinde herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu öngörülmüş, 38. maddesinde ceza sorumluluğunun şahsi olduğu belirtilmiş, 41. maddesinde ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, her çocuğun yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip bulunduğu güvence altına alınmıştır.

Ceza mahkumiyetinin, hükümlünün eş ve çocukları üzerinde de fiilen ağır ekonomik, sosyal veya psikolojik sonuçları olması mümkündür. Ancak **ceza mahkumiyetinin şahsiliği ilkesi gereği, hükümlünün cezaevinde bulunmasının eş ve çocuklarının temel hakları üzerinde kısıtlayıcı bir hukuksal etkisi olmaması gerekir.** İtiraz konusu kuralla, sadece hükümlünün değil, eş ve çocuklarının iletişim ve ana-baba ile doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakları sınırlanmaktadır. Daha açık bir anlatımla **kural, hükümlünün eş ve çocuklarını da cezalandırmaktadır.** Özellikle küçük veya ergen yaştaki çocukların cezaevinde de olsa ana-babalarıyla doğrudan iletişim kurmaya, karşılaştıkları sorunları veya sevinçlerini paylaşmaya, fikir veya öğüt almaya ihtiyaçları olacağı gözetildiğinde bu amaçla mektup yazmaya veya telefonla görüşmeye kısıtlama getirilmesinin hükümlünün ifade özgürlüğüne getirilmiş ölçülü ve zorunlu bir kısıtlama olmayıp, hükümlü eş ve çocuklarının özgürlüklerine getirilmiş **amaca elverişsiz, ölçüsüz ve insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir sınırlandırma olduğu görülmektedir.** Maddenin (4) numaralı fıkrasındaki istisna da bu sakıncaları gidermekten uzaktır.

Kuralın hükümlünün eş ve çocuklarıyla iletişimi yönünden Anayasa'nın 17., 22., 38. ve 41. maddelerine aykırı olması nedeniyle iptali gerekir.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2013/68
Karar Sayısı : 2013/165
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :

1- Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2013/68)
2- Batman 2. Asliye Hukuk Mahkemesi (E.2013/117)

İTİRAZLARIN KONUSU : 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 37., 125., 140. ve 155. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacılar tarafından, Karayolları Genel Müdürlüğü aleyhine açılan tazminat talepli tam yargı davalarında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZ BAŞVURULARININ GEREKÇELERİ

A- E.2013/68 Sayılı Başvurunun Gerekçe Bölümü Şöyledir :

"A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı;

Davada uygulanması gereken 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değiştirilen 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesi:

"Görevli ve Yetkili Mahkeme

Madde 110- (Değişik: 11/1/2011-6099/14 md.) İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez

Düzenlemesi Anayasa'nın 2., 37., 125., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğuna kanaat getirilmiştir.

B- Dayanılan Anayasa Kuralları;

Başvurumuzda, Anayasa'nın 2., 125, 140, 142 ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

Anayasaya aykırılığı iddia edilen düzenlemede 2918 sayılı kanundan doğacak olan sorumluluğa ilişkin hukuki uyuşmazlıklarla ilgili davaların tamamının kapsamına alması bakımından işleteni veya sahibi devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olan davaları da kapsamına alacak şekilde Adli Yargı mahkemeleri görevli mahkeme olarak belirlenmiştir. Bunun yanında cümlenin devamında ise bu kanundan doğan sorumluluk davalarının da tamamında yine adli yargı mahkemeleri görevlendirilmiştir. Ayrıca zarar görenin kamu görevlisi olmasının bu hükmün uygulanmasını önlemeyeceği belirtilmiştir.

2918 sayılı kanunun 2.12 maddesinde bu kanunun öncelikle karayollarında uygulanacağı belirtilmiş,

Karayolunun tarifi ise 3/3 maddesinde "Karayolu : Trafik için, kamunun yararlanmasına açık olan arazi şeridi, köprüler ve alanlar olduğu şeklinde düzenlenmiş,

Aynı kanun 7. maddesinde ise Karayolları Genel müdürlüğünün görev ve yetkileri düzenlenerek 7/1-a mad " Yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldırmak," olarak kamusal hizmet niteliği ağır basan görevlendirme yapılmıştır. 85 vd maddelerinde ise hukuki sorumluluk ve sigorta düzenlenmiştir. 110. maddeside bu kısımda düzenlenip bu kısımdaki hukuki sorumluluk hükümlerinden dolayı açılacak davalardaki görevli ve yetkili mahkemeleri belirlemesi gerekirken kanunda "bu kanundan doğan sorumluluk davaları..." Denilerek Adli yargı mahkemeleri hem 2918 sayılı

kanunun 85 vd. maddelerinde hukuki sorumluluk kurumlarının düzenlendiği bölümde ve hemde kanunun tamamından doğacak sorumluluk ile ilgili bütün uyuşmazlıkları kapsayacak şekilde adli yargı mahkemeleri görevlendirilerek aynı kanunun 7/1-a maddesine göre kamu kurumu olan ve görevi kamusal hizmetlerin idari işlem ve eylemlerle yerine getirmek olan Kara yollan Genel Müdürlüğünün görevinde kalan Yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarında can ve mal güvenliği yönünden gerekli düzenleme ve işaretlemeleri yaparak önlemleri almak ve aldırmak görevlerinin yerine getirilmemesi veya kusurlu olarak yerine getirilmesinden doğacak sorumluluk halleride dolayısıyla Uyuşmazlık Mahkemesinin 04/02/2013 Tarih 2012/57' E.,2013/179 K. Sayılı kararı gereğince Anayasanın 2, 125, 142, 145 ve 155. maddesine göre İdari Yargı mahkemelerinin Görevinde olması gerekirken bu anayasa hükümlerine aykırı olarak 110/lf 1 ve 2 cüm. Mad kapsamında olduğu kabul edilerek adli yargı mahkemelerinin görevi kapsamında görülmüş mahkememizin aksı yöndeki yargı yoluna ilişkin görevsizlik kararı bu Anayasaya aykırılığı ileri sürülen ve itiraza konu edilen 110. maddedeki düzenleme dayanak gösterilerek kaldırılmıştır.

Anayasanın 2 nci maddesindeki düzenlemeye göre "hukuk devleti" olmak, Cumhuriyet'in nitelikleri arasında sayılmış; 11 inci maddesinde, Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarım ve öbür kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğu vurgulanmıştır.

Bu kuralların doğal gereği olarak da 125 inci maddesinde, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, 140 ıncı maddenin birinci fıkrasında da "hakimler ve savcıların adli ve idari yargı hakim ve savcıları olarak görev yapacakları" belirtilmiştir.

Anayasanın 155 inci maddesinin birinci fıkrasında, "Danıştay, idarî mahkemelerce yerilen ve kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" kurallarına yer verilmiştir. Anayasa'nın 125 nci, 140 ıncı ve 155 inci maddeleri birlikte incelendiğinde idari eylemlerin işlemlerin ve kamusal hizmetlerin yargısal denetiminin idarî yargının görev alanına girdiği sonucuna varılır.

Anayasanın "Kanunî Hakim Güvencesi" başlığını taşıyan 37 ncı maddesinde ise Hiç kimse kanunen tab olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz" denilmektedir. Anayasa'nın kurallarına uygun yapılmayan yasal düzenlemelerin Anayasaya aykırılık oluşturacağı açıktır.

Anayasamız Türkiye Cumhuriyeti'nin demokratik bir hukuk devleti olduğunu vurgularken, Devlet içinde tüm kamusal yaşam ve yönetimin yargı denetimine bağlı olmasını amaçlamıştır. Çünkü yargı denetim demokrasinin 'olmazsa olmaz' koşuludur. Anayasanın 'idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır' kuralıyla benimsediği husus da etki bir yargısal denetimdir. Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan bu kural, yönetimin kamu hukuku ya da özel hukuk alanına giren tüm eylem ve işlemlerini kapsamaktadır. Kural olarak bunlardan kamu hukuku alanındaki eylem ve işlemler için idarî yargının, özel hukuk alanındakiler için de adlî yargının görevli olduğu şüphe götürmez.

Anayasa kurallarının açıkça belirleyip yetkilendirme yaptığı hallerde yasama organı, idare hukuku alanına giren bir idarî eylem ya da işleme karşı adlî yargı yolunu seçme hakkına sahip değildir. Tersine bir düzenleme. Anayasanın 'Kanunî hâkim güvencesi' başlığı altındaki 37 nci maddesinin birinci fıkrasında 'Hiç kimse kanunen tâbi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz' biçimindeki buyurucu kurala aykırılık oluşturur. Bunun içindir ki, Anayasanın 155 inci maddesinin ikinci fıkrasında, idarî uyuşmazlıkları çözümleme Danıştay'ın görevleri arasına alınmıştır."

Anayasa'nın 2 nci maddesinde anlamını bulan hukuk devleti ilkesinin vazgeçilmez ölçülerinden biri, idarenin yargısal denetimidir. İdarenin yargısal özellikleri, idarî uğraşın sınırları çizilemeyen görev alanı ve farklılıklar içeren denetimi ve uzmanlaşma ihtiyacı, tarihsel gelişim içinde özel yargı yerlerini gerektirmiştir. İdarenin konumu, yargısal denetimini yapacak hakim ve yargı yerlerinin adlî yargı alanı dışında oluşturulması gerçeğini doğurmuştur.

Anayasada "idari ve adli yargı ayrımı" esas alınmıştır. Bu ayrımın ilkeleri Anayasada gösterilmiş, idari ve adli yargıda görev konusu yasa koyucuya bırakılmamıştır. İdari yargının görev alanına giren uyuşmazlıkların çözümünü adli yargı yerlerine bırakan yasal düzenlemeler Anayasanın belirlediği ayrıma aykırılık oluşturur.

Niteliği gereği idari olan eylem ve işlemler ile yerine getirilen kamu hizmetlerinin ifasından dolayı idarenin sorumlu olduğu durumlarda ortaya çıkan maddi ve manevi zarar tazminine ilişkin davaların, Anayasa gereği, idari yargı yerlerinde görülmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesinin de emsal kararlarında belirttiği gibi Anayasada idarî ve adlî yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu

gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasa koyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Dava konusu olan 2918 sayılı kanun 110. maddesindeki kural, idari yargının görev alana giren aynı kanunun 7/1-a maddesine göre idari işlemlerle ve eylemlerle yerine getirilen kamu hizmetlerinden dolayı veya eksik ve ayıplı hizmet ifasından doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü adli yargı yerlerine bırakmakla Anayasanın belirlediği idari ve adli yargı ayrımına aykırılık oluşturmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının "işleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez." biçimindeki birinci ve ikinci cümlelerinin, Anayasanın 2, 37., 125. 140. ve 155. maddelerine aykırı olup, iptali gerekmektedir."

B- E.2013/117 Sayılı Başvurunun Gerekçe Bölümü Şöyledir :

"1- Uygulanacak Yasa Kuralı Sorunu (Bakılmakta Olan Davada, Mahkememizin Görevli ve Yetkili Olup Olmadığı Yönünden)

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, o dava sebebiyle uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesine göre, bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yönteminceaçılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin iptali ve yürürlüğünün durdurulması istemiyle yapılan itiraz başvurusu hakkında, Anayasa Mahkemesi'nin 08/12/2011 tarih ve E:2011/124, K:2011/160 sayılı kararında, "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun'dan doğan sorumluluk davalarının adlî yargıda görüleceği öngörülmektedir. İtiraz başvurusunda bulunan mahkeme ise idare mahkemesi olup davaya bakmakta görevli ve yetkili mahkeme değildir." gerekçesiyle; aynı gün ve E:2012/118, K:2012/170 sayılı kararlarında ise, "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun'dan doğan sorumluluk davalarının adlî yargıda görüleceği öngörülmektedir. İtiraz yoluna başvuran Mahkemedeki bakılmakta olan dava ise itiraz konusu kural nedeniyle adlî yargıda görülebilecek bir davadır. Dolayısıyla bakılmakta olan dava, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin görev alanına girmemektedir. Buna göre, itiraz yoluna başvuran Mahkemede, yöntemine göre açılmış bir dava bulunmadığı gibi kuralın uygulanması sonucu görevsizlik kararı verilecek olması da bu durumu değiştirmemektedir." gerekçesiyle başvurunun, Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddine kararı verilmiştir.

Bakılmakta olan davada ise, davacı şirkete sigortalı aracın tek taraflı olarak seyir halinde iken yolun sol şeridindeki refüj taşlarına çarparak hasarlandığını, mahkememizin görevli olduğundan bahisle davanın açıldığı, davanın derdest olduğu, görev açısından uygulanacak yasa kuralının 2918 sayılı Kanun olduğu anlaşılmıştır.

2- İtiraza Konu Yasa Kuralı

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 19/01/2011 tarih ve 27820 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesi ile değişik "Görevli ve Yetkili Mahkeme" başlıklı 110. maddesinin, "işleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır." şeklindeki 1. fıkrasının iptali ve yürütülmesinin durdurulması istenilmektedir.

3- Dayanılan Anayasa Kuralları

a) Anayasa'nın 125. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, "idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."

b) Anayasa'nın 155. maddesinin 1. fıkrasında yer alan, "Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar" hükümleri yer almaktadır.

4- İtiraza Konu Yasa Kuralının Kapsamı ve Sonuçları

A) Kapsamı

İtiraza konu olan 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesi ile değişik "Görevli ve Yetkili Mahkeme" başlıklı 110. maddesinin 1. fıkrasında; "işleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adlî yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır." hükmüne yer verilmiştir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; bu Kanunun amacının, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzenini sağlamak ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri belirlemek olduğuna yer verildikten sonra, 7. maddesinde, Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkilerine yer verilmiş, anılan maddede, "Yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayolları"na ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Hangi yolların yapım ve bakımından sorumlu olduğuna ilişkin hükümlere ise 6001 sayılı Karayolları Genel Müdürlüğünün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4. maddesinde belirtilmiş olup, otoyol, Devlet ve il yolları ağına giren karayolları güzergâhları ile bunların değişikliklerine ilişkin planları hazırlamak veya hazırlatmak, hazırlayacağı programlar uyarınca karayollarını yapmak, yaptırmak, emniyetle kullanılmalarını sağlayacak şekilde sürekli bakım altında bulundurmak, bakımını yaptırmak, onarmak, onarımını yaptırtmak, işletmek, işlettirmek Karayolları Genel Müdürlüğünün görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

B) Sonuçları

Yapım ve bakımdan sorumlu olduğu karayollarından ve hemzemin geçitte meydana gelen kazalar nedeniyle uğranılan maddî-manevî zararların tazmini istemiyle açılan davalarda, 2918 sayılı Kanun'un 6099 sayılı Kanunla değişik 110. maddesi uyarınca, adlî yargı yerleri görevli ve yetkili kılınmış, değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren açılan davalar adlî yargı yerlerinde görülmeye başlanılmıştır.

Konuyla ilgili Uyuşmazlık Mahkemesi kararları incelendiğinde;

- 06/02/2012 tarih ve E:2012/3, K:2012/29 sayılı kararı; yol kusurundan kaynaklanan ölüm nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, "Yukarıda açıklanan nedenler ve 2918 sayılı Yasanın 19.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi gözetildiğinde meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davanın adlî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." gerekçesiyle adlî yargının görevli olduğuna,

- 06/02/2012 tarih ve E:2011/256, K:2012/25 sayılı kararında; aracın seyir halinde iken yolda bulunan çukura düşmesi sonucu uğranıldığı öne sürülen zararın tazmini istemiyle açılan davada, yukarıda anılan kararda (E:2012/3) belirtilen gerekçe ile adlî yargının görevli olduğuna,

- 04/06/2012 tarih ve E:2012/101, K:2012/133 sayılı kararı; resmî aracın, seyir halinde iken yoldaki logar kapağına çarpması sonucu araçta oluştuğu öne sürülen maddi zararın tazmini istemiyle açılan davada, yukarıda anılan kararda (E:2012/3) belirtilen gerekçe ile adlî yargının görevli olduğuna,

- 06/02/2012 tarih ve E:2012/31, K:2012/33 sayılı kararı; hemzemin geçitte, davalı Belediye Başkanlığına ait motosikletle trene çarpması sonucu ölümü nedeniyle oluştuğu ileri sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, "Buna göre ve idare personelinin dikkatsizlik ve tedbirsizliği sonucu oluşan kişisel kusura değil de, zararın kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğduğu nedeniyle idarenin hizmet kusuruna dayanılmış olması karşısında, kamu hizmeti yürüten davalı idarelerin hizmeti yürüttüğü sırada kişilere verdiği zararın tazmini istemiyle açılan davada, olayda kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanmasını gerektirmektedir. Bu

hususların saptanması ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğinden, 2577 sayılı Yasa'nın 2/1-b maddesi kapsamında bulunan tam yargı davasının görüm ve çözümünde idarî yargı yerlerinin görevli olduğu açıktır.

Buna karşın, 2918 sayılı Yasanın 19.1.2011 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6099 sayılı Yasanın 14. maddesiyle değişik 110. maddesinde..." gerekçesiyle, adlî yargının görevi olduğuna,

- 24/12/2012 tarih ve E:2012/523, K:2012/422 sayılı kararı; davacıya ait aracın, davalı idarenin sorumluluğundaki yolda kaza yapması sonucu oluşan zararın tazmini istemiyle açılan davada, "...İdare Mahkemesi 2918 sayılı Yasanın 110. maddesinin 1. fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasaya aykırı olduğu kanısına varmış, idare Mahkemesinin bu iki cümlenin iptali istemiyle yaptığı başvuruyu inceleyen Anayasa Mahkemesi 8.12.2011 gün ve E:2011/124, K:2011/160 sayı ve 8.11.2012 gün ve E:2012/118, K:2012/170 sayılı aynı içerikli iki kararı ile; "2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin birinci fıkrasında, bu Kanun'dan doğan sorumluluk davalarının adlî yargıda görüleceği öngörülmektedir. İtiraz başvurusunda bulunan mahkeme ise idare mahkemesi olup davaya bakmakta görevli ve yetkili mahkeme değildir.

Başvurunun Mahkeme'nin yetkisizliği nedeniyle reddi gerekir." kararına varmıştır.

Bu durumda, 2918 sayılı Yasanın 19.1.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi ile Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir konuda İdare Mahkemesi'nin davaya bakmakla görevli bulunmadığı yolundaki kararları gözetildiğinde, bahsi geçen Kanun maddesinin karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanarak trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemleri kapsadığı ve Kanunun, trafikle ilgili kuralları, şartları, hak ve yükümlülükleri, bunların uygulanmasını ve denetlenmesini, ilgili kuruluşları ve bunların görev yetki ve sorumlulukları ile çalışma usullerini kapsadığı, dolayısıyla oluşan trafik kazası nedeniyle açılacak sorumluluk davalarının görüm ve çözümünde adlî yargının görevli olduğu; meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan bu davanın da adlî yargı yerinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna varılmıştır." gerekçesiyle, adlî yargının görevli olduğuna,

- 04/02/2013 tarih ve E:2013/104, K:2013/228 sayılı kararında; meydana gelen trafik kazası nedeniyle olay mahallinde emniyet ve asayiş görevini yürütmek

amacıyla bulunduğu sırada, başka bir aracın çarpması sonucu, kardeşinin şehit olması nedeniyle uğranıldığı öne sürülen maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, yukarıda anılan karardaki (E:2012/523) gerekçeyle, adlî yargının görevli olduğuna karar verilmiştir.

Dolayısıyla, idarî yargı yerlerinde açılan 2918 sayılı Kanundan kaynaklanan sorumluluk davaları hakkında, idarî yargı yerlerince idarenin hizmet kusuru yönünden herhangi bir değerlendirme yapılamayacaktır.

5- Anayasaya Aykırılık Nedenleri

a) İdari Yargının Görev Alanına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi

Anayasanın 145. maddesinde, askerî yargının açıkça düzenlenmesi ve görev alanının tanımlanmasına karşın, idarî yargı yolunun kabul edildiği 125 ve 155. maddelerinde, idarî yargının görev alanının tanımlanmaması, ayrıca idarî yargının görev alanını koruyan hükümlere de yer verilmemesi nedeniyle, yasakoyucu tarafından hukukî ihtilâflar hakkında idarî-adlî yargının görev alanına yönelik yapılan değişiklikler hakkında Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlar önem kazanmaktadır. Bu nedenle, Mahkemenin konuya ilişkin yaklaşımını gösterir kararların, bakılan davada göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

1) İdarî Yargının Görevli Olduğu Yönündeki Kararları

- 16/02/2012 tarih ve E:2011/35, K:2012/23 sayılı kararı; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin birinci cümlesi hakkında,

- 20/10/2011 tarih ve E:2010/55, K:2011/140 sayılı kararı; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 102. maddesinin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesi hakkında,

- 04/10/2006 tarih ve E:2006/75, K:2006/99 sayılı kararı; 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 140. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü tümcesi hakkında,

2) Adlî Yargının Görevli Olduğu Yönündeki Kararları

- 22/12/2011 tarih ve E:2010/65, K:2011/169 sayılı kararı; 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesinde yer alan "...bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür" bölümü hakkında,

- 01/03/2006 tarih ve E:2005/108, K:2006/35 sayılı kararı; 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (görevli yargı yeri belirleme kısmı) hakkında,

- 22/12/2006 tarih ve E:2001/226, K:2006/119 sayılı kararı; 1608 sayılı Umuru Belediyeye Müteallik Ahkâmı Cezaiye Hakkında 16 Nisan 1340 Tarih ve 486 Numaralı Kanunun Bazı Maddelerini Muaddil Kanun'un 5. maddesinin birinci fıkrasının ilk tümcesi hakkında,

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararları değerlendirildiğinde, Yüksek Mahkeme, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idarî yargı, özel hukuk alanına giren konularda adlî yargı görevli olacağını kabul etmektedir. Ayrıca, idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adlî yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun mutlak bir takdir hakkının bulunmadığı da vurgulanmaktadır. Ancak, idarî yargının denetimine bağlı olması gereken idarî bir uyuşmazlığın çözümünde, "haklı neden" ve "kamu yararı"nın bulunması halinde yasakoyucu tarafından adlî yargıya bırakılabileceğini kabul ettiği görülmektedir.

b) İdarî Yargının Görev Alanına İlişkin Genel Değerlendirme

Anayasanın 140, 142 ve 155. maddeleri birlikte değerlendirildiğinde, Anayasa ile adlî-idarî yargı ayrılığının açıkça benimsendiği görülmektedir. Bunun sonucu olarak da, idarî uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılındığından, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idarî yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adlî yargı denetimine tabi olacaktır.

Anayasa ile kabul edilen idarî-adlî yargı ayrılığı nedeniyle, idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde, ancak "kabul edilebilir haklı neden" bulunması halinde adlî yargının görevlendirilebileceği, bunun dışında yasa koyucunun takdir hakkının bulunduğunu kabule olanak bulunmamaktadır.

Doktrinde de, idare hukukunun uygulanmasından doğan bir dava veya uyuşmazlığın adlî yargı yerine bırakılmasında yasakoyucunun takdir ve seçme serbestisinin bulunmadığı, idarî davaların adlî yargının kapsamına sokulmasının Anayasayla çeliştiği gibi, kurduğu idarî yargı düzenin varlık sebebini ve işlevini reddetmesi anlamına geleceği (GÜRAN, Sait. Yargı Denetiminin Kapsamı, İHFM, Sulhi Dönmezer'e Armağan, C.LII, S. 1-4, s.39), idarî yargının görev alanına girdiği açık ve seçik olan bir işte adliye mahkemelerinin görevli kılınması hâlinde, Anayasanın idare hukuku ilkelerine aykırılık oluşturacağı (ERKUT, Celal. İptal Davasının Konusunu Oluşturması Bakımından İdari İşlemin Kimliği, Danıştay Yayınları, Ankara 1990, s. 155) kabul edilmektedir. Aksi yöndeki, Anayasada idare hukukundan kaynaklanan davaların Danıştayda veya idare mahkemelerinde çözümlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, hangi uyuşmazlıkların hangi esaslara göre çözümleneceği konusunda kanun koyucuyu sınırlayan herhangi bir kuralın bulunmadığı yönünde görüş (GÖZLER, Kemal; KAPLAN, Gürsel. İdari Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir Mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler) Terazi Aylık Hukuk Dergisi, S.63, s.40) bulunsa da, bu durumun isabetsizliğine yönelik eleştirilerin bulunduğu ifade edilmiştir.

6- Sonuç Olarak

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararlarında da ifade edildiği üzere, niteliği gereği idarî eylem ve işlemlere ilişkin davaların, Anayasa gereği, idarî yargı yerlerinde görülmesi esastır. Yasaların, belirsizlik ve kargaşa yaratması değil önlemesi esas olduğuna göre, yasa koyucunun da Anayasa'daki idarî ve adlî yargı ayrılığını esas alması, idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemlerinin, idarî yargı denetimine tabi olması Anayasa'ya uygunluğun gereğidir.

- İptali istenen kuralla, bu Kanun'dan doğan sorumluluktan kaynaklanan maddî ve manevî zararların tazmini konusu kapsama alınmakta ve bu tazminat davalarına bakma görevi adlî yargıya verilmektedir. İdare hukukunda var olan hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk kavramları, kişilerin gördüğü zararların tazmininde kullanılan ve kişilerin idare karşısında korunma kapsamını genişleten kavramlardır. İdare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkündür. Özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk halleri ise belirli konular için

düzenlenmiş olup sınırlıdır. İdarenin idare hukuku esaslarına dayanarak tesis ettiği tartışmasız bulunan eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerden kaynaklanan zararlara ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerektiği kuşkusuz olup, idarî eylem, işlem veya sorumluluk sebebinden kaynaklanan zararların tazminine ilişkin davaların farklı yargı yerlerinde görülmesinde kamu yararı ve haklı neden olduğu söylenemez.

Belirtilen nedenlerle; Anayasa'nın yukarıda yer verilen 125. ve 155. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2918 sayılı Kanun'un, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen ve itiraz konusu kuralı da içeren 110. maddesi şöyledir:

"Görevli ve Yetkili Mahkeme

Madde 110- (Değişik: 11/1/2011-6099/14 md.) İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de açılabilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın 2., 37., 125., 140. ve 155. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- E.2013/68 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 11.6.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2013/117 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 31.10.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğü durdurma isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesi ile değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurusuna ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2013/68 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, E.2013/117 sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2013/68 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 31.10.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Berrak YILMAZ tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan Anayasa kuralları ile bunların gerekçeleri ve diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, idari eylem ve işlemlere ilişkin davaların idarî yargı yerlerinde görülmesi gerekirken 2918 sayılı Kanun'dan doğan tüm sorumluluk davalarının itiraz konusu kural gereğince adli yargıda görüldüğü belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 37., 125., 140. ve 155. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, 2918 sayılı Kanun'dan doğan sorumluluk davalarının, işleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanları da dâhil olmak üzere adli yargıda görüleceği, zarar görenin kamu görevlisi olmasının bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemeyeceği ve hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümlerinin uygulanacağı öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasında, *"İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır."*; 155. maddesinin birinci fıkrasında ise *"Danıştay, idarî mahkemelerce verilen kanunun başka bir idarî yargı merciine bırakmadığı karar ve hükümlerin son inceleme merciidir. Kanunda gösterilen belli davalara da ilk ve son derece mahkemesi olarak bakar."* hükmü yer almaktadır.

Anayasa Mahkemesinin daha önceki kimi kararlarında da belirtildiği üzere, tarihsel gelişime paralel olarak Anayasa'da adli ve idari yargı ayrımına gidilmiş ve idari uyuşmazlıkların çözümünde idare ve vergi

mahkemeleriyle Danıştay yetkili kılınmıştır. Bu nedenle, genel olarak idare hukuku alanına giren konularda idari yargı, özel hukuk alanına giren konularda adli yargı görevli olacaktır. Bu durumda, idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda kanun koyucunun mutlak bir takdir yetkisinin bulunduğunu söylemek olanaklı değildir. Ancak, idari yargının denetimine bağlı olması gereken idari bir uyuşmazlığın çözümü, haklı neden ve kamu yararının bulunması hâlinde kanun koyucu tarafından adli yargıya bırakılabilir.

İtiraz konusu kural, trafik kazasında zarar görenin asker kişi ya da memur olmasına, aracın askeri hizmete ilişkin olmasına, kamu ya da özel araç olmasına veya olayın hemzemin geçitte meydana gelmesi durumlarına göre farklı yargı kollarında görülmekte olan 2918 sayılı Kanun'dan kaynaklanan tüm sorumluluk davalarının adli yargıda görüleceğini öngörmektedir. İtiraz konusu düzenlemenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi, askeri idari yargı, idari yargı veya adli yargı kolları arasında uygulamada var olan yargı yolu belirsizliği giderilerek, söz konusu davalarla ilgili olarak yeknesak bir usul belirlenmektedir. Aynı tür davaların aynı yargı yolunda çözümlenmesi sağlanarak davaların görülmesi ve çözümlenmesinin hızlandırıldığı, bu suretle kısa sürede sonuç alınmasının olanaklı kılındığı ve bunun söz konusu davaların adli yargıda görüleceği yolunda getirilen düzenlemenin kamu yararına yönelik olduğu anlaşılmaktadır.

Öte yandan, 2918 sayılı Kanun'da tanımlanan karayolu şeridi üzerindeki araç trafiğinden kaynaklanan sorumlulukların, özel hukuk alanına girdiği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. İdare tarafından kamu gücünden kaynaklanan bir yetkinin kullanılması söz konusu olmadığı gibi aynı karayolu üzerinde aynı seyir çizgisinde hareket eden, bu nedenle aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımı yapılmasını gerektiren bir neden de yoktur.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 125. ve 155. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 37. ve 140. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasına yönelik iptal istemi, 26.12.2013 günlü, E.2013/68, K.2013/165 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkraya ilişkin yürürlüğün durdurulması isteminin REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VIII- SONUÇ

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun, 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/70
Karar Sayısı : 2013/166
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Danıştay Onuncu Daire

İTİRAZIN KONUSU : 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 22. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Bir mülhak vakıf tarafından Vakıflar Yönetmeliği'nin 180. maddesinin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mülhak ... Vakfı vekili ..... tarafından; 27.9.2008 tarih ve 27010 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Vakıflar Yönetmeliği'nin 180. maddesinin iptali istemiyle Başbakanlık ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne karşı açılan davada; Dairemizin 16.10.2012 tarih ve E:2008/11300 sayılı kararıyla, dava konusu Yönetmeliğin dayanağı 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 22. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu görüşüne ulaşılarak Anayasa Mahkemesi'ne itiraz başvurusu yapılmıştır.

Yapılan bu itiraz başvurusunun, Anayasa Mahkemesi'nin 10.4.2013 tarih ve E:2013/37, K:2013/54 sayılı kararı ile "...yapılan incelemede, 5737 sayılı Kanun'un iptali istenilen 22. maddesinin dört fıkradan oluştuğu, itiraz yoluna başvuran Mahkemenin gerekçeli kararında maddenin birinci ve ikinci fıkralarının

hangi gerekçelerle Anayasa'ya aykırı olduğunun açıklanmadığı ve Mahkemenin başvuru kararına ilişkin tutanağın onaylı örneğinin dosyada bulunmadığı" gerekçesiyle geri çevrilmesi üzerine dava dosyası tekrar ele alınarak, davacı Vakfın Anayasaya aykırılık iddiası ve Yasa kuralının Anayasaya uygunluğu incelenip gereği görüşüldü.

I- UYGULANACAK KURAL :

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun "Vakıf Kültür Varlıklarının Korunması ve İmar Uygulamalarının Bildirilmesi" başlıklı 22. maddesinde; "Kamu kurum ve kuruluşları, koruma imar planlarını düzenlerken vakıf kültür varlıklarıyla ilgili hususlarda Genel Müdürlüğün görüşünü almak zorundadırlar.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmaz mallarla ilgili olarak belediyeler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan uygulama imar ve parselasyon planlarının, askıya çıkarılmadan önce ilgili idareler tarafından Genel Müdürlüğe bildirilmesi zorunludur.

Mazbut vakıf taşınmazlarında akar niteliğini koruyacak şekilde imar düzenlemesi yapılır.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait olup uygulama imar planlarında okul, hastane veya spor alanlarında kalan taşınmazlar; ilgili kurumlar tarafından, imar planının tasdik tarihinden itibaren iki yıl içerisinde kamulaştırılmadığı takdirde ilgili bakanlığın görüşü alınarak Genel Müdürlükçe özel okul, özel hastane veya özel spor tesisi olarak değerlendirilebilir." kuralına yer verilmiştir.

Vakıflar Yönetmeliğinin iptali istenilen dava konusu 180 inci maddesinde de, anılan Yasa kuralına paralel, aynı içerikte bir düzenleme yapılmıştır. Davacı Vakıf; vakıf kültür varlıklarının ve vakıf taşınmazlarının akar niteliklerinin korunması, değerlendirilmesi amacıyla yapılan yasal düzenlemenin sadece mazbut vakıf taşınmazlarıyla sınırlandırılıp, mülhak vakıfların ve taşınmazlarının kapsama alınmamasının Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Vakıflar Yönetmeliğinin 180 nci maddesinin tamamının iptalini istemektedir. Dolayısıyla bu davada 5737 sayılı Yasanın 22 nci maddesinin uygulanacak kural olduğu açıktır.

II- 5737 SAYILI YASA'NIN 22. MADDESİNİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU:

Mazbut vakıflar, fiilî ve hukukî sebeplerle devletin el koyduğu, idaresi bir makama ya da vakfedenlerin ferilerinden başkalarına bırakıldığı, fiilen hayrî bir hizmeti kalmadığı için Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vesayeti altına alınan özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişilerdir. Bu vakıfların temsil ve idareleri, vakıfların hukuki statüsü korunarak yaşatılması amacıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır. Kendine özgü bu vesayet ilişkisi, mazbut vakıfların hukukî statülerinde bir değişikliğe sebebiyet vermediği gibi, vakıf malvarlığının kamu malı hâline dönüşmesi sonucunu da doğurmamaktadır.

Mülhak vakıflar ise, Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye şartlarına göre, yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere, mütevellilere ait, amaca ve yasalara uygunluk denetimi ile iktisadi işletmelerinin faaliyet ve mevzuata uygunluk denetimi Vakıflar Genel Müdürlüğünce yapılan vakıflardır.

Mülhak ve mazbut vakıflar arasında sadece yönetim şekli açısından bir farklılığa gidilmiş; mazbut vakıfların Genel Müdürlükçe yönetilmesi ve temsil edilmesi esas alınırken, mülhak vakıfların, vakfeden kişinin soyundan gelenler, mütevelliler eliyle yönetim ve temsili öngörülmüştür. Bir başka ifade ile, her ikisi de mal topluluğu olan mazbut ve mülhak vakıflar arasında, yönetim usulleri dışında herhangi bir ayrım ve öncelik sıralaması bulunmamaktadır.

5737 sayılı Yasa'nın 22. maddesinin 1. fıkrasında; "Kamu kurum ve kuruluşları, koruma imar planlarını düzenlerken vakıf kültür varlıklarıyla ilgili hususlarda Genel Müdürlüğün görüşünü almak zorundadırlar." hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde imar planları yapılırken vakıf kültür varlıkları ile ilgili konularda Genel Müdürlük görüşü alınması öngörülerek, mazbut vakıflar lehine bir düzenlemeye gidilmiştir. Böylece, mülhak vakıflara ait kültür varlıklarının korunması yönünde, mütevellilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına görüşlerini bildirmelerine, girişimde bulunmalarına olanak tanınmamıştır. Vakıf kültür varlıklarıyla ilgili hususlarda genel olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün görüşlerinin alınmasını yeterli saymaya olanak bulunmamaktadır. Zira mülhak vakıflara ait Vakıf kültür varlıklarının korunması, bu varlıkların özelliklerini, kullanılış biçimlerini yakından bilen mülhak vakıf yöneticilerinin sorumluluğundadır. Koruma imar planları düzenlenirken, Vakıflar Genel Müdürlüğü yanında mülhak vakıflar mütevellilerinin görüşlerinin de alınacağı yönünde bir hükme yer verilmeyerek Anayasanın 10. maddesinde yer alan "eşitlik ilkesi" ve "yasaların genelliği" ilkesi ihlal edilmiştir.

Aynı maddenin 2. fıkrasında; "Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmaz mallarla ilgili olarak belediyeler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan uygulama imar ve parselasyon planlarının, askıya çıkarılmadan önce ilgili idareler tarafından Genel Müdürlüğe bildirilmesi zorunludur." hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu fıkrasında da, mülhak vakıflar kapsam dışında bırakılmış; mülhak vakıflara ait taşınmazlarla ilgili imar ve parselasyon planlarının, askıdan önce ilgili idarelerce mülhak vakıflara bildirilmesi öngörülmeyerek, mülhak vakıfların vakfiyeleri doğrultusunda faaliyetlerini sürdürme ve yaşatılmaları amacına aykırı biçimde eksik düzenleme yapılmıştır. Anılan fıkra hükmü, mazbut ve mülhak vakıf ayrımı yapılması suretiyle eşitlik ve yasaların genelliği ilkesini ihlal etmektedir.

Maddenin 3. ve 4. fıkralarında; "Mazbut vakıf taşınmazlarında akar niteliğini koruyacak şekilde imar düzenlemesi yapılır.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait olup uygulama imar planlarında okul, hastane veya spor alanlarında kalan taşınmazlar; ilgili kurumlar tarafından, imar planının tasdik tarihinden itibaren iki yıl içerisinde kamulaştırılmadığı takdirde ilgili Bakanlığın görüşü alınarak Genel Müdürlükçe özel okul, özel hastane veya özel spor tesisi olarak değerlendirilebilir." kuralına yer verilmiştir. Maddenin diğer fıkralarında olduğu gibi bu iki fıkrada da mülhak vakıflar kapsam dışında bırakılmış; imar düzenlemelerinde vakıf taşınmazlarının akar niteliğinin korunması ve değerlendirilmesiyle ilgili olarak sadece mazbut vakıflara olanak sağlanmıştır. Anılan iki fıkrayla aynı tür ve aynı statüdeki mazbut ve mülhak vakıflar arasında ilk iki fıkrada olduğu gibi eşitlik ve yasaların genelliği ilkeleri ihlal edilmiş; aynı zamanda mülhak vakıfların mülkiyet hakkı da zedelenmiştir.

III- SONUÇ ve İSTEM:

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığı altında; 5737 sayılı Yasa'nın 22. maddesi ile, sadece yönetim usulleri açısından farklılık arz eden mazbut ve mülhak vakıflar arasında ayrıma gidildiği; Yasa hükmünde, mülhak vakıf yöneticilerinin, imar planları düzenlenirken kamu kurum ve kuruluşlarına görüşlerini bildirmelerine olanak tanınmadığı, imar ve parselasyon planlarının askıya çıkarılmasından önce mülhak vakıf yöneticilerine bildirilmesinin öngörülmediği, mülhak vakıflara ait taşınmazların korunması ve değerlendirilmesine yönelik düzenleme yapılmadığı, sadece mazbut vakıflar için düzenleme yapıldığı görülmektedir. Bu haliyle anılan Yasa hükmünün; eşitlik ilkesini, yasaların genelliği ilkesini ihlal etmesi ve mülkiyet hakkını zedelemesi nedeniyle hukuk devleti ilkesine aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiğini düzenleyen 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin 1. fıkrası gereğince, yukarıda açıklanan gerekçelerle; 5737 sayılı Kanunun 22. maddesinin, Anayasanın 2, 10. ve 35. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına; dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 3/6/2013 gününde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun itiraz konusu 22. maddesi şöyledir:

"Kamu kurum ve kuruluşları, koruma imar planlarını düzenlerken vakıf kültür varlıklarıyla ilgili hususlarda Genel Müdürlüğün görüşünü almak zorundadırlar.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmaz mallarla ilgili olarak belediyeler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan uygulama imar ve parselasyon planlarının, askıya çıkarılmadan önce ilgili idareler tarafından Genel Müdürlüğe bildirilmesi zorunludur.

Mazbut vakıf taşınmazlarında akar niteliğini koruyacak şekilde imar düzenlemesi yapılır.

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait olup uygulama imar planlarında okul, hastane veya spor alanlarında kalan taşınmazlar; ilgili kurumlar tarafından, imar planının tasdik tarihinden itibaren iki yıl içerisinde kamulaştırılmadığı takdirde ilgili bakanlığın görüşü alınarak Genel Müdürlükçe özel okul, özel hastane veya özel spor tesisi olarak değerlendirilebilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10. ve 35. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 18.6.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Genel Açıklama

Kökü İslâm hukukuna dayanan ve bir sosyal yardım kurumu olan vakıflar, bir mülkün menfaatlerinin sosyal ve kültürel hizmetlere tahsis edilmek üzere özel mülkiyetten çıkarılarak temlik ve temellükten yasaklanmak suretiyle kamu yararına özgülenmesini ifade etmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 101. maddesinde "*vakıflar*", gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal toplulukları olarak tanımlanmış ve bir malvarlığının bütünü veya gerçekleşmiş ya da gerçekleşeceği anlaşılan her türlü geliri veya ekonomik değeri olan hakların vakfedilebileceği belirtilmiştir.

Günümüzde vakıf kurulabilmesi, Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre mümkün olmakla birlikte, Türk Medenî Kanunu'nun yürürlük

tarihinden önce kurulmuş olan vakıflara da, tarihten gelen özellikleri, kuruluş irade ve amaçları ile vakıf senetlerindeki koşullar gereği korunmaları ve sürekliliklerinin sağlanması hususları gözetilerek, Vakıflar Kanunu kapsamında yer verilmiş ve mazbut vakıflar, mülhak vakıflar, cemaat vakıfları, esnaf vakıfları ve yeni vakıfların yönetimi, faaliyetleri ve denetimi, yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının tescili, muhafazası, onarımı ve yaşatılması, vakıf varlıklarının ekonomik şekilde işletilmesi ve değerlendirilmesinin sağlanmasına ilişkin usûl ve esaslar, Vakıflar Kanunu'nda düzenlenmiştir.

B- Anayasaya Aykırılık Sorunu

Başvuru kararında, birer mal topluluğu olan mazbut ve mülhak vakıflar arasında yönetim usulleri dışında herhangi bir farklılık ve öncelik sıralaması bulunmamasına rağmen itiraz konusu kuralda yer alan düzenlemelerin mülhak vakıfları kapsamadığı, imar planları yapılırken vakıf kültür varlıkları ile ilgili konularda Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşünün alınmasının öngörülmesine karşın mülhak vakıflara ait kültür varlıklarının korunması yönünden mütevellilerin ilgili kamu kurum ve kuruluşlarına görüşlerini bildirmelerine olanak tanınmadığı, mülhak vakıflara ait vakıf kültür varlıklarının korunmasının bu varlıkların özelliklerini ve kullanılış biçimlerini yakından bilen mülhak vakıf yöneticilerinin sorumluluğunda olduğu, koruma imar planları hazırlanırken Vakıflar Genel Müdürlüğünün yanı sıra mülhak vakıf mütevellilerinin görüşlerinin de alınması gerektiği, mülhak vakıflara ait taşınmazlarla ilgili imar ve parselasyon planlarının askıya çıkarılmadan önce ilgili idarelerce mülhak vakıflara bildirilmemesinin mülhak vakıfların vakfiyeleri doğrultusunda faaliyetlerini sürdürme ve yaşatılmaları amacına aykırı olduğu, imar düzenlemeleri yapılırken mazbut vakıf taşınmazlarının akar niteliği korunurken mülhak vakıfların kapsam dışında tutulduğu, aynı tür ve aynı statüdeki mazbut ve mülhak vakıflar arasında eşitlik ve kanunların genelliği ilkelerinin ihlal edildiği ve mülhak vakıfların mülkiyet hakkının zedelendiği belirtilerek itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun itiraz konusu 22. maddesinin birinci fıkrasında, kamu kurum ve kuruluşlarının, koruma imar planlarını düzenlerken vakıf kültür varlıklarıyla ilgili hususlarda Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşünü almak zorunda oldukları; ikinci fıkrasında,

Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait taşınmaz mallarla ilgili olarak belediyeler ile diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan uygulama imar ve parselasyon planlarının askıya çıkarılmadan önce ilgili idareler tarafından Genel Müdürlüğe bildirilmesinin zorunlu olduğu; üçüncü fıkrasında, mazbut vakıf taşınmazlarında akar niteliğini koruyacak şekilde imar düzenlemesi yapılacağı; dördüncü fıkrasında ise Genel Müdürlüğe ve mazbut vakıflara ait olup uygulama imar planlarında okul, hastane veya spor alanlarında kalan taşınmazların, ilgili kurumlar tarafından, imar planının tasdik tarihinden itibaren iki yıl içerisinde kamulaştırılmadığı takdirde ilgili bakanlığın görüşünün alınarak Genel Müdürlükçe özel okul, özel hastane veya özel spor tesisi olarak değerlendirilebileceği kurala bağlanmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiş, 10. maddesinde de "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.*" denilmiştir.

"*Kanun önünde eşitlik ilkesi*" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Kanunların ilke olarak genel ve nesnel olmaları gereğini ifade eden "*kanunların genelliği ilkesi*" ise hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkelerinin bir sonucudur. Kanunların genelliğinden anlaşılan, belli kişileri hedef almayan, özel bir durumu gözetmeyen, önceden saptanıp soyut biçimde herkese uygulanabilecek kurallar içermesidir. Buna göre yasa

kurallarının her şeyden önce genel nitelikte olması, herkes için objektif hukuki durumlar yaratması ve aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerekir.

İtiraz konusu kuralın birinci fıkrası, kamu kurum ve kuruluşlarının koruma imar planlarını düzenlerken vakıf kültür varlıklarıyla ilgili hususlarda Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşünü almak zorunda olduklarını belirtmektedir.

Vakıflar Kanunu'nun 1. maddesinde, vakıflar arasında bir ayrım yapılmaksızın, yurt içi ve yurt dışındaki taşınır ve taşınmaz vakıf kültür varlıklarının muhafazası, onarımı ve yaşatılması, Kanun'un amaçları arasında sayılmış, "*Vakıf kültür ve tabiat varlıklarının korunması*" başlıklı 29. maddesinde de vakıflara ait taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının Vakıflar Genel Müdürlüğü, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile kullananları tarafından korunacağı ifade edilmiştir.

Vakıf kültür varlıklarının korunması amacını taşıyan ve koruma imar planları düzenlenirken vakıf kültür varlıklarıyla ilgili hususlarda Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşünün alınması zorunluluğunu öngören itiraz konusu kural, mazbut vakıfların kültür varlıklarıyla sınırlı olmayıp, tüm vakıflara ait kültür varlıkları yönünden geçerli bulunmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşları, koruma imar planlarını düzenlerken vakıflar arasında bir ayrım gözetmeksizin tüm vakıfların kültür varlıklarıyla ilgili hususlarda Vakıflar Genel Müdürlüğünün görüşünü almak zorunda olduklarından, bu yönüyle kuralda mazbut vakıflar ile mülhak vakıflar arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

Kanun'un 28. maddesinde mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlıklarının korunmasının Vakıflar Genel Müdürlüğünce yürütüleceğinin belirtilmesi de, söz konusu korumanın mazbut vakıf kültür varlıklarıyla sınırlı olduğu anlamını taşımamakta olup kanun koyucu tarafından mazbut vakıfların yönetimi bakımından Vakıflar Genel Müdürlüğüne verilen görevin bir gereğini oluşturmaktadır.

İtiraz konusu kuralın diğer fıkralarında ise mazbut vakıflara ait taşınmaz mallarla ilgili olarak yapılan imar ve parselasyon planlarının askıya çıkarılmadan önce Vakıflar Genel Müdürlüğüne bildirilmesi, imar

düzenlemesinin mazbut vakıf taşınmazlarında akar niteliğini koruyacak şekilde yapılması ve imar planlarında okul, hastane ve spor alanlarında kalan mazbut vakıf taşınmazlarının iki yıl içinde kamulaştırılmaması halinde ilgili bakanlığın görüşünün alınarak Vakıflar Genel Müdürlüğünce özel okul, özel hastane veya özel spor tesisi olarak değerlendirilebilmesi öngörülmüştür.

Mazbut vakıflar ile mülhak vakıflar, Vakıflar Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre *"mazbut vakıflar"*, bu Kanun uyarınca Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilecek ve temsil edilecek vakıflar ile mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen vakıflar; *"mülhak vakıflar"* ise mülga 743 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce kurulmuş ve yönetimi vakfedenlerin soyundan gelenlere şart edilmiş vakıflardır.

Mülhak vakıfların yönetim ve temsili, bu vakıfların Anayasaya aykırılık teşkil etmeyen vakfiye şartlarına göre Vakıflar Meclisi tarafından atanacak yöneticileri eliyle yapılmaktadır.

Mazbut vakıflar ise fiili ve hukuki sebeplerle Devletin el koyduğu, idaresi bir makama ya da vakfedenlerin fer'îlerinden başkalarına bırakıldığı, fiilen hayrî bir hizmeti kalmadığı için Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün vesayeti altına alınan, özel hukuk hükümlerine tabi tüzel kişiler olduklarından, bu vakıfların yönetim ve temsilleri, hukuki statülerinin korunarak yaşatılmaları amacıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü'ne bırakılmıştır. Kendine özgü bu vesayet ilişkisi, mazbut vakıfların hukuki statülerinde bir değişikliğe sebebiyet vermediği gibi, vakıf malvarlığının kamu malı hâline dönüşmesi sonucunu da doğurmamaktadır.

Mazbut vakıflar ile mülhak vakıflar, yönetimleri ve temsilleri bakımından farklı hukuki konumda bulunmakta ve farklı kurallara tâbi tutulmaktadırlar. Kanun koyucu, yönetim ve temsil görevi Vakıflar Genel Müdürlüğüne verilen mazbut vakıflara ait taşınmazların korunması ve vakfın amaç ve faaliyetlerinin yerine getirilebilmesi için gelir getirici şekilde değerlendirilmesine yönelik olarak mazbut vakıf taşınmazları hakkında özel düzenlemeler öngörmüştür. Mazbut vakıfların taşınmaz varlıklarını koruyucu nitelikteki söz konusu düzenlemeler, mazbut vakıfların

vakfedenlerin fer'îlerinin mütevelliliğinde değil de, bir kamu idaresinin yönetimi altında bulunması nedeniyle bu vakıfların kanun koyucu tarafından özel olarak korunması ve bu suretle mazbut vakıfların yaşatılması ve vakıf amaçlarına ulaşılması amacını gütmektedir. Kanun koyucu, gerçek kişilerce yönetilmeyen mazbut vakıflara bir anlamda sahip çıkmakta, özel bir koruma sağlamaktadır. Bu husus, Vakıflar Kanunu'ndaki mazbut vakıflara ilişkin diğer düzenlemelerden de anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun'un 20. maddesinde, mazbut vakıflara ait onarımı planlanan vakıf kültür varlıkları ile yatırım yapılacak taşınmazların kira süresinin bitiminden bir ay önce bildirim yapılmak kaydıyla hiçbir hüküm ve karara bağlı olmaksızın Genel Müdürlüğün talebi üzerine kira süresi sonunda mülki amirlikçe tahliye edileceği; 24. maddesinde, kiraya verilen veya tahsis edilen mazbut vakıf taşınmaz mallarının yangın, hırsızlık ve doğal afetlere karşı, kullananları tarafından Genel Müdürlük adına sigortalanmasının zorunlu olduğu ve 28. maddesinde, yeterli geliri bulunmayan mazbut vakıflara ait vakıf kültür varlığı niteliğindeki taşınmazların, benzer amaçlı mazbut vakıfların gelirleriyle korunmasına ve yaşatılmasına Vakıflar Meclisinin yetkili olduğu belirtilmiştir. İtiraz konusu maddenin üçüncü fıkrası yönünden ise Vakıflar Genel Müdürlüğüne verilen koruma görevi dahi yeterli görülmeyerek, mazbut vakıf taşınmazlarında akar niteliğini koruyacak şekilde düzenleme yapılması konusunda söz konusu imar planlarını yapmaya yetkili idarelere de görevler verilmiştir.

Vakıflar Genel Müdürlüğünce yönetilen ve temsil edilen mazbut vakıfların, diğer vakıflardan ayrı bir konumda bulunmaları nedeniyle, bu vakıflar yönünden özel koruma önlemleri öngörülmesi kanun koyucunun takdirini yansıtmakta olup diğer vakıflardan farklı kurallara tabi tutulmalarında kanun önünde eşitlik ilkesine ve kanunların genelliği ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 35. maddesinde, herkesin mülkiyet ve miras haklarına sahip olduğu belirtildikten sonra, bu hakların ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği ve mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı ifade edilmiştir. Mülkiyet hakkı, kişiye başkasının hakkına zarar vermemek ve kanunların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla, sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, ürünlerinden yararlanma ve tasarruf olanağı veren bir haktır.

İmar planları, insan, toplum, çevre münasebetlerinde kişi ve aile mutluluğu ile toplum hayatını yakından etkileyen fiziksel çevreyi sağlıklı bir yapıya kavuşturmak, yatırımların yer seçimlerini ve gelişme eğilimlerini yönlendirmek ve toprağın korunma, kullanma dengesini en rasyonel biçimde belirlemek amacıyla hazırlanan planlardır. Anayasa'nın 5. maddesiyle kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama ve 56. maddesiyle herkesin sahip olduğu belirtilen sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkını koruma konusunda Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesinin, belli bir plan ve program çerçevesinde gözetim ve denetim ile gerçekleşebileceği ve Anayasa'da yer alan "*sağlıklı ve dengeli çevre*" kavramına, doğal güzelliklerin korunduğu, kentleşme ve sanayileşmenin getirdiği hava ve su kirlenmesinin önlendiği bir çevre kadar, belli bir plan ve programa göre düzenlenmiş çevrenin de girdiği kabul edilmektedir.

İmar planları, Anayasa'nın 5. ve 56. maddeleriyle Devlete verilen görevlerin yerine getirilmesi bakımından mülkiyet hakkının sınırlanması sonucunu doğurabilecek niteliktedir. İmar planları ile ilgili usul ve esaslar ise İmar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, imar planı kapsamında bir taşınmaz ile ilgili olarak tasarrufta bulunulmasının, tek başına mülkiyet hakkının ihlaline neden olduğunun söylenebilmesi olanaklı değildir. Bu konuda ileri sürülecek iddiaların, plana karşı açılacak davalarda yargı yerlerince değerlendirilecek hususlar olduğu açıktır.

Belirtilen nedenle, itiraz konusu kuralın, imar düzenlemelerinde mazbut vakıf taşınmazlarının akar niteliğinin korunması ve değerlendirilmesine ilişkin üçüncü ve dördüncü fıkralarında, mülhak vakıfların mülkiyet haklarının ihlal edildiğinin kabulü olanaklı değildir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10. ve 35. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

VI- SONUÇ

20.2.2008 günlü, 5737 sayılı Vakıflar Kanunu'nun 22. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 26.12.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/43
Karar Sayısı : 2013/168
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Bolu 1. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na, 17.10.1996 günlü, 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile eklenen ek 6. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Fahri trafik müfettişi tarafından düzenlenen ihbar tutanağı üzerine verilen idari para cezasının iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Mevzuattaki düzenlemelere göre idari yaptırıma karşı yapılan ve usulden kabul edilen bir başvuruya karşı, yargılama makamı işlem dosyasını ve cevap dilekçesini celp edip, dosyada bulunan delilleri değerlendirmek suretiyle başvurunun esası hakkında bir karar verecektir.

İptali talep edilen yasa maddesi, Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, kanunların Anayasaya aykırı olamayacağını düzenleyen 11. maddesine, 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ve adil yargılanma ilkesine, 38. maddesinde düzenlenen ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine açıkça aykırıdır.

2918 S. Y., 5326 S. Y. da bulunan olaya ilişkin hukuki düzenlemeler değerlendirildiğinde, 2918 S.Y da tescil plakasına idari para cezası düzenlenmesinin istisnai bir durum olup, bu koşullar 2918 S.Y ll6. maddede sınırlı olarak sayılmıştır. Oysa fahri trafik müfettişliğinin çalışma usullerini düzenleyen yönetmeliğin ilgili hükümleri incelendiğinde, çalışma şeklinin tamamen ll6. madde kapsamında yapılacağı anlaşılmaktadır. 2918 S.Y yüze karşı tutanak düzenlenmesini esas olarak kabul etmiştir. Bu da Anayasanın 2. maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesinin gereğidir. İdari yaptırım uygulanırken imkân olması durumunda ilgili kişinin yüzüne karşı ve ihlali kim yaptıysa onun hakkında yaptırım düzenlenmesi buna göre asıl kuraldır. Bu durumda ihlali yaptığı iddia edilen her kimse onun hakkında yaptırım düzenlenecek, ihlali kim yaparsa yapsın tescil plakasına yaptırım düzenlenmesi söz konusu olmayacaktır. Ayrıca bu şekilde bir uygulama Anayasa'da düzenlenen suç ve cezaların şahsiliği ilkesine uygun bir uygulama olacaktır. Sürücüsü bilinmeyen bir aracın tescil plakasına ceza tutanağı düzenlenmesi hukuk devleti ve cezaların şahsiliği ilkeleri gereğince ancak zorunlu hallerde başvurulması gereken uygulama olmalıdır. İdari cezanın ayrıca, yüze karşı düzenlenmesi ilgili kişinin olay anında olayla ilgili bilgi sahibi olmasını sağlayacağından, başvuran kişilerdeki belirsizliği de kısmen ortadan kaldıracaktır, olay anında olayı öğrenen ilgili olayda bir kusurunun olup olmadığını, daha sağlıklı olarak değerlendirip, ya başvuru yolunu kullanmayacak ya da somut ve bizzat tanık olduğu olaya ilişkin savunma hakkını daha iyi ortaya koyabilecektir.

Başvuruda bulunanın ya da kabahat eylemini gerçekleştiren kişinin yüzüne karşı ve eylemi gerçekleştiren kişiye cezaların şahsiliği ilkesi gereğince idari yaptırım düzenlemek gerekirken ve buna fiilen olanak varken, tescil plakasına yaptırım uygulamak açıkça cezaların şahsiliği ilkesine aykırıdır. 2918 S.Y'da tescil plakasına yaptırım uygulama şeklinde bir düzenleme bulunmakta ise de yasa incelendiğinde fahri müfettişlik müessesesi dışında bunun çok sınırlı tutulduğu, sürücüsünün kim olduğunun tespit edilemediği hallerde uygulanan bir kural olduğu anlaşılacaktır. Hâlbuki bahsedilen ve iptali istenen hukuk kuralı gereğince sürücüsü belli olan bir aracın plakasına tutanak düzenlenebilmektedir. Aracı durdurup sürücüyü tespit edip tutanak düzenlemek imkân ı fiili olarak bulunsa dahi, fahri müfettişlik kurumunun çalışma usullerine göre bu kişilerin aracı durdurma yetkileri olmadığından aracın sürücüsünün de kim olduğunun da bu şartlarda tespit edilmesi olanaklı değildir. Dolayısıyla ihlali yapanın kim olduğu tespit edilemeyeceğinden, tescil plakasına yaptırım uygulanacaktır, bu da belirtildiği gibi cezaların şahsiliği ilkesine açıkça aykırıdır.

Fahri Trafik Müfettişlerinin çalışma usul ve esasları değerlendirildiğinde, yaptırımın belgeye dayalı değil, ihlalin tespiti üzerine yapılan ihbara istinaden düzenlenen bir idari yaptırım olduğu, dayanağının da sadece ihbar tutanağı olduğu anlaşılmaktadır. Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak idarenin her türlü eylem ve işlemi yargı denetimine açıktır. Anayasa'da düzenlenen hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma ilkelerinin ilgili kişinin hukuk kuralları karşısındaki durumunun kesin ve somut olarak ortaya konulmasını isteme hakkını içermesi de gerekmektedir. Hak arama hürriyeti sadece başvuru yapma hakkıyla sınırlandırılmamalıdır. Başvuran kişinin hukuksal durumunun, hukuka uygun delillerle net olarak ortaya konulmasını da gerektirir. 5326 sayılı Yasa başvuru konusundaki incelemelerin nasıl yapılacağını düzenlemiş olmakla birlikte, fahri müfettişlik kurumunun mevzuatının bu denetlemeye imkân vermediği anlaşılmaktadır. Bu durum hem Anayasa'da düzenlenen hukuk devleti ilkesine, Anayasanın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyetine ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacaklarını düzenleyen 11. maddesine açıkça aykırıdır.

Tüm bu bahsedilen gerekçelerle 4199 Sayılı Yasanın 43. maddesiyle eklenen 2918 S.Y EK 6. maddesinin 2. fıkrasının, Anayasanın 2., 11., 36., 38. maddelerine aykırı olduğu kanısına varıldığından iptali istemiyle Yüksek Mahkemenize başvurmak gereği ortaya çıkmıştır. Başvurunun kabul edilerek 4199 Sayılı Yasanın 43. maddesiyle eklenen 2918 S.Y EK maddesinin 2. fıkrasının, iptal edilmesi arz olunur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

2918 sayılı Kanun'a, 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesiyle eklenen ve itiraz konusu kuralı da içeren ek 6. madde şöyledir:

"Fahri trafik müfettişliği:

Ek Madde 6- (Ek: 17/10/1996 - 4199/43 md.)

Sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadığını denetlemekle sorumlu olan yetkililere yardımcı olmak üzere Karayolu Trafik Güvenliği Kurulunca önerilen ve Karayolu Trafik Güvenliği Üst Kurulunca uygun görülen kişilere, valilerce 'fahri trafik müfettişliği' görevi verilir.

Fahri trafik müfettişleri; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadırlar.

Fahri trafik müfettişleri İçişleri Bakanlığının belirleyeceği esas ve usullere göre eğitime tabi tutulabilirler.

Bu hizmet fahri ve ücretsizdir.

Görevini kötüye kullandığı tespit edilen fahri trafik müfettişleri iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar. Yargılamaları tabi oldukları esaslara göre yapılır.

Ayrıca belgeleri iptal edilir.

Fahri trafik müfettişlerinin yetki ve sorumlulukları ile diğer usul ve esaslar İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikte belirlenir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine dayanılmış, 128. maddesi ise ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 2.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesineOYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararı ve ekleri, Raportör Ayşegül ATALAY tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralı, dayanılan

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

Başvuru kararında, cezaların şahsiliği ilkesi gereğince kabahat eylemini gerçekleştiren kişi hakkında idari yaptırım öngörülmesi gerekirken, fahri trafik müfettişleri tarafından tescil plâkasına göre yaptırım uygulanmasının hukuk devleti ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırılık teşkil ettiği, öngörülen idari yaptırımın dayanağının fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen ihbar tutanağı olduğu, hak arama hürriyetinin sadece başvuru yapma hakkı ile sınırlandırılmayıp başvuran kişinin hukuksal durumunun hukuka uygun delillerle net olarak ortaya konulmasını da zorunlu kıldığı, ancak fahri müfettişlik kurumu mevzuatının buna izin vermediği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesine göre, ilgisi nedeniyle itiraz konusu kural Anayasa'nın 128. maddesi yönünden de incelenmiştir.

İtiraz konusu kuralda, fahri trafik müfettişlerinin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorunda oldukları öngörülmektedir.

Anayasa'nın 128. maddesinin birinci fıkrasında, "*Devletin, kamu iktisadî teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği aslî ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için; söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin "*genel idare esasları*"na göre yürütülmesi ile görevin "*asli ve sürekli*" nitelikte olması gerekmektedir.

Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri

karşılamak, kamu yararını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır.

İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan hizmetlerin, Devletin gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel kişilere yaptırılabilmesi ise olanaklıdır.

İtiraz konusu kuralda fahri trafik müfettişlerine, 2918 sayılı Kanun'un suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında bu kurallara uygun davranıp davranmadıklarını tarafsızca kanıt toplayarak araştırıp, değerlendirmek üzere ilgililere bu durumu tutanak düzenlemek suretiyle bildirerek trafik polislerine tanınan trafik suçunu tespit etme yani denetleme yetkisi verilmektedir.

Denetim sonucu fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenen tutanaklar idari işlem kuramı uyarınca hazırlık işlemi niteliğinde olup bu tutanakların hazırlanması, denetlenen kişinin hukuksal durumunda değişiklik yaratmamaktadır. Asıl icrai işlem, denetim sonucunda yetkili makamlarca verilen idari yaptırımlardır. Söz konusu kuralla, fahri trafik müfettişlerine trafik suçu işleyenleri tespit etme ve tutanağa bağlama yetkisi tanınmakla birlikte bu kapsamda düzenlenen tutanakların trafik kuruluşlarına gönderilmesi ve trafik cezasının yetkili kişiler tarafından düzenlenmesi öngörülmüştür. Yetkili makamlarca fahri trafik müfettişleri tarafından tutulan tutanak üzerine idari yaptırım tutanağı düzenlenirken söz konusu suç tutanağı denetlenmekte ve gerekli kontroller yapıldıktan sonra eğer uygunsa yaptırım uygulanmaktadır. Denetim sonucunda, 2918 sayılı Kanun'da öngörülen idari yaptırımı uygulama yetkisi, yetkili trafik polislerinde kalmaya devam ettiğinden onlara yardımcı olmaktan ibaret, fahri trafik müfettişlerinin suç tutanağı düzenleme görevlerinin memur ve diğer kamu görevlisi niteliğinde olmayan üçüncü kişilere gördürülmesinde Anayasa'ya aykırı bir yön bulunmamaktadır. Kaldı ki, fahri trafik müfettişlerine suç tutanağı düzenleme yetkisinin verilmesi trafik polislerinin bu yetkilerini de ortadan kaldırmamaktadır.

Diğer taraftan, Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın *"Suç ve cezalara ilişkin esaslar"* kenar başlıklı 38. maddesinin yedinci fıkrasında, *"Ceza sorumluluğu şahsidir."* hükmü yer almaktadır. Ceza sorumluluğunun şahsiliği ceza hukukunun temel ilkelerindendir. Cezaların şahsiliğinden amaç, bir kimsenin işlemediği bir fiilden dolayı cezalandırılmamasıdır. Başka bir anlatımla bir kimsenin başkasının fiilinden sorumlu tutulmamasıdır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından idari para cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tabidir.

2918 sayılı Kanun'un amacı, 1. maddesinde, karayollarında, can ve mal güvenliği yönünden trafik düzeninin sağlanması ve trafik güvenliğini ilgilendiren tüm konularda alınacak önlemlerin belirlenmesi olarak ifade edilmiştir. Fahri trafik müfettişleri tarafından tutulan suç tutanakları iradi ve kusurlu olan sürücülerin eylemlerine dayanmaktadır. Ancak sürücünün kimliğinin belirlenmesinde, fahri trafik müfettişleri tarafından suç tutanağı düzenlenebilecek ihlallerin niteliğinden kaynaklanan güçlükler bulunduğundan, trafik ihlaline ilişkin tutanak, aracın tescil plakasına göre düzenlenmektedir. Ayrıca kural ihlali yapan ve sürücüsü tespit edilemeyen araçların plâkasından başka saptanabilecek ayırt edici bir özelliğinin bulunmadığı, ancak plâka ile araç sahibine ulaşılabileceği de açıktır. Fahri trafik müfettişleri tarafından 2918 sayılı Kanun'un suç saydığı fiiller nedeniyle, sürücüsü tespit edilemeyen araçların tescil plakalarına göre suç tutanağının düzenlenmesi, bir trafik kuralının ihlal edildiğine dair suç isnadı niteliğinde olup cezaların şahsiliği ilkesine de aykırı değildir.

Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen düzenlemenin, gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan trafik sorunlarını zamanında ve etkin bir biçimde denetleyebilmek, sürücülerin trafik kurallarına uymasını alışkanlık hâline getirmek, her kural ihlalinin mutlaka görüleceği ve cezalandırılacağı inancının bütün sürücülerde yer etmesini sağlamak, bu bakımdan, denetim

mekanizmasını genişletmek, oto-kontrol sistemini yaygınlaştırmak amacıyla, demokratik toplumda gerekli uygulamalardan olduğu kabul edilmelidir. Böyle bir düzenlemenin de kanun koyucunun takdirinde olduğu açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 38. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamışlardır.

Kuralın Anayasa'nın 11. ve 36. maddeleriyle bir ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

13.10.1983 günlü, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na, 17.10.1996 günlü, 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesiyle eklenen ek 6. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 26.12.2013 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun Ek 6. maddesinin iptal istemine konu ikinci fıkrası "Fahri trafik müfettişleri; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun suç saydığı fiilleri işleyenler hakkında işlem yapılması amacıyla, Emniyet Genel Müdürlüğünce kendilerine verilen tutanağı düzenlemek ve bunları aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmek üzere en geç bir hafta içerisinde herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etmek zorundadırlar." hükmünü taşımaktadır.

Anayasa Mahkemesinin 28.3.2012 tarih ve E.2012/27, K.2012/173 sayılı kararında:

"…Anayasa'nın 128. maddesi anlamında bir kamu hizmetinden söz edilebilmesi için; söz konusu hizmetin Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmeti olması, bu kamu hizmetinin **'genel idare esasları'**na göre yürütülmesi ile görevin **'asli ve sürekli'** nitelikte olması gerekmektedir.

Geniş anlamda, Devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların gözetim ve denetimleri altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararını ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinlikler olarak tanımlanan kamu hizmetinin, kamu hukukunun genel ilkeleri gereğince, doğrudan idare, kuruluş ve kurumları eliyle, kamusal yönetim biçimine göre yürütülmesi asıl ve olağandır. İdare eliyle yürütülen hizmet ve faaliyetlerden, genel idare esaslarına göre yürütülmesi zorunlu olmayan, diğer bir deyişle **özel yönetim biçimi ile gerçekleştirilmeye elverişli bulunanların,** Devletin gözetimi ve denetimi altında, belli yasal usullerle özel müteşebbislere yaptırılabilmesi ise olanaklıdır.

Kolluk faaliyeti içinde yer alan zorunlu denetim hizmeti, idari para cezası ile uyarma, geçici durdurma ve iptal şeklinde idari müeyyideler uygulamaya ilişkin görev ve faaliyetler genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken bir kamu hizmeti olup, idarenin asli ve sürekli görevlerindendir. Anayasa'nın 128. maddesine göre kolluk faaliyetleri arasında yer alan bu tür kamu hizmetlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesi zorunludur. Buna göre, itiraz konusu kural

Bakanlığa, 4925 sayılı Kanun'da verilen görevlerin ve tanınan yetkilerin tamamını devretme imkânı tanımakta olup, idarenin kolluk faaliyetleri içinde yer alan ve mutlaka Devletin memurları ve diğer kamu görevlileri aracılığıyla yürütülmesi zorunlu olan asli ve sürekli görevlerin de gerçek ya da özel hukuk tüzel kişilerine devredilmesine olanak tanıyan kural, Anayasa'nın 128. maddesine de aykırıdır…" denilmektedir.

Davanın somutunda, bir kolluk faaliyeti olduğunda kuşku bulunmayan "trafik denetimi" ve bu denetim sonucunda sürücülerle ilgili idari para cezası verilmesi sonucunu doğuran "idari kabahat" saptaması şeklindeki, fahri trafik müfettişlerince yürütülen hizmetin idarenin asli ve sürekli görevlerinden olduğu açıktır. Fahri trafik müfettişlerince düzenlenen tutanakların tek başına icrailik vasfının olmadığı, bu tutanak sonrası emniyet birimlerince idari para cezasının verildiği, dolayısiyle sözkonusu kolluk faaliyetinin kamu görevlisi olmayan kişilere tamamen devredilmemiş olduğu şeklindeki sava da katılmaya imkân yoktur. Gerçekten, kural ihlâlinde bulunan sürüleri saptama, onların fiillerinin mevzuatın hangi hükümlerine aykırı olduğunu belirleme yetkisi fiilen fahri trafik müfettişlerince kullanıldığına göre, zincir işlemin ikinci halkası olan idari para cezasının emniyet birimlerince veriliyor olmasının, sözkonusu kolluk hizmetinin kamu görevlisi olmayan kişilere fiilen devredilmiş olduğu olgusuna doğrudan bir etkisi bulunmamaktadır. Öte yandan, bu fiili durumun Anayasa'nın 47. maddesinin "Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yürütülen yatırım ve hizmetlerden hangilerinin özel hukuk sözleşmeleri ile gerçek veya tüzel kişilere yaptırabileceği veya devredilebileceği kanunla belirlenir." şeklindeki son fıkrası kapsamında değerlendirilebilmesi de mümkün değildir. Çünkü, trafik zabıtası faaliyeti bir yatırım ve hizmet olmadığı gibi, ortada bir özel hukuk sözleşmesi de yoktur. Dolayısiyle, sözkonusu kolluk faaliyetinin kamu görevlisi olmayan kişilere (fahri trafik müfettişlerine) devredilmesi sonucunu doğuran kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırı düşmektedir.

Açıklanan nedenlerle, kuralın iptali gerektiği kanaatine vardığımızdan; çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyoruz.

Başkanvekili	Üye	Üye
Serruh KALELİ	Serdar ÖZGÜLDÜR	Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kural, fahri trafik müfettişlerine 2918 sayılı Kanun'un 116. maddesinde belirtilen trafik suçlarını işleyenler hakkında tutanak düzenleme yetkisini ve bu tutanağı en geç bir hafta içinde aracın tescilli olduğu trafik kuruluşuna gönderilmesi için herhangi bir trafik kuruluşuna teslim etme görevini vermektedir.

Buna göre, fahri trafik müfettişleri tarafından düzenlenecek olan trafik suç tutanakları esas alınmak suretiyle emniyet görevlilerince trafik suçlusu hakkında idari yaptırım kararı verilebilecektir.

Anayasa'nın 128. maddesi, Devlet, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetinin, genel idare esaslarına göre yürütülmesini, asli ve sürekli nitelikte olmasını, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülmesini zorunlu kılmaktadır.

Fahri trafik müfettişlerinin, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun suç saydığı fiilleri işleyenleri tutanakla tespit ederek, tutanağı trafik şube müdürlüğüne gönderme işleminin, trafik denetleme işlemi olduğu ve bu işlemin kamu hizmeti niteliği taşıdığı konusunda kuşku bulunmamaktadır.

Fahri trafik müfettişlerinin, Anayasa'nın 128. maddesi anlamında memur ya da diğer kamu görevlisi sıfatını taşımadıkları açıktır.

İtiraz konusu kural, genel idare esaslarına göre yürütülmesi gereken aslı ve sürekli nitelikteki trafik denetleme işlemini memur ya da diğer kamu görevlisi olmayan, fahri trafik müfettişlerine gördürmek istemektedir. Bu durum, aslı ve sürekli nitelikteki kamu hizmetinin kimler tarafından yürütüleceğine ilişkin Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Diğer taraftan, itiraz konusu kural Anayasa Mahkemesinin 6.3.2008 günlü, E.2004/116, K. 2008/74 sayı ile Resmî Gazete'nin 1.7.2008 günlü - 26923 sayılı nüshasında yayımlanan kararının Mehmet ERTEN'in de yer aldığı karşıoy metninde belirtilen gerekçeyle söz konusu kural Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen cezaların şahsiliği ilkesine de aykırıdır.

Açıklanan nedenlerle kuralın iptali gerektiğinden itiraz isteminin reddine ilişkin görüşe katılmadım.

Üye
Mehmet ERTEN

KARŞIOY YAZISI

İtiraz eden Mahkeme, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesiyle eklenen 6. maddenin fahri trafik müfettişlerinin suç tutanağı düzenlemelerine ilişkin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı savıyla iptalini istemiştir.

Kural, Anayasa Mahkemesince Anayasa'nın, devletin asli ve sürekli görevlerinin memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceğini belirten 128. maddesiyle ilgili görülerek bu madde yönünden de incelenmiş; ancak fahri müfettişlerin düzenlediği suç tutanaklarının idari işlem değil hazırlık işlemi olduğu, asıl icrai işlemi denetim sonucunda yetkili makamlarca uygulanan idari yaptırımın oluşturduğu düşüncesiyle, kuralda Anayasa'nın 128. maddesine aykırılık görülmemiştir. Bu düşünceye aşağıdaki nedenlerle katılmayı mümkün görmüyorum:

İdare hukukunun temel ilkelerinden biri de **idarenin takdir yetkisi** olup, bir işlemi yapıp yapmama konusunda takdir hakkı bulunmayan bir kamu görevlisinin, yani kuralın uygulamasında fahri müfettişçe düzenlenen suç tutanağına göre trafik cezası kesmek zorunda olan trafik şubesi yetkilisinin, trafik cezasını uygulayıp uygulamama konusunda takdir hakkı bulunmamaktadır. Trafik yetkililerinin tutanak üzerinde yaptıkları kontrol sadece tutanağın şekli unsurlarına ilişkin olup, tutanakta kayıtlı trafik suçunun gerçekten işlenmiş olup olmadığına ilişkin değildir. Trafik şubesi yetkililerinin tutanağa rağmen ceza uygulamaktan kaçınması, bu yetkililer yönünden disiplin ve ceza yaptırımları gerektiren eylemler oluşturacaktır. Bu durumda idari yaptırıma karar verme yetkisinin trafik şubesi yetkililerince kullanıldığından söz edilemez. İdari işlem, trafikte karşılaştığı **bir eylemin trafik suçu oluşturup oluşturmadığı hususunda takdir hakkını kullanan fahri trafik müfettişinin** tutanağı düzenlemesiyle meydana gelmektedir.

Bu nedenle fahri müfettişin yaptığı işlem hazırlık işlemi değil, asıl işlemdir. Trafik şubesinin ceza bildirimi ve ödeme emri düzenleyerek tescil plakasına göre kayıtlı isme göndermeleri, yaptırımın kendisine değil icrasına yönelik, ayrı bir idari işlemdir. Trafik cezası uygulanmasına ilişkin asıl işlemi gerçekleştiren ve idare adına takdir yetkisi kullanan fahri trafik müfettişlerinin Anayasa'nın 128. maddesinde belirtilen memur veya diğer kamu görevlisi statüsünde olmadıkları da açıktır.

Bu nedenle kural, Anayasa'nın 128. maddesine aykırıdır.

Üye
Osman Alifeyyaz PAKSÜT

Esas Sayısı : 2013/133
Karar Sayısı : 2013/169
Karar Günü : 26.12.2013

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :

1- Aydın 2. Ağır Ceza Mahkemesi (E.2013/133)
2- Aydın İnfaz Hâkimliği (E.2013/135, E.2013/136)
3- Osmaniye İnfaz Hâkimliği (E.2013/159)

İTİRAZLARIN KONUSU : 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a, 5.4.2012 günlü, 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Cezalarının, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilen hükümlülerin, bu tedbirin uygulanmaya başlanmasından önce veya sonra suç işledikleri iddiasıyla, haklarında verilen denetimli serbestlik kararının kaldırılarak kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri istemiyle açılan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZLARIN GEREKÇESİ

A- E.2013/133 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Hükümlü 30/09/2013 havale tarihli dilekçesi ile Aydın İnfaz Hâkimliğinin 2013/1827- 1851 E.K. sayılı kararının kaldırılarak hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak mağduriyetinin giderilmesini talep etmiştir.

Aydın İnfaz Hâkimliğinin 13/09/2013 tarih, 2013/1827-1851 E.K. sayılı kararı incelendiğinde,

Hükümlü hakkında Aydın İnfaz Hâkimliğinin 05.09.2013 tarih ve 2013/1775 esas, 2013/1800 karar sayılı kararı ile cezasının hak ederek tahliye tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verildiği, ancak Aydın 1. Ağır Ceza Mahkemesinin 2013/348 esas sayılı dosyasında isnad edilen TCK'nun 148/1 maddesinde yer bulan 'Yağma' suçuna ilişkin olarak, suç tarihinin denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmaya başlamadan önceki tarihi içerdiği ve cezasının üst sınırının yedi yıldan az olmadığı anlaşıldığından İnfaz Hâkimliğinin 05.09.2013 tarih ve 2013/1775 esas, 2013/1800 karar sayılı kararının kaldırılmasına ve hükümlünün hak ederek tahliye tarihine kadar cezasının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine dair karar verildiği görülmüştür.

Anayasa'nın 11. maddesinde 'Anayasa hükümleri, yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralıdır, kanunlar Anayasaya aykırı olamaz' hükmü yer almaktadır.

Yine Anayasa'nın 38/4 maddesinde 'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılmaz' hükmü yer almaktadır.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanunun 105/A- 7-b maddesinde ise 'Hükümlü hakkında Denetimli Serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı 7 yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturma başlatılması halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine infaz hakimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir, hükümlü hakkında kovuşturmaya yer olmadığına ya da kovuşturma durumunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi halinde hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hakimi tarafından karar verilir' hükmü yer almaktadır.

Aynı Kanun'un 105/A-7-a maddesinde ise, işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı CMK'nun 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklanması,

Aynı Kanun'un 105/A-7-c maddesinde ise, denetimli serbestlik uygulanmaya başladıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı 1 yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya uğraması durumunda denetimli serbestliğin kaldırılması gerektiği hükme bağlanmıştır.

Somut olayda; hükümlü 19.02.2012 tarihinde işlemiş olduğu, kardeşine karşı basit yaralama suçundan mahkum olmuş, aldığı adli para cezası hapse çevrilip 5 ay üzerinden müddetname tanzim edilmiş ve 05.09.2013 tarihli infaz Hâkimliğinin 2013/1775 esas, 2013/1800 karar sayılı ilamıyla cezası hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmıştır.

Daha sonra Denetimli Serbestlik müdürlüğü uyapta yaptığı araştırma ile hükümlü hakkında 2013/348 esas sayılı 1 adet dosyada kovuşturma tespit etmiş ve bu kovuşturmanın yağma suçundan olduğu anlaşılınca ve sevk maddelerinin üst sınırı 7 yılı aşınca derhal durumu infaz Hâkimliğine bildirmiş, infaz Hâkimliği de 5275 S.K.'nun 105/A-7-b maddesini dayanak yaparak 13.09.2013 tarih, 2013/1827- 1851 E.K. sayılı ilamla denetimli serbestlik tedbirini kaldırıp hükümlünün ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilmiştir.

Hükümlü itirazında; belki de beraat edeceğini, cezanın belirsiz olduğunu ifade ederek bu karara itiraz etmiştir.

Bu hususta, Aydın İnfaz Hâkimliğine yapılan itirazı inceleme yetkisi mahkememize aittir.

Yasal mevzuat ve aşamalar, dosyadan da anlaşılacağı gibi yukarıda anlatıldığı şekildedir.

Denetimli Serbestliğin kaldırılmasına sebep olan iddianame temin edildiğinde, gerçektende 5275 S.Y.'nın 107/A-7-b maddedeki koşulları taşıdığı görülmektedir. Sevk maddesi olan TCK'nun 148/1 maddesinin üst sının 7 yıldan fazla olup, suç tarihi olan 18.06.2013 tarihinde, denetimli serbestlik karar tarihi olan 05/09/2013 tarihinden öncedir. Dolayısıyla yasada aranan şekli şartlar gerçekleşmiş, bu madde gereğince denetimli serbestlik kararının geri alınması kararı isabetlidir.

Ancak hükümlünün çok doğru şekilde itiraz ettiği gibi, Aydın l. Ağır Ceza Mahkemesinin 2013/348 esas sayılı dosyasında henüz bir karar verilmemiş, hükümlünün davası bir sonuca bağlanmamış, mahkum olup olmayacağı belirsizdir. Ayrıca bu dava sonuçlanıncaya, kadar da hükümlünün geri alınan denetimli serbestliği nedeniyle cezaevine gönderileceği ve cezasını infaz edeceği muhakkaktır. Yani davası sonuçlanıncaya kadar çoktan infaz tamamlanacaktır. Dolayısıyla pratik olarak sadece hakkında böyle bir dava bulunması nedeniyle 5 aylık süreyi cezaevinde infaz edecektir. Yani hakkında dava açılması hususu bir ceza gibi cezaevine girmekle sonuçlanan bir fiili hükümlülüğe yol açacaktır.

Oysaki Anayasa'nın 38/4. maddesi gereğince Aydın 1. Ağır Ceza Mahkemesinde yağma suçundan mahkum olup, temyiz aşaması tamamlandıktan sonra cezası kesinleştiğinde hükümlüyü suçlu sayabiliriz. Sadece tutuklanması ya da yeniden hakkında dava açılması, ya da kovuşturma yapılması Anayasal anlamda hükümlüyü suçlu sayan bir sonuç ortaya çıkarmaz.

Dolayısıyla 5275 S.K'nun 105/A-7-a-b-c hükümleri Anayasamızın 38/4. maddesiyle açıkça çelişmektedir. Yine hükümlünün denetimli serbestliğinin kaldırılmasına neden olan yağma suçundan suçluluğu hükmen sabit değildir, suçlu sayılmaz. Anayasa'nın 11. maddesinin emredici hükmü karşısında aşağıdaki hüküm kurulmuştur.

HÜKÜM: Yukarıda açıklanan nedenlerle;

1- Talebin kısmen kabulü ile; hükümlü hakkındaki infazın DURDURULMASINA,

2- Dosyanın Anayasa'ya aykırılık nedeniyle incelenmek ve 5275 S.K.'nun 105/A-7, a, b, c hükümlerinin Anayasa'nın 38/4 maddesine aykırı olması nedeniyle iptal edilmesi talebinin sonuca bağlanması için Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

3- İnfaz Hâkimliğine kararın gönderilerek, hükümlüye tebliğ edilmesine,

Dair, dosya üzerinde CMK 271/4 madde uyarınca kesin olarak oy birliği ile karar verildi."

B- E.2013/135 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında 'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz' düzenlemesini bulundurmak suretiyle masumiyet karinesi açıkça benimsenmiştir.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına göre 'Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır'. Bu madde masumiyet karinesini güvence altına almaktadır.

Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itiraz yoluna konu olan 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı konusu düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk beş fıkrasında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma şartları ve usulü düzenlenmiştir. Altıncı ve yedinci fıkralarında ise denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilme halleri düzenlenmiştir. Bu maddenin 7. fıkrasında;

'Hükümlü hakkında;

a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100 ncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

b) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma ve kovuşturmaya devam edilmesi,

c) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması,

hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. Hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.' denilmektedir.

Bu maddenin (b) fıkrasının düzenlemesine göre hükümlünün 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesine göre denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazından faydalanmasına başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hakimi tarafından hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi gerekmektedir.

Hükümlünün faydalandığı denetimli serbestlik tedbirinin mahrum kalmasına ve bu tedbirin sona erdirilerek kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi için hakkında suç tarihi denetimli serbestlik tedbirinin başlanmasından önce olan

ve üst sınırı yedi yıl veya daha fazla olan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması yeterli görülmektedir.

Sözkonusu maddenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak Anayasa'nın 38/2 maddesi ve AİHS'nin 6/2 maddesinde de yer almakta olan masumiyet karinesi üzerinde durulması gerekmektedir. Sanığın suçlu olduğu hukuken ispatlanmış (buna ilişkin karar kesinleşmemiş) olmasına rağmen, başka bir yargısal karar veya kamu makamlarının beyanları ile suçlu olduğuna ilişkin bir görüş yansıtılması halinde masumiyet karinesinin ihlal edileceği açıktır. Buna göre, bir kişi ancak kesinleşmiş karar ile yasal açıdan suçlu sayılabilir.

Bilindiği üzere, soruşturma aşaması Cumhuriyet Savcısının suça ilişkin ihbar, şikayet veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmasıyla başlamaktadır. Cumhuriyet Savcısının, soruşturma evresi sonunda, kovuşturmaya yer olmadığına karar vermesi halinde bu kararın kesinleşmesi ile, kamu davası açmış ise iddianamenin kabul edilmesi ile sona ermektedir. Kovuşturma aşaması ile iddianamenin kabul edilmesi ile başlamakta ve mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesi ile sona ermektedir. 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasının (b) bendinde soruşturma veya kovuşturma başlaması ifadesi ile süreçten bahsetmektedir. Bu bahsedilen süreçte kişinin suçlu olduğundan bahsetmek veya bu surece ilişkin olarak yaptırımlar uygulamak masumiyet karinesine aykırıdır.

Somut olayda, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasını infaz eden hükümlünün, beraat etmesine rağmen henüz hakkındaki kararın kesinleşmemesi nedeniyle (temyiz edilmesi halinde Yargıtay'a gidiş-geliş süresi de gözönüne alındığında uzun bir süreçte) sanık hakkında halen kovuşturma aşamasının devam ettiğinin kabulü gerektiğinden 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasının (b) bendi uyarınca denetimli serbestlik tedbirinin kararının kaldırılması ve cezasını çekmek üzere kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi gerekmektedir. Bu işlemin gerçekleşebilmesi için sanık hakkında üst sınırı 7 yıl veya daha fazla olan bir suçtan dolayı şikayet kurumunun işletilerek soruşturma aşamasının başlatılması yeterlidir. Ve hükümlü hakkındaki bu tehdit, yapılan şikayetin kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın veya beraat kararının kesinleşmesine kadar sürecektir.

5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasının uygulanmasında, kişi hakkındaki soruşturma veya kovuşturma sonuçlanmaksızın suç işlediği kabul

edilerek hakkındaki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmekte ve cezasını kapalı ceza infaz kurumunda çekmesine neden olunmaktadır. Kaldı ki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmesine neden olan soruşturma veya kovuşturma aşamasında olan suç hakkında da ilgili Savcılık veya Mahkeme tarafından herhangi bir tedbire (tutuklama, adli kontrol vs.) başvurma ihtiyacı hissetmediği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hakkı, suçlu olduğuna ilişkin ima veya ilan eden beyanlara dahi uygulaması (Allenet de Ribemont - Fransa, Y.B ve Diğerleri - Türkiye, Çelik - Türkiye) karşısında, kişinin tekrar ceza infaz kurumuna girmesine neden olacak kadar bir ağır kararın masumiyet karinesine aykırı olmadığını kabul etmesi imkansızdır. Bu durumda hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmaksızın peşinen suçlu kabul edilerek bu tür bir uygulamanın yapılmasının ileride kişinin mahkumiyet dışında başka bir kararla sonuçlanması halinde ise, telafisi imkansız zararlara neden olunacağı, sözkonusu maddenin masumiyet karinesini düzenleyen Anayasa'nın 38/2 maddesine aykırı olduğu ve AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/2 maddesi ile bağdaşmadığı anlaşıldığından Hâkimliğimiz tarafından 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca iptali için Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurulmasına, hükümlü açısından telafisi imkansız zararlara neden olunabileceği öngörülmekle infazın durdurulmasına karar vermek gerekmiştir.

KARAR : Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Hâkimliğimizin 2013/1732 Esas, 2013/1764 Karar sayılı olan davasında uygulama yeri bulunan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen 'Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi' şeklindeki 105/A maddesinin 7. fıkrasının (b) bendinin Anayasa'nın 38/2 maddesine aykırı görmesi nedeniyle ANAYASA MAHKEMESİ'NE İPTAL TALEBİ İLE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2- Hükümlü (...) hakkındaki İNFAZIN DURDURULMASINA,

3- Hâkimliğimizin 2013/2094 Esas sayılı olan davasında 6216 sayılı Kanun'un 40/5 maddesinde düzenlenen 5 aylık sürenin gözönüne alınmasına,

4- Karar aslının ve dosyanın onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine,

Dair karar; dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda verildi."

C- E.2013/136 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında 'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz' düzenlemesini bulundurmak suretiyle masumiyet karinesi açıkça benimsenmiştir.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına göre 'Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır'. Bu madde masumiyet karinesini güvence altına almaktadır.

Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itiraz yoluna konu olan 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı konusu düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk beş fıkrasında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma şartları ve usulü düzenlenmiştir. Altıncı ve yedinci fıkralarında ise denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilme halleri düzenlenmiştir. Bu maddenin 7. fıkrasında;

'Hükümlü hakkında;

a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100 ncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

b) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi,

c) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması,

hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. Hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli

serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.' denilmektedir.

Bu maddenin (b) fıkrasının düzenlemesine göre hükümlünün 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesine göre denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infazından faydalanmasına başlanmasından sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hakimi tarafından hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi gerekmektedir.

Hükümlünün faydalandığı denetimli serbestlik tedbirinin mahrum kalmasına bu tedbirin sona erdirilerek kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi için hakkında suç tarihi denetimli serbestlik tedbirinin başlanmasından sonra olan ve alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılmasına yeterli görülmektedir.

Sözkonusu maddenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak Anayasa'nın 38/2 maddesi ve AİHS'nin 6/2 maddesinde de yer almakta olan masumiyet karinesi üzerinde durulması gerekmektedir. Sanığın suçlu olduğu hukuken ispatlanmış (buna ilişkin karar kesinleşmemiş) olmasına rağmen, başka bir yargısal karar veya kamu makamlarının beyanları ile suçlu olduğuna ilişkin bir görüş yansıtılması halinde masumiyet karinesinin ihlal edileceği açıktır. Buna göre, bir kişi ancak kesinleşmiş karar ile yasal açıdan suçlu sayılabilir.

Oysa ki, 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasının uygulanmasında, kişi hakkındaki soruşturma veya kovuşturma sonuçlanmaksızın suç işlediği kabul edilerek hakkındaki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmekte ve cezasını kapalı ceza infaz kurumunda çekmesine neden olunmaktadır. Kaldı ki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmesine neden olan soruşturma veya kovuşturma aşamasında olan suç hakkında da ilgili Savcılık veya Mahkeme tarafından herhangi bir tedbire (tutuklama, adli kontrol vs.) başvurma ihtiyacı hissetmediği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hakkı, suçlu olduğuna ilişkin ima veya ilan eden beyanlara dahi uygulaması (Allenet de Ribemont - Fransa, Y.B ve Diğerleri - Türkiye, Çelik - Türkiye) karşısında, kişinin tekrar ceza infaz kurumuna girmesine neden olacak bir kararın masumiyet karinesine aykırı olmadığını kabul etmesi imkansızdır. Bu durumda hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmaksızın peşinen suçlu kabul

edilerek bu tür bir uygulamanın yapılmasının ileride kişinin mahkumiyet dışında başka bir kararla sonuçlanması halinde ise, telafisi imkansız zararlara neden olunacağı, sözkonusu maddenin masumiyet karinesini düzenleyen Anayasa'nın 38/2 maddesine aykırı olduğu ve AİHS'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/2 maddesi ile bağdaşmadığı anlaşıldığından Hâkimliğimiz tarafından 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca iptali için Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurulmasına, hükümlü açısından telafisi imkansız zararlara neden olunabileceği öngörülmekle infazın durdurulmasına karar vermek gerekmiştir.

KARAR : Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Hâkimliğimizin 2013/1732 Esas, 2013/1764 Karar sayılı olan davasında uygulama yeri bulunan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen 'Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması' şeklindeki 105/A maddesinin 7. fıkrasının (c) bendinin Anayasa'nın 38/2 maddesine aykırı görmesi nedeniyle ANAYASA MAHKEMESİ'NE İPTAL TALEBİ İLE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2- Hükümlü (...) hakkındaki İNFAZIN DURDURULMASINA,

3- Hâkimliğimizin 2013/1732 Esas, 2013/1764 Karar sayılı olan davasında 6216 sayılı Kanun'un 40/5. maddesinde düzenlenen 5 aylık sürenin gözönüne alınmasına,

4- Karar aslının ve dosyanın onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine,

Dair karar; dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda verildi."

D- E.2013/159 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Hükümlü 23/10/2013 havale tarihli itiraz dilekçesi ile, hakkında verilmiş olan kapalı ceza infaz kurumuna gönderme kararının hukuka aykırı olduğunu, suçsuz olduğunu ve mahkemece tutuksuz yargılanmasına karar verildiğini, bu nedenle gereğinin yapılmasını arz ve talep ettiğini beyan etmiştir.

Hukuki Süreç:

Hükümlü hakkında Kozan İnfaz Hâkimliği'nin 08/05/2013 tarih ve 2013/302 D. İş sayılı kararı ile cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilmiştir.

Akabinde Kadirli Cumhuriyet Başsavcılığının 04/09/2013 tarih, 2013/3644 soruşturma sayılı dosyası incelendiğinde 22/08/2013 tarihinde 'Silahla Yaralama' suçundan soruşturma yapıldığının bildirildiği görülmüştür.

TCK 86/(1) Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Ek fıkra: 31/3/2005 - 5328/4 md.) Kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine, dört aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezasına hükmolunur.

(3) Kasten yaralama suçunun;

a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı,

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı,

c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle,

d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle,

e) Silahla,

işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Bu şekilde hükümlünün şüpheli olarak üzerine atılı eylemde alt sınırının 1 yıl veya daha fazla olduğu anlaşılmakla Mahkememizin 09/09/2013 tarih ve 2013/1176 Kararımızla Denetimli Serbestlik kararının geri alınarak Kapalı Ceza İnfaz Kurumuna gönderilmesine karar verilmiştir.

İptali İstenen Kanun Maddesi:

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen 'Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması' şeklindeki 105/A maddesinin 7. fıkrasının (c) bendi'.

Hâkimliğimizin Başvuru Yetkisi:

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun 40. maddesinde, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, bu davada uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde itiraz yoluna başvurabileceği düzenlenmiştir.

5275 sayılı Kanunu'nun 105/A maddesinin 7. fıkrasının (c) bendinin Hâkimliğimizin 09/09/2013 tarih ve 2013/1201 Esas, 2013/1176 Karar sayılı dosyasında uygulanacak olan kanun maddesi olması ve Hâkimliğimiz tarafından Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varılması karşısında itiraz yoluna başvuru yetkisi taşıdığı anlaşılmıştır.

Anayasaya Aykırılık ile ilgili Gerekçeler:

Anayasa'nın 38. maddesinin 4. fıkrasında 'Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz' düzenlemesini bulundurmak suretiyle masumiyet karinesi açıkça benimsenmiştir.

Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 2. fıkrasına göre 'Hakkında suç isnadı bulunan bir kimse, hukuka göre suçlu olduğu kanıtlanıncaya kadar masum sayılır'. Bu madde masumiyet karinesini güvence altına almaktadır.

Anayasa'ya aykırılık iddiası ile itiraz yoluna konu olan 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinde denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı konusu düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk beş fıkrasında denetimli serbestlik tedbirinin uygulanma şartları ve usulü düzenlenmiştir. Altıncı ve yedinci fıkralarında ise denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilme halleri düzenlenmiştir.

5275 sayılı Yasanın 105/A-7. fıkrasında;

'Hükümlü hakkında;

a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

b) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi,

c) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması,

Hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. Hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.' denilmektedir.

Bu maddenin (c) fıkrasının düzenlemesine göre hükümlünün 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesine göre denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması halinde denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hakimi tarafından hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi gerekmektedir.

Hükümlünün faydalandığı denetimli serbestlik tedbirinin mahrum kalmasına ve bu tedbirin sona erdirilerek kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi için hakkında suç tarihi denetimli serbestlik tedbirinin başlanmasından sonra olan ve alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılmasına yeterli görülmektedir.

Bu ise uygulamada yer yer olumsuz ve haksız bazı uygulamalarla kişilerin mağduriyetine yol açabilecektir. Örnek vermek gerekir ise Denetimli Serbestlikten faydalanmaya başlandıktan sonra hükümlü hakkında bir telefon kulübesinde

kimliği belirsiz şahıslarca, hükümlünün Denetimli Serbestlik içerisinde işlenen bir cinayetin faili olduğu iddia edilen bir telefon ihbarı ya da bir şahsın hükümlü tarafından kendisini silahla tehdit ettiği gerekçesiyle kolluk ya da Cumhuriyet Savcılığı'na müracaatı sonucunda hükümlü hakkında soruşturma başlayacak ve bazen soruşturmanın sonuçlanması aylar ve hatta yıllar alabilecektir. Bu ise şikayet hakkının kötü niyetli şahıslar tarafından kullanılması halinde, masumiyet karinesini taşıyan hükümlü aleyhine sonuç doğuracak ve (c) bendi gereğince kapalı ceza infaz kurumuna gönderilecektir.

Söz konusu maddenin Anayasa'ya aykırı olup olmadığının değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak Anayasa'nın 38/2. maddesi ve AİHS'in 6/2 maddesinde de yer almakta olan masumiyet karinesi üzerinde durulması gerekmektedir. Sanığın suçlu olduğu hukuken ispatlanmış (buna ilişkin karar kesinleşmemiş) olmasına rağmen, başka bir yargısal karar veya kamu makamlarının beyanları ile suçlu olduğuna ilişkin bir görüş yansıtılması halinde masumiyet karinesinin ihlal edileceği açıktır. Buna göre, bir kişi ancak kesinleşmiş karar ile yasal açıdan suçlu sayılabilir.

Oysa ki, 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin 7. fıkrasının uygulanmasında, kişi hakkındaki soruşturma veya kovuşturma sonuçlanmaksızın suç işlediği kabul edilerek hakkındaki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmekte ve cezasını kapalı ceza infaz kurumunda çekmesine neden olunmaktadır. Kaldı ki denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına son verilmesine neden olan soruşturma veya kovuşturma aşamasında olan suç hakkında da ilgili Savcılık veya Mahkeme tarafından herhangi bir tedbire (tutuklama, adli kontrol vs.) başvurma ihtiyacı hissetmediği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu hakkı, suçlu olduğuna ilişkin ima veya ilan eden beyanlara dahi uygulaması (Allenet de Ribemont - Fransa, Y.B ve Diğerleri - Türkiye, Çelik - Türkiye) karşısında, kişinin tekrar ceza infaz kurumuna girmesine neden olacak bir kararın masumiyet karinesine aykırı olmadığını kabul etmesi imkansızdır. Bu durumda hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı olmaksızın peşinen suçlu kabul edilerek bu tür bir uygulamanın yapılmasının ileride kişinin mahkumiyet dışında başka bir kararla sonuçlanması halinde ise, telafisi imkansız zararlara neden olunacağı, sözkonusu maddenin masumiyet karinesini düzenleyen Anayasa'nın 38/2. maddesine aykırı olduğu ve AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6/2. maddesi ile bağdaşmadığı anlaşıldığından Hâkimliğimiz tarafından 6216 sayılı Kanun'un 40. maddesi uyarınca iptali için Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluna başvurulmasına, hükümlü açısından telafisi imkansız zararlara neden olunabileceği öngörülmekle infazın durdurulmasına karar vermek gerekmiştir.

KARAR : Yukarıda belirtilen nedenlerle;

1- Hâkimliğimizin 09/09/2013 tarih ve 2013/1201 Esas, 2013/1176 Karar sayılı olan davasında uygulama yeri bulunan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile eklenen 'Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması' şeklindeki 105/A maddesinin 7. fıkrasının (c) bendinin Anayasa'nın 38/2. maddesine ve AİHS'nin 6/2. maddesine aykırı görmesi nedeniyle ANAYASA MAHKEMESİNE İPTAL TALEBİ İLE İTİRAZ YOLUNA BAŞVURULMASINA,

2- Hükümlü (...) hakkındaki İnfazın 5275 sayılı Yasanın 98. maddesi gereğince DURDURULMASINA,

3- Hâkimliğimizin 09/09/2013 tarih ve 2013/1201 Esas, 2013/1176 Karar sayılı davasında 6216 sayılı Kanun'un 40/5. maddesinde düzenlenen 5 aylık sürenin gözönüne alınmasına,

4- Karar aslının ve dosyanın onaylı örneğinin Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine,

Dair karar; dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda verildi"

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

5275 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 105/A maddesi şöyledir:

"Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı

Madde 105/A- (Ek: 5/4/2012-6291/1 md.)

(1) Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla;

a) Açık ceza infaz kurumunda cezasının son altı ayını kesintisiz olarak geçiren,

b) Çocuk eğitimevinde toplam cezasının beşte birini tamamlayan,

koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi hâlli hükümlülerin talebi hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, ceza infaz kurumu idaresince hükümlü hakkında hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, infaz hâkimi tarafından karar verilebilir.

(2) Açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartları oluşmasına karşın, iradesi dışındaki bir nedenle açık ceza infaz kurumuna ayrılamayan veya bu nedenle kapalı ceza infaz kurumuna geri gönderilen iyi hâlli hükümlüler, açık ceza infaz kurumuna ayrılma şartlarının oluşmasından itibaren en az altı aylık sürenin geçmiş olması durumunda, diğer şartları da taşımaları hâlinde, birinci fıkrada düzenlenen infaz usulünden yararlanabilirler.

(3) Yukarıdaki fıkralarda düzenlenen infaz usulünden;

a) Sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler,

b) Maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan hükümlüler,

diğer şartları da taşımaları hâlinde yararlanabilirler. Ağır hastalık, engellilik veya kocama hâli, Adlî Tıp Kurumundan alınan veya Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adlî Tıp Kurumunca onaylanan bir raporla belgelendirilmelidir.

(4) Adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle, cezası hapse çevrilen hükümlülerin yukarıdaki fıkralardaki infaz usulünden yararlanmalarında, hak ederek tahliye tarihi esas alınır.

(5) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar;

a) Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması,

b) Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması,

c) Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi,

d) Belirlenen programlara katılması,

yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına, denetimli serbestlik müdürlüğünce karar verilir. Hükümlünün risk ve ihtiyaçları dikkate alınarak yükümlülükleri değiştirilebilir.

(6) Hükümlünün;

a) Ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne üç gün içinde müracaat etmemesi,

b) Hakkında belirlenen yükümlülüklere, denetimli serbestlik müdürlüğünün hazırladığı denetim ve iyileştirme programına, denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerileriyle hakkında hazırlanan denetim planına uymamakta ısrar etmesi,

c) Ceza infaz kurumuna geri dönmek istemesi,

hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine, infaz hâkimi tarafından karar verilir.

(7) Hükümlü hakkında;

a) İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 100 üncü maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

b) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi,

c) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması,

hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir. Hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verilir.

(8) Denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gereken sürenin bitiminden itibaren iki gün geçmiş olmasına karşın müracaat etmeyenler ile kapalı ceza infaz kurumuna iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmayan hükümlüler hakkında, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 292 nci ve 293 üncü maddelerinde yazılı hükümler uygulanır.

(9) Yükümlülüklerin gereklerine ve denetim planına uygun davranan hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, 107 nci ve 108 inci maddeler uyarınca işlem yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilir.

(10) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezaların infazına ilişkin esas ve usuller yönetmelikle düzenlenir."

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

1- E.2013/133 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ,

Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 28.11.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuru kararında, 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinin iptali istenilmiştir. Bakılmakta olan dava, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi sebebiyle hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine ilişkindir. Bu durumun düzenlendiği 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) bendi ise bakılmakta olan davada uygulanacak kuraldır.

Ancak söz konusu fıkranın (a) bendi, hükümlünün işlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi durumunda hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine ilişkindir. Fıkranın (c) bendi ise denetimli serbestlik tedbiri uygulamaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması hâlinde hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilmesi ile ilgili hükmü içermektedir. Bakılmakta olan davada ise hükümlü hakkında bir tutuklama kararı bulunmadığı gibi denetimli serbestlik tedbiri

uygulanması sonrasında işlediği iddia edilen bir suç da bulunmamaktadır. Dolayısıyla, 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a) ve (c) bentleri, Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Açıklanan nedenlerle;

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a, 5.4.2012 günlü, 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının;

A- (a) ve (c) bentlerinin, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu bentlere ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

B- (b) bendinin esasının incelenmesine,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

2- E.2013/135, E.2013/136 ve E.2013/159 Sayılı Başvurular Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 28.11.2013 ve 26.12.2013 günlerinde yapılan ilk inceleme toplantılarında, dosyalarda eksik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARLARI

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a, 5.4.2012 günlü, 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin iptaline karar verilmesi istemiyle yapılan E.2013/135 ve E.2013/136 sayılı itiraz başvurularının 28.11.2013 gününde, E.2013/159 sayılı itiraz başvurusunun ise 26.12.2013 gününde, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2013/133

sayılı dava ile birleştirilmesine, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2013/133 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararlarında, yargılama sonucunda mahkûm olup olmayacağı belli olmayan hükümlü hakkındaki denetimli serbestlik kararının geri alınarak kapalı cezaevine gönderilmesine karar verilmesinin *"suçsuzluk karinesi"* ile çeliştiği, bu nedenle itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin itiraz konusu kuralların da bulunduğu (7) numaralı fıkrasında, hükümlü hakkında;

a- İşlediği iddia olunan başka bir suçtan dolayı 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesinde sayılan nedenlerle tutuklama kararı verilmesi,

b- Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi,

c- Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması,

hâlinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hâkimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verileceği, hükümlü hakkında soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer

olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi hâlinde, hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hâkimi tarafından karar verileceği öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti, bir hukuk devleti olarak nitelendirilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında, *"Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz."* denilmektedir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan *"suçsuzluk karinesi"*, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin, adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır. Suçsuzluk karinesi uyarınca, bir kişinin suçlu olarak nitelendirilebilmesi ve hakkında ceza hukukunun alanına giren yaptırımların uygulanabilmesi, kesin hükümle mahkûm olmasına bağlıdır.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesinde, soruşturmanın; Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, kovuşturmanın ise iddianamenin kabulüyle başlayıp hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade ettiği belirtilmektedir. Aynı Kanun'un 160. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, Cumhuriyet savcısının, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlayacağı belirtilmekte, 170. maddesinde de kamu davasının açılması ile ilgili hususlar düzenlenmektedir. Kanun'un 170. maddesinin (2) numaralı fıkrasında soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin suçun işlendiği hususunda yeterli şüpheyi oluşturması durumunda Cumhuriyet savcısının iddianame düzenleyeceği, 175. maddesinde ise iddianamenin kabulüyle, kamu davasının açılmış olacağı ve kovuşturma evresinin başlayacağı öngörülmektedir.

Ceza hukukunda bir kişinin suçlu olarak kabul edilebilmesi için hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşmiş olması gerekir. Ceza muhakemesinin evrelerinden olan soruşturma ve kovuşturma aşamalarında ise kişi kesin hükümle mahkûm olmadığından suçlu olarak nitelendirilemez ve bu suç nedeniyle hakkında ceza hukuku alanına giren yaptırımlar uygulanamaz.

5275 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amacın, hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmak olduğu belirtilerek, suçlunun da diğer bireyler gibi onurlu bir yaşam hakkının bulunduğu bilincine vurgu yapılmış ve çağdaş ceza hukukunda benzer haklara ilişkin düzenlemelere yer verildiği görülmüştür.

Denetimli serbestlik suretiyle hapis cezasının infazı, özgürlüğü bağlayıcı cezanın kanunlarla belirlenecek bir alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözlemleyerek cezasının koşullu salıverilmeden önceki bir yılını dışarıda geçirmesini sağlayan bir tedbirdir. Bu yöntemde işlenen suçun, denetimli serbestlik açısından belirleyici bir niteliği bulunmamakta, verilen cezanın çekilen süresi ve iyi halli olma koşulları aranmaktadır.

Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması ile de hükümlülerin; yeniden suç işleme risklerinin azaltılması, sosyal hayata hazırlanmalarına imkân sağlanması, tahliye şartlarına uyumun gerçekleştirilmesi, toplumsal kurallara uyma becerilerinin geliştirilmesi, toplumun hükümlüye olumsuz bakışının azaltılması ve ailesi ile görüşmesinin sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

İtiraz konusu kurallar uyarınca hükümlüler hakkında; denetimli serbestlik kararının verilmesinden önce veya sonra, kurallarda cezalarının alt ve üst hadleri gösterilen suçları işledikleri iddiasıyla soruşturma veya kovuşturmaya başlanmış olması veya devam edilmesi hâlinde tekrar kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmeleri kanun koyucu tarafından bir tedbir olarak düzenlenmiş ise de, söz konusu kurallar bu kişilerin suçlu sayıldıkları gerekçesiyle bir yaptırım niteliğine dönüşmektedir. Bunun

yanında kurallar, denetimli serbestlikten yararlanma hakkını ve denetimli serbestlik kurumundan hükümlü ve toplum lehine beklenen kamusal yararı ortadan kaldırmaktadır. Kanunun çıkarılma amacı ile çelişen bu hususlar ise hükümlülerin henüz işleyip işlemedikleri belirli olmayan bir suçtan dolayı suçlu olarak nitelendirilmelerine yol açıp Anayasa'nın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen *"suçsuzluk karinesi"* ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, itiraz konusu kurallar, ilgilileri, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından ve bu olanağı yürürlüğe koyan üstün hukuk kurallarından yararlanmalarını engellemekte ve hukuk devletinin ilkelerinden olan hukuki güvenlik ilkesini de ihlal etmektedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kurallar Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırıdır. İptalleri gerekir.

Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ve Zühtü ARSLAN, bu görüşe, yalnızca itiraz konusu kurallarda yer alan *"…soruşturma…"* ibareleri yönünden farklı gerekçeyle katılmışlar, kalan bölümler yönünden ise katılmamışlardır.

M. Emin KUZ bu görüşe katılmamıştır.

VII- SONUÇ

13.12.2004 günlü, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a, 5.4.2012 günlü, 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin Anayasa'ya aykırı olduklarına ve İPTALLERİNE, Alparslan ALTAN, Engin YILDIRIM, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN ile Zühtü ARSLAN'ın yalnızca bentlerde yer alan *"…soruşturma…"* ibarelerinin iptaline, kalan bölümlere ilişkin itirazların ise reddine karar verilmesi gerektiği yönündeki görüşleri ve karşıoyları, M.Emin KUZ'un ise itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar verilmesi gerektiği yönündeki karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 26.12.2013 gününde karar verildi.

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

Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ

FARKLI GEREKÇE VE KARŞIOY GEREKÇESİ

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 105/A maddesinin itiraz konusu kuralların da yer aldığı (7) numaralı fıkrası uyarınca "*Hükümlü hakkında; … **b) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlanmasından önce işlediği iddia olunan ve cezasının üst sınırı yedi yıldan az olmayan bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturmaya devam edilmesi, c) Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla olan kasıtlı bir suçtan dolayı soruşturma veya kovuşturma başlatılması**, halinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, infaz hakimi tarafından, hükümlünün kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verilir*."

1) Mahkememiz çoğunluğu itiraz konusu (b) ve (c) bentlerinin, kişilerin "masumiyet karinesi"ni ve "hukuk güvenliği"ni ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğuna ve iptallerine karar vermiştir. İptali istenen bentlerde yer alan "soruşturma" kelimesinin iptali yönündeki çoğunluk görüşüne aşağıdaki farklı gerekçeyle katılıyoruz.

Kanun koyucu, ceza siyasetinin tayininde ve bu bağlamda hükümlülerin ıslahı ve topluma kazandırılmasının araçlarını belirlemede

anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, Anayasa'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hukuk devleti, ceza ve infaz hukukunda kanun koyucunun takdir yetkisini kullanırken başvurulan tedbirlerin gözetilen amaçla orantılı olmasını gerektirmektedir.

İptali istenen kurallarda, hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbirinin uygulamaya başlanmasından önce veya sonra bir soruşturma veya kovuşturmanın başlaması ve devam etmesi denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasına engel olarak görülmektedir. Burada, "soruşturma" ile "kovuşturma"nın ölçülülük ilkesi bakımından ayrı değerlendirilmesi gerekir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2. maddesine göre, soruşturma "yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi"; kovuşturma ise "iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen süreyi" ifade etmektedir.

Soruşturmanın başlatılması için "bir suçun işlendiği izlenimini veren" bir şüphenin varlığı yeterli olabilir. Bu nedenle, soruşturma süreci bir ihbarla başlatılabilir. Nitekim 5271 sayılı Kanun'un 160. maddesine göre, "Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hali öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar."

Kovuşturmanın başlatılabilmesi için ise basit bir suç şüphesinin ötesinde, ileri sürülen suçun işlendiğine dair şüphenin belirli bir yoğunluk kazanması gerekir. Nitekim, kovuşturma evresinin Cumhuriyet savcısının topladığı deliller çerçevesinde hazırladığı iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesiyle başlaması da bunu göstermektedir.

Bu çerçevede, basit bir ihbar veya muhtemel bir iftirayla başlatılabilecek ve devam ettirilebilecek bir soruşturma nedeniyle, kişilerin denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmalarının engellenmesi ölçülü değildir. Bu nedenle, itiraz konusu kurallarda yer alan "soruşturma" ibaresinin, hukuk devletinin gerektirdiği hakkaniyet ve ölçülülük ilkeleriyle bağdaşmadığından iptali gerekir.

2) Mahkememiz çoğunluğu itiraz konusu (b) ve (c) bentlerinin, kişilerin "masumiyet karinesi"ni ve "hukuk güvenliği"ni ihlal ettiği gerekçesiyle

Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğuna ve iptallerine karar vermiştir. Aşağıdaki gerekçelerle çoğunluğun bu görüşüne katılmıyoruz.

a) Anayasa'nın 38. Maddesi Bakımından İnceleme

Denetimli serbestlik tedbiri, 5275 sayılı Kanun'un 105/A maddesinin (1) numaralı fıkrasında ifade edildiği üzere, "Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla" belli şartlara bağlı olarak tanınan bir imkandır. Bu anlamda denetimli serbestlik, kanunda belirtilen şartlar sağlandığında infaz hakimi tarafından "verilebilecek" bir tedbir niteliğinde olup, kişilere her durumda mutlaka sağlanması gereken bir hak teşkil etmemektedir.

Bir an için denetimli serbestlik tedbirinin ilgili kişiler açısından bir hak olduğu kabul edilse bile, bunun mutlak olduğu ve hiçbir şarta bağlı kılınamayacağı savunulamaz. Zira kanun koyucu, hükümlülerin dış dünyaya uyumunu sağlama amacına yönelik böyle bir düzenleme yaparken, bu amacın hangi durumlarda gerçekleşeceğini belirleme ve bilhassa toplumu suçlular karşısında koruyacak tedbirleri de gözetme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

Masumiyet karinesi, Anayasa'nın 38. maddesinde "Şuçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz", Anayasa'nın 15. maddesinde de "suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz" şeklinde ifadesini bulan ve hiçbir durumda sınırlandırılamayan çekirdek haklar arasındadır.

Masumiyet karinesi, yargılama sonuçlanmadan kişilerin peşinen suçlu ilan edilmesini ve suçlu muamelesi görmesini engelleyen bir ilkedir. Bununla birlikte, masumiyet karinesi, ceza ve infaz hukukunda kişileri peşinen suçlu ilan etmeden bazı tedbirlerin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Örneğin, tutukluluk veya yurt dışına çıkış yasağı gibi tedbirler masumiyet karinesiyle çelişmemektedir. Bu nedenle, masumiyet karinesinin, tanımı ve gerekleri anayasal sınırların ötesine geçecek şekilde genişletilerek soruşturma ve kovuşturma gibi süreçlere bağlı hukuki sonuçları işlevsiz kılacak şekilde yorumlanması isabetli değildir.

İptali istenen kuralların, masumiyet karinesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Bu kurallar, denetimli serbestlikten faydalanacak kişilerin haklarında

denetimli serbestlik kararının verilmesinden önce veya sonra alt ve üst sınırları belirtilen suçları işledikleri iddiasıyla soruşturma veya kovuşturmaya başlanması veya devam edilmesi nedeniyle yeniden kapalı cezaevine gönderilmelerini düzenlemektedir. Bu durumdaki kişiler hakkındaki denetimli serbestlik tedbirinin kaldırılması, bir yaptırımdan ziyade denetimli serbestlikten yararlanma şartlarına sahip olmamalarının doğal sonucudur.

Bir an için yaptırım olarak nitelense bile, bu yaptırımın masumiyet karinesiyle ilgisi bulunmamaktadır. Bu durumdaki kişilerin, haklarında başlatılan veya devam edilen soruşturma veya kovuşturmaya konu suçları işlediklerine dair "şüphe"nin bulunması kanun koyucunun bu kişileri peşinen "suçlu" kabul ettiği anlamına gelmez. Burada masumiyet karinesine aykırı şekilde, bu kişilerin "suçluluğu hükmen sabit olmadan, suçlu sayılması" gibi bir durum söz konusu değildir.

Kanun koyucu, denetimli serbestlikten beklenen yarar ile toplumun korunması temelindeki yararı dikkate almak suretiyle, hükümlünün denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasından önce veya sonra bir suç işlediği şüphesinin bulunmasını denetimli serbestliğin sağlayacağı amacın gerçekleşmesi önünde bir engel olarak görmüştür. Nitekim, iptali istenen kuralların devamında, söz konusu şüphenin izale edilmesi, kanundaki ifadesiyle "soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı veya kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi" durumunda denetimli serbestlik tedbirinin uygulanacağı belirtilmektedir.

Bu gerekçelerle, kuralların Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

b) Anayasa'nın 2. Maddesi Bakımından İnceleme

Mahkememiz çoğunluğu, iptali istenen kuralların "ilgilileri, suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları olanağından ve bu olanağı yürürlüğe koyan üstün hukuk kurallarından yararlanmalarını engellemekte ve hukuki güvenliklerini ihlal etmekte" olduğundan hukuk devleti ilkesine de aykırı olduğu görüşündedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, kurallarda kişilerin masumiyet karinesinin sağladığı imkanlardan yararlanmasını engelleyen hiçbir düzenleme

bulunmamaktadır. Zira masumiyet karinesi, suçluluğu sabit oluncaya kadar hiç kimsenin bir suç soruşturması veya kovuşturması nedeniyle denetimli serbestlik imkanından mahrum bırakılmaması gibi bir sonucu gerektirmemektedir.

Diğer yandan, iptali istenen kuralların kişilerin hukuk güvenliğini ihlal ettikleri de söylenemez. Kanun koyucunun, belli bir tedbiri düzenlerken bunu belli şartların gerçekleşmesine bağlaması ve bu şartları sağlamadığı anlaşılanların söz konusu tedbirden yararlandırılmaması hukuk güvenliğini zedeleyen bir durum değildir. Hukuk güvenliği, kişilerin hangi durumda hangi imkanlardan yararlanacaklarının açık, genel ve soyut kurallarla önceden belirlenmesini gerektirir. İptal edilen kuralların bu şartları sağlamadığı, dolayısıyla kişilerin hukuki güvenliklerini ihlal ettiği söylenemez.

İptali istenen bentlerde yer alan "soruşturma" ibaresi dışındaki ibare ve hükümler açısından bir orantısızlık da söz konusu değildir. Soruşturmadan farklı olarak, kovuşturmanın başlatılabilmesi için basit bir suç şüphesinin ötesinde, ileri sürülen suçun işlendiğine dair şüphenin belirli bir yoğunluk kazanması, Cumhuriyet savcısının topladığı deliller çerçevesinde hazırladığı iddianamenin mahkeme tarafından kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu çerçevede, iptali istenen kurallarda yer alan "soruşturma" ibaresi dışında kalan hükümlerin gerek suçun işlenmiş olabileceğine dair kuvvetli bir şüphe içermeleri, gerekse "kovuşturma" şartının kanunda alt ve üst ceza sınırları gösterilen suçlar için geçerli olması nedeniyle ölçülü olmadıkları söylenemez.

Açıklanan nedenlerle, iptali istenen kurallardaki "soruşturma" ibaresi dışındaki ibare ve hükümlerin de Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

Başkanvekili Alparslan ALTAN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Zühtü ARSLAN

KARŞIOY GEREKÇESİ

5275 sayılı Kanunun 105/A maddesinin, denetimli serbestliğin sona ermesini gerektiren durumları belirleyen yedinci fıkrasının (b) ve (c) bentlerinin, hukuk devleti ilkesi ve suçsuzluk karinesi ile bağdaşmadığı gerekçesiyle Anayasanın 2. ve 38. maddelerine aykırı olduğuna ve iptaline karar verilmiştir.

Kanunun genel ve madde gerekçelerinde, denetimli serbestliğin, hükümlülerin topluma uyum sağlamalarının kolaylaştırılması ve yeniden suç işleme risklerinin azaltılması için ceza infaz kurumundan erken salıverilmelerini amaçladığı; bu çerçevede tedbirin kapsamının kanunla belirleneceği ve belli şartları taşıyan hükümlülere bu imkânın sağlanacağı belirtilmektedir. İptaline karar verilen bentlerde de bu amaçlara ulaşılması bakımından zorunlu görülen şartlardan ikisi yer almaktadır. Buna göre, hükümlünün denetimli serbestlik imkânından yararlanmaya devam edebilmesi için, bu tedbirin uygulanmaya başlanmasından önce veya sonra işlediği iddia olunan bir suçtan dolayı hakkında soruşturma veya kovuşturma devam etmemesi yahut başlatılmaması gerekmektedir.

Böylece, yasama organının, soruşturma ve kovuşturmalara devam edilmemesini veya yenilerinin başlatılmamasını, hükümlünün denetimli serbestlikten yararlanabilmesi için kişiliğine ve iyi hâline ilişkin şartlar olarak öngördüğü anlaşılmaktadır. Denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmak hükümlü açısından bir hak değil, onun kişiliğine ve iyi hâlli olmasına bağlı olarak uygulanabilecek şartlı bir tedbirdir. Şartların bulunmadığının anlaşılması veya kaybedilmesi hâlinde denetimli serbestlik sona erdirilir.

Anayasa Mahkemesi de, bu tür tedbirlerin uygulanmasının hükümlü için yasal bir hak değil, bir lütuf ve atıfet olduğunu belirtmiştir (28.2.2008 tarihli ve E.2006/71, K.2008/69 sayılı Karar). Kararda bu uygulamaların toplum bakımından yararlı uygulamalar olduğu; suçu, cezayı ve bu tür tedbirleri takdir ve tayin etme yetkisinin ise yasama organına ait bulunduğu hükme bağlanmıştır.

Hükümlünün denetimli serbestlik tedbirine konu olan cezası da, bu tedbirin kaldırılarak hükümlünün tekrar ceza infaz kurumuna gönderilmesini gerektiren ceza da önceki bir suç sebebiyle verilen, kesinleşmiş yargı

kararına dayalı aynı hapis cezasıdır. Başka bir anlatımla, itiraz konusu kurallara dayanılarak infazına devam edilen hapis cezası, soruşturma veya kovuşturma konusu olan suçun değil, önceden işlenmiş ve mahkûmiyetle sonuçlanmış suça ilişkin kesinleşmiş yargı kararının sonucudur. İşlediği iddia edilen bir suçtan dolayı hakkındaki soruşturma veya kovuşturmaya devam edilen ya da hakkında yeni bir soruşturma veya kovuşturma başlatılan hükümlünün, işlendiği iddia edilen ve henüz mahkûmiyetle sonuçlanmayan bu suç için öngörülen cezanın infazı için değil, önceki hapis cezasının kalan kısmı için ceza infaz kurumuna gönderilmesine karar verileceğinden, (b) ve (c) bentlerinde yer verilen kuralların suçsuzluk karinesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, anılan kuralların, ilgililerin suçlulukları ispatlanıncaya kadar suçsuz sayılmaları imkânından yararlanmalarını engellediği ve hukukî güvenliklerini ihlal ettiği gerekçesiyle hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmadığı yönündeki tesbite de yukarıdaki sebeplerle katılmak mümkün değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, denetimli serbestlik bir hak değil, mahkemenin, hükümlünün kişiliğine ve iyi hâlli olmasına bağlı olarak, ayrıca bu tedbirin toplumun ve hükümlünün yararına olacağına kanaat getirmesi şartıyla kullanabileceği bir yetki olduğundan, yasama organının, bu şartların bulunmadığı veya sonradan kaybedildiği konusunda şüphe oluşması hâlinde anılan tedbir uygulamasının sona erdirilmesine imkân sağlayan bir düzenleme getirmesi takdir yetkisi içindedir.

Anayasa Mahkemesinin kararlarında da, hukuk devletinde ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleriyle bunların infazına ilişkin düzenlemelerin devletin suç ve ceza siyasetine bağlı olduğu ve kanun koyucunun takdir yetkisi içinde bulunduğu kabul edildiğinden, yasama organının, denetimli serbestliğin kapsamı ile uygulanmasının ve sona erdirilmesinin şartlarını belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olduğu açıktır.

Bu çerçevede, Ceza Muhakemesi Kanununda yer verilen hükümlerin, soruşturma açılması veya soruşturmaya devam edilebilmesi için suçun işlenip işlenmediği konusunda yeterli şüphenin bulunmasını gerektirmediği, dolayısıyla anılan tedbirin kaldırılması bakımından soruşturmanın kovuşturmadan farklı olarak ölçülülük ilkesine aykırı olduğu düşünülebilirse de, bir lütuf ve atıfet olarak öngörülen denetimli serbestlik müessesesinin kapsamını, bundan yararlanma ve sona erdirme şartlarını belirleyen yasama organının, soruşturma ve kovuşturma arasında fark gözetmeksizin,

bunlara devam edilmesini yahut yenilerinin başlatılmasını denetimli serbestlik tedbirinin sona erdirilmesi için yeterli bulduğu ve toplumun ve hükümlünün yararı ile hükümlünün iyi hâlli olup olmadığının göstergesi olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Kuşkusuz bu değerlendirme de ceza siyasetinin alanı içindedir ve bu hususlarda da kanun koyucu takdir yetkisini haizdir.

Bu sebeplerle, itiraz konusu kuralların Anayasaya aykırı olmadığını ve itirazın reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğümden, iptal yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

Esas Sayısı : 2013/61
Karar Sayısı : 2014/3
Karar Günü : 16.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Eskişehir 4. Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 10.7.1953 günlü, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 15. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 158. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanık hakkında bıçak veya diğer aletleri izinsiz olarak taşıma suçundan açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"1- 6136 sayılı Yasanın 15/1. maddesinde bu kanun hükümlerine aykırı olarak 4. maddede yazılı olan "bıçak veya diğer aletleri veya benzerlerini satanlar, satmaya aracılık edenler, satın alanlar, taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında 6 aydan 1 yıla kadar hapis ve 25 günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmolunur" cezası yer almaktadır.

2-Maalesef daha çok bu maddenin uygulandığı sustalı bıçaklar çarşı pazarda rahatlıkla satılabilmekte, gençlerimiz de bunları bilmeden alıp taşımaktadır. Bu konuda ne satıcının ne de alıcının cezai müeyyidesinden haberdar olduğu

söylenemez. Bir çok gencimiz küçük yaşta bu nedenlerle sabıkalı duruma gelmektedir.

3- Sadece sustalı bıçak taşımanın müeyyidesi asgari 6 ay hapisten başlamasına karşılık bıçakla kasten yaralamanın müeyyidesi de (basit tıbbi müdahale ile giderilebilen durumlarda) yine 6 ay hapis ***veya*** *adli para cezası ile müeyyidelendirilmiştir.*

4- Evrensel hukuk kuralları gereği suç ve cezaların orantılı olması gerektiği, piyasada rahatlıkla alınıp satılabilen ve yeterince denetimi olmayan ve gençlerin bu bıçakları rahatlıkla çarşıda bulup satın alabilecekleri bir ortamda (nitekim sanık savunmalarından yola çıkılarak bu bıçakların Eskişehir ilinde, görev yapılan diğer şehirlerde rahatlıkla alınıp satılabildiği beyanları ve gözlemleri nedeniyle Eskişehir Emniyet Müdürlüğüne bu konuda arama yapılması dikkat edilmesi konusunda 2012 yılının sonlarında mahkememizce yazı yazılmış olup, bu yazıya rağmen Mart 2013 tarihinde Eskişehir Valiliği'ne 200 metre mesafede anahtar bıçak v.s. satan bir dükkânda yine sustalı bıçakların rahatlıkla satıldığının gözlemlendiği), dolayısıyla yeteri denetimin tüm Türkiye'de yapılmadığının anlaşıldığı, gençlerimizin ise bu konuda bilinçlendirdiğimizi söylemenin zor olduğunu, "kanunu bilmemek mazeret sayılmaz" kılıfına sığınarak bilinçsiz gençliği alt sınırı 6 aydan başlayan hapis cezası ile mahkum etmenin suç ve cezaların orantılılığı ile Hukuk Devleti ilkesine aykırı olduğu kanaatine varılmıştır.

Yukarıda anılan nedenlerle 6136 sayılı Yasanın 15/1. maddesindeki müeyyidenin Anayasa'nın 2. maddesindeki Hukuk Devleti, 10. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesi (eşit suça eşit ceza ilkesine aykırılık) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesindeki adil yargılama hakkına aykırı olduğu kanaati ile Anayasanın 152. maddesi gereği 6136 sayılı Yasanın 15/1. maddesinin iptali gerektiği kanaati ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un itiraz konusu kuralı da içeren 15. maddesi şöyledir:

"Madde 15- (Değişik: 12/6/1979 - 2249/10 md.)

(Değişik birinci fıkra: 23/1/2008-5728/158 md.) Bu Kanun hükümlerine aykırı olarak 4 üncü maddede yazılı olan bıçak veya diğer aletleri veya benzerlerini satanlar, satmaya aracılık edenler, satın alanlar, taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis ve yirmibeş günden az olmamak üzere adlî para cezasına hükmolunur.

Bu madde kapsamına giren bıçak veya diğer aletlerin veya benzerlerinin sayı veya nitelik bakımından vahim olması halinde yukarıdaki fıkraya göre hükmolunacak cezalar yarıdan bir katına kadar artırılır.

Bu Kanunun 4 üncü maddesine göre yapımına izin verilen bıçakları veya diğer aletleri veya benzerlerini kullanma amacı dışında satanlar, satmaya aracılık edenler, satın alanlar, taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında birinci fıkradaki; o bıçak veya diğer aletlerin veya benzerlerinin sayı ve nitelik bakımından vahim olması halinde de ikinci fıkradaki cezalar hükmolunur.

(Ek fıkra: 23/1/2008-5728/158 md.) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin üçüncü fıkrasında yazılı olan yivli ve yivsiz silahlarla bıçak ve diğer aletleri, hal ve şartlara göre sırf saldırıda kullanmak amacıyla taşıyanlar, üç aya kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

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

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 6.6.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kural kapsamında olan bıçakların rahatlıkla satılabildiği, bu bıçakların taşınmasının suç olduğunun bilinmediği, evrensel hukuk kuralları gereğince suç ve cezaların orantılı olması gerekirken bu eylem için öngörülen ceza ile kasten yaralama suçu için öngörülen ceza miktarında orantısızlık bulunduğu, itiraz konusu kuralın kapsadığı silahlar bakımından yeteri kadar denetimin yapılmadığı, kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesine dayanılarak bu suçun faillerinin itiraz konusu kural uyarınca alt sınırı altı aydan başlayan hapis cezası cezalandırılmasının adil olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un 1. maddesinde, ateşli silahlarla mermilerinin ve bıçaklarla salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel olarak yapılmış bulunan diğer aletlerin memlekete sokulması, yapılması, satılması, satın alınması, taşınması veya bulundurulmasının bu Kanun hükümlerine tabi olduğu hüküm altına alınmış; 15. maddesinin itiraz konusu (1) numaralı fıkrasında ise bu Kanun hükümlerine aykırı olarak 4. maddede yazılı olan bıçak veya diğer aletleri veya benzerlerini satanlar, satmaya aracılık edenler, satın alanlar, taşıyanlar veya bulunduranlar hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis ve yirmi beş günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmolunacağı kurala bağlanmıştır.

Kanun'un 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında da "*Ülke içinde kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli veya zinciri, muşta ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletlerin yapımı yasaktır. Bunlardan bir sanat veya mesleğin icrası için kullanılması zorunlu bulunanların yapımına İçişleri Bakanlığınca yapılacak bir yönetmelikte belirlenen kurallara göre izin verilir.*" denilmiştir. Maddede geçen "*saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletler*" ibaresiyle kastedilen ateşli silahlar, mermiler ve bıçaklar dışında saldırı ve savunma

için yapılmış diğer aletlerdir. Buna göre, ev gereçlerinden olmayan, tababet, sanayi, tarım, spor için kullanılmayan, bir meslek ve sanatın icrası için gerekli olmayan salt saldırı ve savunmada kullanılmak amacıyla özel olarak imal edilmiş kesici, delici ve bereleyici aletler itiraz konusu kural kapsamında kalmaktadır. Öte yandan 2521 sayılı Avda ve Sporda Kullanılan Tüfekler, Nişan Tabancaları ve Av Bıçaklarının Yapımı, Alımı, Satımı ve Bulundurulmasına Dair Kanun hükümlerine tabi olan av bıçaklarının da yapılması, satılması, satın alınması, bulundurulması ve taşınması eylemleri de itiraz konusu kuralda düzenlenen suçu oluşturmamaktadır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinde, ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından ise kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve ceza hukukunun ana kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçüde ceza yaptırımları veya ceza yaptırımına seçenek yaptırımlarla karşılanacağı, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öğe olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Kanun koyucu bu takdir yetkisini kullanırken diğer bir ifade ile herhangi bir konuda düzenleme yaparken kişi yararı kadar kamu yararını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Dolayısıyla kanun koyucu, kimi suçların niteliğini, işlenme biçimini, toplum için verdiği zararı da gözeterek değişik cezalar verilmesini öngörebilir.

İtiraz konusu kuralla, toplumun, bulundurulması ve taşınması yasak olan silahlardan arındırılması, ülkede barış ve huzurun sağlanması amacıyla Kanun'un 4. maddesinde sayılan aletler ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletlerin satılması, satılmasına aracılık edilmesi, satın alınması, taşınması veya bulundurulması eylemlerinin yaptırıma bağlanmasının kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kaldığı açıktır. Bununla birlikte suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir suç

için konulmuş ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekir. Bu yönüyle de kanun koyucu, silahın toplum üzerindeki tehlikesini ve silahla işlenen suçların artışını dikkate alarak itiraz konusu kuralda düzenlenen suç için altı aydan bir yıla kadar hapis ve yirmi beş günden az olmamak üzere adli para cezasına hükmolunacağını benimsemiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun, takdir yetkisine dayanarak ve eylemin meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak düzenlediği kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Diğer taraftan başvuru kararında kuralda sayılan eylemlerin suç olduğunun bilinmediği ileri sürülmüşse de kişinin işlediği fiilden dolayı kusurlu ve sorumlu tutulabilmesi için, bu fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesinin yeterli olması, kişinin, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğunu bilmesine rağmen, bunun kanunda suç olarak tanımlandığını bilmemesinin bir öneminin bulunmaması karşısında kuralda yer alan eylemler nedeniyle kişilerin sorumlu tutulamayacağından bahsetmek mümkün değildir. Başka bir anlatımla kişinin işlediği fiilin hukuken kabul görmez bir davranış olduğunun bilincinde olması ceza hukuku bakımından sorumluluk için yeterlidir. Bu bağlamda kanun koyucu tarafından haksızlık oluşturduğu kabul gören Kanun'un 4. maddesinde sayılan aletler ile salt saldırı ve savunmada kullanılmak üzere özel nitelikteki benzeri aletlerin satılması, satılmaya aracılık edilmesi, satın alınması, taşınması veya bulundurulması eylemlerinin kuralla yaptırıma bağlanmasının ceza hukukunun temel kurallarına ve hukuk devleti ilkesine aykırılığından söz edilemez.

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

Kuralın Anayasa'nın 10. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

VI- SONUÇ

10.7.1953 günlü, 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 15. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 158. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 16.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/92
Karar Sayısı : 2014/6
Karar Günü : 16.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Muş Sulh Ceza Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesinin Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Temyiz incelemesi için Yargıtaya gönderilen ve henüz tebliğname düzenlenmemiş olan dosyanın temyiz incelemesinden geçmeksizin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca 6352 sayılı Kanun uyarınca değerlendirilme yapılması gerektiğinden bahisle iade edilmesi üzerine, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Muş Cumhuriyet Başsavcılığının 2011/2021 no.lu iddianamesi ile mahkememizin 2012/20 esasına kayıtlı olan davada, mahkememizce 2012/269 karar numaralı kararı ile beraat kararı verilmiş olup, Muş Cumhuriyet Başsavcılığının 30.05.2012 tarihli temyiz talebi mahkememizin 2012/46 temyiz sırasına kayıt edilerek dosya temyiz incelemesi için Yargıtay'a gönderilmiştir. Ancak dosya Yargıtay'da hiç bir temyiz incelemesinden geçmeksizin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 29.01.2013 tarih ve 8-2012/203292 sayılı yazısı ile "hükümden sonra yürürlüğe

giren 02.07.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasanın 77 ila 94 maddelerinde değişiklik yapan hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağının değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması nedeniyle" mahkememize iade edilmiştir. 6352 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi *"Bu Kanunda yapılan değişiklikler karşısında; ilgili suçlardan dolayı açılan ve temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca... hükmü veren mahkemeye gönderilir," şeklindedir.*

Anayasa'ya göre yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır, Cumhuriyet Başsavcılıklarına mahkeme olma görev ve sıfatının verilmemiştir, ceza yargısı hukukunun hiçbir kurum, kural ve kavramıyla bağdaşmayan bu düzenleme Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına verilen dosyaların mahkemelerine iadesine dair kararı bozma kararı niteliğine getirmiştir. Temyiz aşamasında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı görevi, tebliğname düzenleyerek dosyayı ilgili dairesine göndermektir. Hakimler görevlerinde bağımsız olup, kanuna, hukuka uygun olarak ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler, hiçbir organ, makam, mercii veya kişinin yargı yetkisinin kullanılmasında emir ve talimat veremez. Temyiz yargı yetkisini kullanma görevinin mahkeme ile birlikte Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına veren bu yasa normu davaların en az giderle ve süratle sonuçlandırılmasına da engeldir. Yeniden duruşma yapılmak suretiyle tarafların kanuni hakim güvencesinden yoksun kılınmaktadır. 6352 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi suç ve cezalara ilişkin esaslar ile temel hak ve hürriyetleri zedelemesi nedeniyle, Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırıdır.

Zira mahkememiz, herhangi bir bozma kararı olmadığı halde, karar vererek elini çekmiş olduğu dosyayı yeniden esasına kaydedip duruşma açarak ve hükme esas teşkil eden suçla ilgili önceki ve sonraki yasalarda yer alan ilgili tüm hükümleri karşılaştırarak sanık lehine olan yasa hükmünü belirleyecek ve yeniden hüküm verecektir.

Anayasa'nın 6. maddesinde, hiç kimsenin veya organın kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisini kullanamayacağı; 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı; 154. maddesinin birinci fıkrasında da, mahkemelerce verilen kararların son inceleme yerinin Yargıtay olduğu hükme bağlanmıştır.

İtiraz konusu 6352 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi, ilk derece mahkemelerince verilip temyiz edilen hükümlerde başlamış olan temyiz sürecini

sonlandırarak, Ceza Yargılaması Yasası sistemine uygun olmayan biçimde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığını, ilk hükmün ortadan kalkmasına ve yeni bir hüküm kurulmasına neden olan karar mercii konumuna getirmektedir. Anayasa Mahkemesinin 2005/127 esas sayılı ve 2007/42 karar sayılı 05.04.2007 tarihli kararı da bu yöndedir. Açıklanan nedenlerle 6352 sayılı Kanun'un geçici 2. maddesi, Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.

6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesi uyarınca itiraz yoluyla incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine karar verildiğinden, başvuru kararımızın asıl, dava dosyamızın onaylı örneği, dizi listesine bağlanarak dosya yazımız ekinde gönderilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

Kanun'un itiraz konusu kural olan geçici 2. maddesi şöyledir:

"GEÇİCİ MADDE 2- (1) Bu Kanunda yapılan değişiklikler karşısında; ilgili suçlardan dolayı açılan ve temyiz aşamasında bulunan dava dosyalarından Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunanlar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca; Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyalar ise bu dairece, hükmü veren mahkemeye gönderilir.

(2) Abonelik esasına göre yararlanılabilen elektrik enerjisinin, suyun ve doğal gazın sahibinin rızası olmaksızın ve tüketim miktarının belirlenmesini engelleyecek şekilde tüketilmesi dolayısıyla bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla hakkında hırsızlık suçundan dolayı kovuşturma yapılan veya kesinleşmiş olup olmadığına bakılmaksızın hakkında hüküm verilen kişinin, bu Kanun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde, zararı tamamen tazmin etmesi hâlinde, hakkında cezaya hükmolunmaz, verilen ceza tüm sonuçlarıyla ortadan kalkar.

(3) Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla koşullu salıverilmelerine bir yıldan az süre kalan ve açık ceza infaz kurumunda bulunan iyi hallî hükümlülerin talepleri hâlinde, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına karar verilebilir.

(4) Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlükten kaldırılan 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen mahkemelerde açılmış olan davalara, kesin hükümle sonuçlandırılıncaya kadar bu mahkemelerce bakmaya devam olunur. Bu davalarda, yetkisizlik veya görevsizlik kararı verilemez. 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin kovuşturmaya ilişkin hükümleri bu davalarda da uygulanır.

(5) Ceza Muhakemesi Kanununun 251 inci maddesinin birinci fıkrasına göre görevlendirilen Cumhuriyet savcıları yürütmekte oldukları soruşturmalara, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca görevlendirilen Cumhuriyet savcıları göreve başlayıncaya kadar devam ederler.

(6) Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesi kapsamına giren suçlarla ilgili olarak bu maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla açılmış olan davalarda, sanığın taşıdığı kamu görevlisi sıfatı dolayısıyla hakkında soruşturma yapılabilmesi için izin veya karar alınması gerektiğinden bahisle durma veya düşme kararı verilemez.

(7) Mevzuatta Ceza Muhakemesi Kanununun 250 nci maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış olan atıflar, Terörle Mücadele Kanununun 10 uncu maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılır."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 3.10.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında öncelikle uygulanacak kural ve on yıllık süre sorunu görüşülmüştür.

Anayasa'nın 152. ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

Başvuru kararında, Kanun'un geçici 2. maddesinin tamamının iptali istenmektedir. Maddenin (2) numaralı fıkrasında, elektrik enerjisi hırsızlığı suçu, (3) numaralı fıkrasında ise koşullu salıverilme ile ilgili düzenlemeler yer almaktadır. Maddenin (5) numaralı fıkrasında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 251. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre görevlendirilen Cumhuriyet savcılarının yürütmekte oldukları soruşturmalara, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun l0. maddesi uyarınca görevlendirilen Cumhuriyet savcıları göreve başlayıncaya kadar devam edecekleri, (7) numaralı fıkrasında ise 5271 sayılı Kanun'un 250. maddesine göre kurulan ağır ceza mahkemelerine yapılmış atıfların, 3713 sayılı Kanun'un 10. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ağır ceza mahkemelerine yapılmış sayılacağı hususları düzenlenmiştir.

Bakılmakta olan davada, suçu ve suçluyu övmek suçundan dolayı sanık hakkında verilen beraat kararının temyiz incelemesi için Yargıtaya gönderilen dosya, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca Kanun'un geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca değerlendirilme yapılması gerektiğinden bahisle iade edilmiştir. Dolayısıyla, Kanun'un geçici 2. maddesinin (2), (3), (5) ve (7) numaralı fıkraları davada uygulanacak kural niteliğinde değildir.

Diğer taraftan, Anayasa'nın "*Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi*" başlıklı 152. maddesinin son fıkrasında, "*Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar*

başvuruda bulunulamaz."; 6216 sayılı Kanun'un "*Başvuruya engel durumlar*" başlıklı 41. maddesinin (1) numaralı fıkrasında ise "*Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.*" hükümlerine yer verilmiştir.

Kanun'un geçici 2. maddesinin (4) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülerek daha önce iptal isteminde bulunulmuş ve Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek 4.7.2013 günlü, E.2012/100, K.2013/84 sayılı kararıyla esastan reddedilmiş ve bu karar 2.8.2013 günlü, 28726 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesince işin esasına girilerek, Kanun'un geçici 2. maddesinin (4) ve (6) numaralı fıkralarının Anayasa'ya aykırı olmadığına karar verildiğinden, bu konuda yeni bir başvurunun yapılabilmesi için kararın Resmî Gazete'de yayımlandığı 2.8.2013 tarihinden başlayarak geçmesi gereken on yıllık süre henüz dolmamıştır.

Açıklanan nedenlerle;

2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesinin;

A- (4) ve (6) numaralı fıkralarının, Anayasa'nın 152. maddesinin son fıkrası ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesinin (1) numaralı fıkrası gereğince REDDİNE,

B- (2), (3), (5) ve (7) numaralı fıkralarının, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemenin bakmakta olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığından, bu fıkralara ilişkin başvurunun Mahkemenin yetkisizliği nedeniyle REDDİNE,

C- (1) numaralı fıkrasının ESASININ İNCELENMESİNE,

OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın ilk derece mahkemelerince verilip temyiz edilen hükümlerde başlamış olan temyiz sürecini sonlandırarak, Ceza Muhakemesi Kanunu sistemine uygun olmayan biçimde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığını, ilk hükmün ortadan kalkmasına ve yeni bir hüküm kurulmasına neden olan karar mercii konumuna getirdiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kanun'un geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, mahkemelerce verilen ve temyiz edilip Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca henüz tebliğname düzenlenmemiş dosyaların, Kanunla yapılan değişiklikler karşısında lehe kanun uygulanması yönünden mahkemesince değerlendirilme yapılması açıkça anlaşılanların Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyaların ise bu dairece ilgili mahkemeye iade edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Böylece, kuralla, ilgili mahkemenin, herhangi bir bozma kararı olmadığı hâlde, karar vererek elini çekmiş olduğu dosya ile ilgili önceki Kanun ile 6352 sayılı Kanun'da yer alan ilgili tüm hükümleri karşılaştırarak sanık lehine olan kanun hükmünü belirlemesi ve yeniden hüküm kurması sağlanmıştır.

Kanun'un genel gerekçesinde, bu Kanun'un yargı hizmetlerinin hızlandırılması amacıyla hazırlandığı belirtilmiştir. Kanun'un geçici 2. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile elektrik enerjisi, su ve doğal gaz hırsızlığı suçu tamamen değiştirilerek karşılıksız yararlanma suçuna dönüştürülmüş olup, diğer suçlar açısından, eylemin başka bir suça dönüştürülmesi söz konusu değildir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 18.9.2012 günlü, E.2012/5. MD-420, K.2012/1771 sayılı kararında da belirtildiği üzere Kanun'un geçici 2. maddesinin Adalet Komisyonu raporunda belirtilen *"Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, elektrik enerjisi, su ve doğalgaz hırsızlığı nedeniyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyaların, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, Yargıtay ilgili dairesinde bulunan dosyaların ise bu dairece,*

hükmü veren mahkemeye gönderilmesinin ve bu sayede dosyaların gereksiz şekilde dolaşarak zaman kaybının önlenmesinin sağlanması amacıyla yeni geçici madde ihdasına ilişkin önerge Komisyonumuzca kabul edilerek, geçici 2'nci madde olarak metne eklenmiştir." biçimindeki gerekçesi ile kanun koyucunun asıl amacının yalnızca karşılıksız yararlanma suçuna dönüştürülen elektrik enerjisi, su ve doğalgaz hakkında hırsızlık suçlarına ilişkin dosyaların ilgili merci tarafından incelenmeksizin kararı veren mahkemeye gönderilerek sanık lehine olan kanun hükmünün belirlemesine yönelik olduğu anlaşılmakta ve bu nedenle hırsızlık suçları dışında kalan suçlara ilişkin dosyaların ise esasının incelenmesine karar verdiği görülmektedir.

Anayasa'nın 6. maddesinde, hiç kimsenin veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı; 9. maddesinde, yargı yetkisinin Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı; 154. maddesinin birinci fıkrasında ise mahkemelerce verilen kararların son inceleme yerinin Yargıtay olduğu hükme bağlanmıştır.

İtiraz konusu kuralla Kanunla yapılan düzenlemeler karşısında lehe olan kanunun tespitinin bir an önce hükmü veren mahkemece yapılması açısından, gereksiz yere zaman ve emek kaybına yol açacak bir uygulamanın önüne geçilmek istendiği anlaşılmaktadır. Zira, anılan yasal düzenleme yapılmasaydı, temyiz edilen dosyalar önce Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca incelenerek tebliğname düzenlenecek, daha sonra ilgili Yargıtay ceza dairesinde yapılacak inceleme sonrasında "*lehe kanun değerlendirmesi*" yapılması için bozulacak ve hükmü veren mahkemeye gönderilecekti. Bu olağan süreç ise yargının ağır iş yükü nedeniyle dosyaların uzun zamanda neticelenmesine neden olacaktı.

Anayasa'nın 141. maddesinde, "*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir.*" denilmek suretiyle davaların makul bir süre içinde bitirilmesi gerekliliği açıkça ifade edilmiştir. Bu ilke gereğince Devlet, yargılamaların gereksiz yere uzamasını engelleyecek etkin çareler oluşturmak zorundadır. Bu bağlamda, hukuk sisteminin ve özellikle yargılama usulünün, yargılamaların makul süre içerisinde bitirilmesini olanaklı kılacak şekilde düzenlenmesi ve davaların nedensiz olarak uzamasına yol açacak usul kurallarına yer verilmemesi makul sürede yargılanma ilkesinin bir gereğidir. Ancak bu amaçla alınacak kanuni tedbirlerin ve öngörülen çarelerin, yargılama sonucunda işin esasına yönelik

adil ve hakkaniyete uygun bir karar verilmesine engel oluşturmaması gerektiği de tartışmasızdır. Bu ilkelere uygun olmak kaydıyla yargılama yöntemini belirlemek ise kanun koyucunun takdirindedir.

Lehe kanun değerlendirmesi yapılması için bozma kararlarının doğuracağı sonuçlara zaman geçirilmeksizin ulaşılması amacını taşıyan itiraz konusu kural, kaynağını Anayasa'nın 142. maddesinden almakta olup, maddede yer alan yargılama kurallarının yasallığı ilkesi karşısında, bu konuda kanun koyucunun düzenleme yapması doğaldır. İtiraz konusu kuralla, ilk derece mahkemesinin sahip olduğu lehe kanun değerlendirmesi yapma yetkisine hiçbir biçimde halel gelmemiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına ve Yargıtay ilgili dairesine, lehe kanun hükümlerinin uygulaması açısından mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği açıkça anlaşılan dava dosyaları yönünden prosedür ve süreci kısaltıcı bir inceleme ve aracılık yapma yetkisi tanınmıştır. Kuralla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına ve Yargıtay ilgili dairesine tanınan iade yetkisi, bir yargı yetkisi değildir. Nihai karar verme yetkisi ilk derece mahkemesinde olup ilk derece mahkemesince lehe kanunun uygulanması ile kurulan yeni hükmün Yargıtay denetimine açık olmasının taraflar için bir teminat olduğu dikkate alındığında itiraz konusu kural, hak ve özgürlüklerin korunmasını zedeleyen bir düzenleme olarak değerlendirilemez.

İtiraz konusu kural, usûl ekonomisi ve adil yargılanma hakkı gibi tamamen anayasal ilke ve ölçütlerin gereğini yerine getirmeye ve bunları somutlaştırmaya yöneliktir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

2.7.2012 günlü, 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Mehmet ERTEN ile Zehra Ayla PERKTAŞ'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA, 16.1.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY YAZISI

İtiraz konusu kural, mahkemelerce verilen ve temyiz aşamasında bulunan dosyaların, 6352 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin lehe kanun uygulanması bakımından değerlendirilmesinin yapılabilmesi için, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında bulunan dosyaların, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca, Yargıtay dairelerinde bulunan dosyaların ise bu dairelerce hükmü veren mahkemeye gönderilmesini düzenlemektedir.

Anayasa Mahkemesinin, Resmî Gazete'nin 07.11.2007 tarih ve 26693 sayılı nüshasında yayımlanan 5.4.2007 tarih ve E.2005/127, K.2007/42 sayılı kararında belirtilen gerekçeler uyarınca, itiraz konusu kuralın iptali gerekir.

Açıklanan nedenle itiraz konusu kuralın iptal isteminin reddine ilişkin çoğunluk görüşüne katılmadık.

Üye Mehmet ERTEN	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ

Esas Sayısı : 2013/103
Karar Sayısı : 2014/7
Karar Günü : 16.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Hava Kuvvetleri Komutanlığı 1. Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 137. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Sanığın tekasül dolayısıyla esliha ve harp malzemesinden bir şeyi hasara uğratmak suçuyla cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gereçle bölümü şöyledir:

"Sanık hakkında I.Hava Kuvveti Komutanlığı Askeri Savcılığı'nın 19.03.2013 gün ve 2013/485-100 esas ve karar sayılı iddianamesi ile 1632 sayılı ASCK.'nun 137'nci maddesinde düzenlenen "Hizmette Tekasül Dolayısıyla Harp Malzemesinin Mühimce Hasarına Sebebiyet Vermek" suçundan kamu davası açılmış olup, bu suçtan Mahkememizde yargılaması devam etmektedir.

Söz Konusu As.C.K.nun 137'inci maddesi olan Tekasül Dolayısıyla Esliha Ve Harp Malzemesinden Bir Şeyin Hasara Uğramasına Sebep Olanlar hükmü TSK personelinin Hizmette Tekasül (taksir ile) ile herhangi hizmete müteallik bir şeyin hasara uğratılması durumunda söz konusu şahıs hakkında ceza yargılaması

yapılıp hem ceza yargılaması çerçevesinde ceza verilmekte hem de tazmin hukuku uygulanarak söz konusu zarar tahsil edilmektedir. Sivil kamu kurumunda görevli kamu personellerinin taksir dolayısıyla herhangi bir kamu malına zarar vermeleri durumunda ceza yargılaması yapılmamakta sadece tazmin hukuku icra edilmektedir. Özellikle askerlik hizmetini yapan er ve erbaş personelin kendilerine zimmetli askeri araçlar ile yapmış oldukları trafik kazalarından ötürü ceza yargılanmasına tabi tutulmaktadır. Söz konusu kamu zararının ödenmiş olması (şüpheli, sanık, kasko şirketi vs. tarafından) bile kamu davasının açılmamasını veya açılan davada davanın düşmesini sağlamamaktadır.

Askeri araçta meydana gelen hasarın sanık tarafından bedeli ödenmek suretiyle giderilmiş olması As.C.K.nun 137 nci maddesinde öngörülen cezai sorumluluğu ortadan kaldırılmaz. (As.Yrg.3.D. 7.12.1965, E. 1035, K. 1029).

Sanığın sevk ve idaresindeki araçla geri manevra yaparken dikkatsizliği ve tedbirsizliği sonucu Trafo cihazının klavuz kablosunu çiğneyip hasara uğrattığı ve bilirkişinin inandırıcı gerekçelerle açıkladığı gibi 4/8 oranında kusurlu olduğu anlaşıldığından yerel mahkemenin "hizmete tekasülle harp malzemesinin mühimce hasarına sebebiyet vermek" suçundan dolayı tesis ettiği mahkumiyet hükmünde ve bu karara ilişkin kabul ve değerlendirilmesinde herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir. (As.Yrg.4.D., 20. 12. 1994, E.637, K.636)

Top.Tb.K.lığında görevli olan sanığa askerlik hizmet ve görevi gereği 25.07.2003 tarihinde el senedi ile otobüs aracının el senedi ile zimmetle teslim edildiği, bu aracın üzerinde top dürbününün de bulunduğu, 19.09.2003 tarihinde intikal yapılırken söz konusu dürbünün ağaç dalına takılması sonucu kırıldığı, bu kırılma sonucunda dürbünün HEK'e ayrıldığı ve 12.594.010.000.- TL tutarında hazine zararının oluştuğu, bilirkişinin raporunda sanığın olayda 2/8 oranında kusurlu olduğu belirttiği, böylelikle sanığın hizmette tekasülle harp malzemesinin mühimce hasarına sebebiyet vermek suçunu işlediği maddi vakıa olarak anlaşılmaktadır. (As. Yrg. 1.D., 25.5.2005, E.2005/586, K.2005/575)

Sanık terhisli J.ER ….'in J.Gn.K.lığı ... Özel Ulş.Tb.K.lığı emrinde askerlik hizmetini yapmakta iken, .. plakalı İveco marka minibüsün şoförü olarak görevlendirildiği, bu aracın kendisine 20.02.2005 tarihinde teslim edildiği, bu aracı kullanabileceğine dair askeri ehliyeti de mevcut olan sanığın, 07.06.2005 günü saat 18.10 sıralarında, aracıyla J.Gn.K.lığı'nın Bakanlıklar ve Beştepe karargahlarında görev yapan personelden Eryaman istikametine gidecek olanları evlerine götürmek

maksadıyla intikale başladığı, İstanbul yolu üzerinde bulunan Makromarket isimli işyerinin yakınlarına geldiklerinde, sanık ile aynı istikamete seyir halinde olan bir kamyonun sanığın kullandığı aracı sollayarak önüne geçmesinin ardından ani bir şekilde yavaşlaması üzerine, sanığın kullandığı askeri aracın duramayarak plakası tam olarak tespit edilemeyen bu kamyona arkadan çarptığı, bahse konu kamyonun trafik kazasının ardından durmayarak yoluna devam ettiği, askeri araçta 244,85 YTL tutarında hasar meydana geldiği, olayda sanığın tam kusurlu olduğunun ve araçta meydana gelen hasarın mühimce olduğunun bilirkişi marifeti ile tespit olunduğu, bu suretle sanığın üzerine atılı hizmette tekasülle askeri malzemenin mühimce hasarına sebebiyet vermek suçunu işlediği anlaşılmaktadır. (As.Yrg.2.D.,19.09.2007, E.2007/1509, K.2007/1497).

Sanığın, tam kusurlu olarak sebebiyet verdiği kaza sonucunda, kullanmakta olduğu, …plakalı askeri araçta, sağ ön çamurluk, sağ ön sinyal, sağ ön far, sağ ön tampon plastiği, panjur plastiği kısımlarının hasar gördüğü anlaşılmış olup, aracın bu hali ile hareket etmesi mümkün olmakla birlikte, tahsis amacına yönelik bir göreve ve dolayısıyla trafiğe çıkmasının uygun olması, aracın onarılması ve hasara uğrayan malzemenin yenilenmesi süresince tahsis amacından uzak kalmış olması ve tamiri için zaman, masraf ve emek harcanmış olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, askeri araçta oluşan hasarın, Askeri Yargıtayın yerleşik kararları doğrultusunda mühimce olduğu, bu itibarla, Askeri Yargıtay 1 inci Dairesinin, hasarın mühimce olmaması nedeniyle hükmün esastan bozulmasına ilişkin 18.07.2007 tarihli ve 2007/1603-1596 sayılı ilamının yerinde olmadığı ve dolayısıyla Askeri Mahkemenin atılı suçun oluştuğuna ilişkin kabulünün isabetiyle olduğu sonucuna varılmıştır. (As.Yrg.Drl.Krl., 3.4.2008, E.2008/61, K.2008/60)

İzmir'deki birliğinde askerlik görevini yapmakta olan sanığın, 16.05.2008 tarihinde sevk ve idaresindeki … plakalı Ford Transit marka askeri araçla seyir halinde iken, önünde seyretmekte olan ….. plakalı araca arkadan çarpma suretiyle, askeri aracın toplam 1.022,05 YTL tutarında mühimce hasarına sebebiyet verdiği, araç hasar bedelini rızasıyla ödediği ve böylece atılı suçu işlediği anlaşılmakla, kanıtlara ve hukuka uygun gerekçelerle ve alt sınırdan ceza tayiniyle yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. (As.Yrg.4, D., 17.03.2009, E.2009/609, K.2009/595)

Görevi kötüye kullanma suçu ile tekâsül dolayısıyla esliha ve harb malzemesinden bir şeyin hasara uğramasına sebep olma suçlarının mukayesesi ve anayasal hükümlerle değerlendirilmesi,

1632 sayılı AsCK'nun 137'nci maddesine göre; "Vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan (...) üç seneye kadar hapsolunur. Tekasül, üşenme, üşengeçlik, gevşeklik, tembellik anlamlarına gelmektedir. Madde görevinde ihmal gösteren kişinin bu eylemiyle zarar meydana gelmesi durumunda, cezalandırılacağını düzenlemektedir. Burada suçun manevi unsurunun kast mı yoksa taksir mi olduğu hususu madde metninden anlaşılamamakla birlikte, zarar sonucu doğan eylemin görevi ihmalden kaynaklandığı ve suçun konusunun mal olduğu bir nebze söyleyebilir.

Görevi kötüye kullanma suçu ise TCK md. 257'de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Burada geçen kamu zararı ibaresi açıklanmaya muhtaçtır. Madde gerekçesinde; "görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmekle, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir" açıklaması yapılmıştır. Kanun cezalandırma için somut bir zararın meydana gelmesini aramaktadır. Somut bir zararın meydana gelip gelmediğinin tespitinde, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 71. maddesinde yer alan kriterler dikkate alınmaktadır. Anılan maddeye göre; kamu zararının belirlenmesinde; a) İş, mal veya hizmet karşılığı olarak belirlenen tutardan fazla ödeme yapılması, b) Mal alınmadan, iş veya hizmet yaptırılmadan ödeme yapılması, c) Transfer niteliğindeki giderlerde, fazla veya yersiz ödemede bulunulması, d) İş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek fiyatla alınması veya yaptırılması, e) İdare gelirlerinin tarh, tahakkuk veya tahsil işlemlerinin mevzuata uygun bir şekilde yapılmaması, f) Kamu kaynakları ile yükümlülüklerinin yönetilmesi, değerlendirilmesi, korunması veya kullanılmasında gerekli önlemlerin alınmaması veya özenin gösterilmemesi suretiyle öz kaynağın azalmasına sebebiyet verilmesi, g) Mevzuatında öngörülmediği halde ödeme yapılması, gibi esaslar dikkate alınmaktadır. (Bu kriterlerin esas alındığı Yargıtay Kararları için bkz. YCGK., T. 21.02.2006, E. 2006/165, K. 2006/31, YCGK., T. 06.12.2005, E. 2005/110, K. 2005/159)

Görüldüğü üzere bu suç tipinde fiziki olarak varolan bir malın tahrip olmasından değil, kamunun var olan kaydi ve efektif zenginliklerinin zarara uğratılması söz konusudur. Fiziki olarak var olan bir malın zarara uğratılması TCK md. 151'de suç olarak düzenlenmiş, manevi unsuru kast olarak belirlenip, kamu malı olması ağırlaştırıcı neden kabul edilmiştir.

İrdelenmesi gereken bir diğer husus ise suçların manevi unsurlarıdır. Görevi kötüye kullanma suçunda geçen "görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek" ibaresinden yola çıkarak, kamu görevlisinin ayrıca dikkatsizlik, tedbirsizlik, meslek ve sanatta acemilik gibi taksiri belirten ifadeler kullanılmadığı için bu suçun taksirle işlenemeyeceği kabul edilmektedir. Bu suç ancak kasten işlenebilen bir suç olarak karşımıza çıkmaktadır. İptali istenen As.C.K'da yasa metninde ise tekasül gibi bir kavramdan bahsedilmiştir. Muğlak, manevi unsur bakımından kategorize edilemeyen bu terim dolayısıyla, trafik kazası yapan asker kişiler hakkında askeri aracın zarara uğraması durumunda "Tekasül Dolayısıyla Esliha ve Harb Malzemesinden Bir Şeyin Hasara Uğramasına Sebep Olma" suçundan ceza davası açılmakta, taksirle görevi ihmal ya da taksirle mala zarar verme gibi genel ceza hukukunda yer almayan ceza sorumluluğu alanı ortaya çıkmaktadır.

Kanunların genel, soyut, objektif ve anlaşılabilir olması gerekmektedir. İptali istenen kanun maddesindeki tekâsül kelimesi taksir şeklinde anlaşılmakta ve bu da Anayasada yer alan hukuk devletiyle uyuşmayan sonuçlar doğurmaktadır. Ceza kanunlarının açık olması gereklidir, çünkü suç ve cezada kanunilik ilkesi ceza hukukunun temel ilkesidir. Mala karşı suçlarda taksirle sorumluluğunun kaldırıldığı, taksirle görevde ihmalin olmayacağı yönündeki güncel ve çağdaş düzenlemeler karşısında, asker kişilerin büyük mağduriyetine neden olan bu suç tipinin Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün değildir. Askerlerin yaptıkları hizmet, içinde yer aldıkları statü gibi mazeretler, kişilerin müphem ve kanunda yer almayan düzenlemeler gereği cezalandırılması sonucunu haklı kılmayacaktır. Aynı kamu görevini yerine getiren sivil resmi kurum şoförünün taksirle kaza yapması halinde, görevi ihmal ya da taksirle mala zarar verme sorumluluğu doğmaz iken, asker kişinin aynı olayda taksirli hareketinden ceza sorumluluğu doğmaktadır. Anayasanın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ile Anayasanın 38. maddesinde yer alan suç ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olan bu maddenin iptali gerekmektedir. (Ahmet Sacit MÜDERRİSOĞLU)

5237 sayılı TCK'nun 3'üncü maddesinde "Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi" aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi"

Madde 3- (1) Suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur.

(2) Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 2. ve 10'uncu maddeleri aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

"MADDE 2- Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik ve sosyal bir hukuk Devletidir."

"MADDE 10- Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."

Anayasanın 2. ve 10'uncu maddelerinden anlaşıldığı üzere Türkiye Cumhuriyeti bir Hukuk Devleti olup kanun önünde herkes eşittir.

Yasa koyucu Ceza Hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken kuşkusuz, Anayasaya ve Ceza Hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleştirici tutum ve davranışların neler olacağı, hangi cezaların para cezasına çevrilebileceği veya tecil edilebileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir. Ancak Anayasanın 2'nci maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu uygulamakla yükümlü devlet anlayışını yansıttığından... suçla ceza arasında akla uygun, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması hukuk devleti olmanın gereğidir. (Anayasa Mahkemesinin 21.01.2004 gün ve 2002/166 esas, 2004/3 sayılı kararı)

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen "yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı hukuksal durumda bulunan kişilerin aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve yasalarla kişiler arasında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla bağlantısı bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihi Devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından yasa koyucu Anayasa'nın ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmaması, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılanmaları gerektiği, hangi hal ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici sebep olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahiptir.

Yasa koyucu, farklı hukuksal konumda olan kişileri farklı yaptırımlara tâbi tutabilir. Söz konusu kamuya ait askeri aracı kullanan asker kişiler ile kamuya ait sivil aracı kullanan sivil kişilerin farklı hukuksal konumda olduklarını söylemek mümkün değildir.

Öte yandan, yukarıda sayılan nedenler sadece askerlik hizmeti için değil, pek çok diğer hizmette ve meslekte de geçerlidir. Askerlik hizmet ve gerekliliklerinin

farklılık arz etmesi, farklı muamele yapılması için sağlam bir gerekçe oluşturmaz. Öyle olsaydı, her meslek grubu için ayrı ayrı düzenlemeler yapılması gerekirdi. Örneğin, polislik mesleğinde veya her hangi bir kamu kurumunda kamu aracı kullanan şahsın kaza yapıp araca zarar vermesi durumunda meri ceza kanunlarımızda mevcut olmayan taksirle kamu malına zarar suçundan ceza verilmesi gerekecekti. Bu durumda gerek trafik kazalarında gerekse her türlü taksirli davranışlar tazminat sorumluluğun yanında cezai sorumluluğu doğuracaktı.

Askerlik görevini yerine getirenlerin suç işlememesine dönük tedbirlerin alınmasının, askeri disiplinin sağlanması açısından gerekli olduğu açıktır. Bununla birlikte, askeri disiplini korumak ve tesis etmek amacıyla getirilmiş bir kuralın, bireyin hak ve özgürlüklerini daraltması, taksirli davranışlarından doğan kamu malına verdiği zarardan (zararın karşılanmış olması durumunda dahi) dolayı askeri mahkemede yargılanmayı gerektiren cezai müeyyideye tabi tutulması ve adalet duygusunun zedelenmesine yol açması da kabul edilemez. Bu durum, Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Asker kişilerin bir kısmı için askerlik gönüllü olarak tercih ettikleri bir meslekken, diğerleri için zorunlu olarak yaptıkları bir görevdir. Zorunlu olarak askerlik görevini yapan asker kişilerin özgürlüklerinin askerlik hizmeti süresince kısıtlandığını düşündüğümüzde, her hangi bir gönüllülük esasına dayanmayan tamamen yapmak zorunda kaldıkları görevlerden biri olan araç şoförü vazifesini ifa ederken taksirli olarak her hangi bir trafik kazasına karışmaları durumunda, askeri suç olarak tanımlanan bir fiil için, sivil şahıslardan farklı cezai muameleye tabi tutularak taksirle kamu malına zarar verme suçu ile yargılanmaya tabi tutulmaları Anayasa'nın 10. maddesinde vücut bulan eşitlik ilkesine aykırıdır. Askerlik görevinin kendine has özelliklerinden dolayı asker kişiler ile sivil kişiler arasında farklı muameleye neden olan her durumun meşrulaştırılmasının bir gerekçesi olamaz. Asker ve sivil kişiler arasında elbette farklılıklar vardır ama bu farklılıklar asker kişiler aleyhine temel hak ve özgürlükler anlamında eşitsizlik yaratmak için kullanılmamalıdır.

Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasaya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasa koyucunun da uyması

gereken temel hukuk ilkeleri ve Anayasanın bulunduğu bilincinde olan devlettir. Bu bağlamda hukuk devletinde yasa koyucu yalnız yasaların Anayasaya değil, Anayasanın da hukukun evrensel temel ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.

Hukukun temel ilkeleri arasında yer alan eşitlik ilkesine Anayasanın 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, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Söz konusu her hangi bir kamu aracını kullanan görevli kamu personelleri arasında farklı bir hukuksal eşitlik durumunun olduğunu söylemek mümkün değildir. Yapılan iş yüklenilen görev aynı olmakla birlikte aradaki fark sadece birinin üniforma giymesi diğerinin üniforma giymemesi.

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

Yasa koyucunun, suç ve cezaların belirlenmesinde takdir yetkisi olmakla birlikte bu yetkisini kullanırken suç ile ceza arasındaki adil dengeyi sağlaması ve öngörülen cezanın cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmede elverişli olması gibi esasları dikkate alması zorunludur. Suçların ağırlığı, kamu düzeni için oluşturduğu etki ve ceza siyasetinin gereği olarak suçların ve cezalarının belirlenmesinde yasakoyucunun takdiri Anayasa ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle sınırlıdır. Oysa Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesi "Vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan (...) üç seneye kadar hapsolunur." düzenlenirken ne çağımızın hukuk mantalitesi vardı ne de çağımızın sosyoekonomik durumu mevcuttu.

Yasa koyucu, Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesini düzenlerken hukuk devleti ilkesinin bir gereği ve ceza hukukunun temel prensiplerinden olan

ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise "elverişlilik","gereklilik' ve "orantılılık" olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. "Elverişlilik", başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, "gereklilik" başvurulan önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve "orantılılık" ise başvurulan önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesi ve müeyyidesi ölçülülük ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Çünkü bireyin elinde olmayan nedenlerle ortaya çıkan maddi zararlardan dolayı ceza yargılamasına tabi tutulması ceza yargısının ruhu ile bağdaşmamaktadır. Yine bireyin elinde olmayan nedenlerle ortaya çıkan maddi zararlardan dolayı ceza yargılamasına tabi tutulması taksirle sebep olunan kamu malına zarar fiili sebebi ile 3 yıla kadar hapis cezası ön görülmesi orantılılık ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Hukuk Devleti İlkesi Yönünden:

Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesi ile korunan hukuksal değer "gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olunması"dır. Kamu malına zarar verme suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanununun 152/1-a madde ve fıkrası ile korunan hukuksal değer ise "her türlü kamu malına kast manevi unsuru ile zarar verilmesi"dir. Uygulamada hemen hemen her türlü askeri malzemenin harp malzemesi olduğundan hareketle ceza davası açılmakta ve asker şahıslar taksirle kamu malına zarar vermeden ceza almaktadırlar. Bu husus özellikle trafik kazalarına karışan servis araçlarında kendini göstermektedir. Servis aracını kullanan askeri şahsın trafik kazasına karışması durumunda ceza davası açılmaktadır. Bu durum gerek ceza kanunlarının mantalitesi ile gerek "Hukuk Devleti ilkesi" ve "Eşitlik İlkesi" ile de bağdaşmamaktadır.

Kanunilik İlkesi Yönünden:

Hukukumuzda "Suçta Ve Cezada Kanunilik" olarak kavramlaştırılan ve 1982 Anayasasının 38/1 maddesinde düzenlenen ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7'nci maddesinde yer almaktadır. Maddede "hiç kimsenin işlendiği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği ve suç işlendiği zaman tertibi gereken cezadan daha ağır bir cezaya da çarptırılamayacağı" hükme bağlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyu değerlendirdiği bir kararında şu görüşleri dile getirmiştir: "Mahkemenin görüşüne göre aşağıdakiler "kanun

tarafından öngörülmüş olma" ifadesinden çıkan iki gerekliliktir. Öncelikle, hukuk yeterince erişilebilir olmalıdır: Yurttaşın elinde, yasa kurallarının uygun olanlarının eldeki olaya uygulanabildiğine dair bir gösterge olmalıdır, ikinci olarak, bir kural kişinin davranışını belirlemesine imkan verecek açıklıkla düzenlenmemiş olursa "yasa" olarak kabul edilemez: birey, -eğer gerekiyorsa uygun bir tavsiye ile- makul bir dereceye kadar, belli koşullar altında, belli bir davranışın hangi sonuçları doğurabildiğini öngörebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekmez. Deneyimler bunun olanaklı olmadığını da göstermektedir. Ayrıca, kesin bir şekilde öngörebilme çok arzulanan bir şey iken, aşırıya kaçan bir sertliği beraberinde getirebilir, yasa değişime ayak uydurabilecek bir yapıda olmalıdır. Bu yüzden hukuk kuralları kaçınılmaz bir şekilde, az veya çok, belirsiz/muğlak bir şekilde ifade edilmiştir ki, bu hukuk kurallarının yorumu ve uygulanışı uygulamanın sorunudur." (29.03.1979 tarihli Sunday Times/Birleşik Krallık kararı, parag. 49)

Bu ilke gereğince yasa hükmüne erişen bir bireyin bunu anlayabilmesi ve davranışlarını bu yasaya uygun şekilde düzenleyebilmesi için "hangi fiillerin suç oluşturduğunun" ve "hangi fiil için ne tür bir yaptırım belirlendiğinin" kanunda yeterli bir açıklıkta belirtilmesi gerekir.

Oysa Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesi "Vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan (...) üç seneye kadar hapsolunur." şeklinde ifade edilerek "Kanunilik İlkesi" açıkça çiğnenmiştir. Tekasül söz konusu madde metninden anlaşılmamakta AYİM ve Askeri Yargıtay kararlarında taksir olarak kabul edilmektedir.

Anayasa'nın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "Kimse, ... kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz" denilerek "suçun yasallığı", üçüncü fıkrasında da "ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur" denilerek, "cezanın yasallığı" ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada yasallık ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesine paralel olarak Türk Ceza Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan "suçta ve cezada kanunilik" ilkesi uyarınca, hangi eylemlerin yasaklandığı ve bu yasak eylemlere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde yasada gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır.

Yasa koyucu ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerde yetkisini kullanırken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunlara uygulanacak yaptırımın türü ve ölçüsü, cezayı ağırlaştırıcı veya hafifleştirici tutum ve davranışların neler olacağı gibi konularda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte söz konusu yasanın yasa koyucu tarafından konulduğu tarihinde önemli olduğu, yasanın konulduğu tarihin sosyal, ekonomik ve kültürel durumunun göz ardı edilmemesi gerektiği düşünülmektedir. ASCK Almanya ve Fransa askeri kanunlarından iktibas edilerek 22.5.1930 tarihinde kabul edilen 15.06.1930 tarihinde yürürlüğe giren ve neredeyse madde madde gerekçesi olmayan sadece genel gerekçesi olan, savaş sonrası çıkartılan cumhuriyetin ilk yıllarına ait bir kanundur. Bu kanunun meri olduğu dönem boyunca ülkemiz çağ atlamış, ülkemizin ekonomik durumu başta olmak üzere sosyal, kültürel bir çok değişiklik geçirmiştir. En önemli husus olan 765 sayılı ceza yasamız baştan sona değişmiş günümüz şartlarına uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Ancak 1930 tarihli, yürürlüğe girdiği tarihin ekonomik, kültürel ve ceza mantalitesini taşıyan Askeri Ceza Kanunu günümüz şartlarına uygun hale getirilmemiştir.

Söz konusu şahısların bir an için farklı hukuki statüye sahip olduklarını varsayarsak,

"Yasa önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere yasa karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz. Nitelikleri ve durumları özdeş olanlar için yasalarla değişik kurallar konulamaz.

Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında da açıklandığı üzere yasa önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Yasaların uygulanmasında dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi 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 dayanarak değişik kurallara tâbi

tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlardaki özellikler kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve değişik uygulamaları gerekli kılabilir.

Durumlardaki değişikliğin doğurduğu zorunluluklar, kamu yararı ya da başka haklı nedenlere dayanılarak yasalarla farklı uygulamalar getirilmesi durumunda, Anayasa'nın eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz. Eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmakta ise ya da kamu yararı amacı ile yürürlüğe konulmuş ise, bu kuralın eşitlik ilkesini zedelediğinden söz edilemez.

Ancak, "haklı neden" veya "kamu yararı"nın anlaşılabilir, amaçla ilgili, ölçülü ve adaletli olması gerekir. Getirilen düzenleme herhangi bir biçimde, birbirini tamamlayan, birbirini doğrulayan ve birbirini güçlendiren bu üç ölçütten birine uymuyor ise, eşitlik ilkesine aykırı bir yön vardır, denebilir. Çünkü eşitliği bozduğu ileri sürülen kural, haklı bir nedene dayanmamakta ya da kamu yararı amacı ile yürürlüğe konulmamış olmaktadır.

Bu noktada tartışılması gereken konu, Askeri Ceza Kanununun 137'inci maddesinde yer alan düzenlemenin "haklı nedene" dayanıp dayanmadığı yahut "kamu yararı" bulunup bulunmadığıdır.

Askerlik hizmetinin disiplin anlayışına bağlı, emir komuta zincirinin gerektirdikleri doğrultusunda, ulusal güvenliğin sağlanmasındaki yeri düşünüldüğünde, sivil yaşamdan farklı düzenlemelere konu olması, askerî ceza politikasının kendine özgü bir yapı arz etmesi ve kimi tedbirlerin farklı şekillerde uygulanması gerektiği izahtan varestedir. Bu bakımdan kanun koyucu yasama faaliyetinde, askerlik hizmetinin gereklerine göre istisnai düzenlemeler yapabilmektedir. Ancak söz konusu ASCK'nun 137'inci maddesi askerlik hizmetinin gereklerine göre istisnai bir düzenleme olmadığı olmaması gerektiği kanaatine varılmıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, Anayasa'nın ve yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir. Anayasa'nın 5. maddesinde ise

insanın maddî ve manevi varlığını geliştirmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın Devletin temel amaç ve görevleri arasında bulunduğu ifade edilmiştir.

Anayasa'nın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu ve hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı belirtilmiştir. Eşitlik ilkesiyle, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanması, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılması engellenmektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Asker kişiler ile siviller arasında yapılan ayırımın "asker kişi"lerce yapılan hizmetin niteliğine ve bunun gereklerine dayandığı, asker kişilerin durum ve konumlarındaki özellikler sebebiyle bazı konularda değişik kuralların getirilmesinin ve değişik uygulamaların benimsenmesinin gerekli olduğu kabul edilebilir ise de itiraz konusu kuralın askeri hizmetin bir gereği olmadığı söz konusu askeri şahsın askeri personeli servis ile eve vs. bırakırken karıştığı bir trafik kazasında kendini gösterdiği bunun askeri hizmetle her hangi bir bağlantısının olmadığı hakeza aynı durumla sivil kamu personelinin de karşılaşabileceği bir durum olduğu açıktır.

Özellikleri ve görevleri arasında her hangi bir fark olmayan kamu aracı şoförlerinin, aralarında fark bulunmayan aynı fiilden dolayı farklı hukuki mevzuata tabi tutulup sivil şahsın ceza yargılamasına tabi tutulmayıp asker şahsın ceza yargılamasına tabi tutulup, aynı fiili yapan şahısların statüsüne bağlı olarak değişik yaptırım uygulanmasını gerektiren bu kural, askerî hizmetin bir gereği olmadığı gibi ceza adaleti bakımından asker kişiler ile siviller arasında eşitsizlik yaratmakta, asker kişi statüsündeki şahısların her hangi bir taksirli davranışından dolayı kamu malına zarar vermeden ceza yargılamasına maruz kalmalarına sebep olmaktadır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 11., İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 7. maddelerine göre, hiç kimse işlendikleri sırada millî veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği

sırada uygulanan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez. Anayasanın 90 ıncı maddesinin son fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.

Yasama organı kamu düzeninin korunması için ceza hukuku alanında düzenleme yaparken, anayasal sınırlar içinde hareket etmek ve ceza hukukunun genel ilkelerine bağlı kalmak zorundadır. Herhangi bir eylemde bulunan kişinin eylemini gerçekleştirdiği tarihte bu eyleminin yasalarla yaptırım altına alınan bir suç tipine uyup uymadığını açıkça bilebilecek durumda olması, diğer bir deyişle yasaklanmış eylemlerin hiçbir tereddüte mahal bırakmayacak şekilde yasalarla belirlenmiş olması gerekir ve bu husus Anayasa ile teminat altına alınmış bir haktır.

Anayasa'da yasa ile düzenlenmesi öngörülen konularda, yürütme organına, genel, sınırsız, esasları ve çerçevesi belirsiz bir düzenleme yetkisi verilemez. Yürütmeye devredilen yetkinin Anayasa'ya uygun olabilmesi için, yasada temel hükümlerin ya da temel esasların belirlenmesi, ancak uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin konuların düzenlenmesinin yürütme organına bırakılması gerekir.

Dava konusu olayla ilgili olarak, öncelikle Türkiye Cumhuriyeti'ne hukuki bir yükümlülük getiren bir andlaşma niteliğinde olmamakla birlikte, 27.5.1949 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile ülkemizde duyurulması ve öğretilmesi kararlaştırılan ve bugün pek çok ülkede mahkeme kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak atıf yapıldığı bilinen, ayrıca Anayasamızın Temel Haklar ve Ödevler'i düzenleyen bölümünün genel gerekçesinde, bu bölüm düzenlenirken gözönünde tutulduğu belirtilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ilgili hükümlerine değinmek gerekir.

Beyanname'nin Önsöz'ünün yanısıra, 1., 2. ve 7. maddelerinde eşitlik ilkesi önemle vurgulanmış ve yine Önsöz'de Birleşmiş Milletlere üye devletlerin insan haklarına ve ana hürriyetlerine bütün dünyaca gerçekten saygı gösterilmesinin teminini taahhüt ettikleri ve 2. maddede tüm insanların araların hiçbir ayrım gözetilmeksizin Beyanname'de yer alan haklardan yararlanabilecekleri belirtilmiştir.

Türkiye'nin de taraf olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşme'nin Girişinde olduğu gibi pek çok maddesinde eşitlik ilkesi öne çıkarılmış ve vurgulanmıştır.

Söz konusu temel ilkenin ötesinde Sözleşme'nin 2. maddesinin 2. bendi ile Sözleşme'ye taraf olan her devletin, kendi anayasal düzenine ve Sözleşme hükümlerine uygun olarak, Sözleşme ile tanınan hakların uygulanmasını sağlamak bakımından gerekli olan her türlü önlemi alacağı yönünde düzenleme getirilmiştir.

Türkiye'nin bir Avrupa Konseyi üyesi olarak taraf olduğu İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin girişinde yapılan atıfla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin etkinliğinin güçlendirildiği açıktır.

İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda Sözleşme ile öngörülen hakların her insana ayrım yapılmaksızın tanınmasının ve hiç kimsenin hukukun izin vermediği eylemlere maruz kalmamasının amaçlandığının ve bu anlamda olmak üzere eşitlik ilkesinin benimsenmesinin öngörüldüğü anlaşılacaktır.

Sözleşme'nin 7. maddesi ile hiç kimsenin işlediği zaman milli veya milletlerarası hukuka göre bir suç teşkil etmeyen bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemeyeceği aktarılmakla, kanunilik ilkesine yer verilmiştir. Bu itibarla mevcut ASCK 137'nci maddesi günümüz şartlarında milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen ancak tazminat hukukunun icra edilebileceği bir kanun maddesi haline gelmiştir.

Bu itibarla, uluslararası hukuk, söz konusu ASCK'nun kabul edildiği tarihin sosyoekonomik durumu, ceza hukuku mantalitesi, sivil kamu personelinin taksirli davranışlarından dolayı kamu malına zarar vermesi durumunda her hangi bir ceza yargılanmasına tabi tutulmaz iken asker personelin taksirli davranışlarından dolayı kamu malına zarar vermesi durumunda ceza yargılamasına tabi tutulması hususları dikkate alındığında, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 137'nci maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 38'inci maddelerine aykırılık oluşturduğu anlaşılmış ise de; Anayasamızın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152'nci maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak bir kanun ya da kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülebileceğinin belirtilmesi karşısında, müsnet davada uygulanacak kanun hükmünün 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 137'nci maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 38'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, bu maddenin iptali istemiyle T.C. ANAYASASI'nın 152'nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

1632 sayılı Kanun'un itiraz konusu kural olan 137. maddesi şöyledir:

"Tekasül dolayısiyle esliha ve harb malzemesinden bir şeyin hasara uğramasına sebep olanlar:

Madde 137- Vazife veya hizmette tekasül dolayısiyle bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olan (...) üç seneye kadar hapsolunur."

B- Dayanılan Anayasa Kuralı

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 38. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 3.10.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- ESASIN İNCELENMESİ

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

Başvuru kararında, tekasül dolayısıyla esliha ve harp malzemesinden bir şeyin hasara uğratılması durumunda söz konusu şahıs hakkında

hem ceza yargılaması çerçevesinde ceza verildiği hem de tazmin hukuku uygulanarak zararın tahsil edildiği, bu malzemeler dışında kamu malına taksirle zarar verilmesi durumunda ise ceza yargılamasının yapılmadığı sadece tazmin hukukunun icra edildiği, itiraz konusu kuralda yer alan *"tekasül"* kelimesinin muğlak olduğu ve fiil ile cezanın orantılı olmadığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 38. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harp malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olanlar hakkında üç seneye kadar hapis cezası öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, *"Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* denilerek *"suçun kanuniliği"*, üçüncü fıkrasında da *"Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur"* denilerek, *"cezanın kanuniliği"* ilkesi getirilmiştir. Anayasa'da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir. Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür.

Hukuk devletinde, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinmeleri göz önüne alınarak saptanacak ceza siyasetine göre belirlenir. Kanun koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımı ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği konularında takdir yetkisine sahiptir. Söz konusu takdir yetkisinin kullanılmasında suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını ve öngörülen cezanın, cezalandırmada güdülen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını da dikkate almak zorundadır. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında benzer bir fiil için öngörülen düzenleme ile yapılacak bir kıyaslamanın değil, o suçun yarattığı etkinin ve sonuçlarının dikkate alınması gerekir. Kanun koyucu, benzer eylemler için değişik cezalar yanında, daha hafif bir eylem için daha ağır bir cezayı da uygun görebilir. Bu bağlamda askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin suç olarak kabul edilmelerini ve yaptırıma bağlanmalarını gerekli kılabilmektedir.

İtiraz konusu kural, harplerde kullanılması zaruri olan gemi, uçak, silah ve sair malzemenin hor kullanılmasını engellemek, bu konuda vazifede kayıtsızlık gösterilmesinin önüne geçmek ve harp malzemelerinin daima hazır ve kullanımına elverişli bir durumda bulundurmak suretiyle, harp zamanında bunların topyekün ve derhal bir elden arzu edilen amaç için hazır edilebilmelerini sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. İtiraz konusu kuralın, harp gücüne etkili birer harp malzemesi olarak kabul edilen ve harp zamanında birliğin harp gücünü artıran söz konusu malzemelerin, barış zamanında kullanılsalar dahi, harp zamanında harp malzemesi olarak kullanılacak araçlardan olması nedeniyle azami düzeyde korunması için gerekli ihtimam ve dikkatin gösterilmesini sağlamaya yönelik olduğu açıktır. Bu itibarla kanun koyucu, ulusal güvenliğin sağlanmasındaki etkisini ve doğuracağı tehlikeyi de dikkate alarak söz konusu malzemelere tekasülle verilecek zararın üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını kabul etmiş olup, mahkeme olayın özelliği ve eylemin niteliğiyle orantılı olarak takdir yetkisini kullanacaktır. Dolayısıyla kanun koyucunun, takdir yetkisine dayanarak ve kuralla korunmak istenen hukuki yararı, suçun

niteliğini ve meydana getireceği neticeleri de dikkate alarak belirlediği itiraz konusu kuralda hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır.

Öte yandan, itiraz konusu kuralla, *"tekasül dolayısiyle esliha ve harb malzemesinden bir şeyin hasara uğramasına sebep olmak"* eylemi suç olarak kabul edilerek, bu suçun unsurları ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza itiraz konusu kuralla açıkça belirlenmiştir. Başvuru kararında her ne kadar *"tekasül"* kelimesinin muğlak olduğu ileri sürülmüş ise de bu kelimenin *"üşenmek"*, *"gevşeklik"*, *"ihtimamsız davranmak"*, *"kayıtsızlık"* ve *"tembellik"* anlamına geldiği, uygulamada ise yargı kararları çerçevesinde değerlendirildiği gözetildiğinde kuralın belirsiz olduğundan söz edilemeyeceğinden dolayı kanunilik ilkesine de bir aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın 10. ve 36. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

VI- SONUÇ

22.5.1930 günlü, 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 137. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Engin YILDIRIM'ın karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA, 16.1.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY GEREKÇESİ

İtiraz konusu kuralı içeren 1632 sayılı As.C.K.'nun 137'nci maddesi, vazife veya hizmette tekasül dolayısıyla bir gemi veya tayyarenin veya esliha ve harb malzemesinden birinin mühimce hasara uğramasına sebep olanlar hakkında üç seneye kadar hapis cezasını öngörmektedir. Burada, T.S.K. personelinin Hizmette Tekasül (taksir ile) ile herhangi hizmete müteallik bir şeyin hasara uğratılması durumunda ilgili kişi hakkında hem ceza yargılaması yapılmakta hem de tazmin hukuku uygulanarak söz konusu zarar tahsil edilmektedir. Bu durum, özellikle askerlik hizmetini yapan er ve erbaş personelin kendilerine zimmetli askeri araçlar ile yapmış oldukları trafik kazalarında sık sık ortaya çıkmaktadır. Trafik kazası yapan asker kişiler hakkında askeri aracın zarara uğraması durumunda "Tekasül Dolayısıyla Esliha ve Harb Malzemesinden Bir Şeyin Hasara Uğramasına Sebep Olma" suçundan ceza davası açılmakta, taksirle görevi ihmal ya da taksirle mala zarar verme gibi genel ceza hukukunda yer almayan ceza sorumluluğu alanı ortaya çıkmaktadır. Üşenme, üşengeçlik, gevşeklik, tembellik anlamlarına gelen tekasül muğlak, suçun manevi unsuru açısından kategorize edilemeyen bir kavramdır.

Yasa koyucu, farklı hukuksal konumda olan kişileri farklı yaptırımlara tâbi tutabilir. Bununla birlikte, askerlik hizmet ve gerekliliklerinin farklılık

arz etmesi, farklı muamele yapılması için sağlam bir gerekçe oluşturmaz. Askerlik görevinin kendine has özellikleri asker kişiler ile sivil kişiler arasında farklı muameleye neden olan her durumun anayasal açıdan meşrulaştırılmasının bir gerekçesi olmamalıdır. Asker ve sivil kişiler arasında elbette farklılıklar vardır ama bunlar asker kişiler aleyhine temel hak ve özgürlükler anlamında eşitsizlik yaratmak için kullanılmamalıdır. Öyle olsaydı, her meslek grubu için ayrı ayrı düzenlemeler yapılması gerekirdi. Kaldı ki, sivil kamu kurumunda görevli personelin taksir dolayısıyla herhangi bir kamu malına zarar vermeleri durumunda ceza yargılaması yapılmamaktadır. İtiraz yoluna başvuran Mahkeme'nin büyük bir isabetle belirttiği gibi, "Askeri disiplini korumak ve tesis etmek amacıyla getirilmiş bir kuralın, bireyin hak ve özgürlüklerini daraltması, taksirli davranışlarından doğan kamu malına verdiği zarardan dolayı askeri mahkemede yargılanmayı gerektiren cezai müeyyideye tabi tutulması Anayasa'nın 2. maddesinde ifade edilen hukuk devleti ilkesinin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır." Aynı şekilde, zorunlu olarak askerlik görevini yapan asker kişilerin özgürlüklerinin askerlik hizmeti süresince kısıtlandığını düşündüğümüzde, "Her hangi bir gönüllülük esasına dayanmayan, tamamen yapmak zorunda kaldıkları görevlerden biri olan araç şoförü vazifesini ifa ederken taksirli olarak her hangi bir trafik kazasına karışmaları durumunda, askeri suç olarak tanımlanan bir fiil için, sivil şahıslardan farklı cezai muameleye tabi tutularak taksirle kamu malına zarar verme suçu ile yargılanmaları", Anayasa'nın 10. maddesinde ifade edilen eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Özellikleri ve görevleri arasında her hangi bir fark olmayan kamu aracı şoförlerinden, sivil olanın ceza yargılamasına tabi tutulmayıp asker şahsın ceza yargılamasına tabi tutulması, aynı fiili yapan şahısların statüsüne bağlı olarak değişik yaptırım uygulanması anlamına gelmektedir. Bu kural, ceza adaleti bakımından asker kişiler ile siviller arasında eşitsizlik yaratmakta, asker kişi statüsündeki şahısların her hangi bir taksirli davranışından dolayı kamu malına zarar vermeleri durumunda ceza yargılamasına maruz kalmalarına sebep olmaktadır.

Askerlik hizmetinin disiplin anlayışına bağlı, emir komuta zincirinin gerektirdikleri doğrultusunda, ulusal güvenliğin sağlanmasındaki yeri düşünüldüğünde, sivil yaşamdan farklı düzenlemelere konu olması, askerî ceza politikasının kendine özgü bir yapı arz etmesi ve kimi tedbirlerin

farklı şekillerde uygulanması anlaşılabilir. Ayrıca denebilir ki, Türk Ceza Kanunu anlamında işlenen kamu malına zarar verme suçu ile Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan tekasül dolayısıyla esliha ve harb malzemesinden bir şeyin hasara uğramasına sebep olma şeklindeki itiraz konusu kural birbirine benzemesine karşılık korudukları hukuki yarar birbirinden farklıdır. Böyle olması, itiraz konusu kuralın kamu yararı ile birey hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge oluşturmayarak birey aleyhine ölçüsüz bir özgürlük sınırlamasına gitmesine engel olamamaktadır. Asker kişilerin, özellikle de isteğe bağlı olmayıp, zorunlu olarak askerlik yapanların sırf statülerinden ve yaptıkları hizmet ve görevden dolayı ayrımcı bir şekilde cezai yaptırımlarla karşılaşması hukuk devleti anlayışının ve insan haklarının günümüzde ulaştığı seviyeyle bağdaşmamaktadır.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk kararına katılmıyorum.

Üye
Engin YILDIRIM

Esas Sayısı : 2013/110
Karar Sayısı : 2014/8
Karar Günü : 16.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURAN : Mardin İdare Mahkemesi

İTİRAZIN KONUSU : 23.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendinin Anayasa'nın 2., 13., 38., 49., 70. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Davacının, zabıt kâtipliği sınavında bir adaya yardımcı olduğu gerekçesiyle itiraz konusu kural uyarınca Devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davada, itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptali için başvurmuştur.

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

"Davacı vekili tarafından, zabıt kâtipliği uygulama sınavında bir adaya yardımcı olduğu gerekçesiyle Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesi uyarınca Devlet memuriyetinden çıkarma cezası ile tecziye edilmesine dair Yüksek Disiplin Kurulu kararının iptali ile işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faizi ile birlikte ödenmesine karar verilmesi istemiyle Adalet

Bakanlığına karşı açılan davada, davada uygulanması gerekli kural olan Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu kanaatine varıldığından işin gereği görüşüldü:

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11'inci maddesinin ikinci fıkrasında, kanunların Anayasa'ya aykırı olamayacağı belirtilmiş; 152'nci maddesinde de, "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır. Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır. Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz." hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa'nın 152'nci maddesi hükmüne göre, bir davaya bakmakta olan mahkemenin itiraz yoluyla bir kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilmesi için, iptali istenen kuralın davada uygulanacak nitelikte bir kural olması gerekir. Davacının Devlet memuriyetinden çıkarma cezası almasına sebep olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesinin, bakılan davada uygulanacak bir kural niteliğinde olduğu açıktır.

Dava dosyasının incelenmesinden; Ankara İdarî Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığınca 17/05/2008 tarihinde uygulamalı yapılan zabıt kâtipliği alım sınavında bir adaya ait uygulama sınav metnini önceden hazırlayarak yazıcıya gönderdiği ve bu suretle bir adaya yardımcı olduğu, disiplin soruşturması ve teknik raporla saptanan davacının, Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesi uyarınca Devlet memuriyetinden çıkarma disiplin cezası ile tecziye edilmesi üzerine 05/12/2012 tarihinde bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 2'nci maddesinde, Türkiye Cumhuriyetinin; toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, lâik

ve sosyal bir hukuk Devleti olduğu belirtilmiş; 13'üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükme bağlanmış; 38'inci maddesinde, kimsenin, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamayacağı; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemeyeceği, suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkranın uygulanacağı, ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerinin ancak kanunla konulacağı ifade edilmiş; 49'uncu maddesinde, çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğu vurgulanmış; 70'inci maddesinde, her Türk'ün, kamu hizmetlerine girme hakkına sahip olduğu, hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemeyeceği hüküm altına alınmış; 128'inci maddesinin ikinci fıkrasında ise, "Memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir." hükmüne yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadında hukuk devleti, "insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu âdil bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmekle kendini yükümlü sayan, bütün davranışlarında hukuk kurallarına ve Anayasa'ya uygun, bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlet demektir." şeklinde tanımlanmaktadır.

Söz konusu tanıma göre; idarenin etkin bir şekilde yargısal denetimi hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olup; hukuk devleti ilkesini benimseyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 125'inci maddesinde de, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açık tutulmuştur.

Yukarıda aktarılan Anayasa hükümlerinin, hukuk devleti ilkesi ile birlikte değerlendirilmesinden; temel hak ve hürriyetlerinden birisi olan kamu hizmetine girme hakkının ancak kanunla sınırlandırılabileceği, keza bu hakkı sınırlandıran özelliklere sahip disiplin cezaları ile memur ve diğer kamu görevlilerinin yükümlülükleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Diğer yandan; hukuk devletinin, öğreti ve uygulamada iki unsurundan daha bahsedilmekte; bu unsurlardan birinin "idarî faaliyetlerin belirliliği (düzenli

idare, idarî istikrar) ilkesi", diğerinin ise "hukukî güvenlik ilkesi" olduğu kabul edilmektedir. Düzenli idare ilkesiyle, idarenin faaliyetlerinin belli ölçüde tayin edilebilir ve önceden öngörülebilir olması, idarenin sürekli uygulamaları ile hukukî istikrarı tesis etmesi gereği anlatılmaktadır. "Bir hukuk devletinde bireylerin kendilerine uygulanacak hukuk kurallarının neler olduğunu önceden bilmesi ve kendi davranışlarını ona göre ayarlayabilme imkânına sahip olması" şeklinde özetlenebilecek hukukî güvenlik ilkesi de, hukuk devletinin gereklerinden biri olarak kabul edilmekte ve kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin hukuka uygunluğunun tespiti kapsamında Anayasa Mahkemesi içtihatlarında uygulanmaktadır.

İdarî istikrar ve hukukî güvenlik ilkesinin bir sonucu olarak; temel hak ve hürriyetlerden birisi olan kamu hizmetine girme hakkının sınırlandırılması niteliğinde olan Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren bir eylemin kanunla konulduğunun kabul edilebilmesi için, bu cezayı gerektiren eylemin somut ve belirli unsurlarının (idarenin keyfî davranışına elvermeyecek ölçüde) kanunla saptanması gerekmektedir. Elbette ki, hangi eylemlerin söz konusu disiplin cezasını gerektirdiği hususunda önceden öngörülmesi mümkün bulunmayan tüm davranışların kanunla tam olarak belirlenmesine olanak bulunmamaktadır. Bu durum öncelikle, kanunların soyut ve genel nitelikte olması özelliğine ters düşer. Ancak; kanun koyucunun her halükârda, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yol açan eylemi, en azından nesnel ve âdil bir uygulamaya zemin hazırlayacak şekilde ve öngörülebilir bir formda düzenlemesi elzemdir. Aksi durum, idarî ve kazaî merciler arasında farklı uygulamalara sebebiyet verecek, bu yüzden de hukuk devleti ilkesi zedelenecektir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesinde, "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak", Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve hâller arasında sayılmış, ancak hangi hareketlerin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olduğu hususunda herhangi bir somut ve belirli unsur ya da benzer davranışlar listesine yer vermemiştir. Bu yüzden, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecedeki hareketlerin saptanması idareye ve idarî yargı organlarına bırakılmıştır.

Ancak; söz konusu maddenin bu düzenleniş biçimiyle, Devlet memurluğunun sonlandırılması ve bir daha memurluğa alınmama gibi ciddî sonuçları olan bir konuda, uygulamada idarî ve kazaî merciler arasında farklı uygulamalara ve yorumlara sebebiyet verecek bir içeriğe sahip olduğu açıktır.

Nitekim; dava konusu olayda da, davacının, Zabıt Kâtipliği Uygulama Sınavında teknik yöntemlerden yararlanarak bir adaya yardımcı olması şeklindeki eylem, soruşturmacı tarafından (ve Mardin İdare Mahkemesinin çoğunluk kararına muhalefet şerhinde) Devlet Memurları Kanunu'nun 125/D-1 maddesi kapsamında kademe ilerlemesinin durdurulması cezasını gerektiren, "kişilerin yarar veya zararını hedef tutan davranışlarda bulunmak"; Disiplin Kurulu ile Yüksek Disiplin Kurullarınca (ve Mardin İdare Mahkemesinin çoğunluk kararı ile Danıştay Onikinci Dairesinin onama kararında) aynı Kanun'un 125/E-g maddesi kapsamında Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren, "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" olarak yorumlanıp değerlendirilmiştir.

Oysa pekâlâ; Devlet memurluğuna alınma koşullarını düzenleyen aynı Kanun'un 48/A-5 maddesinde yer verilen "Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı bir yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasına ya da affa uğramış olsa bile devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflâs, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından mahkûm olmamak." hükmü ile özellikle söz konusu maddenin mülga şeklinde yer alan "Taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veyahut 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflâs gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlâk kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmamak." hükmünde olduğu gibi, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecedeki hareketlerin neler olabileceği hususunda fikir veren benzer davranışlar listesine yer verilebilirdi ki, şüphesiz bu şekilde yapılacak bir yasal düzenlemenin; yukarıda belirtilen ve hukuk devleti (belirlilik ve hukukî güvenlik) ilkesini zedeleyen uygulamaları ortadan kaldıracağı veya en azından etkin bir yargısal denetime zemin hazırlayarak bu gibi durumları en aza indirebileceği düşünülmektedir.

Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-g maddesi, mevcut düzenleniş biçimiyle asıl olarak yukarıda aktarılan hukuk devleti ilkesine, özel olarak da cezaların kanunîliği ilkesine, kamu hizmetine girme hakkının ancak kanunla

sınırlandırılabileceği kuralına ve memurların yükümlülük ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi yolundaki Anayasa hükmüne aykırıdır.

Nitekim; 05/11/2008 gün ve 27045 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 17/04/2008 gün ve E: 2005/5, K: 2008/93 sayılı kararı ile, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 42'nci maddesinin birinci fıkrasının "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" bölümünün, yukarıda aktarılan benzer gerekçelerle Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı olduğundan bahisle iptaline hükmedilmiştir.

Keza daha benzer bir konuda; 13/08/2013 gün ve 28734 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 28/02/2013 gün ve E: 2012/116, K: 2013/32 sayılı kararı ile, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde yer verilen "Avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışları çevresince bilinmiş olmak" hükmünün, yine yukarıda aktarılan benzer gerekçelerle Anayasa'nın 2'nci maddesine aykırı olduğundan bahisle iptaline hükmedilmiştir.

Bu durumda; 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125'inci maddesinin (E) bendinin (g) alt bendinde (md. 125/E-g) yer verilen "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmünün Anayasa'nın 2, 13, 38, 49, 70 ve 128'inci maddesine aykırı olduğu kanaatine varıldığından, anılan Kanun hükmünün iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerekmiştir.

Açıklanan nedenlerle;

1- Anayasa'nın 152'nci maddesi uyarınca bakılmakta olan davada uygulanacak olan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125'inci maddesinin (E) bendinin (g) alt bendinde (md. 125/E-g) yer verilen "Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" hükmünün Anayasa'nın 2, 13, 38, 49, 70 ve 128' inci maddelerine aykırı olduğu kanaatiyle, anılan Kanun hükmünün iptali ve yürürlüğünün durdurulması talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına,

2- Anayasa Mahkemesinin konu hakkında vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına, beş ay içinde bir karar verilmezse davanın yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırılmasına,

3- İşbu kararın birer örneğinin taraflara tebliğine,

4- 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40'ncı maddesi uyarınca işbu kararın aslı ile birlikte işbu karara ilişkin görüşme tutanağının, dava dilekçesinin ve dosya içindeki diğer tüm evrakların onaylı örneklerinin dizi listesine bağlanarak Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

31/7/2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı

Kanun'un 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin itiraz konusu (g) alt bendi şöyledir:

*"**Madde 125-** Devlet memurlarına verilecek disiplin cezaları ile her bir disiplin cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:*

…

E- Devlet memurluğundan çıkarma: Bir daha Devlet memurluğuna atanmamak üzere memurluktan çıkarmaktır.

Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren fiil ve haller şunlardır:

…

g) Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,"

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararında, Anayasa'nın 2., 13., 38., 49., 70. ve 128. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 3.10.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

V- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

23.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 31. maddesi ile değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin *"Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak,"* biçimindeki (g) alt bendinin yürürlüğünün durdurulması isteminin, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince yöntemine uygun olmadığından REDDİNE, 3.10.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

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

A- Anayasa'nın 2. Maddesi Yönünden İnceleme

Başvuru kararında, hangi hareketlerin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler olduğu hususunda herhangi bir somut ve belirli unsur ya da benzer davranışlar listesinin bulunmadığı, söz konusu fiil ve hareketlerin belirlenmesi yetkisinin idareye ve yargı organlarına bırakıldığı, bu durumun farklı uygulamalara ve yorumlara sebebiyet vereceği belirtilerek Anayasa'nın 2. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural ile memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak fiilinin Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirdiği düzenlenmiştir.

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

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

Belirlilik ilkesinin gerekleri, düzenlemenin yapılacağı alana ilişkin koşulların getirdiği zorluklara göre değişebilmektedir. Birtakım kavramların bazı alanlar için kullanılması durumunda belirlilik ilkesinin gerekleri yerine getirilmiş sayılırken, aynı belirlilik oranı diğer bir alan için yeterli olmayabilir. Ceza hukukuna ilişkin kanunilik ve belirlilik unsuru ile disiplin hukukuna ilişkin kanunilik ve belirlilik unsuru arasında farklılık olabilir. Bu farklılık her bir hukuk disiplini içinde de ortaya çıkabilir. Konunun daha kesin ve açık bir düzenlemeye imkân tanımaması hâlinde, kanun koyucu zorunlu olarak genel düzenleme yapabilir.

Bir alanın kanunla düzenlenmesinin zorunlu olması, buna karşın kanun tekniği açısından daha somut düzenleme ve daha belirgin kavram kullanma olanağı bulunmaması veya bir kanunun veya hükmün düzenlediği alanın daha fazla somutlaştırılması ve netleştirilmesi zor birçok olguyu kapsaması durumunda belirlilik ilkesine uyulduğu kabul edilebilecektir. Ancak, kullanılan hukuksal kavram veya kavramlar en azından yargılama ya da hukuksal yorum yöntemleriyle somutlaştırılabilir olmalıdır.

Dava konusu kuralda belirsiz olduğu ileri sürülen "*memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin*" tümünün önceden öngörülmesinin ve tespitinin olanaksız olduğu ve söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığı, normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanımaması nedeniyle kullanıldığı anlaşıldığından anılan kavramların kullanılmasında belirlilik ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Fıkrada genel bir belirleme yapılmış ve disiplin cezası gerektiren hareketlerin, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olması gerektiği düzenlenerek çerçeve çizilmiştir. Kaldı ki, itiraz konusu kural dayanak alınarak tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolu açık olup belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu kavramların belirttiği hareketler yargı kararları yoluyla da somutlaştırılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

B- Anayasa'nın 38. ve 128. Maddeleri Yönünden İnceleme

Başvuru kararında, itiraz konusu kuralın düzenleniş biçimiyle cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olduğu, memurların yükümlülük ve özlük işlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

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

Anayasa'nın 128. maddesinde, Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevlerin, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görüleceği, memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işlerinin kanunla düzenleneceği belirtilerek, memurlar ve diğer kamu görevlileri maddede sayılan özlük hakları bakımından yasal güvenceye kavuşturulmuştur. Bu konuların kanunla düzenlenmesi memurlar için güvencedir.

Kanunla düzenleme ilkesi, düzenlenen alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade etmektedir. Bu niteliği taşıyan bir yasal düzenleme ile uzmanlık ve teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusunda yürütme organına yetki verilmesi, yasal düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz.

Dava konusu kuralda, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak fiilinin Devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektirdiği belirtilmiştir.

İdarenin faaliyetleri çok çeşitli, karmaşık ve değişken olduğundan disiplin cezasını gerektirecek fiillerin tümünün kanunda tek tek belirlenmesi güçtür. Kuralın incelenmesinden de görüleceği üzere memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler denilmek suretiyle disiplin cezası gerektiren fiil ve hareketlerin çerçevesinin çizildiği anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 38. ve 128. maddelerine aykırı değildir. İtirazın reddi gerekir.

Kuralın, Anayasa'nın 13., 49. ve 70. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

VII- SONUÇ

23.7.1965 günlü, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 16.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Mehmet ERTEN	Üye Serdar ÖZGÜLDÜR	Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT
Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ	Üye Burhan ÜSTÜN
Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU	Üye Hicabi DURSUN
Üye Celal Mümtaz AKINCI	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

Esas Sayısı : 2013/30
Karar Sayısı : 2014/13
Karar Günü : 29.1.2014

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :

1- Çankırı İnfaz Hakimliği (E.2013/30)
2- Gaziantep İnfaz Hakimliği (E.2013/42)

İTİRAZLARIN KONUSU : 24.1.2013 günlü, 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

1- 1. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesine eklenen (4) ve (5) numaralı fıkraların,

2- 2. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'a eklenen geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrasının,

Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemidir.

I- OLAY

Disiplin cezası uygulanmasına karşı yapılan şikâyet başvurularının incelenmesi sırasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkemeler, iptalleri için başvurmuşlardır.

II- İTİRAZ BAŞVURULARININ GEREKÇELERİ

1- E.2013/30 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"Hükümlü …, 05.11.2012 tarihinde Çankırı Cezaevi Müdürlüğüne yazılı olarak Türkçe verdiği dilekçede özetle, Türkiye'deki bir çok cezaevinde …'a özgürlük ve Kürtçe üzerindeki yasakların kaldırılması için süresiz ve dönüşümsüz açlık grevine girildiğini, bu talepler karşılanıncaya kadar kendisinin de 05.11.2012 tarihinden itibaren, açlık grevine girdiğini ve bu durumu sonlandırmayacağını belirtmiştir. Bu dilekçe üzerine cezaevi yönetimi tarafından 5275 sayılı Yasa'nın 47 nci maddesinden hareketle aynı gün hükümlü hakkında disiplin soruşturması açılmış ve üç gün içerisinde savunması istenilmiştir. Aynı tarihli tutanağa göre hükümlü soruşturma yazısını tebliğ etmekten kaçınmıştır.

Muhakkik olarak atandığını belirten kurum ikinci müdürü, eylemin 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi kapsamında sabit olduğunu 08.11.2012 tarihli görüş yazısında ifade etmiş ve aynı Yasa'nın 47/1 maddesi uyarınca kurum en üst amiri tarafından, açlık grevi hali sabit olduğundan bahisle, 12.11.2012 tarih ve 675 sayılı kararla, hükümlü …'e 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi uyarınca "bir ay bazı etkinliklere katılmaktan alıkoyma cezası" verilmiştir. Bu ceza kendisine 12.11.2012 tarihinde tebliğ edilen hükümlü, 23.11.2012 tarihinde cezaevi yönetimi tarafından havale edilmiş olan Türkçe yazılı dilekçe ile disiplin cezasına karşı şikayet yoluna başvurmuş ve cezanın kaldırılmasını talep etmiştir.

Süresinde yapılan bu başvuru nedeniyle, 4675 sayılı Yasa'nın 6/2 ve 6/4 ncü maddeleri uyarınca şikayetçinin anılan atılı eylemi kendi serbest iradesiyle mi gerçekleştirdiği hususunun da açıklığa kavuşturulması ayrıca gözetilerek bizzat dinlenilmesi gerekli görülmüş, başvurunun duruşmalı incelenmesi yoluna gidilmiştir.

Şikayetçi, 29.11.2012 tarihli oturumda özetle mahkemede kullanılan resmi dilde de kendisini etkili olarak ifade edebildiğini, Kürtçe'nin anadili olduğunu ve Kürtçe olarak ise kendisini daha etkili olarak ifade edebildiğini, bu nedenle savulmasını Kürtçe yapmak istediğini beyan etmiş olup, bu talebi CMY 202 ve 324/5 maddeleri uyarınca yerindi görülmeyerek reddedilmiş, bunun üzerine adı geçen Türkçe olarak savunma yapmak istemediğini beyan etmiştir.

Açlık grevlerine yönelik düzenlemenin, dolayısıyla buna dayalı olarak disiplin cezası verilmesinin Anayasa'ya aykırılığından bahisle, 29.11.2012 tarihli oturumda

Anayasa'nın 152 nci maddesi uyarınca Anayasa Mahkemesine başvurulması kararı alınarak, Anayasa Mahkemesi kararı sonucuna kadar mevcut bu dava geri bırakılmıştır.

Mahkememizin 2012/152 esas sayılı dava dosyasında da aynı gerekçelerle Anayasa Mahkemesine başvuru kararı alınmış olup, Anayasa Mahkemesince 2012/152 esas sayılı dava 2013/6 sayısına kaydedilerek, 31.01.2013 tarihinde ilk incelemesi yapılmıştır.

Mahkememizin 2012/153 esas sayılı bu davası ise Anayasa Mahkemesinde 2013/7 sayısını almış olup, 31.01.2013 tarihinde yapılan ilk incelemede (5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesi yönünden) 6216 sayılı Yasa'nın 40/4 ve 41/2 maddeleri uyarınca başvuru reddedilmiş ve 31.1.2013 tarih ve 7/19 sayılı hüküm tutanağı 21.02.2013 tarihli oturum öncesinde mahkememize ulaşmıştır.

Bunun üzerine Mahkememizin 2012/153 esas sayılı davasında, 6216 sayılı Yasa'nın 41/2 nci maddesi gözetilerek, Mahkememizin 2012/152 esas sayılı dava dosyasının, 5275 sayılı Yasa'nın 40/2-g maddesine özgü olarak Anayasa Mahkemesince yapılan inceleme nedeniyle bu yönden, Anayasa Mahkemesine yapılan başvuru sonucunun beklenmesine karar verilerek, bu dosyadaki diğer yönlerden ise mevcut olan eksikliklerin giderilmesi ve incelemelerin yapılması yoluna gidilmiştir.

Hükümlünün 29.11.2012 tarihinde, mahkemece kullanılan resmi dili bildiğini ve resmi dilde kendisini etkili olarak savunabileceğini, ancak anadili olan Kürtçe'de daha etkili olarak savunma hakkını kullanabileceğini beyan etmesi karşısında, bu talebi talep tarihindeki yasa hükümleri olan CMY 202, 324/5 maddeleri uyarınca yerinde görülmemiş, bunun üzerine adı geçen ise savunma yapmamıştır.

Devam eden dava sırasında 31.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren 24.01.2013 tarih ve 6411 sayılı Yasa'nın 1 nci ve 2 nci maddelerindeki düzenleme uyarınca, şikayet eden hükümlünün resmi dili bilse bile daha etkili savunma yapacağı beyanına üstünlük tanınması ve duruşma açılmış olduğundan savunmasının bu çerçevede alınarak başvurusunun buna göre incelenmesi konusu gündeme gelmiş ise de, anılan maddeler Anayasa aykırı ve davada uygulanacak kural niteliğinde bulunduğundan, Anayasa'nın 152/1 nci maddesi koşulları da oluştuğundan, 6411 sayılı Yasa'nın 1 ve 2 nci maddesinin belirtilen hükümleri için Anayasa Mahkemesine başvuru yapma kararına varılmıştır.

ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ

Devletlerin örgütlenme modeline göre, bazı devletler resmi dil konusuna Anayasalarında yer vermezken, bazı devletler ise Anayasalarında resmi dili tek veya birden fazla dil şeklinde düzenleme konusu etmektedirler. Resmi dilin, hangi dil olacağına ya da olup olmayacağına asli kurucu iktidar karar vermektedir. Türkiye, dil konusunda, resmi dil ölçütünü esas almış, bunu Anayasa'da açıkça tek dil esasına göre düzenlenmiş ve 1982 Anayasası'nın 3 ncü maddesinde resmi dilin Türkçe olduğu açıkça hüküm akma alınmıştır.

Resmi dil demek, devletin egemenlik erklerinde ve bu erklerin işleyişinde kullanılan dil demektir. Türkiye Cumhuriyeti'nin yasama, yürütme ve yargı erklerinde ve de bu erklerin işleyişinde kullanılan dil, Türkçe'dir. Yargı erkinde, resmi dil bilinmesine rağmen bir başka dilin kullanımına olanak sağlanması, açılım ya da demokratik bir hak sağlama değil, hukukun dolanılıp kolaycı bir yol olarak yargının seçilerek çok dillilik yolunun açılması, kurucu iradenin siyaseten farklı bir tanıma sokulması demektir. Bu durumun, yürütme ve idare birimlerinde, yine yasama ve komisyonlarında başka dillerin kullanımına olanak sağlanmasından hukuken hiç bir farkı yoktur. Çünkü, konu bu aşamada hukukun alanından çıkmakta, siyasal boyut kazanmakta, bir hak sağlanması söz konusu imiş gibi, anadil çok açıkça sömürü malzemesi halinde topluma sunulmaktadır. Bu aşamada yapılan ise gerçekte, resmi dil tanımında değişikliğe gidilmesi ve bunun da hem de Anayasa ile değil yasa ile yapılmasıdır. Örneğin geçmişte yine çok dilliliğin esas alınarak belediye hizmetlerinin verilmesi konusu Anayasa ihlali olarak nitelenmiş, belediye başkanı görevden alınmış, belediye meclisi feshedilmiş, siyasi nitelik taşıdığı belirtilerek bu duruma Danıştay da müdahale etmiştir. (Danıştay 8 nci Dairesi 22.5.2007 ve Danıştay İDDK, 18.10.2007 tarihli kararları; Ayşe Dicle Ergin, AÜHFD, 2010, Azınlık Dillerinin Kullanımı.) Geçmişte SP, HEP ve ÖZDEP ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'nce ve İHAM'nce verilen kararlarda da bu konular irdelenmiştir.

6411 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önceki 5275 sayılı Yasa'nın 202 ve 324/5 maddelerinde, temel insan hakları standartları da gözetilerek, resmi dili bilmeyen kişiler için savunma haklarını, kendilerini etkili olarak hangi dilde ifade edebilecekler ise o dilde kullanabilmeleri yolunda, gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler evrensel standartları bütünüyle karşılamaktadır. Burada korunan hukuksal yarar; temel insan hakkı, adil yargılama hakkı, etkili savunma hakkı, ayrımcılık yasağı ve eşitlik olup, maddedeki düzenlemelerle de bu ilke ve haklar

tamamen sağlanmıştır. Bu maddelerde sağlanan hakkın, hukuksal literatürdeki adı, dünyanın hiç bir ülkesinde ve hukuk düzeninde anadilde savunma hakkı değil, ücretsiz tercüman hakkıdır. Bu hak, bir başka tarafa çekilmemeli, sömürü malzeme ve fırsatçılığı içinde konuya yaklaşılmamalıdır.

Burada mahkemece kullanılan resmi dili anlamayan veya bilmeyen kişi, kendisini hangi dilde etkili olarak ifade edebilecek veya savunabilecekse, o dilde savunma da ve beyanda bulunacaktır. Bu dil ana dili de olabilir, bir başka dil hatta lehçe de olabilir. Kişinin resmi dili bilip bilmediği konusunda, savunma hakkını etkin kullanabilmesi için bu konudaki beyanına üstünlük tanınmalı, ancak beyanının açıkça gerçeği yansıtmadığının tartışmasız olduğu durumlarda ise, hiç bir hakkın kötüye kullanılması hukuk tarafından konulmayacağından beyanına itibar edilmemelidir.

Konu evrensel hukuk ve iç hukukta birbirilerine uyumlu olarak düzenlenmiş iken, 6411 sayılı Yasa ile yapılan düzenleme Anayasa'ya açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Sorun bu konunun daha en başından isimlendirilmesinden itibaren başlamakta, bu durum konuya hukuksal değil, temel insan haklarının dışında bir siyasal adım, bir siyasal kazanım açısından yaklaşılmasına neden olmakta, siyasal içerikte düzenleme konusu edilen bu yeni içerik etkin olarak yaşama geçirilemedikçe de ayrıca bir mağduriyet ve sömürü konusu olarak ta sunulmaktadır.

Savunma konusunda ve mahkeme önünde anadil geçerli olacaksa, bu anadil hangi anadil veya hangi dil olursa olsun, bu durum ancak mahkemece kullanılan resmi dilin bilinmemesi veya anlaşılmaması durumunda söz konusu olabilecektir. Ve bu durumda da ücretsiz tercüman görevlendirilecektir. Ancak böyle bir durumda ve tabloda bu hakkın tanınmasına, anadilde veya etkili dilde savunma hakkı da denmekte ise de, hukuksal olarak yaklaşıldığında bu hakkın adı yukarıda da belirtildiği üzere ücretsiz tercüman hakkıdır. Burada resmi dili bilmediği için anadil veya kendisini ifade edebileceği dil ile savunma yapmasına olanak sağlanan kişiye adil yargılama ortamı sağlanmakta, bu dil ile savunma hakkını etkin olarak kullanması, diğer kişilerle eşit biçimde kullanması, resmi dili bilmediği için ayrımcılığa da uğramaması amaçlanmaktadır.

Mahkemece kullanılan dili yani resmi dili bildiği halde, ana dil veya başka bir dilde kendisini daha iyi ifade edebileceğinden hareketle, resmi dil dışındaki

dillerde savunma yapma isteği, adil yargılama ve savunma hakkı kapsamında kalmamaktadır. Buna rağmen yapılan düzenlemeler, devlet ve kurucu gücün tanımına yönelik yeni anlayışları yansıtan, temel insan hakları kapsamında kalmayan düzenlemelerdir. Evrensel düzenlemeler ve uygulamalar da bu paraleldedir. Bu durumun temel haklar kapsamında kaldığını gösteren tarafı olduğumuz herhangi bir uluslararası sözleşme de bulunmamaktadır.

Temel insan hakkı bağlamında düzenleme konusu edilen ve korunan, hukuk literatürüne giren hak; belirtildiği üzere anadilde savunma hakkı olarak değil, ücretsiz tercüman hakkı olarak adlandırılmaktadır. Burada anadil ifadesinin öne çekilmesi, hukuksal alanın dışına çıkılıp hukukun dolanılması sonucunu doğurmaktadır. Kuşkusuz Türkiye'de yargı uygulamasında bir dil sorununun varlığı ve uygulamada da hala daha bu sorunun yaşandığı gerçekliği yadsınamaz. Ancak buradaki sorunun adı, ana dilde savunma sorunu değil, ücretsiz tercüman hakkı sorunudur. Bu temel insan hakkının da, uygulamada nerede, nasıl kullanılacağı sorunudur. Bu hakkın içselleştirilememesi konusudur. Sorunun, düzenlemeden değil, uygulamadan kaynaklandığı görülebilmelidir.

Sevr Antlaşması ile Lozan Antlaşması arasındaki en temel fark, dil konusundaki azınlık hususunun Lozan Antlaşması'nda benimsenmemesidir.

Lozan Antlaşması'nın 37-45 nci maddeleri arasında azınlıklar bölümü düzenlenmekte ve bu bölümde azınlıkların korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Lozan Antlaşmasına göre, gayrimüslümlerin azınlık olarak tanımlandığı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Gayrimüslümler, azınlık olarak ulus tanımı içinde yer almakta, yine bu coğrafyada yaşayan etnik kökeni Türk, Kürt, Laz, Çerkez, Gürcü vb ne olursa olsun ya da yine mezhebi ne olursa olsun tüm müslümanlar ile yine bu coğrafyada yaşayan Türkçe konuşanların tamamı, Türk Ulusu kavramı içinde nitelenmektedirler. Lozan Antlaşmasının 39/5 nci maddesinde "Devletin resmi dili bulunmasına rağmen, Türkçe'den başka dil kullanan Türk uyruklarına, mahkemelerde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri bakımından uygun düşen kolaylıklar sağlanacaktır." hükmü yer almaktadır. Bu maddenin yazım şekli itibarıyla azınlıklar dışındaki kişileri de kapsamına aldığı ileri sürülmüş ise de, madde Lozan Antlaşması'nın azınlıklar bölümünde yer almaktadır. Bu antlaşmaya göre de azınlıklar sadece gayrimüslümlerdir. Maddenin bu son fıkrası, azınlıklara özgülenmeden yorumlanıp uygulamaya sokulduğunda, en büyük çelişki ve tutarsızlık ta ortaya çıkmakta, o zaman dil boyutuyla azınlık yönünden Sevr ve Lozan Antlaşmalarının herhangi bir farkı kalmamaktadır. Oysa Lozan ve Sevr Antlaşmalarının bu konularda

paralel hüküm içerdikleri asla savunulamaz. Dolayısıyla Lozan Antlaşmasının 39/5 maddesi kapsamına giren sadece gayrimüslümlerdir.

Lozan Antlaşması ile sadece azınlıklara yani gayrimüslimlere sağlanan, mahkeme önünde kendi dilleri ile sözlü savunma konusu, gayrimüslümler dışındaki Türk uyruklarına da yaygınlaştırılarak uygulamaya sokulursa, o zaman bu kapsama dahil edilen ve edilecek diğer Türk uyrukluları da Lozan'daki azınlıklarla aynı hukuki statüye çekilmektedirler. Oysa Lozan ve kurucu irade ile ortaya çıkan ulus tanımına göre, hiç bir etnik fark görmeksizin, hiç bir mezhep farkı gözetmeksizin, herhangi bir etnik unsurun hangi dili kullandığı da dikkate alınmaksızın, ulusu oluşturan unsurlar ve halklar arasında kardeşlik ve ulusun bireyleri arasında da eşitlik esastır. Oysa burada eşitlik ve kardeşlik temasının yerini, aksine azınlık teması almakta, Lozan antlaşmasının 39/5 maddesinin kapsamı genişletilerek ayrı bir hukuksal statü yaratılmakta, Lozan'daki hukuksal tanımlar zorlanmakta, ortadan kaldırılmaktadır.

Her devlet, azınlıkları kendisi ve de kurucu gücü ile belirler. Türkiye'de azınlıklar Lozan Antlaşması ile belirlenmiştir. Yapılan 6411 sayılı Yasa değişikliği ile örneğin bu coğrafyada bulunan ve farklı dil konuşan Kürtler, hukuksal bağlamda ve de sonuç olarak eşitlik yerine, ulusal azınlık konumuna çekilmişlerdir. Oysa Lozan ve Anayasaya göre onlar, ulus içinde kardeşlik teması içinde eşit yurttaş iken, işte yaratılan sömürü ortamından bu sonuç ortaya çıkmıştır.

Bu konuda hukuksal saiklerle değil, hukuk dolanılarak siyasal ve sömürü söylemleri ile hareket edildiği için, konuya çözüm boyutundan bakılmamaktadır. Yargı alanında uygulamada ortaya çıkan sorunlar, kişinin beyanının esas alınmamasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, savunma konusunda kişinin beyanı esas alınarak bu sorun rahatlıkla çözülebilecekken, maddede bu yolda bir değişikliğe gidilmeden, uygulama sorunları yine aşılmamış, madde Anayasa'ya aykırı biçimde kaleme alınmıştır (Birgün Gazetesi, Savunmada Kullanılan Dil Kısıtlanamaz, 13.8.2011). Bu konuda yapıcı, içten ve hukuksal bir irade sergilenmemiştir. Örneğin Lozan Antlaşması, tamamen Türk kökenliler, Kürt kökenliler gibi tüm etnik farklılıklar arasında eşitlik temeline dayanmakta iken, dil yoluyla azınlık öngörmezken, bu durum 1983 yılına kadar da böyle gelmişken, 1983 yılında çıkartılan Siyasi Partiler Yasası'nın 8l/c maddesine, Türkçeden başka dilde propaganda yapılamayacağı yolunda hüküm konulmuş, gerekçe olarak ta Lozan'daki dil yoluyla azınlık yaratılamayacağı hükmü gösterilmiştir (Dil ve Partiler, Sol Gazetesi, 09.02.2013). Konuşmakla değil, tanımakla azınlıkların söz konusu olması, 1983 yılına kadar mevzuatta böyle bir madde ve böyle bir sorun

da bulunmamasına rağmen, 1983 yılında konulan ve halen yürürlükte olan bu hüküm nedeniyle, Türkçeyi bilmeyenlere veya yeterince bilmeyenlere bildikleri Türkçe dışında dil ile propaganda yapılamadan, onlardan seçme ve seçilme haklarını kullanmaları istenilmekte, bu tabloda siyasi faaliyetlerin ve seçimlerin eşit koşullar içinde adaletle yapıldığından söz edilebilmektedir. Nihayet oy hakkı sahibi olan bu kapsamdaki kişilere bildikleri dilden propaganda yapanlar için yaptırım konusu, Anayasa Mahkemesince 2012 yılında iptal edilmiş ise de, maddedeki yasaklama ve partiler için ihtar yaptırımı hala yasada durmaktadır. 2820 sayılı Yasa'nın 43. maddesinin de aynı durum önseçimler için söz konusu olup, yaptırımı olmayan bu madde 1965 tarih ve 648 sayılı Siyasi Partiler Yasası'ndan alınmıştır. Ondan önce böyle bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca 298 sayılı Yasa'nın 58 nci maddesinde de benzeri hükümler yer almaktadır. 12 Eylül öncesi bu ve benzeri hükümler söz konusu değilken, bu ve benzeri hükümler üzerinde değişiklikler yapılması yoluna gidilmezken, anılan bu maddelerden dolayı ortaya çıkan hak kayıpları, mağduriyet ve ötekileşme olarak, üst kimliğe tabi olmayan ayrı, farklı ve bağımsız bir kimlik oluşumu için kullanılmakta, bu noktadaki bir çok hukuksal girişimler desteksiz bırakılmakta, bu konulardaki hukuksal sorunların giderilmesi için adımlar atılması yerine, bunlar tamamen görmezden gelinmekte, 6411 sayılı Yasa ile yapıldığı üzere konu başka boyutlarda gündeme taşınmaktadır(Örneğin; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, 01.3.2005, 2005/7-112)

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 2 nci maddesinde dil nedeniyle ayrımcılık yapılması yasaklanmış; aynı durum BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2/2 nci maddesinde de düzenlenmiş; yine aynı yasaklama BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 2 nci maddesinde de yer almış, bu sözleşmenin 14/3-a maddesinde herkesin anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak hakkındaki suçlamanın niteliği ve gerekçesi konusunda bilgilendirilmesinden, yine 14/3-f maddesinde, mahkemede konuşulan dili konuşup anlayamadığı durumda, bir çevirmenin ücretsiz yardımından yararlanmak hakkına sahip olduğundan söz edilmekte ve bu haklar koruma altına alınmaktadır. Burada esas olan yargılamanın adaletle gerçekleştirilmesidir. Korunan ve sağlanan da, mahkemenin kullandığı dili anlamayan ve bilmeyenler için ücretsiz tercüman hakkı olup, bu sözleşme kapsamına alınıp korunan anadilde savunma konusu değildir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (İHAS) bakıldığında da anılan sözleşmenin 5/2 nci maddesinde, "yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı bir dilde bildirilmesi zorunludur" denilmektedir. Yine sözleşmenin adil yargılanma başlıklı 6/3-e maddesinde "Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı

takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak" hakkından söz edilmektedir. Sözleşmenin 14 ncü maddesinde ve ek 12 nci protokolde dil nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı da koruma altına alınmaktadır.

İHAS ve eki protokoller, temel insan haklarını konu almış olup, bu haklar konusunda da çekirdek alan, asgari standartlar ortaya konulmuştur. Ayrıca hangi hallerde söz konusu hakların ortadan kalkacağı ya da etkin yararlanılamayacağı da sözleşme ve içtihatlarda ayrıntılı olarak ifade edilmiştir.

İHAS kapsamında korunan temel insan hakkı, mahkemede kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan kişiye, kendini ifade edeceğini beyan ettiği dilde bedava tercüman hakkının sağlanmasıdır. Hakkın bu özü ve içeriği ile güdülen amaç, hukuksaldır ve adil yargılanmanın sağlanmasıdır. Dolayısıyla bu içerikteki hukuksal koruma ile güdülen amaç, adil yargılanma bağlamında temel bir insan hakkını sağlamaya yönelik olup, siyasal bir amaç değildir. Bu nedenle İHAS'de, resmi dilde kendini ifade edebilecekken, resmi dilde savunma yapılamaması halinde savunmanın anadil veya bir başka dilde yapılıp yapılmaması konusu koruma altına alınmamıştır. Koruma altına alınan, resmi dili bilmeyene etkili savunma yapma olanağının, beyan ettiği dil ile sağlanması ve sunulmasıdır. Bu yol eğer anadil ile sağlanıyor ise, bunun da engellenmemesidir. Ancak mutlaka anadilde sağlanacağı yolunda bir düzenleme söz konusu değildir.

Resmi dil konusu sadece Türkiye'ye özgü bir konu olmayıp, Türkiye gibi düzenleme yapma yoluna giden bir çok ülke bulunmaktadır. Fransa'daki düzenlemelerde ülkemizdeki gibidir. Fransa'da da Anayasa'da Cumhuriyet'in dilinin Fransızca olduğu yazılı olup, 1994 yılında çıkartılan Fransızca Yasası nedeniyle, fransızca koruma altına alınmış, ülke coğrafyasında konuşulan yerel diller de yasa kapsamında değerlendirilmiş; bu dillerin resmi olmayan yerlerde kullanımının kısıtlanması, Fransız Anayasa Konseyi tarafından (1994/345 - 27.7.1994) iptal edilmiştir. Aynı Anayasa Konseyi, Avrupa Konseyi Bölgesel Diller Şartı'nın, resmi dil dışındaki diğer azınlık ve bölgesel dillere hukuksal statü sağladığı gerekçesi ile ve Cumhuriyet'in bölünmezliği ve tekliği ilkesine uygun olmadığı düşüncesi nedeniyle, Fransız halkının bütünlüğünü korumak için kollektif haklar tanımanın önüne geçmenin gerektiği yolunda (1999/412-15.6.1999) karar vermiş ve onaylanmasını uygun bulmamıştır.

Fransa'nın farklı bölgelerinde yaşayan azınlıkların yoğun lobi faaliyetleri sonrasında 1958 Fransa Anayasası'nın 75. maddesine 2008 yılında "Bölgesel diller Fransa'nın mirasına aittir" hükmü eklenmiştir. 2004 tarihli Fransız

Polenezyası Özerklik Yasası, 1958 Fransa Anayasası'nın hem resmi dili Fransızca olarak düzenleyen ikinci maddesini hem de bölgesel dilleri içeren 75. maddesini kapsamına almakta olup, bu Yasanın 57. maddesi Fransız Polenezyası'nda resmi dil Fransızca'dır demektedir. Bunu derken aynı zamanda Tahiti dilinin de bölgenin kültürel kimliğinin temel bir unsuru olduğunu ifade etmektedir. Ancak, Tahiti dili kamu makamlarının değil, özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin kullanabilecekleri bir dildir. İHAM'da bu çözümü onaylamış ve Tahiti dilinin bölgede resmi makamlar önünde (davalarda, bölgesel parlamentoda) kullanılamıyor olmasını ifade özgürlüğü kapsamında incelenebilir bulmamıştır. (39426/06, Sabrina Birk-Levy/Fransa) (Resmi Dil ve Anayasalarda Düzenlenişi - Olgun Akbulut, TBB Dergisi, 2012)

İHAM Türkiye hakkında vermiş olduğu Mehdi Zana kararında da, adı geçenin Türkçe bilmesine rağmen Kürtçe konuşmakta ısrar etmesi nedeniyle savunma hakkının engellenmesini, İHAS'nin 6/3-e maddesine aykırı bulmamıştır (25.11.1997-1997-VII)

İHAM, ücretsiz tercüman hakkının, mahkemece kullanılan dilin anlaşılamaması ya da konuşulamaması halinde söz konusu olduğunu ve hakkın içeriğinin davadaki materyalleri de kapsadığını ifade etmektedir. Bu konudaki İHAM kararları istikrar kazanmıştır (28.11.1978, Luedicke, Belkacem, Koç davası).

Avrupa Konseyi belgelerinden olan Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi, yine Bölgesel ve Azınlık Dilleri Şartı'nda, adli makamlar önünde de azınlık dillerinin kullanılmasına olanak sağlamaktadır. (Anadilde Savunma, Murat Timur, Van Barosu Dergisi, 2011/l) Türkiye bu sözleşmeyi onaylamadığı gibi, Türkiye yönünden kimlerin azınlık olduğu konusu, yukarıda açıkça anlatıldığı üzere Lozan Antlaşmasında tartışmasız biçimde ortaya konulmuştur.

Bu açıklamalar karşısında, 6411 sayılı Yasa'nın 1. maddesine bakıldığında, bu madde ile CMY 202 nci maddeye eklenen 4 ncü ve 5 nci fıkralar temel bir insan hakkının gereği olarak değil, bir siyasal tercihin uygulamaya yansıtılması olarak eklenmektedir. Yapılan bu düzenlemeler, temel insan haklarına ilişkin düzenlemelerle korunan düzenlemeler kapsamında değildir.

CMY 202 nci madde de temel insan haklarının gereği olarak yapması gereken düzenleme yer almaktadır. Ücretsiz tercüman hakkının kişinin beyanı esas alınarak, bu beyanın esas alınması konusu da kötüye kullanılmadan savunma

için gerekli tüm materyaller kapsamına alacak şekilde kullandırılmasını, bu madde engellememekte aksine korumaktadır. Temel insan haklarının gereği olan koruma da budur. Maddeye yapılan ekleme ile, egemenlik yetkisi kullanan mahkemeler önünde, mahkemenin kullandığı resmi dili bilmesine rağmen, kendisini bu resmi dilde ifade edebilmesine rağmen, daha etkili olacağı ifade edilen başka dillerin kullanımına olanak sağlanması, bir insan hakları sorununun giderilmesi değil, bir siyasal tercihin yaşama geçirilmesidir. Devletin resmi dilinin kullanılmasına istisna alan yaratılmasıdır. Bu yaratılırken de, hukukun dolanılmasıdır. Düzenleme kendisi ile de çelişmektedir. Sanığın tercümanı kendisinin seçeceği ifade edilmiştir. Ancak burada esas alınan bir insan hakkı ise, bu düzenleme savunmaya katkı için zorunluluk gereği getirilmekte ise, o zaman bu giderlere de adil yargılama gereği devletin katlanması gerekmektedir ki, maddede yapılan düzenleme ile bu durumdaki tercüman giderlerinin de devlet tarafından karşılanmayacağı ifade edilmiştir. Bu da çelişkiyi ayrıca ortaya koymaktadır. Burada beyanın esas alınması gereğinin ifade edilmesi, yargılamanın sürüncemede bırakılması yolunda hareket edilemeyeceğinin maddeye konulması, madde ile ortaya çıkan aykırılıkları giderici nitelikte değildir.

Tercümanların, sanıklar tarafından seçilebilmesi düzenleme konusu edilmiş; yargıç ve savcılar tarafında ise tercüman seçiminde bulundukları il adalet komisyonları tarafından yapılan listenin esas alınmayabileceği ifade edilmiştir. Her durumda tercümanlar, bu listelerde yer alan kişiler içinden seçilecektir. Savcı ve yargıçlar, diğer illerdeki listelerden de seçim yapabileceklerdir. Sanıklara bu olanak sağlanmamış iken, savcı ve yargıçlara hangi durumlarda bu olanağın sağlandığı da düzenleme konusu edilmemiş, silahların eşitliğine aykırı davranılarak, ayrı bir tutarsızlık örneği sergilenmiştir. Listelerin oluşturulmasına ilişkin ana ilkeler yasada belirlenmeden konunun yönetmelikle düzenleneceğinin ifade edilmesi ise, bir hak söz konusu ise bunun özünü zedelemesi, yürütmeyi belirleyici kılması yönünden ayrıca aykırılık yaratmaktadır. 6411 sayılı Yasa'nın 2 nci maddesinde de bu yönetmelik için hiç birlik ortaya konulmadan, yönetmeliğin Adalet Bakanlığınca çıkartılacağını, yönetmelik çıkartılana kadar da bu hakkın kullanılmak istenmesi durumunda tercümanın sanık tarafından getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir ki, sanık yanında tercüman getirmedikçe böyle bir haktan yararlanamayacağı yolundaki düzenleme, ayrıca kendi içinde çelişki ve sağlanan hakkın temel bir insan hakkı olarak görülmediğinin açık bir ifadesidir.

Yapılan yeni düzenlemeye göre kişi kendisini, mahkemede kullanılan bir başka dilde savunacağını beyan ettiğinde, mahkeme bu duruma yargılamanın sürüncemede bırakılma hali dışında hiç bir biçimde müdahale edememektedir.

İnsan hakları dokunulmaz ve devredilmez haklardandır. Ücretsiz tercüman hakkı, temel insan haklarının gereği olarak tanınmış ve korunan bir haktır. Burada sanık beyanı ile bir başka dil kullanacağını ifade ettiğinde, adil yargılama ortamı yok edilmekte, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelik taşıyan ve korunan temel insan hakkı olan adil yargılama hakkından vazgeçmektedir. Bu da yapılan düzenlemedeki çelişkiyi göstermektedir.

Yapılan açıklamalar karşısında, devletin egemenlik yetkisi kullanan yargı organları önünde, Anayasa tarafından benimsenen tek resmi dil esasına istisna yaratılması Anayasa'nın başlangıç bölümüne ve özellikle bu bölümün 3-7 nci paragraflarına aykırılık oluşturmaktadır.

Yine yapılan bu düzenleme, Anayasa'nın başlangıç bölümünde ifade edilen temel ilkelere, milli dayanışma ve toplumun huzuruna aykırılık yarattığından Anayasa'nın 2 nci maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

Yapılan düzenleme devletin ulusuyla bölünmez bütünlüğünü ifade eden ve Türkçe'nin resmi dil olduğunu düzenleyen ve başka resmi dil öngörmeyen Anayasa'nın 3/1 nci maddesine aykırılık oluşturmaktadır.

6411 sayılı Yasa'nın belirtilen hükümleri ile Anayasa'nın değiştirilemeyecek maddelerini düzenleyen ve bu maddeleri koruma altına alan Anayasa'nın 4 ncü maddesine açıkça aykırılık yaratılmıştır.

Bu düzenleme ile devlet, Türk ulusunun bütünlüğünü, Cumhuriyeti, kişilerin ve toplumun huzur ve mutluluğunu gözetmemiş, tam aksine buna aykırı hareket etmiştir. Türkçe, bir devlet dili olarak kabul edilmiştir. Bu dil aynı zamanda resmi dildir. Resmi dil ve devlet dili eş anlamlı olarak esas alınmıştır. Burada devlet organlarında Türkçenin esas alınması, bir etnik kökene ayrıcalık yaratmak değil, Türkçe'nin resmi dil olarak benimsenmesi nedeniyledir. Tek ulus esasının benimsenmesine de dayanılarak, tek resmi dil anlayışının da kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yapılan düzenleme Anayasa'nın 5 nci maddesine aykırıdır.

Yapılan düzenleme ile, kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet ve egemenlik yetkisi kullanılmıştır. Anayasa'nın ilk dört maddesine aykırı düzenleme yapılamayacak olması ve bu maddelere aykırı düzenleme yapma yetkisi bulunmayan yasama organı, çıkardığı bu yasa ile kendisine Anayasa ile verilmeyen bir yetki

kullanmış, bu şekilde Anayasa'nın 6 nci ve 7 nci maddelerine aykırı hareket etmiştir. Anayasa'nın ilk dört maddesine aykırı olan yasaların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmaması, Cumhurbaşkanının bu durumda olan yasaları onaylama yetki ve görevinden söz edilemeyeceği, aksi halde yürütme görevinin açıkça Anayasa'ya aykırı olarak kullanılmasının söz konusu olmasına rağmen, Cumhurbaşkanı da görevini anayasal sınırların dışına çıkarak, Anayasa'nın 8 inci maddesine aykırı biçimde yerine getirmiştir. Egemenlik yetkisi kullanan mahkemeler, bu yetkisini ulus adına kullanırken, ulusal bütünlüğü ve ulusun tekliği ilkesinden hareketle, tek resmi dil esasının da kabul edilmesi nedeniyle, Türkçe kullanmak durumundadırlar. Bu nedenle, mahkemelerde resmi dil kullanma koşulları dışında resmi dile istisna yaratılacak düzenlemelerin söz konusu edilmesi, Anayasa'nın 9 ncu maddesine aykırıdır. Mahkeme önünde, ancak mahkemenin kullandığı dili bilmeyen veya anlamayan için, hak sağlanması söz konusu olabilir, insan haklarının gereği budur. Bunun ötesinde düzenlemelere gidilmesi, yargı yetkisinin kullanımına açıkça aykırıdır.

Yapılan düzenleme ile resmi dili bilmesine rağmen, ancak parasını ödeyerek tercümanı yanında bulundurana hak tanınması ayrı bir iç çelişki olup, ayrıca mahkemenin dilini bilmesine rağmen farklı dillerde savunma yapma olanağının sağlanması, eşitlik ilkesine açıkça aykırılık yaratmaktadır. Adil yargılama hakkı, resmi dilin bilinmemesi durumunda, yargılama için silahların eşitliği çerçevesinde, ücretsiz tercüman hakkı yoluyla, aynı iletişim dilinin kullanılmasını sağlamak amacına yöneliktir. Burada, iddia ve hüküm makamları mahkemenin resmi dilini kullanmak durumunda iken, resmi dili bilen savunma için resmi dil dışında farklı dil seçeneğinin yaratılması, ayrıca Anayasa'nın 10 ncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine, silahları eşitliğine aykırıdır, ayrımcılık yaratıcı niteliktedir.

Yapılan düzenleme ile Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü gözetilmemiş bu nedenle açıkça Anayasanın 11. maddesine aykırı hareket edilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere, adil yargılama hakkı için, ücretsiz tercüman hakkı sağlanan kişiye, kendi beyanı esas alınarak resmi dil dışında başka bir dil seçeneğinin sunulması, temel insan hakları kapsamında koruma görmeyen bu durum nedeniyle, temel hakların dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez niteliğine aykırı durum yaratılmaktadır. Bu nedenle düzenleme Anayasa'nın 12 nci maddesine de aykırıdır. Yapılan bu düzenleme sonucunda kişi beyanı esas alınarak resmi dil dışında başka bir dili tercih edip savunma yapma yoluna gittiğinde, savunma hakkından etkin yararlanmakta, adil yargılama koşulu ortadan kalkmakta, bu nedenle temel hak ve özgürlüğü gerçekte kısıtlanmış olmaktadır. Bu

ve yukarıda belirtilen nedenlerle yapılan düzenleme Anayasa'nın 13 ve 14 ncü maddelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Yapılan düzenleme ile adil yargılamanın gereği olarak korunan ücretsiz tercüman hakkının alanı daraltılmaktadır. Kişi resmi dili bilse bile, etkili başka bir dilde savunma yapma isteğini beyan ettiğinde, beyan ettiği o dilde savunma yapacaktır. Adil yargılama kapsamında korunmayan bu durum nedeniyle, yukarıda belirtildiği üzere adil yargılama koşulları ortadan kalkacak, Anayasa'nın 36 nci maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğüne aykırılık söz konusu olacaktır.

Yapılan bu düzenleme, Sevr antlaşmasının dil konusundaki hükümlerinin canlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Lozan Antlaşmasının 39/5 nci maddesine açıkça aykırıdır. BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 14/3, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/3 ncü maddelerine açıkça aykırılık yaratılmıştır. Anadil vurgusu yapılarak, anadil konusu dolanılarak, evrensel düzeyde tanınan ücretsiz tercüman hakkı ihlal edilmiş, bu hak hukuksal içeriğin dışına taşınarak, siyasal bir talep ve siyasal bir kimliğin kabulüne çevrilmiş, oysa bu hakkın esas olduğu yargılanma konusu görmezden gelinerek, ikinci planda bırakılmıştır. Bu nedenle yasaların yanında tarafı olduğumuz sözleşmelerle sağlanan insan haklarının koruma alanını daraltıcı yönleri itibarıyla Anayasa'nın 90/son maddesine de açıkça aykırılık yaratılmıştır.

Gerekçeleriyle yukarıda açıklandığı üzere, Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 36, 90/son maddelerine açıkça aykırı olan 6411 sayılı Yasanın 1 ve 2 nci maddeleri yoluyla 5271 sayılı Yasa'nın 202 nci maddesine 4 ve 5 nci fıkra olarak eklenen hükümlerin ve 5271 sayılı Yasa'ya eklenen geçici madde 1 in iptaline karar verilmesi amacıyla, Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasına, en çok beş ay süreyle olmak üzere, başvuru sonucuna kadar Anayasa'nın 152/3 maddesi çerçevesinde davanın bu yönden geri bırakılmasına, bu nedenle dosyanın onaylı örneğinin çıkartılarak dizi pusulasına bağlanıp, Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, anılan hükümlerin uygulanmasıyla ortaya çıkacak hak kayıpları ve aykırılıklar yönünden yürürlüklerinin durdurulmasının da talep edilmesine karar vermek gerekmiştir."

2- E.2013/42 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir:

"ANAYASAYA AYKIRILIK NEDENLERİ:

Devletlerin örgütlenme modeline göre bazı devletler resmi dil konusuna Anayasalarında yer vermezken bazı devletler ise Anayasalarında resmi dili tek veya birden fazla dil şeklinde düzenleme konusu etmektedirler. Resmi dilin hangi dil olacağına ya da olup olmayacağına asli kurucu iktidar karar vermektedir. Türkiye dil konusunda resmi dil ölçüsünü esas almış, bunu Anayasa da açıkça tek dil esasına göre düzenlemiş ve 1982 Anayasanın 3. maddesinde resmi dilin Türkçe olduğu açıkça hüküm altına alınmıştır.

Resmi dil demek Devletin egemenlik erklerinde ve bu erklerin işleyişinde kullanılan dil demektir. Türkiye Cumhuriyeti yasama, yürütme ve yargı erklerinde ve de bu erklerin işleyişinde kullanılan dil Türkçe'dir. Yargı erkinde, resmi dil bilinmesine rağmen bir başka dilin kullanımına olanak sağlanması Demokratik bir hak sağlama değil, hukukun kullanılarak yargı eliyle çok dillilik yolunun açılması, kurucu iradenin farklı bir tanıma sokulması anlamına gelmektedir. Örneğin, geçmişte yine çok dilliliğin esas alınarak Belediye hizmetlerinin verilmesi konusu Anayasa ihlali olarak nitelenmiş, Belediye Başkanı görevden alınmış, Belediye Meclisi fesih edilmiş, siyasi nitelik taşıdığı belirtilerek bu duruma Danıştay da müdahale etmiştir. (Danıştay 8. Dairesi 25/05/2007 tarih ve Danıştay İDDK. 18/10/2007 tarihli kararları; Ayşe Dicle Ergin, AUEFD, 2010, Azınlık Dillerinin Kullanımı) geçmişte SP, HEP ve ÖZDEP ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesince ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de verilen kararlarda bu konular irdelenmiştir.

6411 sayılı Yasa ile değişiklik yapılmadan önceki 5275 sayılı Yasanın 202 ve 324/5 maddelerinde, temel insan hakları da gözetilerek resmi dili bilmeyen kişiler için savunma haklarının kendilerini etkili olarak hangi dili ifade edebilecekler ise o dilde kullanabilmeleri yolunda gerekli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler evrensel standartları bütünüyle karşılamaktadır. Burada korunan hukuksal yarar, temel insan hakkı, adil yargılama hakkı, etkili savunma hakkı, ayrımcılık yasağı ve eşitlik olup, bu maddedeki düzenlemeler de bu ilke ve hakla tamamen sağlanmıştır. Bu maddelerde sağlanan hakkın, hukuksal çerçevedeki adı Dünyanın hiçbir ülkesinde ve hukuk düzeninde anadilde savunma hakkı değil "Ücretsiz Tercüman" hakkıdır.

Burada Mahkemece kullanılan resmi dili anlamayan veya bilmeyen kişi kendisini hangi dilde etkili olarak ifade edebilecek veya savunabilecekse o dilde savunma da ve beyanda bulunabilecektir. Bu dil anadilde olabilir, başka bir dil hatla lehçede olabilir. Kişinin resmi dili bilip bilmediği konusunda savunma hakkını etkin kullanabilmesi için bu konudaki beyanına üstünlük tanınmalı, ancak beyanın açıkça gerçeği yansıtmadığı durumlarda ise de hiçbir hakkın kötüye kullanılmasının hukuk tarafından korunamayacağı evrensel ilkesinden hareketle bu beyanına itibar edilmemelidir.

Konu evrensel hukuk ve iç hukukta birbiriyle uyumlu olarak düzenlenmiş iken 6411 sayılı Yasa ile yapılan düzenleme Anayasaya açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

Savunma konusunda ve Mahkeme önünde anadil geçerli olacaksa bu ana dil hangi anadil veya hangi dil olursa olsun bu durum ancak Mahkemece kullanılan resmi dilin bilinmemesi veya anlaşılmaması durumunda söz konusu olabilecektir ve durumda da ücretsiz tercüman görevlendirilecektir. Ancak böyle bir durumda ve olayda bu hakkın tanınmasına ana dilde veya etkili dilde savunma hakkı da denilmekte ise de hukuksal olarak bakıldığında bu hak, ancak ücretsiz tercüman hakkıdır. Burada resmi dili bilmediği için anadilde kendisini ifade edebileceği dil ile savunma yapmasına olanak sağlanan kişiye adil yargılanma ortamı verilmekte, bu dil ile savunma hakkını etkin olarak kullanması, diğer kişiler biçimde kullanması sağlanmakta olup, resmi dil bilinmediği içinde bu durum, ayrımcılığa yol açmamaktadır.

Mahkemece kullanılan dili yani resmi dili bildiği halde anadil veya başka bir dilde kendisini daha iyi ifade edebileceğinden hareketle resmi dil dışındaki dillerde savunma yapma isteği, adil yargılanma ve savunma hakkı kapsamında kalmamaktadır. Buna rağmen yapılan düzenlemeler devlet ve kurucu gücün tanımına yönelik yeni arayışları yansıtan ancak temel insan hakları kapsamında bulunmayan düzenlemelerdir. Nitekim dünyadaki evrensel uygulamalarda bu merkezdedir. CMY'daki değişikliklerin temel haklar kapsamında kaldığını gösteren ülkemizin taraf olduğu herhangi bir uluslararası sözleşme de bulunmamaktadır.

Temel insan hakkı bağlamında düzenleme konusu edilen ve korunan hukuk literatürüne giren hak; yukarıda belirtildiği üzere anadilde savunma hakkı olarak değil, ücretsiz tercüman hakkı olarak isimlendirmektedir. Bu düzenleme ile anadil ifadesinin öne çıkarılması hukuksal alanın dışına çıkıp, siyasi bir düzenleme yapılması sonucunu doğurmaktadır. Kuşkusuz, Türkiye'de yargı uygulamasında

bir dil sorununun varlığı ve uygulamada da hala bu sorunun yaşandığı gerçekliği yadsınamaz ancak buradaki sorunun adı anadilde savunma sorunu değil, ücretsiz tercüman hakkı sorunudur.

Sevr Anlaşması ile Lozan Anlatması arasındaki en temel fark dil konusunda, Sevr Anlaşmasında yer alan azınlık konusunun Lozan Anlaşmasında benimsenmemesi, tamamen farklı düzenlenmesidir.

Lozan Anlaşmasının 37-45 maddeleri arasında azınlıklar bölümü düzenlenmekte ve bu bölümde azınlıkların korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Lozan Anlaşmasına göre gayrî müslimlerin azınlık olarak tanımlandığı konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Gayri müslimler azınlık olarak ulus tanımı içinde yer almakta, yine bu coğrafyada yaşayan etnik kökeni Türk, Kürt, Laz, Çerkez, Gürcü vs. ne olursa olsun ya da yine mezhebi hangisi olursa olsun tüm müslümanlar ile bu coğrafyada yaşayan ve Türkçe konuşanların tamamı Türk Ulusu kavramı içinde nitelendirilmektedir. Lozan Anlaşmasının 39/5 maddesinde "Devletin resmi dili bulunmasına rağmen Türkçe'den başka bir dili kullanan Türk uyruklarına mahkemelerde kendi dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri bakımından uygun düşen kolaylıklar sağlanacaktır." hükmü yer almaktadır. Bu maddenin yazım şekli itibarıyla azınlıklar dışındaki kişileri de kapsamına aldığını ileri sürmüş ise de madde Lozan Anlaşmasını azınlıklar bölümünde yer almaktadır. Bu Anlaşmaya göre ise azınlıklar sadece gayri müslimlerdir. Maddenin bu son fıkrası, azınlıklara özgülenmeden yorumlanıp uygulamaya sokulduğunda en büyük çelişki ve tutarsızlık da ortaya çıkmakta, o zaman dil açısından azınlık yönünden Sevr ile Lozan Anlaşmasını herhangi bir farkı kalmamaktadır. Oysa Lozan ve Sevr Anlaşmalarının paralel hükümler içerdikleri asla savunulamaz. Dolayısıyla Lozan Anlatmasının 39/5 maddesi kapsamına giren sadece gayrı müslimlerdir.

Lozan Anlaşması ile sadece azınlıklara yani gayri müslimlere sağlanan mahkeme önünde kendi dilleri ile sözlü savunma yapma konusu gayri müslimler dışındaki Türk uyluklarına da yaygınlaştırılarak uygulamaya sokulursa o zaman bu kapsama dahil edilen ve edilecek diğer Türk uyrukları da Lozandaki azınlıklarla aynı hukuki statüye gelecektir. Oysa Lozan ve kurucu irade ile ortaya çıkan ulus tanımına göre; hiçbir etkin fark gözetmeksizin hiçbir mezhep farkı öngörmeksizin herhangi bir etnik unsurun hangi dili kullandığı da dikkate alınmaksızın ulusu oluşan unsurlar ve halklar arasında kardeşlik ve ulusun bireyleri arasında da eşitlik esastır. Yapılan düzenleme ile Lozan Anlaşmasının 39/5 maddesinin kapsamı genişletilerek ayrı bir hukuksal statü yaratılmakta, Lozan Anlaşması ile sağlanan tanımlar bu düzenleme ile ortadan kaldırılmaktadır.

Her Devlet "azınlık tanımını" kendi kurucu gücü ile belirler. …. azınlıklar Lozan Anlaşması ile belirlenmiştir. Yapılan 6411 sayılı Yasa değişikliği ile …. bu coğrafyada bulunan ve farklı dil konuşan Kürtler, hukuksal açıdan ve sonuç olarak eşitlik yerine ulusal azınlık konumuna çekilmişlerdir. Oysa Lozan ve Anayasamıza göre Kürtler ulus devlet içinde kardeşlik teması ile eşit yurttaş iken yapılan düzenleme ile azınlık statüsüne çekilmişlerdir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 2. maddesinde dil nedeni ile ayrımcılık yapılması yasaklanmış: aynı durum BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesini 2/2 maddesinde de düzenlenmiş, yine aynı yasaklama BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 2. maddesinde de yer almış, bu sözleşmenin 14/3-a maddesinde herkesin anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak hakkındaki suçlamanın niteliği ve gerekçesi konusunda bilgilendirilmesinden, yine 34/3-f maddesinde mahkemede konuşulan dili konuşup anlayamadığı bir durumda, bir çevirmenin ücretsiz yardımından yararlanma hakkına sahip olduğundan söz edilmekte ve bu haklar koruma altına alınmaktadır. Burada esas olan yargılamanın adaletle gerçekleştirilmesidir, korunan ve sağlanan da mahkemenin kullandığı dili bilmeyen ve anlamayan için ücretsiz tercüman hakkı olup bu sözleşme kapsamına alınıp korunan ana dilde savunma değildir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine (İHAS) bakıldığında isanılan sözleşmenin 5/2 maddesinde "Yakalanan her kişiye, yakalanma nedenlerinin ve kendisine yöneltilen her türlü suçlamanın en kısa sürede ve anladığı dilde de bildirilmesi zorunludur" denilmektedir. Yine sözleşmenin adil yargılama başlıklı 6/3-e maddesinde "Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak" hakkından söz edilmektedir. Sözleşmenin 14. maddesinde ve ek 12 Protokolde dil nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı koruma altına alınmıştır.

İHAS ve eki protokoller, temel insan hakkını konu almış olup bu haklar konusunda çekirdek alan ve asgari standartlar ortaya koymuştur. Ayrıca hangi hallerde söz konusu hakların ortadan kalkacağı ya da etkin yararlanılamayacağı da sözleşme ve içtihatlarla ayrıntılı olarak ifade edilmiştir.

İHAS kapsamında korunan temel insan hakları, mahkemede kullanılan dili anlayamayan veya konuşamayan kişiye kendisini ifade edeceğini beyan ettiği dilde ücretsiz tercüman hakkının sağlanmasıdır. Hakkın özü ve içeriği ile güdülen amaç hukuksaldır ve adil yargılanmanın sağlanmasıdır. Dolayısı ile bu içerikteki

hukuksal koruma ile güdülen amaç adil yargılama bağlamında temel bir insan hakkını sağlamaya yönelik olup siyasal bir amaç değildir. Bu nedenle İHAS'de resmi dilde kendini ifade edebilecek iken resmi dilde savunma yapılamaması halinde savunmanın anadil veya başka bir dilde yapılıp yapılmaması konusu koruma altına alınmamıştır. Koruma altına alınan resmi dili bilmeyene etkili savunma yapma olanağının, beyan ettiği dil ile sağlanması ve sunulmasıdır. Bu yol eğer ana dil ile sağlanıyor ise bunun engellenmemesidir. Ancak mutlaka ana dilde sağlanacağı konusunda bir düzenleme söz konusu değildir.

Resmi dil konusu sadece Türkiye'ye özgü bir konu olmayıp Türkiye gibi düzenleme yapma yoluna giden birçok ülke bulunmaktadır. Fransa'daki düzenleme ülkemiz ile aynıdır. Fransa'da Anayasada Cumhuriyetin dilinin Fransızca olduğu yazılı olup 1994 yılında çıkarılan Fransızca yasası nedeniyle Fransızca koruma altına alınmış ülke coğrafyasında konuşulan yerel dillerde yasa kapsamında değerlendirilmiş bu dillerin resmi olmayan yerlerde kullanılmasının kısıtlanması Fransız Anayasa Konseyi tarafımdan iptal edilmiştir. Aynı Anayasa Konseyi, Avrupa Konseyi Bölgesel Diller Şartı'nın resmi dil dışındaki diğer azınlık ve bölgesel dillere hukuksal statü sağlandığı gerekçe ile cumhuriyetin bölünmezliği ve tekliği ilkesine uygun olmadığı anlayışı sebebi ile Fransız halkının bütünlüğünü korumak için kollektif haklar tanımanın önüne geçildiği yolunda karar vermiş ve Avrupa Konseyi Bölgesel Diller Şartı'nın onaylanmasını uygun bulmamıştır.

Fransa tüm farklı bölgelerinde yaşayan azınlıkların yoğun lobi faaliyetleri sonrasında 1958 Fransa Anayasasının 75. maddesine 2008 yılında "Bölgesel diller Fransanın Mirasına Aittir" hükmü eklenmiştir. 2004 tarihli Fransız Polenezyası Özerklik Yasası, 1958 Fransa Anayasasının hem resmi dili Fransızca düzenleyen 2. maddesini hem de bölgesel dilleri içeren 75. maddesini kapsamına almakta olup, bu Yasanın 57. maddesinde "Fransız Polenezyasasında resmi dil Fransızca'dır" demektedir. Bunu derken aynı zamanda Tahiti dilinin de bölgesel kültürel kimliğinin temel bir unsuru olduğunu ifade etmektedir. Ancak Tahiti dili kamu makamlarının değil, özel hukuk, gerçek ve tüzel kişilerinin kullanabileceği bir dildir. İHAM'da bu çözümü onaylamış ve Tahiti dilinin bölgede resmi makamlar önünde (davalarda, bölgesel parlementoda da) kullanılmıyor olmasını ifade özgürlüğü kapsamında incelenebilir bulmamıştır. (39426/06 Sabrina Birk-Levy/Fransa) (Resmi dil ve anayasalarda düzenlenişi. Olgun Akbulut, TBB Dergisi, 2012)

İHAM Türkiye hakkında vermiş olduğu Mehti Zana kararında da adı geçenin Türkçe bilmesine rağmen Kürtçe konuşmakta ısrar etmesi nedeniyle savunma hakkının engellenmesini İHAS'ın 6/3-c maddesine aykırı bulmamıştır.

İHAM. Ücretsiz tercüman hakkının mahkemece kullanılan dilin anlaşılmaması ya da konuşulamaması halinde söz konusu olduğunu ve hakkın içeriğini davadaki materyalleri de kapsadığını belirtmektedir. Bu konudaki İHAM kararları istikrar kazanmıştır.

Bu açıklamalar karşısında 6411 sayılı Yasanın 1. maddesine bakıldığında bu madde ile CMY 202. maddeye eklenen 4. ve 5. fıkralar temel bir insan hakkının gereği olarak değil, bir siyasi tercihin uygulamaya yansıtılması olarak eklendiği görülmektedir. Yapılan bu düzenlemeler temel insan haklarına ilişkin düzenlemeler kapsamında değildir.

CMK 202. maddede yukarıda belirtilen temel insan haklarının gereği olarak yer alması gereken düzenleme zaten bulunmaktadır. Ücretsiz tercüman hakkının kişinin beyanı esas alınarak bu beyanın esas alınması konusunda da kötüye kullanılmadan, savunma için gerekli tüm materyalleri kapsamına alacak şekilde kullanılmasını bu madde engellememekte, aksine korumaktadır. Temel insan hakkının gereği olan koruma da budur. Maddeye eklemeyle egemenlik yetkisi kullanan mahkemeler önünde mahkemenin kullandığı resmi dili bilmesine rağmen kendisini bu resmi dilde ifade edebilmesine rağmen, daha etkili olacağı ifade edilen başka dillerin kullanımına olanak sağlanması bir insan hakları sorununun giderilmesi değil, bir siyasi tercihin yaşama geçirilmesidir. Devletin resmi dilinin kullanılmasına istisna alan yaratılmasıdır. Bunu yaratırken hukuk kullanılmıştır. Düzenleme kendi içinde de çelişmektedir. Sanığın tercümanı kendisinin seçeceği ifade edilmiştir. Ancak burada esas alınan bir insan hakkı ise; bu düzenleme savunmaya katkı için zorunluluk gereği getirilmekte ise o zaman bu giderlere de adil yargılanma gereği devletin katlanması gerekmektedir ki maddede yapılan düzenleme ile tam tersine bu durumda tercüman giderlerini devlet tarafından karşılanmayacağı ifade edilmiştir. Burada beyanın esas alınması gereğinin ifade edilmesi yargılamanın sürüncemede bırakılması yolunda hareket edilmeyeceğinin maddeye konulması, madde ile ortaya çıkan aykırılıkları giderici nitelikte değildir.

Tercümanların, sanıklar tarafından seçilebilmesi düzenleme konusu edilmiş; yargıç ve savcılar tarafından ise tercüman seçiminde bulundukları İl Adalet komisyonları tarafından yapılan listenin esas alınmayabileceği ifade edilmiştir. Her durumda tercümanlar bu listelerde yer alan kişiler içinden seçilecektir. Cumhuriyet Savcıları ve yargıçlar diğer illerdeki listelerden de seçim yapabileceklerdir. Sanıklara bu olanak sağlanmamış iken Cumhuriyet savcısı ve Yargıçların hangi durumlarda bu olanağın sağlandığı da düzenleme konusu edilmemiş, silahların

eşitliği ilkesine aykırı davranılarak ayrıca bir tutarsızlık örneği bu düzenleme ile gösterilmiştir. Listelerin oluşturulmasına ilişkin ana ilkeleri yasada belirtmeden konunun yönetmelik ile düzenleneceğinin ifade edilmesi ise bir hak sözkonusu ise bunun özünün zedelenmesi, yürütmeyi belirleyici kılması yönünden ayrıca aykırılık yaratmaktadır. 6411 sayılı Yasanın 2. maddesinde de bu yönetmelik için hiç bir ilke ortaya konulmadan yönetmeliğin Adalet Bakanlığınca çıkarılacağı, yönetmelik çıkarılana kadar da bu hakkın kullanılmasının istenmesi durumunda tercümanın sanık tarafından getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir ki sanık yanında tercüman getirmedikçe böyle bir hakkın yararlanamayacağı yolundaki düzenleme ayrıca kendi içinde çelişki yaratmakta ve sağlanan bu hakkın temel bir insan hakkı olarak görülmediğinin açıkça ifadesi olarak ortaya çıkmaktadır.

Yapılan yeni düzenlemeye göre kişi kendisini mahkemede kullanılan bir başka dilde savunacağını belirttiğinde, mahkeme bu duruma, yargılamanın sürüncemede bırakılması hali dışında, hiç bir biçimde müdahale edememektedir. İnsan hakları dokunulmaz ve devredilmez haklardandır. Ücretsiz tercüman hakkı temel insan hakkı olarak tanınmış ve korunan bir haktır. Burada sanık, beyanı ile bir başka dil kullanılacağını ifade ettiğinde adil yargılama ortamı yok edilmekte, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez nitelik taşıyan ve korunan temel insan hakkı olan adil yargılama hakkından vazgeçmektedir. Bu da ayrıca yapılan düzenlemedeki çelişkiyi göstermektedir.

Yapılan açıklamalar karşısında devletin egemenlik yetkisini kullanan yargı organları önünde Anayasa tarafından benimsenen tek resmi dil esasına istisna yaratılması Anayasanın başlangıç bölümü 3-7 paragraflarına aykırılık oluşturmaktadır.

Yine yapılan bu düzenleme Anayasanın başlangıç bölümünde ifade edilen temel ilkelere, milli dayanışma ve toplumun huzuruna aykırılık yarattığından Anayasanın 2. maddesine de aykırıdır. Yapılan düzenleme devletin ulusu ile bölünmez bütünlüğünü ifade eden ve Türkçe'nin resmi dil olduğunu düzenleyen ve başka resmi dil ön görmeyen Anayasanın 3/1 maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

6411 sayılı Yasanın belirtilen hükümleri ile Anayasanın değiştirilemeyecek maddelerini düzenleyen ve bu maddeleri koruma altına alan Anayasanın 4. maddesine de açıkça aykırılık yaratılmıştır.

Bu düzenleme ile devlet, Türk ulusunun bütünlüğünü, Cumhuriyeti, kişilerin huzur ve mutluluğunu gözetmemiş, tam tersine buna aykırı hareket etmiştir. Türkçe bir devlet dili olarak kabul edilmiştir. Bu dil aynı zamanda resmi dildir, resmi dil ile devlet dili birlikte ele alınmıştır. Burada devlet organlarında Türkçe'nin esas alınması bir etnik kökene ayrıcalık yaratmak değil, Türkçe'nin resmi dil olarak benimsenmesidir. Tek ulus esasının benimsenmesine de dayanılarak tek resmi dil anlayışının da kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle yapılan düzenleme Anayasanın 5. maddesine aykırıdır.

Yapılan düzenleme ile kaynağını Anayasadan almayan bir devlet ve egemenlik yetkisi kullanılmıştır. Anayasanın ilk 4 maddesine aykırı düzenleme yapılamayacak olması ve bu maddelere aykırı düzenleme yapma yetkisi bulunmayan yasama organı çıkardığı bu yasa ile, kendisine Anayasa ile verilmeyen bir yetkiyi kullanmış, bu şekilde Anayasanın 6 ve 7. maddelerine aykırı hareket etmiştir. Egemenlik yetkisi kullanan mahkemeler bu yetkisini ulus adına kullanırken ulusal bütünlüğü ve ulusun tekliği ilkesinden hareket ile tek resmi dil esasının da kabul edilmesi nedeniyle Türkçe kullanmak durumundadırlar. Bu nedenle mahkemelerde resmi dil kullanma koşulları dışında resmi dile istisna yaratılacak düzenlemeler söz konusu edilmesi Anayasanın 4. maddesine aykırıdır. Mahkeme önünde ancak mahkemenin kullandığı bilmeyen veya anlamayanlar için hak sağlanması söz konusu olabilir. İnsan haklarının gereği budur. Bunun ötesinde düzenlemelere gidilmesi yargı yetkisinin kullanımına açıkça aykırıdır

Yapılan düzenleme ile resmi dili bilmesine rağmen ancak parasını ödeyerek tercümanı yanında bulundurana hak tanınması ayrı bir iç çelişki olup ayrıca mahkemenin dilini bilmesine rağmen farklı dillerde savunma yapmanın olanağının sağlanması eşitlik ilkesine açıkça aykırılık yaratmaktır. Adil yargılanma hakkı resmi dilin bilinmemesi durumunda, yargılama için silahların eşitliği çerçevesinde ücretsiz tercüman hakkı yolu ile aynı iletişim dilinin kullanılmasını sağlamak amacına yöneliktir. Burada da iddia ve hüküm makamları mahkemenin resmi dilini kullanmak durumda iken, resmi dili bilene savunma için farklı bir dil seçeneği yaratılması Anayasanın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik, silahların eşitliği ilkesine aykırıdır, ayrımcılık yaratıcı niteliktedir.

Yapılan düzenleme ile Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü gözetilmemiş, bu nedenle Anayasanın 11. maddesine aykırılık gösterilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere adil yargılanma hakkı için ücretsiz tercüman sağlanan kişiye kendi beyanı esas alınarak resmi dil dışında başka bir dil

seçeneğinin sunulması temel insan hakları kapsamında koruma görmeyen ve bu nedenle temel hakların dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez niteliğine aykırı bir durum yaratılmaktadır. Bu nedenle düzenleme Anayasanın 12. maddesine de aykırıdır, yapılan bu düzenleme sonucu beyanı esas alınarak resmi dil dışında başka bir dil tercih edip savunma yapmak istediğinde savunma hakkından etkin yararlanılamamakta, adil yargılanma koşutu ortadan kalkmakta, bu nedenle temel hak ve özgürlüğü gerçekte kısıtlanmış olmaktadır. Bu yukarıda belirtilen nedenlerle yapılan düzenleme Anayasanın 13 ve 14 maddelerine aykırılık oluşturmakladır.

Yapılan düzenleme ile adil yargılamanın gereği olarak korunan ücretsiz tercüman hakkının da alanını daraltmaktadır. Kişi resmi dili bilse bile, etkili başka bir dille savunma yapma istediğini beyan ettiğinde beyan ettiği dilde savunma yapacaktır. Adil yargılanma kapsamında bulunmayan bu durum nedeniyle yukarıda belirtildiği üzere adil yargılama koşulları ortadan kalkacak Anayasanın 36. maddesinde düzenleme hak arama özgürlüğüne aykırılık söz konusu olacaktır.

Yapılan bu düzenleme Lozan Antlaşmasının 39/5 maddesine açıkça aykırıdır. Birleşmiş Milletler Kişisel ve Sosyal Haklar Sözleşmesinin 14/3, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 6/3 maddelerine açıkça aykırılık yaratılmıştır. Bu nedenle yasaların yanında taraf olduğumuz sözleşmelerle sağlanan insan haklarının koruma alanını daraltıcı yönleri itibariyle Anayasanın 90/son maddesine de açıkça aykırılık yaratılmıştır.

Gerekçe ile yukarıda açıklandığı üzere Anayasanın başlangıç bölümü ile 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 36, 90/son maddelerine açıkça aykırı olan 6411 sayılı Yasanın 1 ve 2 maddeleri yolu ile 5271 sayılı Yasanın 202. maddelerine 4. ve 5. madde olarak hükümleri ve 5271 sayılı Yasaya eklenen geçici I'in iptaline karar verilmesi amacıyla Anayasa Mahkemesine başvuru yapılmasına, en çok 5 ay süre ile olmak üzere başvuru sonuçlanana kadar 152/3. maddesi çerçevesinde davanın bu yönden geri bırakılmasına, bu nedenle dosyanın onaylı bir örneğinin çıkarılarak dizi pusulasına bağlanıp Anayasa Mahkemesine gönderilmesine, anılan hükümlerin uygulanması ile ortaya çıkacak hak kayıpları ve aykırılıklar yönünden yürürlüklerinin durdurulmasının da talep edilmesine karar verilmiştir."

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

5271 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 202. ve geçici 1. maddeleri şöyledir:

"Madde 202- (1) Sanık veya mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mahkeme tarafından atanan tercüman aracılığıyla duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüme edilir.

(2) Engelli olan sanığa veya mağdura, duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar, anlayabilecekleri biçimde anlatılır.

(3) Birinci ve ikinci fıkra hükümleri, soruşturma evresinde dinlenen şüpheli, mağdur veya tanıklar hakkında da uygulanır. Bu evrede tercüman, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından atanır.

(4) (Ek: 24/1/2013-6411/ 1 md.) Ayrıca sanık;

a) İddianamenin okunması,

b) Esas hakkındaki mütalaanın verilmesi,

üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabilir. Bu durumda tercüme hizmetleri, beşinci fıkra uyarınca oluşturulan listeden, sanığın seçeceği tercüman tarafından yerine getirilir. Bu tercümanın giderleri Devlet Hazinesince karşılanmaz. Bu imkân, yargılamanın sürüncemede bırakılması amacına yönelik olarak kötüye kullanılamaz.

(5) (Ek: 24/1/2013-6411/ 1 md.) Tercümanlar, il adlî yargı adalet komisyonlarınca her yıl düzenlenen listede yer alan kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hâkimler yalnız bulundukları il bakımından oluşturulmuş listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de tercüman seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Geçici Madde 1- (24/1/2013-6411/2 md.)

(1) Bu Kanunun 202 nci maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen yönetmelik, Adalet Bakanlığınca bu maddeyi ihdas eden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir ay içinde çıkarılır. Bu yönetmelik uyarınca tercüman listeleri oluşturuluncaya kadar bu Kanunun 202 nci maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenen tercüme hizmetleri sanığın kendisi tarafından getirilen tercüman tarafından yerine getirilir."

B- Dayanılan Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 36. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

IV- İLK İNCELEME

A- E.2013/30 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Haşim KILIÇ, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL ve Zühtü ARSLAN'ın katılımlarıyla 20.3.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, yürürlüğün durdurulması isteminin esas inceleme aşamasında karara bağlanmasına OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

B- E.2013/42 Sayılı Başvuru Yönünden

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü hükümleri uyarınca Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Mehmet ERTEN, Serdar ÖZGÜLDÜR, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM, Nuri NECİPOĞLU, Hicabi DURSUN, Celal Mümtaz AKINCI, Erdal TERCAN, Muammer TOPAL, Zühtü ARSLAN ve M. Emin KUZ'un katılımlarıyla 2.5.2013 gününde yapılan ilk inceleme toplantısında, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, M. Emin KUZ'un karşıoyu ve OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

24.1.2013 günlü, 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un,

A- 1. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesine eklenen (4) ve (5) numaralı fıkraların,

B- 2. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'a eklenen geçici madde 1'in,

iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle yapılan itiraz başvurularına ilişkin davanın, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2013/30 sayılı dava ile BİRLEŞTİRİLMESİNE, E.2013/42 sayılı dosyanın esasının kapatılmasına, esas incelemenin E.2013/30 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, 2.5.2013 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, Raportör Hasan Mutlu ALTUN tarafından hazırlanan işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu yasa kuralları, dayanılan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

A- 5271 Sayılı Kanun'un 202. Maddesine Eklenen (4) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kuralla tek resmi dil uygulamasından sapılacağı, Devletin egemenlik yetkisinin, bu yetkinin kullanılma biçiminin ve Anayasa'nın bağlayıcılığı ilkelerinin zedeleneceği, bireyler arasında *"hakkını kullanabilen ve kullanmayan"* şeklinde eşitsizlik yaratılacağı, milli dayanışma ve toplumsal huzurun zarar göreceği, Anayasa'nın Başlangıç'ında ifade edilen temel ilkelerden sapılacağı, kişilere farklı bir dil seçeneği sunularak adil yargılanma hakkının ortadan kaldırılacağı, savunma hakkının sınırlarının daraltılacağı, bu yönüyle temel hakların korumadan yoksun bırakılacağı, böylece bireylerin hak arama özgürlüklerini yeterince kullanamayacakları, tercüme hizmetinin bedelinin

Hazine tarafından ödenmemesi, tercümanı seçme hakkının sanığa verilmesi ve dosyayı sürüncemede bırakacak davranışları belirleme konusunda hâkime yetki tanınması nedeniyle hakkın kullanımına engel olunacağı, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi nezdinde taraf bulunulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin ve Lozan Antlaşması'nın da ihlâl edileceği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kural, sanıkların duruşmada iddianamenin okunması ya da Cumhuriyet savcısının davanın esasıyla ilgili görüşünü bildirmesi üzerine, kendilerini Türkçeden daha iyi ifade ettikleri bir dilde sözlü savunma yapabileceklerini, bu savunmalarını yaparlarken tercümanı maddenin (5) numaralı fıkrası uyarınca oluşturulan listelerden kendilerinin seçebileceklerini, bu imkânı kullanmak istemeleri durumunda tercüme hizmetinin bedelinin Devlet Hazinesi tarafından karşılanmayacağını, bu imkânın duruşmanın sürüncemede bırakılması amacına yönelik olarak kullanılamayacağını öngörmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve yasalarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 3. maddesinde, *"Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür. Dili Türkçedir."* denilerek tek resmi dil esasına dayalı üniter devlet yapısı kabul edilmektedir.

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

İtiraz konusu kuralla belirli koşullar altında sanıkların kendilerini daha iyi ifade edebilecekleri Türkçe dışındaki bir dilde savunmalarını

yapabilmelerine imkân tanınmaktadır. Böylece itiraz konusu kuralın da içerisinde yer aldığı maddede yapılan düzenleme gereğince Türkçeyi hiç konuşamayan ve anlayamayan kişiler, anadilleri ya da bildikleri başka bir dilde şikâyetlerini aktarabilmekte veya savunmalarını yapabilmektedirler. Yabancı dilde yapılan bu işlemler Türkçeye tercüme edilerek tutanaklara geçmektedir. İtiraz konusu kuralda ise Türkçe konuşabilen ve anlayabilen kişilerin, kendilerini daha iyi ifade edebilecekleri bir dilde savunma yapmalarına imkân tanınmaktadır. Tutanakların yine Türkçe yazıldığı ve duruşmaların Türkçe yönetildiği hususu da dikkate alındığında, sanığın duruşmanın sadece belirli bir aşamasında kullanabildiği bu imkân, Türkçe dışında başka bir resmi dilin kabul edildiği ya da resmi dil kuralının ihlâl edildiği şeklinde yorumlanamaz.

Diğer taraftan, ceza muhakemesinin gayesi maddi gerçeği araştırmaktır. Ceza muhakemesi hukukunda maddi gerçeğe ulaşma iddia, savunma ve yargılama makamlarının yargılama sürecine birlikte katılmalarıyla gerçekleşir. Sanık da soruşturma ve kovuşturma evrelerinde kendisine tanınan haklar ile diyalektik yargılamanın gerçekleştirilmesine katkıda bulunarak adil bir hükme ulaşılmasını sağlayan ceza muhakemesinin aktif süjelerinden birisidir. Maddi gerçeğe ulaşmada savunmanın önemi konusunda hiçbir kuşku bulunmamaktadır. Bu öneme uygun olarak, kişinin kendisini en doğru şekilde savunabilmesine imkân tanıyan bir düzenlemenin, yargılamanın hukuka uygun ve adil biçimde gerçekleşmesine katkı sağlayacağı açıktır. Kanun koyucu, toplumun taleplerine, taraf olunan ikili ya da uluslararası antlaşmalara veya hukukun evrensel ilkelerine uygun olarak ceza yargılaması alanında ihtiyaç duyulan düzenlemelere gitmek konusunda takdir hakkına sahiptir. Bu takdir hakkı kullanılırken, doğal olarak kabul edilen kuralın ilgili olduğu siyasi ve toplumsal koşullar da göz önünde tutulur. Bu bağlamda kanun koyucu, verilen imkânın ceza yargılamasının belirli aşamalarında kullanılabilmesini, tercümanın sanık tarafından seçilebilmesini öngörebilir.

İtiraz konusu kural, uluslararası belgelerde temel hak ve özgürlükler alanında kabul edilmiş olan asgari ilkelere uygun şekilde düzenlenmiştir. Kural, yargılama yapılan ülkenin kullandığı dili konuşamayan ve anlayamayanlar için, temel hak ve özgürlükler alanında taraf olunan uluslararası sözleşmelerde kabul edilen *"tercüman yardımından ücretsiz olarak yararlanma hakkı"*nın kapsamını, *"farklı bir dilde savunma yapabilme"* yönünden duruşmanın belirli aşamalarında sanığın kullanabileceği bir imkân olarak

genişletmektedir. Bu imkân, uluslararası sözleşmelerde kabul edilen *"zorunlu tercüme"* niteliğini taşımadığından, verilen tercüme hizmetinin bedelini karşılamak konusunda Devlet Hazinesinin yükümlendirilmesi beklenemez. Bu nedenlerle kuralın hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına aykırı bir yönü de bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 3. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

Kuralın Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14. ve 90. maddeleriyle ilgisi görülmemiştir.

Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM ve Muammer TOPAL kuralın birinci cümlesi yönünden; Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM ve Muammer TOPAL kuralın üçüncü cümlesi yönünden bu görüşe katılmamışlardır.

B- 5271 Sayılı Kanun'un 202. Maddesine Eklenen (5) Numaralı Fıkranın İncelenmesi

Başvuru kararlarında, sanığa istediği adli yargı adalet komisyonundan tercüman seçme hakkı verilmez iken, hâkim ve Cumhuriyet savcılarına ülkedeki bütün adli yargı adalet komisyonlarından tercüman seçme imkânı tanınmasının hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğu, ayrıca tercüme hizmetlerinin yönetmelikle düzenlenmesi şeklindeki kuralla yürütmeye olağanüstü düzenleme yetkisi tanındığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Kural, tercümanlık yapacak kişilerin her yıl il adli yargı adalet komisyonları tarafından düzenlenen listelerden seçileceklerini, hâkim ve Cumhuriyet savcılarının yalnızca bulundukları ilden değil, başka il adli yargı adalet komisyonlarının düzenlediği listelerden de tercüman seçebileceklerini, listelerin düzenlenmesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle belirleneceğini öngörmektedir. Buna göre sanıklar, savunmalarını yaparken yalnızca kendi bulundukları ilin adli yargı adalet komisyonundaki listeden tercüman seçebilirken, hâkim ve Cumhuriyet savcılarına böyle bir kısıtlama getirilmemektedir.

Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

Kanun koyucunun yargılamanın sürüncemede kalmasını ve kötü niyetli talepleri önlemek için, sanıkların yalnızca bulundukları ildeki adli yargı adalet komisyonunun listesinde yer alan tercümanları seçebileceklerini öngördüğü anlaşılmaktadır. Kuralda sanığa listede yer alan tercümanlardan istediği kişiyi seçme konusunda da serbestlik tanınmıştır. Sanığa böyle bir tercih hakkının da tanınması karşısında, sanığın tercümanı başka bir ildeki listeden belirlemesini haklı gösterecek hukuksal bir neden bulunmamaktadır. Buna karşılık hâkimler ve savcılar yargılamada maddi gerçeğe ulaşmakla yükümlüdür. Hâkimler ve savcılar bu yükümlülüğün bir gereği olarak, yargılamanın adil ve süratli bir şekilde yürütülmesini sağlamak adına bazı durumlarda başka illerdeki listelerde yer alan tercümanlar arasından seçim yapmak zorunda kalabilir. Bu zorunluluk karşısında başka illerdeki listelerden tercüman seçilmesi, itiraz konusu kuralla yasal dayanağa kavuşmaktadır. Ayrıca, haklı gerekçe karşısında sanığın tercümanın başka bir ildeki listeden seçilmesi için mahkemeden talep hakkı olup bu hakkı engelleyen bir kural da yer almamaktadır. Dolayısıyla tercümanların seçimi konusunda hâkim ve savcılarla sanıklar arasında farklı bir düzenlemeye yer verilmesi hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz.

Anayasa'nın 7. maddesinde, yasama yetkisinin Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisine ait olduğu, bu yetkinin devredilemeyeceği kuralına yer verilmiştir. Yasama yetkisinin genelliği ilkesi uyarınca kanun koyucunun Anayasa'ya aykırı olmamak kaydıyla her konuyu kanunla düzenleyebileceği kuşkusuzdur. Yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesi gereğince de bir konuya ilişkin temel ilkelerin kanun koyucu tarafından belirlenmesi, çerçevenin çizilmesi, sınırsız ve belirsiz bir alanın yürütmenin

düzenlemesine bırakılmaması gerekir. Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngörmediği konularda ise kanunun çok genel ifadelerle düzenleme yaparak, ayrıntıyı yürütmeye bırakması mümkündür.

İtiraz konusu kuralda, tercümanların il adli yargı adalet komisyonları tarafından seçileceği hususu belirlenmiş, bu seçimin nasıl yapılacağına ilişkin uzmanlık ve idare tekniğiyle ilgili ikincil konuların düzenlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır. Bu şekilde kanunla düzenlenmesi gerekmeyen bir konunun yönetmelikle düzenleneceğinin öngörülmesi, yasamanın devredilmezliği ilkesinin ihlâli biçiminde yorumlanamaz.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 7. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

C- 5271 Sayılı Kanun'a Eklenen Geçici 1. Maddenin (1) Numaralı Fıkrasının İncelenmesi

Başvuru kararlarında, tercüman listeleri oluşturulana kadar sanığın kendisi tarafından bir tercüman getirmesi koşulunun öngörülmesinin, hak arama özgürlüğünü kısıtladığı belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralla, tercüme hizmetlerinin yürütülmesi konusunda 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesinin (5) numaralı fıkrasında kapsamı belirlenen yönetmeliğin çıkarılması için bir aylık süre tanınmakta, Adalet Bakanlığı tarafından yönetmelik çıkartılıp bu yönetmelikte belirlenen kurallar çerçevesinde tercüman listeleri hazırlanıncaya kadar bu imkândan yararlanmak isteyen sanıkların tercümanları bizzat getirebileceği öngörülmektedir.

Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde Devlete güven duyabilmesini, Devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca

kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.

5271 sayılı Kanun'da Türk vatandaşı olan ve Türkçe bilen, ancak Türkçe dışında bir dilde savunma yapmak isteyenler için tercümandan yararlanma imkânı tanınırken, Adalet Bakanlığının öncelikle bir yönetmelik çıkarması, il adli yargı adalet komisyonlarının da bu yönetmeliğe göre tercüman listelerini oluşturmaları gerekmiştir. Bu yönetmeliğin çıkarılması ve tercüman listelerinin oluşturulması işlemlerinin belirli bir süre alacağı kuşkusuzdur. Kuralla, Adalet Bakanlığı tarafından yönetmelik çıkartılıp bu yönetmelikte belirlenen kurallar çerçevesinde tercüman listeleri hazırlanıncaya kadar tercüme hizmetlerinin nasıl yürütüleceğine ilişkin olası duraksamalar giderilmek istenmiştir. Kanun koyucu arada geçecek süre içerisinde tercümandan yararlanmak istenildiğinde nasıl bir yöntem izleneceği hususunu itiraz konusu kuralla belirliliğe kavuşturmuştur. Bu yönüyle kural, hukuki güvenlik ve belirlilik ilkeleri ile yargılamanın adil bir biçimde gerçekleşmesine ve hak arama özgürlüğüne katkı sağlamaktadır. Dolayısıyla kuralda hukuk devleti ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

VII- YÜRÜRLÜĞÜN DURDURULMASI İSTEMİ

24.1.2013 günlü, 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesine eklenen (4) ve (5) numaralı fıkralara,

B- 2. maddesiyle 5271 sayılı Kanuna eklenen geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrasına,

yönelik iptal istemleri, 29.1.2014 günlü, E.2013/30, K.2014/13 sayılı kararla reddedildiğinden, bu fıkralara ilişkin yürürlüğün durdurulması istemlerinin REDDİNE,

29.1.2014 gününde OYBİRLİĞİYLE karar verilmiştir.

VIII- SONUÇ

24.1.2013 günlü, 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un;

A- 1. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesine eklenen;

1- (4) numaralı fıkrasının;

a- Birinci cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

b- İkinci ve dördüncü cümlelerinin Anayasa'ya aykırı olmadıklarına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE

c- Üçüncü cümlesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Serruh KALELİ, Alparslan ALTAN, Burhan ÜSTÜN, Engin YILDIRIM ile Muammer TOPAL'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- (5) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE

B- 2. maddesiyle 5271 sayılı Kanun'a eklenen geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

29.1.2014 gününde karar verildi.

Başkan Haşim KILIÇ	Başkanvekili Serruh KALELİ	Başkanvekili Alparslan ALTAN
Üye Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Üye Zehra Ayla PERKTAŞ	Üye Recep KÖMÜRCÜ
Üye Burhan ÜSTÜN	Üye Engin YILDIRIM	Üye Nuri NECİPOĞLU
Üye Hicabi DURSUN	Üye Erdal TERCAN	Üye Muammer TOPAL
Üye Zühtü ARSLAN	Üye M. Emin KUZ	

KARŞIOY

İptali istenen 5271 sayılı Yasa'nın 202. maddesine eklenen dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesi, "Bu tercümanın giderleri Devlet hazinesince karşılanmaz" şeklinde olup kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığı şeklindeki çoğunluk görüşüne aşağıdaki nedenler ile katılınmamıştır.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan ve Anayasa Mahkemesinin istikrar kazanan kararlarında önemi vurgulanan "sosyal hukuk devleti", insan haklarına dayanan, kişilerin huzur, refah ve mutluluk içinde yaşamalarını güvence altına alan, kişi hak ve özgürlükleri ile kamu yararı arasında adil bir denge kurabilen, milli gelirin adalete uygun biçimde dağıtılması için gereken önlemleri alan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak sosyal adaleti ve toplumsal dengeleri gözeten devlettir.

Anayasa'nın 5. maddesinde, kişilerin hak ve özgürlüklerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmaktadır.

Bunların yanında savunma hakkı, uluslar arası hukuk bakımından adil yargılanma hakkı içerisinde en önemli yeri işgal ederken, Anayasa'nın 36. maddesinde de hak arama özgürlüğünün bir unsuru olarak güçlü bir koruma altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi 20.10.2011 günlü, E.2011/54, K.2011/142 sayılı kararla, ceza davlarında temyiz taleplerinin belirli bir harç karşılığında yapılmasına ilişkin düzenlemeyi iptal ederken, "Ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistem itiraz konusu kuralla birlikte düzenlenmediği gibi, genel olarak ceza yargılaması alanında da, harçlar dahil "yargılama giderlerinden muafiyet" sağlayan adli yardım düzenlemesi bulunmamaktadır.

Yine hukukumuzda adli yardımına ilişkin tek düzenleme olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerinin, kuralla getirilen temyiz harcı bakımından da uygulanmasını sağlayacak herhangi bir atıf yapılmamıştır. Dolayısıyla kural, ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek niteliktedir tespitinde bulunulmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrası (e) bendinde ise tercüme hizmetlerinin ücretsiz sağlanması, adil yargılanma hakkının asgari bir gereğidir. Asgari şartların uygulanma alanının genişletilebilmesi ülkelerin takdir hakkı kapsamında ise de tercümenin ücretsiz sağlanmasında devletlere tanınan bir takdir hakkı yoktur.

Türkçeyi hiç bilmeyenler için verilen tercümandan bedelsiz yararlanma hakkının savunmasını başka dilde yapmak isteyenlere tanınmaması Anayasal ilkelere uygunluk taşımaz.

Adalet herkes için eşit uygulanacak bir olgu ise, takdiren farklılaştırarak uygulama, demokratik hukuk devletinde her alanda adaletli hukuk düzeni ve hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması gerekliliğine uygun düşmeyecektir. Sosyal hukuk devletinin güçsüzleri güçlüler karşısında, mali olanakları olanı olmayan karşısında koruma zorunluluğu düşünüldüğünde kuralın sosyal adalet dengesini bozduğu tabiidir.

Tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkı, savunma hakkının bir parçası olarak düzenlenmiştir. Savunma hakkı ise mahkemeye erişim hakkından daha geri bir hak değildir. Devlet, savunma hakkının hukukun genel ilkeleri çerçevesinde özgürce, mali hesaplamalara girişilmeksizin kullanılması konusunda gerekli yolları açmak yükümlülüğündedir.

İtiraz konusu kuralla, ödeme gücü olanlara istediği dilde savunma hakkı tanınırken, olmayanlar için bu hakkın "mali karşılık"la sınırlanması Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerini ihlal eder niteliktedir.

Sonuç olarak; muhatabı olan bütün bireylere karşı temel hak ve özgürlüklere saygı duyduğunu ilan eden, hak arama özgürlüğünü kabul etmiş, adil yargılanmanın zorunlu unsurlarına bağlı bir sosyal hukuk devleti kurma amacındaki Anayasa ile çelişen, itiraz konusu kuralın incelenen bölümünde yer alan;

"Bu tercümanın giderleri Devlet Hazinesince karşılanmaz." cümlesi Anayasa'nın 2., 5. ve 36. maddelerine aykırıdır.

Başkanvekili
Serruh KALELİ

KARŞIOY GEREKÇESİ

24.1.2013 günlü, 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 1. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesine eklenen (4) ve (5) numaralı fıkraları ile 2. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'a eklenen geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrasına yönelik itiraz başvurularının çoğunluk kararıyla Anayasa'ya aykırı olmadığından dolayı reddine karar verilmiştir.

4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesinin ilk üç fıkrasında meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen sanık veya mağdurun tercüman aracılığı ile duruşmadaki iddia ve savunmasının alınması düzenlenmiştir.

İtiraz konusu (4) numaralı fıkra ile sanığa, iddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde tercüman aracılığı ile yapabileceği, bu tercüman giderinin Devlet Hazinesince karşılanmayacağı belirtilerek, tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkı düzenlenmiştir.

İtiraz konusu kuralda yer alan düzenlemeye göre, tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkından, iddianame okunduktan sonraki sorgu aşamasında veya hüküm verilmeden hemen önce, iddia makamının esas hakkındaki görüşüne karşı yapılan savunmada yararlanılabilmektedir. Sulh ceza mahkemelerinde, çocuk mahkemelerinde ve 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a, 31.3.2011 günlü, 6217 sayılı Kanun'un 26. maddesiyle eklenen Geçici 3. madde gereğince asliye ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcıları görev yapmamaktadır. Bu durumda son savunmalar sırasında bu hakkın kullanılabileceği haller oldukça sınırlıdır. Ceza muhakemesi sisteminde soruşturmanın sonucunu ve sanığın hukuki durumunu belirleyecek birçok delil kovuşturma aşamasında dava dosyasına eklenmekte ve bu delillere göre hüküm verilmektedir. İtiraz konusu kural gereği sanıklara bu delillerin dosyaya girdiği anda tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkı tanınmadığı gibi, mahkemelerin çok büyük bir çoğunluğu bakımından da sanıkların hüküm verilinceye kadar bu haktan yararlanmasına imkân verilmemek suretiyle savunma ve adil yargılanma hakları sınırlandırılmaktadır.

Tercümandan yararlanma hakkı, adil yargılanma hakkı ile doğrudan ilişkili olup, aynı zamanda savunma hakkının gereklerinden birini oluşturmaktadır. Adil yargılanma ve savunma hakları bakımından, tercümandan yararlanma hakkı kapsamında *"meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyenler"* ile *"savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebilecek kimseler"*in farklı değerlendirilmesini haklı kılacak bir gerekçe bulunmamaktadır. Aslında her iki ibarede ortaya konulan durum *"etkili biçimde savunma yapma olanağı bulunmama"* halini ifade etmektedir. Bu açıdan bakıldığında maddenin itiraz konusu (4) numaralı fıkrasının ilk cümlesi, *"meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyenler"* yönünden (1) numaralı fıkrada düzenlenmiş olan hakkı *"savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebilecek kimseler"* yönünden yalnızca iddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi işlemlerinden sonraya hasrederek sınırlandırmaktadır.

Anayasa'nın 36. maddesiyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturur. İtiraz konusu kuralla, bir yandan tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkı

düzenlenerek savunma hakkı genişletilirken, öte yandan herhangi bir haklı nedene yer verilmeksizin bu hakkın kullanılması çok dar bir alanla, kovuşturmanın belirli iki işlemiyle sınırlandırılmaktadır. Düzenleme ile ilgili genel gerekçe ve madde gerekçesinde bu sınırlamanın nedenlerine ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmediği gibi itiraz konusu kuralın kapsamındaki kişilerle ilgili olarak tercümanla savunma yapma hakkının bu şekilde sınırlandırılması hakkın doğasından da kaynaklanmamaktadır.

Hak arama özgürlüğünün en önemli iki öğesini oluşturan iddia ve savunma haklarının kısıtlanması, bu hakların noksansız kullanımının ve âdil yargılanmanın engellenmesi Anayasa'nın 36. maddesine aykırılık oluşturur. Anayasa'nın 142. maddesinde, *'Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.'* hükmüne yer verilmiştir. Hukuk devletinde kanun koyucu, Anayasa'nın temel ilkelerine ve Anayasa'da öngörülen güvence kurallarına bağlı kalmak koşuluyla, yargılama usullerinin belirlenmesi konusunda takdir yetkisine sahiptir. Ancak, kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında getirdiği usul kurallarının, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen 'adil yargılanma hakkı'nın öngördüğü güvencelere aykırılık taşımaması da bir zorunluluktur. 5271 sayılı Kanun'un itiraz konusu kuralların da yer aldığı 202. maddesinde 6411 sayılı Kanunla bir düzenleme yapılmaksızın da maddenin (4) numaralı fıkrasında düzenlenen durumla ilgili olarak (1) numaralı fıkrada yer alan kuralın uygulanması imkânı mevcut iken, yapılan yeni düzenleme ile savunma hakkının sınırlandırılması kabul edilemez.

Savunma hakkı ve ücretsiz tercümandan yararlanma hakkını *"savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebilecek kimseler"* yönünden sınırlandıran diğer bir düzenleme ise, maddenin itiraz konusu (4) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer almaktadır. Buna göre, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmesine rağmen kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan eden sanığın yararlanmış olduğu tercümanın giderleri Devlet Hazinesince karşılanmayacak, bu giderleri sanık kendisi karşılayacaktır.

5271 sayılı Kanun'un *"Yargılama giderleri"* başlıklı 324. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre *"Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri, yargılama gideri sayılmaz ve bu giderler Devlet Hazinesince karşılanır."* Görüldüğü gibi itiraz

konusu kuralın aksine, 5271 sayılı Kanun'da Türkçe bilmeyen şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderlerinin Devlet Hazinesince karşılanacağı düzenlenmiştir. Buna göre, Türkçe bilmediğini söyleyen sanık 5271 sayılı Kanun'un 324. maddesinde yer alan düzenlemeye göre tercüme hizmetinden ücretsiz olarak yararlanırken, Türkçe bilen ancak savunmasını başka bir dilde yapmak isteyen sanık itiraz konusu kurala göre tercüme bedelini ödemek zorunda kalacaktır.

İnsan hak ve özgürlüklerini uluslararası alanda koruyan iki önemli metinden Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (f) bendi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendine göre, tercüme hizmetlerinin ücretsiz olarak sağlanması, adil yargılanma hakkının asgari bir gereğidir. Burada mahkemede konuşulan dili anlamayan ya da konuşamayan kişilerin gösterilmesi, ücretsiz tercüman hakkının bu kişilerle sınırlı olduğu anlamında yorumlanmamalıdır. Her iki Sözleşmeye göre kural, tercüman yardımından yararlanma hakkının ücretsiz olarak sağlanmasıdır.

Tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkını kullanan bir sanık, dava sonunda beraat etse de itiraz konusu düzenleme nedeniyle tercüme hizmetinin ücretini ödemek zorunda kalacaktır. Bu durumda savunma hakkını kendisini daha iyi ifade edeceği bir dilde yapmak isteyen kişinin, yeterli mali olanaklara sahip olmaması durumunda bu hakkını istediği gibi kullanamaması durumu ortaya çıkacaktır.

İtiraz konusu kuralla ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistem birlikte düzenlenmediğinden dolayı kural, ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesine eklenen (4) numaralı fıkrasının birinci ve üçüncü cümlelerinde yer alan kuralların Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmaları nedeniyle iptalleri gerektiği düşüncesiyle, aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmadım.

Başkanvekili
Alparslan ALTAN

KARŞI OY GEREKÇESİ

4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesinin ilk üç fıkrasında meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmeyen sanık veya mağdurun tercüman aracılığı ile duruşmadaki iddia ve savunmasının alınması düzenlenmiştir.

Uygulamada bazı sorunlar çıkması nedeniyle, kanun koyucu takdir yetkisini kullanarak 6411 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'un 202. maddesine (4) ve (5) numaralı fıkraları eklemiştir. İtiraz konusu (4) numaralı fıkraya göre, ayrıca sanığın;

a) İddianamenin okunması,

b) Esas hakkındaki mütalaanın verilmesi,

üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabileceği; bu durumda tercüme hizmetlerinin, beşinci fıkra uyarınca oluşturulan listeden, sanığın seçeceği tercüman tarafından yerine getirileceği, bu tercümanın giderlerinin Devlet Hazinesince karşılanmayacağı; bu imkanın, yargılamanın sürüncemede bırakılması amacına yönelik olarak kullanılamayacağı hususları düzenlenmiştir.

İtiraz konusu (4) numaralı fıkra ile sanığa, iddianamenin okunması, esas hakkındaki mütalaanın verilmesi, üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde tercüman aracılığı ile yapabileceği, bu tercüman giderinin Devlet Hazinesince karşılanmayacağı düzenlenerek, sanığa tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkı verilmiştir.

İtiraz konusu kuralda yer alan düzenlemeye göre, tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkından, iddianame okunduktan sonraki sorgu aşamasında veya hüküm verilmeden hemen önce, iddia makamının esas hakkındaki görüşüne karşı yapılan savunmada yararlanılabilmektedir. Bazı mahkemelerde Cumhuriyet savcıları görev yapmamaktadır. Bu durumda son savunmalar sırasında bu hakkın kullanılabileceği alanlar oldukça dardır. Ceza yargılanmasında sözlü usul geçerlidir. Davanın her aşamasında dosyaya yeni deliller eklenmekte, yeni olgular ortaya çıkmakta ve yeni savunmalara ihtiyaç duyulmaktadır. Kanun koyucu her aşamada

tercümandan yararlanma hakkını tanımayarak, sanığa bir hak tanırken, bu hakkı özüne uygun olmayacak biçimde ve ölçüsüz olarak sınırlamış, kuralı hukuk devleti ve hak arama özgürlüğünü ihlal edecek şekilde düzenlemiştir.

Ayrıca, itiraz konusu kuralda, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmesine rağmen kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan eden sanığın, başka dilde savunma yapabilmesi için, tercümandan bir imkan olarak yararlanması öngörülmüş olup, bu suretle yararlanılmış olan tercümanın gideri Devlet Hazinesi tarafından karşılanacak giderlerden olmayıp, sanık tarafından karşılanacaktır.

Ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistem itiraz konusu kuralla birlikte düzenlenmediği gibi, genel olarak ceza yargılaması alanında da, harçlar dahil yargılama giderlerinden muafiyet sağlayan adli yardım düzenlemesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla kural, ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını engelleyecek niteliktedir.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmaları nedeniyle iptalleri gerekir. Aksi yöndeki çoğunluğun görüşüne bu nedenle katılmıyoruz.

Üye	Üye
Burhan ÜSTÜN	Muammer TOPAL

KARŞIOY GEREKÇESİ

4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesinin (4) numaralı fıkrasında sanığın iddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde tercüman aracılığı ile yapabileceği ve bu tercüman giderinin Devlet Hazinesince karşılanmayacağı hükmü düzenlenmiştir.

İtiraz konusu kuralla, *"kendisini daha iyi ifade edebilmek için"* sanığın başka bir dilde savunma yapma imkanının sadece iddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi aşamalarıyla sınırlı tutulması savunma hakkını ciddi bir şekilde kısıtlamaktadır. Bir sanığın kendisini

daha iyi ifade edebileceği bir dilde savunması en doğal hakkıdır. Yargılamanın tüm aşamalarında tercümandan yararlanma hakkı adil yargılanma hakkının bir parçası olup, mümkün olduğunca herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamalıdır. Buna ek olarak, bilindiği üzere sulh ceza, çocuk ve geçici olarak asliye ceza mahkemelerinde Cumhuriyet savcıları görev yapmadığından sanığın tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkı, özellikle son savunmalar sırasında neredeyse kullanılamaz hale gelmektedir. Herhangi bir meşru dayanak, ne genel gerekçede, ne de madde gerekçesinde belirtilmemesine rağmen, tercümandan yararlanma hakkı kovuşturmanın iki aşamasıyla sınırlandırılmıştır. Bu sınırlandırmanın ilgili hakkın doğasıyla da bir bağlantısının olmadığı açıktır. Hukuk devletinde, herhangi bir hak sınırlandırılırken bunun gerekçelerinin belirtilmesi veya bu sınırlamanın hakkın doğasıyla bir ilgisinin olması gerekir. Bunlar olmadan bir hakkın sınırlandırılması keyfilik riski taşımaktadır ve modern hukuk devleti bir hakkı keyfi olarak sınırlayamaz. Bu durum, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti anlayışla uyuşmadığı gibi, iddia ve savunma haklarının kısıtlanarak, adil yargılanma hakkının zayıflatılması 36. maddeye de aykırılık taşımaktadır.

Tercümandan genişletilmiş yararlanma hakkını kısıtlayan başka bir düzenleme ise, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmesine rağmen kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan eden sanığın yararlanmış olduğu tercümanın giderlerinin Devlet Hazinesince karşılanmayarak bu giderleri sanığın kendisinin karşılamasıdır. Ödeme gücü olmayanlara etkili adli yardım sağlayacak bir sistemde düzenlenmediğinden, kural ödeme gücü olmayanlar bakımından mahkemeye erişim hakkını kısıtlamaktadır.

5271 sayılı Kanun'un 324. maddesinin (5) numaralı fıkrasına göre Türkçe bilmeyen şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderlerinin Devlet Hazinesince karşılanacağı belirtilmişken, itiraz konusu kural bu gideri sanığa yüklemektedir. Buna göre, Türkçe bilmediğini söyleyen bir sanık için tercüman giderleri devletçe karşılanırken, Türkçe bilen ancak savunmasını başka bir dilde yapmak isteyen sanık tercüme bedelini ödemek zorunda kalmaktadır. Devlet adeta, Türkçe bildiği halde kendisini daha iyi ifade edebileceği başka bir dilde savunma yapmak isteyen sanığa gözdağı vermekte, kelimenin tam anlamıyla bir bedel ödettirmeye çalışmaktadır. *"Türkçe biliyorsan, savunmanı Türkçe yap"*, demek sanığın kendisini daha iyi ifade edebileceği bir dilde, mesela anadilinde savunma yapmasını engellemekle neredeyse eş anlamlıdır.

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (f) bendi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (e) bendine göre, tercüme hizmetlerinin ücretsiz olarak sağlanması, adil yargılanma hakkının bir parçası olup, mahkemede konuşulan dili anlamayan ya da konuşamayan kişilerin ücretsiz tercüman hakkının bu kişilerle sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Her iki Sözleşmeye için de tercüman yardımından yararlanma hakkının her durumda ücretsiz olarak sağlanması esastır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırı olmaları nedeniyle çoğunluk görüşüne katılmadım.

Üye
Engin YILDIRIM

KARŞIOY GEREKÇESİ

Anayasanın 152. ve 6216 sayılı Kanunun 40. maddelerine göre, bir davaya bakmakta olan mahkeme, bu davada uygulanacak kanun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse, o hükümlerin iptali talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmaya yetkilidir.

Başvuruda bulunan infaz hâkimliğinin, bir hükümlünün "ziyaretçi kabulünden yoksun bırakılmasına" ilişkin disiplin cezasına itirazı üzerine yaptığı incelemede, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun duruşmada tercüman bulundurulacak hâlleri düzenleyen 202. maddesine 6411 sayılı Kanunla eklenen dördüncü ve beşinci fıkralar ile aynı Kanuna eklenen geçici 1. maddenin, önündeki işte uygulanacak kural olduğu düşüncesiyle Anayasaya aykırılık itirazında bulunduğu anlaşılmaktadır.

Ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler hakkında uygulanacak disiplin cezalarının dayanağını oluşturan 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun 52. maddesinde, bu disiplin cezalarına karşı şikâyet ve itiraz durumunda 4675 sayılı İnfaz Hâkimliği Kanunu hükümlerinin uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. 4675 sayılı Kanunun 6. maddesinde ise, söz konusu şikâyet ve itirazların incelenmesine ve karara bağlanmasına ilişkin usul hükümleri yer almaktadır. Buna göre,

disiplin cezalarına karşı yapılan şikâyet başvurusu üzerine infaz hâkiminin "duruşma yapmaksızın dosya üzerinden" karar vermesi gerekmektedir. Aynı hüküm gereğince, infaz hâkimi, gerek gördüğünde karar vermeden önce şikâyet konusu işlem hakkında re'sen araştırma yapabilir, ilgililerden bilgi ve belge isteyebilir; ilgili Cumhuriyet savcısının yazılı görüşünü ve hükümlünün savunmasını alır. Ancak, şikâyetin incelenme usulüne ilişkin bu hüküm, duruşma yapılmasını gerektirmemekte ve aynı fıkranın ilk cümlesinde belirtilen, infaz hâkiminin duruşma yapmadan karar verme zorunluluğunu kaldırmamaktadır.

5271 sayılı Kanunun 202. maddesi, Kanunun "Kovuşturma Evresi" başlıklı Üçüncü Kitabının "Kamu Davasının Yürütülmesi" başlıklı Birinci Kısmının "Duruşma" başlıklı İkinci Bölümünde yer almakta ve duruşmada tercüman bulundurulacak hâlleri düzenlemektedir. Bu maddeye eklenen dördüncü fıkrada ise, "sanığın" iddianamenin okunması ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesi üzerine sözlü savunmasını, kendisini daha iyi ifade edebileceğini beyan ettiği başka bir dilde yapabileceği belirtilmektedir.

Buna göre, itiraz konusu kuralla getirilen imkân, sadece sanıklara ve ancak kovuşturmanın duruşma safhasında, iddianamenin okunmasından ve esas hakkındaki mütalaanın verilmesinden sonra kullanılmak üzere tanınmaktadır. Oysa, Anayasaya aykırılık itirazında bulunan infaz hâkiminin bakmakta olduğu dosyadaki kişi sanık değil, kendisine verilen disiplin cezasına karşı yukarıda belirtilen hükümlere göre itiraz ve şikâyette bulunan hükümlüdür. Ayrıca, dosyada bir kovuşturma değil, disiplin cezasına itiraz ve şikâyet incelemesi söz konusudur. Dolayısıyla bu incelemede duruşma, iddianame ve esas hakkında mütalaa verilmesi de söz konusu değildir.

Yukarıda belirtildiği üzere, infaz hâkiminin, "duruşma yapmaksızın dosya üzerinden" karar vereceği açıkça hükme bağlandığından, hükümlülere verilen disiplin cezalarına itiraz edilmesi üzerine infaz hâkimliğince yapılan incelemede 5271 sayılı Kanunun duruşmaya ilişkin hükümlerinin ve itiraz konusu kuralların uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Bu itibarla, itiraz konusu kuralların, Anayasaya aykırılık itirazında bulunan infaz hâkimliğinin bakmakta olduğu şikâyet incelemesinde uygulanacak kurallar olmadığı açıktır.

Bu sebeplerle, itiraz konusu hükümlerin infaz hâkimliğinin incelediği dosyada uygulanacak kurallar olmadığı ve Anayasaya aykırılık itirazının ilk inceleme sonunda reddine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle, esasa geçilmesi yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

Üye
M. Emin KUZ

I- ALFABETİK İNDEKS

1- İptal ve İtiraz Davaları

A

1. 25.5.2005 günlü, 5352 sayılı **Adlî Sicil Kanunu'na 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun**'un 38. maddesiyle eklenen 13/A maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve…" ibaresinin, 2- (4) numaralı fıkrasında yer alan "…dosya üzerinde inceleme yaparak ya da…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 12., 15. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine, maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve…" ibaresinin ise yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/160, E: 2013/52)…….. 1907**

2. 8.3.2012 günlü, 6284 sayılı **Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun**'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/141, E: 2013/119)…… 1831**

3. 8.3.2012 günlü, 6284 sayılı **Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun**'un; 1- 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…tedbir kararlarına…" ibaresinin, 2- 10. maddenin (5) numaralı fıkrasının, 3- 13. maddenin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 19., 36. ve 40. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/142, E: 2013/64)…….. 1843**

4. 22.5.1930 günlü, 1632 sayılı **Askeri Ceza Kanunu**'nun 137. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/7, E: 2013/103)…….. 2093**

5. 10.7.1953 günlü, 6136 sayılı **Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun**'un 15. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 158. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/3, E: 2013/61)**…….. **2075**

6. 19.3.1969 günlü, 1136 sayılı **Avukatlık Kanunu**'nun 14. maddesinin 22.1.1986 günlü, 3256 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 10., 13., 36. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/132, E: 2013/18)**…….. **1713**

B

7. 26.4.2012 günlü, 6300 sayılı **Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen ek 5. maddenin "…özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının…" bölümünün, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/107, E: 2012/73)**…….. **1513**

C

8. 24.1.2013 günlü, 6411 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 1. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesine eklenen (4) ve (5) numaralı fıkraların, 2- 2. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'a eklenen

geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/13, E: 2013/30)……..** **2129**

9. 1- 23.3.2005 günlü, 5320 sayılı **Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun**'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Adalet Bakanlığı" ibaresi ile ikinci cümlesinin, 2- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun; a- 231. maddesinin başlığında yer alan "…ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresinin, b- 231. maddesine, 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (5) numaralı fıkranın, bu maddeye bağlı olarak (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve (14) numaralı fıkraların, c- 5560 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle değiştirilen 254. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci ve dördüncü cümlelerinin, ç- 150. maddesinin (2) numaralı, 234. maddesinin (2) numaralı ve 236. maddesinin (3) numaralı fıkraları yönünden 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, d- 325. maddesinin 5560 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasında yer alan "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2013/121, E: 2013/9)……** **1597**

10. 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'un 48. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/106, E: 2013/28)……....** **1501**

11. 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'un 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 38., 56., 59. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/111, E: 2013/6)……** **1539**

12. 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'un 68. maddesinin Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/161, E: 2013/54)……... 1923**

13. 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'un 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendinin Anayasa'nın 2., 7., 11., 26., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/164, E: 2013/67).. 1975**

14. 13.12.2004 günlü, 5275 sayılı **Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun**'a, 5.4.2012 günlü, 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2013/169, E: 2013/133)……. 2043**

D

15. 14.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 57. maddesinin birinci fıkrasının "Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir." biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemi. **(K: 2013/131, E: 2013/15)…….. 1703**

16. 23.7.1965 günlü, 657 sayılı **Devlet Memurları Kanunu**'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendinin Anayasa'nın 2., 13., 38., 49., 70. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2014/8, E: 2013/110)…… 2117**

H

17. 17.4.2013 günlü, 6460 sayılı **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/144, E: 2013/76)**..... **1875**

İ

18. 22.5.2003 günlü, 4857 sayılı **İş Kanunu**'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/123, E: 2013/23)**..... **1639**

K

19. 3.4.2013 günlü, 6456 sayılı **Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**'un; 1- 2. maddesiyle değiştirilen, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimi Hakkında Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasının "…ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın…" bölümünün, 2- 16. maddesiyle, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 113. maddesine eklenen fıkranın, 3- 17. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'a bağlı (8) sayılı tarifeye eklenen bölümün, 4- 52. maddesinin, 5- 60. maddesinin (d) bendinin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/126, E: 2013/72)**..... **1649**

20. 11.10.2011 günlü, 666 sayılı **Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname**'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" bölümünün (1) numaralı sırasının (g) bendinde yer alan "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü,"

ibaresinin Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/163, E: 2013/63)**..... **1949**

21. 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanunu**'nun, 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 37., 125., 140. ve 155. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/165, E: 2013/68)**..... **1997**

22. 13.10.1983 günlü, 2918 sayılı **Karayolları Trafik Kanunu**'na, 17.10.1996 günlü, 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile eklenen ek 6. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/168, E: 2013/43)**..... **2029**

M

23. 25.2.1998 günlü, 4342 sayılı **Mera Kanunu**'nun 12. maddesine, 27.2.2013 günlü, 6443 sayılı Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle eklenen fıkranın birinci ve son cümlelerinin Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 45. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/159, E: 2013/51)**..... **1897**

R

24. 15.2.2011 günlü, 6112 sayılı **Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun**'un geçici 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "…veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan…" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/117, E: 2013/86)**..... **1581**

S

25. 6.12.2012 günlü, 6362 sayılı **Sermaye Piyasası Kanunu**'nun; 1- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…gibi..." ibaresinin, 2- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan "…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…" ibaresinin, 3- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, 4- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…" ve "…ilgili Bakana…" ibarelerinin, 5- 130. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "…her yılın haziran ayı sonuna kadar…" ibaresi ile (6) numaralı fıkrasının, 6- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…grev ve…" ibaresinin, 7- 138. maddesinin; a- (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin, b- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin, c- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, d- (13) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 38., 49., 54., 87., 90., 153., 160. ve 165. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/43, E: 2013/24) (YD)……... 1723**

26. 6.12.2012 günlü, 6362 sayılı **Sermaye Piyasası Kanunu**'nun; 1- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…gibi..." ibaresinin, 2- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan "…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…" ibaresinin, 3- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, 4- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…" ve "…ilgili Bakana…" ibarelerinin, 5- 130. maddesinin; a- (5) numaralı fıkrasında yer alan "…her yılın haziran ayı sonuna kadar…" ibaresinin, b- (6) numaralı fıkrasının, 6- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…grev ve…" ibaresinin, 7- 138. maddesinin; a- (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin, b- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin, c- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, d- (13) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 38., 49., 54., 87., 90., 153., 160. ve 165. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/133, E: 2013/24)…… 1727**

27. 31.5.2006 günlü, 5510 sayılı **Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu**'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/139, E: 2013/40)…….. 1805**

T

28. 11.1.2011 günlü, 6098 sayılı **Türk Borçlar Kanunu**'nun 55. maddesinin birinci fıkrasının "Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/143, E: 2013/74)……. 1857**

29. 11.1.2011 günlü, 6098 sayılı **Türk Borçlar Kanunu**'nun; 1- 584. maddesinin, 2- 603. maddesinde yer alan "…ve eşin rızasına…" ibaresinin, Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddelerine aykırılıkları ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi. **(K: 2013/162, E: 2013/57)….. 1935**

30. 26.9.2004 günlü, 5237 sayılı **Türk Ceza Kanunu**'nun 50. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/122, E: 2013/33)…….. 1627**

31. 31.1.2013 günlü, 6413 sayılı **Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu**'nun; 1- 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan "…ile 21 inci madde gereğince…" ibaresinin, 2- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "…ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 129. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi. **(K: 2013/140, E: 2013/46)……. 1817**

32. 29.5.2009 günlü, 5901 sayılı **Türk Vatandaşlığı Kanunu**'nun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "…veya askerlik hizmeti…" ibaresinin Anayasa'nın 10., 13. ve 66. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/130, E: 2013/10)**…….. **1689**

V

33. 20.2.2008 günlü, 5737 sayılı **Vakıflar Kanunu**'nun 22. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/166, E: 2013/70)**…….. **2015**

Y

34. 2.7.2012 günlü, 6352 sayılı **Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun**'un geçici 2. maddesinin Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2014/6, E: 2013/92)**…….. **2083**

35. 4.11.1981 günlü, 2547 sayılı **Yükseköğretim Kanunu**'nun 53. maddesinin (c) fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi. **(K: 2013/114, E: 2013/58)**…….. **1565**

II- YASA NUMARASINA GÖRE İPTAL VE İTİRAZ DAVALARI DİZİNİ

Yasa No	*İptali İstenilen Hükümlerin Yer Aldığı Yasanın Adı*	*Karar*	*Esas*	*Tür*	*Sf*
657	Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı Kanun'un 22. maddesiyle değiştirilen 57. maddesinin birinci fıkrasının "Adaylık süresi içinde disiplin cezası almış olanların disiplin amirlerinin teklifi ve atamaya yetkili amirin onayı ile ilişikleri kesilir." biçimindeki birinci cümlesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptali istemi.	2013/131	2013/15	İTZ	1703
657	Devlet Memurları Kanunu'nun, 12.5.1982 günlü, 2670 sayılı 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerinin Kaldırılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun'un 31. maddesiyle değiştirilen 125. maddesinin birinci fıkrasının (E) bendinin (g) alt bendinin Anayasa'nın 2., 13., 38., 49., 70. ve 128. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2014/8	2013/110	İTZ	2117
666	Kamu Görevlilerinin Mali Haklarının Düzenlenmesi Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin eki (I) Sayılı Cetvel'in "A- Aylıklarını 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa Göre Alanlar" bölümünün (1) numaralı sırasının (g) bendinde yer alan "İl nüfus ve vatandaşlık müdürü," ibaresinin Anayasa'nın 10. ve 55. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/163	2013/63	İTZ	1949
1136	Avukatlık Kanunu'nun 14. maddesinin 22.1.1986 günlü, 3256 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle değiştirilen üçüncü fıkrasının Anayasa'nın 10.,	2013/132	2013/18	İTZ	1713

	13., 36. ve 48. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.				
1632	Askeri Ceza Kanunu'nun 137. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/7	2013/103	İTZ	2093
2547	Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (c) fıkrasının Anayasa'nın 2., 10., 11. ve 140. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/114	2013/58	İTZ	1565
2918	Karayolları Trafik Kanunu'nun, 11.1.2011 günlü, 6099 sayılı Kanun'un 14. maddesiyle değiştirilen 110. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 37., 125., 140. ve 155. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/165	2013/68	İTZ	1997
2918	Karayolları Trafik Kanunu'na, 17.10.1996 günlü, 4199 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile eklenen ek 6. maddenin ikinci fıkrasının Anayasa'nın 2., 11., 36. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/168	2013/43	İTZ	2029
4342	Mera Kanunu'nun 12. maddesine, 27.2.2013 günlü, 6443 sayılı Mera Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesiyle eklenen fıkranın birinci ve son cümlelerinin Anayasa'nın 2., 7., 8., 11. ve 45. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/159	2013/51	İPT	1897
4857	İş Kanunu'nun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/123	2013/23	İTZ	1639
5237	Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin (6) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/122	2013/33	İTZ	1627

5275	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 48. maddesinin (1) numaralı fıkrasının Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/106	2013/28	İTZ	1501
5275	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 40. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (g) bendinin Anayasa'nın 2., 5., 10., 12., 13., 14., 15., 25., 26., 38., 56., 59. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/111	2013/6	İTZ	1539
5275	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 68. maddesinin Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 20., 22., 25., 26. ve 38. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/161	2013/54	İTZ	1923
5275	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 42. maddesinin (2) numaralı fıkrasının (e) bendinin Anayasa'nın 2., 7., 11., 26., 38. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/164	2013/67	İTZ	1975
5275	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'a, 5.4.2012 günlü, 6291 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen 105/A maddesinin (7) numaralı fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinin Anayasa'nın 38. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2013/169	2013/133	İTZ	2043
5320	1- Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 30. maddesiyle değiştirilen 13. maddesinin (1) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yer alan "Adalet Bakanlığı" ibaresi ile ikinci cümlesinin, 2- 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun; a- 231. maddesinin başlığında yer alan "…ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması" ibaresinin, b- 231. maddesine, 5560 sayılı Kanun'un 23. maddesiyle eklenen (5) numaralı fıkranın, bu maddeye bağlı olarak (6), (7), (8), (9), (10), (11), (12), (13) ve	2013/121	2013/9	İTZ	1597

	(14) numaralı fıkraların, c- 5560 sayılı Kanun'un 25. maddesiyle değiştirilen 254. maddesinin (2) numaralı fıkrasının ikinci ve dördüncü cümlelerinin, ç- 150. maddesinin (2) numaralı, 234. maddesinin (2) numaralı ve 236. maddesinin (3) numaralı fıkraları yönünden 324. maddesinin (1) numaralı fıkrasının, d- 325. maddesinin 5560 sayılı Kanun'un 27. maddesiyle değiştirilen (2) numaralı fıkrasında yer alan "Hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 10., 13., 36., 38., 138. ve 141. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.				
5352	Adlî Sicil Kanunu'na 6.12.2006 günlü, 5560 sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun'un 38. maddesiyle eklenen 13/A maddesinin; 1- (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve…" ibaresinin, 2- (4) numaralı fıkrasında yer alan "…dosya üzerinde inceleme yaparak ya da…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 5., 12., 15. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine, maddenin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "Kişinin bu süre zarfında yeni bir suç işlememiş olması ve…" ibaresinin ise yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/160	2013/52	İTZ	1907
5510	Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 17.4.2008 günlü, 5754 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle değiştirilen 102. maddesinin beşinci fıkrasının üçüncü cümlesinin, Anayasa'nın 2. ve 36. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/139	2013/40	İTZ	1805
5737	Vakıflar Kanunu'nun 22. maddesinin, Anayasa'nın 2., 10. ve 35. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/166	2013/70	İTZ	2015

5901	Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 25. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "…veya askerlik hizmeti…" ibaresinin Anayasa'nın 10., 13. ve 66. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/130	2013/10	İTZ	1689
6098	Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin birinci fıkrasının "Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez." biçimindeki ikinci cümlesinin Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/143	2013/74	İTZ	1857
6098	Türk Borçlar Kanunu'nun; 1- 584. maddesinin, 2- 603. maddesinde yer alan "…ve eşin rızasına…" ibaresinin, Anayasa'nın 12., 13. ve 48. maddelerine aykırılıkları ileri sürülerek iptallerine karar verilmesi istemi.	2013/162	2013/57	İTZ	1935
6112	Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un geçici 1. maddesinin (3) numaralı fıkrasında yer alan "…veya anılan kadrolar için aranan eğitim şartlarını taşımayan…" ibaresinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/117	2013/86	İTZ	1581
6136	Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 15. maddesinin, 23.1.2008 günlü, 5728 sayılı Kanun'un 158. maddesiyle değiştirilen birinci fıkrasının Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/3	2013/61	İTZ	2075
6284	Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/141	2013/119	İTZ	1831

6284	Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un; 1- 9. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…tedbir kararlarına…" ibaresinin, 2- 10. maddenin (5) numaralı fıkrasının, 3- 13. maddenin (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, Anayasa'nın 2., 12., 13., 17., 19., 36. ve 40. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2013/142	2013/64	İTZ	1843
6300	Bazı Kanunlar ile Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 10. maddesiyle, 24.11.1994 günlü, 4046 sayılı Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'a eklenen ek 5. maddenin "…özelleştirme uygulamaları sonucunda kuruluşların nihai devir sözleşmelerinin imzalanarak devir ve teslim işlemlerinin tamamlanmasından sonra özelleştirme işlemlerinin bütün sonuçlarıyla birlikte tamamlanmış bulunması, söz konusu kuruluşları devralanlar tarafından üretim, yatırım, modernizasyon, istihdam ve bunlara bağlı her türlü hukuki, ticari ve mali tasarruflarda bulunulması nedeniyle oluşacak fiili imkansızlık karşısında geri dönülemeyecek bir yapının ortaya çıkması halinde yargı kararlarının…" bölümünün, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 6., 9., 11., 125. ve 138. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/107	2012/73	İPT	1513
6352	Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun'un geçici 2. maddesinin Anayasa'nın 6., 9. ve 154. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istemi.	2014/6	2013/92	İTZ	2083

6362	Sermaye Piyasası Kanunu'nun; 1- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…gibi..." ibaresinin, 2- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan "…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…" ibaresinin, 3- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, 4- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…" ve "…ilgili Bakana…" ibarelerinin, 5- 130. maddesinin (5) numaralı fıkrasında yer alan "…her yılın haziran ayı sonuna kadar…" ibaresi ile (6) numaralı fıkrasının, 6- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…grev ve…" ibaresinin, 7- 138. maddesinin; a- (6) numaralı fıkrasının ilk paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin, b- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin, c- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, d- (13) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 38., 49., 54., 87., 90., 153., 160. ve 165. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/43	2013/24	İPT YD	1723
6362	Sermaye Piyasası Kanunu'nun; 1- 110. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan "…gibi..." ibaresinin, 2- 123. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yer alan "…ile Kurul Karar Organının çalışma usul ve esaslarına ilişkin diğer hususlar…" ibaresinin, 3- 126. maddesinin (1) numaralı fıkrasının ikinci ve üçüncü cümlelerinin, 4- 129. maddesinin (1) numaralı fıkrasında yer alan "…raporun ait olduğu dönemi izleyen yılın haziran ayı sonuna kadar…" ve "…ilgili Bakana…" ibarelerinin, 5- 130. maddesinin; a- (5) numaralı fıkrasında yer alan "…her yılın haziran ayı sonuna kadar…" ibaresinin, b- (6) numaralı fıkrasının, 6- 137. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "…grev ve…" ibaresinin, 7- 138. maddesinin; a- (6) numaralı fıkrasının ilk	2013/133	2013/24	İPT	1727

	paragrafı ile (a), (b) ve (c) bentlerinin, b- (11) numaralı fıkrasının birinci ve ikinci cümlelerinin, c- (12) numaralı fıkrasının birinci cümlesinin, d- (13) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın 2., 5., 7., 8., 11., 13., 38., 49., 54., 87., 90., 153., 160. ve 165. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6411	Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 1. maddesiyle, 4.12.2004 günlü, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 202. maddesine eklenen (4) ve (5) numaralı fıkraların, 2- 2. maddesiyle, 5271 sayılı Kanun'a eklenen geçici 1. maddenin (1) numaralı fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2014/13	2013/30	İTZ	2129
6413	Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu'nun; 1- 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasının son cümlesinde yer alan "…ile 21 inci madde gereğince…" ibaresinin, 2- 20. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde yer alan "…ağır suç veya disiplinsizlik teşkil eden fiiller…" ibaresinin, Anayasa'nın 2., 36., 38. ve 129. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptallerine ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/140	2013/46	İPT	1817
6456	Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un; 1- 2. maddesiyle değiştirilen, 28.3.2002 günlü, 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetimi Hakkında Kanun'un 7/A maddesinin birinci fıkrasının "…ve benzeri işlemleri mevzuatta yer alan şekil kurallarına tabi olmaksızın tesis etmeye ve bu	2013/126	2013/72	İPT	1649

	işlemleri aynı usule tabi olarak yapmak üzere 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun kuruluş, tescil, denetleme, sermaye, tasfiye ve işleyişe ilişkin hükümlerine bağlı olmaksızın…" bölümünün, 2- 16. maddesiyle, 2.7.1964 günlü, 492 sayılı Harçlar Kanunu'nun 113. maddesine eklenen fıkranın, 3- 17. maddesiyle, 492 sayılı Kanun'a bağlı (8) sayılı tarifeye eklenen bölümün, 4- 52. maddesinin, 5- 60. maddesinin (d) bendinin, Anayasa'nın 2., 7., 8., 10., 11. ve 73. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.				
6460	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 13. maddesinin Anayasa'nın 2., 5., 11., 42. ve 174. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemi.	2013/144	2013/76	İPT	1875

III- ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI DİZİNİ

1- Karar Numarasına Göre

Karar	Esas	Dava Türü*	Sayfa
2013/43	2013/24	YD……..	1723
2013/106	2013/28	İİD……..	1501
2013/107	2012/73	İİD……..	1513
2013/111	2013/6	İİD……..	1539
2013/114	2013/58	İİD……..	1565
2013/117	2013/86	İİD……..	1581
2013/121	2013/9	İİD……..	1597
2013/122	2013/33	İİD……..	1627
2013/123	2013/23	İİD……..	1639
2013/126	2013/72	İİD……..	1649
2013/130	2013/10	İİD……..	1689
2013/131	2013/15	İİD……..	1703
2013/132	2013/18	İİD……..	1713
2013/133	2013/24	İİD……..	1727
2013/139	2013/40	İİD……..	1805
2013/140	2013/46	İİD……..	1817
2013/141	2013/119	İİD……..	1831
2013/142	2013/64	İİD……..	1843
2013/143	2013/74	İİD……..	1857
2013/144	2013/76	İİD……..	1875
2013/159	2013/51	İİD……..	1897
2013/160	2013/52	İİD……..	1907
2013/161	2013/54	İİD……..	1923
2013/162	2013/57	İİD……..	1935
2013/163	2013/63	İİD……..	1949

***İİD:** İptal ve İtiraz Davası, **YD:** Yürürlüğü Durdurma Kararı

2013/164	2013/67	İİD……...	1975
2013/165	2013/68	İİD……...	1997
2013/166	2013/70	İİD……...	2015
2013/168	2013/43	İİD……...	2029
2013/169	2013/133	İİD……...	2043
2014/3	2013/61	İİD……...	2075
2014/6	2013/92	İİD……...	2083
2014/7	2013/103	İİD……...	2093
2014/8	2013/110	İİD……...	2117
2014/13	2013/30	İİD……...	2129

2- Esas Numarasına Göre

Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
2012/73	2013/107	İİD……...	1513
2013/6	2013/111	İİD……...	1539
2013/9	2013/121	İİD……...	1597
2013/10	2013/130	İİD……...	1689
2013/15	2013/131	İİD……...	1703
2013/18	2013/132	İİD……...	1713
2013/23	2013/123	İİD……...	1639
2013/24	2013/43	YD……...	1723
2013/24	2013/133	İİD……...	1727
2013/28	2013/106	İİD……...	1501
2013/30	2014/13	İİD……...	2129
2013/33	2013/122	İİD……...	1627
2013/40	2013/139	İİD……...	1805
2013/43	2013/168	İİD……...	2029
2013/46	2013/140	İİD……...	1817
2013/51	2013/159	İİD……...	1897
2013/52	2013/160	İİD……...	1907
2013/54	2013/161	İİD……...	1923
2013/57	2013/162	İİD……...	1935
2013/58	2013/114	İİD……...	1565
2013/61	2014/3	İİD……...	2075

2013/63	2013/163	İİD……...	1949
2013/64	2013/142	İİD……...	1843
2013/67	2013/164	İİD……...	1975
2013/68	2013/165	İİD……...	1997
2013/70	2013/166	İİD……...	2015
2013/72	2013/126	İİD……...	1649
2013/74	2013/143	İİD……...	1857
2013/76	2013/144	İİD……...	1875
2013/86	2013/117	İİD……...	1581
2013/92	2014/6	İİD……...	2083
2013/103	2014/7	İİD……...	2093
2013/110	2014/8	İİD……...	2117
2013/119	2013/141	İİD……...	1831
2013/133	2013/169	İİD……...	2043

3- Resmi Gazete Tarihine Göre

RG Tarihi	Sayısı	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
23.11.2013	28830	2013/24	2013/43	YD…….	1723
07.01.2014	28875	2013/86	2013/117	İİD…….	1581
09.01.2014	28877	2013/133	2013/169	İİD…….	2043
18.01.2014	28886	2013/28	2013/106	İİD…….	1501
24.01.2014	28892	2013/72	2013/126	İİD…….	1649
28.02.2014	28927	2013/15	2013/131	İİD…….	1703
07.03.2014	28934	2013/43	2013/168	İİD…….	2029
15.03.2014	28942	2013/23	2013/123	İİD…….	1639
27.03.2014	28954	2012/73	2013/107	İİD…….	1513
27.03.2014	28954	2013/46	2013/140	İİD…….	1817
27.03.2014	28954	2013/119	2013/141	İİD…….	1831
27.03.2014	28954	2013/64	2013/142	İİD…….	1843
27.03.2014	28954	2013/63	2013/163	İİD…….	1949
27.03.2014	28954	2013/67	2013/164	İİD…….	1975
27.03.2014	28954	2013/68	2013/165	İİD…….	1997
27.03.2014	28954	2013/103	2014/7	İİD…….	2093
09.05.2014	28995	2013/6	2013/111	İİD…….	1593
09.05.2014	28995	2013/58	2013/114	İİD…….	1565

09.05.2014	28995	2013/33	2013/122	İİD…….	1627
09.05.2014	28995	2013/18	2013/132	İİD…….	1713
09.05.2014	28995	2013/40	2013/139	İİD…….	1805
09.05.2014	28995	2013/74	2013/143	İİD…….	1857
09.05.2014	28995	2013/51	2013/159	İİD…….	1897
09.05.2014	28995	2013/52	2013/160	İİD…….	1907
09.05.2014	28995	2013/70	2013/166	İİD…….	2015
09.05.2014	28995	2013/110	2014/8	İİD…….	2117
13.05.2014	28999	2013/9	2013/121	İİD…….	1597
29.05.2014	29014	2013/54	2013/161	İİD…….	1923
29.05.2014	29014	2013/61	2014/3	İİD…….	2075
22.07.2014	29068	2013/24	2013/133	İİD…….	1727
25.07.2014	29071	2013/92	2014/6	İİD…….	2083
18.09.2014	29123	2013/76	2013/144	İİD…….	1875
12.09.2014	29117	2013/30	2014/13	İİD…….	2129
12.12.2014	29203	2013/57	2013/162	İİD…….	1935
17.12.2014	29208	2013/10	2013/130	İİD…….	1689

4-Karar Tarihine Göre

Karar Tarihi	Esas	Karar	Dava Türü	Sayfa
03.10.2013	2013/28	2013/106	İİD……...	1501
03.10.2013	2012/73	2013/107	İİD……...	1513
10.10.2013	2013/6	2013/111	İİD……...	1539
10.10.2013	2013/58	2013/114	İİD……...	1565
10.10.2013	2013/86	2013/117	İİD……...	1581
31.10.2013	2013/9	2013/121	İİD……...	1597
31.10.2013	2013/33	2013/122	İİD……...	1627
31.10.2013	2013/23	2013/123	İİD……...	1639
31.10.2013	2013/72	2013/126	İİD……...	1649
14.11.2013	2013/24	2013/43	YD……...	1723
14.11.2013	2013/10	2013/130	İİD……...	1689
14.11.2013	2013/15	2013/131	İİD……...	1703
14.11.2013	2013/18	2013/132	İİD……...	1713
14.11.2013	2013/24	2013/133	İİD……...	1727
28.11.2013	2013/40	2013/139	İİD……...	1805

28.11.2013	2013/46	2013/140	İİD……...	1817
28.11.2013	2013/119	2013/141	İİD……...	1831
28.11.2013	2013/64	2013/142	İİD……...	1843
28.11.2013	2013/74	2013/143	İİD……...	1857
28.11.2013	2013/76	2013/144	İİD……...	1875
26.12.2013	2013/51	2013/159	İİD……...	1897
26.12.2013	2013/52	2013/160	İİD……...	1907
26.12.2013	2013/54	2013/161	İİD……...	1923
26.12.2013	2013/57	2013/162	İİD……...	1935
26.12.2013	2013/63	2013/163	İİD……...	1949
26.12.2013	2013/67	2013/164	İİD……...	1975
26.12.2013	2013/68	2013/165	İİD……...	1997
26.12.2013	2013/70	2013/166	İİD……...	2015
26.12.2013	2013/43	2013/168	İİD……...	2029
26.12.2013	2013/133	2013/169	İİD……...	2043
16.01.2014	2013/61	2014/3	İİD……...	2075
16.01.2014	2013/92	2014/6	İİD……...	2083
16.01.2014	2013/103	2014/7	İİD……...	2093
16.01.2014	2013/110	2014/8	İİD……...	2117
29.01.2014	2013/30	2014/13	İİD……...	2129

IV- ANAYASA MADDELERİ DİZİNİ*

Başlangıç: 1530, 1533, 1893, 1894, 2154, 2155, 2157

m. 2: 1506, 1508, 1509, 1530, 1531, 1533, 1534, 1555, 1556, 1559, 1563, 1578, 1580, 1589, 1590, 1592, 1594, 1595, 1618, 1619, 1620, 1634, 1635, 1636, 1647, 1668, 1669, 1672, 1673, 1675, 1676, 1679, 1680, 1681, 1684, 1685, 1686, 1687, 1688, 1694, 1697, 1702, 1708, 1709, 1710, 1711, 1724, 1761, 1762, 1764, 1772, 1774, 1776, 1777, 1779, 1783, 1784, 1785, 1786, 1792, 1811, 1812, 1826, 1827, 1828, 1836, 1837, 1840, 1851, 1853, 1854, 1870, 1871, 1873, 1887, 1888, 1890, 1893, 1894, 1903, 1904, 1906, 1917, 1919,1920, 1930, 1933, 1986, 1990, 1991, 1993, 2011, 2012, 2021, 2022, 2026, 2033, 2035, 2036, 2040, 2063, 2064, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2078, 2079, 2080, 2110, 2112, 2114, 2115, 2124, 2125, 2126, 2155, 2157, 2159, 2160, 2162, 2164, 2167, 2169, 2170, 2172

m. 3: 1893, 2155, 2157

m. 4: 2155, 2157

m. 5: 1555, 1559, 1618, 1620, 1724, 1776, 1777, 1779, 1887, 1890, 1894, 1893, 1917, 1919, 2026, 2155, 2157, 2162, 2164

m. 6: 1530, 1533, 2089, 2090, 2091, 2155, 2157

m. 7: 1668, 1669, 1670, 1673, 1684, 1685, 1724, 1764, 1765, 1766, 1768, 1771, 1790, 1791, 1792, 1793, 1794, 1795, 1903, 1905, 1906, 1986, 1987, 1990, 2155, 2157, 2158, 2159

m. 8: 1668, 1670, 1674, 1724, 1766, 1768, 1903, 1905, 1906, 2155, 2157

m. 9: 1530, 1533, 2089, 2090, 2091, 2155, 2157

* Anayasa maddeleri, kararların esas inceleme aşamasından itibaren indekslenmiş olup, iptal ve itiraz başvurularının gerekçe bölümlerinde dayanılan maddeleri içermemektedir.

m. 10: 1559, 1578, 1579, 1580, 1618, 1620, 1626, 1634, 1636, 1644, 1645, 1646, 1647, 1676, 1677, 1694, 1697, 1719, 1721, 1722, 1870, 1873, 1970, 1974, 2021, 2022, 2026, 2078, 2080, 2110, 2112, 2114, 2115, 2155, 2157, 2158, 2159

m. 11: 1530, 1533, 1578, 1580, 1679, 1681, 1724, 1783, 1784, 1786, 1887, 1890, 1893, 1903, 1906, 1971, 1986, 1991, 2033, 2036, 2040, 2155, 2157

m. 12: 1555, 1559, 1853, 1854, 1917, 1919, 1930, 1933, 1940, 1944, 2155, 2157

m. 13: 1555, 1557, 1559, 1618, 1620, 1670, 1694, 1696, 1697, 1699, 1702, 1719, 1720, 1722, 1724, 1772, 1774, 1800, 1853, 1854, 1930, 1931, 1933, 1940, 1941, 1944, 1986, 1989, 1990, 1993, 2127, 2155, 2157

m. 14: 1555, 1559, 1893, 2155, 2157

m. 15: 1555, 1559, 1917, 1919, 2069

m. 17: 1853, 1854, 1930, 1933, 1993, 1994, 1995

m. 19: 1853, 1854

m. 20: 1930, 1933

m. 22: 1930, 1931, 1932, 1933, 1994, 1995

m. 24: 1887, 1893

m. 25: 1555, 1559, 1930, 1933

m. 26: 1555, 1557, 1558, 1559, 1562, 1563, 1930, 1933, 1986, 1988, 1989, 1990

m. 27: 1893

m. 35: 1940, 1941, 1943, 1944, 2021, 2025, 2026

m. 36: 1618, 1619, 1620, 1622, 1623, 1624, 1626, 1719, 1721, 1722, 1811, 1812, 1813, 1815, 1825, 1826, 1851, 1852, 1853, 1854, 1917, 1919, 1920, 2033, 2036, 2040, 2110, 2112, 2155, 2157, 2159, 2160, 2162, 2164, 2165, 2166, 2167, 2169, 2170, 2172

m. 37: 2011, 2012

m. 38: 1506, 1508, 1509, 1510, 1555, 1559, 1618, 1620, 1724, 1761, 1762, 1764, 1826, 1827, 1828, 1917, 1918, 1919, 1930, 1933, 1986, 1987, 1990, 1992, 1995, 2033, 2035, 2036, 2039, 2040,

2063, 2064, 2066,2067, 2069, 2070, 2072, 2110, 2112, 2126, 2127

m. 40: 1851, 1852, 1853, 1854

m. 41: 1626, 1940, 1941, 1943, 1944, 1995

m. 42: 1887, 1888, 1890, 1891, 1892, 1893, 1894

m. 45: 1903, 1904, 1906

m. 47: 1535, 2038

m. 48: 1719, 1722, 1940,1941, 1943, 1944

m. 49: 1646, 1724, 1772, 1773, 1774, 1870, 1871, 1872, 1873, 2127

m. 54: 1724, 1772, 1773, 1774, 1792, 1795, 1798, 1800

m. 55: 1646, 1970, 1974

m. 56: 1555, 1559, 2026

m. 59: 1555, 1559

m. 60: 1870, 1871, 1872, 1873

m. 63: 1680

m. 66: 1694,1695, 1697, 1699, 1702

m. 70: 2127

m. 72: 1696, 1699, 1700

m. 73: 1670, 1677,1678, 1679

m. 87: 1724, 1769, 1770, 1771

m. 90: 1555, 1559, 1724, 1772, 1774, 1792, 1795, 1986, 1991, 2155, 2157

m. 91: 1970, 1971, 1972

m. 99: 1670, 1974

m. 123: 1766, 1767, 1768, 1790, 1791, 1793, 1794, 1795

m. 124: 1670

m. 125: 1530, 1532, 1533, 2011, 2012

m. 128: 1594, 1670, 2033, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2126, 2127

m. 129: 1670, 1825, 1826

m. 138: 1530, 1531, 1533, 1618, 1620

m. 140: 1578, 1580, 2011, 2012

m. 141: 1618, 1620, 2090

m. 142: 1573, 2091, 2166

m. 148: 1970, 1971

m. 149: 1530

m. 152: 1617, 1633, 1869, 1945, 2172

m. 153: 1724, 1761, 1764, 1771, 1772, 1784, 1786

m. 154: 2089, 2090, 2091

m. 155: 2011, 2012

m. 160: 1724, 1768, 1769, 1770, 1771

m. 162: 1770

m. 163: 1972

m. 164: 1724, 1770

m. 165: 1780, 1781, 1782, 1783, 1784, 1786, 1796, 1797, 1798

m. 174: 1887, 1890, 1893, 1894